

ВІСНИК

АКАДЕМІЇ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ

Збірник наукових праць

Виходить щоквартально

Заснований у 1993 році

№ 3 (70)



Харків
2012

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

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

Видавець — Національна академія правових наук України

Вісник Академії правових наук України : зб. наук. пр. / редкол. :
В. Я. Тацій та ін. — Х. : Право, 2012. — № 3 (70). — 320 с.

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

Відповідальний за випуск *О. В. Петришин*

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

© Національна академія правових наук
України, 2012

© «Право», 2012

ЗАГАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОЇ НАУКИ

УДК 340.12(075.8)

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

Права людини і громадянина: можливості вдосконалення конституційних гарантій

Актуальність ефективізації гарантій. Необхідність оновлення Конституції України нині, нарешті, почали визнавати більшість вітчизняних державних, політичних і громадських діячів, юристів та політологів, а також зарубіжні експерти та інституції. Щоправда, це визнання декотрі з них певний час не поширювали на конституційне регулювання прав, свобод і обов'язків людини та громадянина, стверджуючи, зокрема, що оскільки воно загалом відповідає міжнародним стандартам, то й змін наче би не потребує.

Проте погодитись з останнім твердженням навряд чи можливо.

По-перше, тому, що лише термінологічний збіг конституційних формулювань із цієї проблематики, з одного боку, з міжнародно-правовими текстами, з другого — ще не доводить їх інтерпретаційно-змістовної однозначності. Як відомо, словесна оболонка («буква») і смисл («дух») тексту нерідко не збігаються і, використовуючи певні герменевтичні закономірності та механізми, одне і те саме вираження можна витлумачувати досить різноманітно, зокрема еволюційно, динамічно. Не становить винятку в цьому аспекті й текст нашої Конституції.

По-друге, тому, що стан дотримання в Україні основоположних прав людини та конституційних прав громадянина (особливо ж прав економічних і соціальних) за висновками правозахисних організацій — і державних, і громадських — не є задовільним. З огляду на це, виявляючи можливості й шляхи поліпшення такого стану, навряд чи можна заперечувати, що одним із них може бути й удосконалення саме конституційних засобів забезпечення таких прав.

Варто пригадати і те, що проблеми вдосконалення змісту саме розділу II Конституції ставали предметом прискіпливого аналізу в щорічних і спеціальних Доповідях Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини, а також фахівців Харківської правозахисної групи.

Попередні пропозиції Львівської лабораторії прав людини і громадянина. До науково-експертного сприяння розв'язанню останнього завдання ще декілька років тому ініціативно долучилася Львівська лабораторія прав людини і громадянина Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування Національної академії правових наук України (далі — Лабораторія). Вона ще у 2008 р. розробила й опублікувала загальні та конкретні пропозиції до концепції оновлення Конституції України, які було надіслано до створеної тоді згідно з Указом Президента України від 27 грудня 2007 р. Національної конституційної ради. До тих пропозицій (котрі й нині, гадаю, можуть бути предметом розгляду) належали такі:

1) привести Конституцію до більшої відповідності міжнародним «праволодинним» стандартам (які мають бути відтворені в її тексті), зокрема, через:

а) доповнення конституційного тексту правами, зафіксованими у новітніх міжнародних конвенційних актах ООН і Ради Європи (передусім актах, ратифікованих Україною);

б) відображення на конституційному рівні положення про пріоритетну юридичну силу таких міжнародних договорів у системі джерел права України;

в) указівки на необхідність урахування в нашій правовій системі практики міжнародних юрисдикційних органів із застосування міжнародно-конвенційних актів із прав людини;

2) конкретизувати зміст принципу верховенства права та його співвідношення з принципом законності (який теж має бути чітко прописаний в Основному Законі);

3) у відповідних статтях Конституції не обмежуватися зазначенням тільки-но назв прав людини та громадянина, а в усіх випадках неодмінно «розшифровувати» також і основні складові, елементи змісту таких прав (там, де цього ще немає, наприклад у її ст. 48);

4) при закріпленні всіх прав (особливо економічних, соціальних, культурних) подавати вказівку й на відповідні позитивні обов'язки держави щодо їх забезпечення;

5) виклад підстав обмеження тих чи інших прав людини і громадянина скоректувати у такий спосіб, аби вони не були ширшими, ніж ті, що зазначені у ратифікованих Україною міжнародних договорах;

б) у певних статтях Конституції уточнити назви видів носіїв прав — «бенефіціаріїв» (з огляду на соціально-антропну природу відповідних суб'єктів), вживши адекватно терміно-поняття: або «людина», або «особа», або «громадянин», або «об'єднання».

Відповідно до зазначених напрямів Лабораторія (із залученням деяких фахівців юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка та Львівського державного університету внутрішніх справ) розробила тоді низку конкретних пропозицій — насамперед до розділу II Основного Закону, спрямованих на ефективізацію конституційного регулювання відносин, що безпосередньо пов'язані з державно-юридичним: а) визнанням (закріпленням), б) сприянням реалізації, в) забезпеченням охорони й г) захистом основоположних («природних») і конституційних прав та свобод людей, а також їхніх об'єднань¹.

Утім Національній конституційній раді виконати поставлене перед нею завдання так і не вдалося...

Пропозиції Лабораторії Конституційній Асамблеї. Події, що відбулися в Україні наступними роками, засвідчили, що проблема вдосконалення Основного Закону (включаючи також його праволюдні положення) не втратила актуальності. Підтвердженням цього стали, зокрема, укази Президента України «Про підтримку ініціативи щодо створення Конституційної Асамблеї» від 21 лютого 2011 р. та «Про Конституційну Асамблею» від 17 травня 2012 р.

З огляду на все це Лабораторія, урахувавши певні соціальні зміни в українському суспільстві та опрацювавши відповідні новітні праці вітчизняних фахівців-конституціоналістів і правозахисників², поміт-

¹ Див.: Права людини і громадянина: можливості удосконалення конституційних гарантій // Пр. Львів. лаб. прав людини і громадянина НДІ держ. буд-ва та місц. самоврядування Акад. прав. наук України / редкол.: П. М. Рабінович (голов. ред.) та ін. – Сер. I, Дослідження та реферати. – Львів, 2008. – Вип. 18. – 70 с.

² Див., наприклад: Конституційний процес в Україні (2005–2008). – Х., 2009. – С. 114–316; Речицький В. Права людини. Модель для нової Конституції України / В. Речицький. – Х., 2009. – 170 с.; Мироненко О. М. Конституційний Суд України: історія і сучасність, доктрина і практика / О. М. Мироненко. – К., 2011. – С. 903–910; Головін А. С. Захист прав і свобод людини і громадянина при здійсненні правосуддя в рішеннях Конституційного Суду України / А. С. Головін. – К., 2011. – 307 с.; Селіванов А. О. Конституційні проблеми в сучасній теорії права. Доктрина стабільності та охорони Конституції України в контексті її модернізації та ефективного конституційного правосуддя / А. О. Селіванов. – К., 2012. – 152 с.

но оновила свої попередні конституційно-«праволюдінні» рекомендації¹. Останні нині опубліковані у черговому випуску її «Праць», який призначено перш за все для використання у роботі Конституційної Асамблеї². Її основний текст розподілено на три змістовні колонки: у першій відтворено чинне формулювання певної статті Конституції; у другій — подано запропоноване авторами оновлене її формулювання; а у третій — наведено мотивоване обґрунтування пропонованої зміни.

Розроблення означених пропозицій здійснювалось Лабораторією за такими напрямками:

- фундаменталізація філософсько-правової обґрунтованості конституційних гарантій прав і свобод людини та громадянина;
- підвищення рівня універсалізованості закріплених у Конституції основоположних прав і свобод людини;
- збагачення змісту й розширення обсягу конституційних прав людини і громадянина;
- допустима для Конституції конкретизація змісту прав, свобод й обов'язків людини та громадянина;
- уточнення найменувань видів носіїв прав і обов'язків;
- ефективізація конституційно-юридичної гарантованості прав і свобод людини та громадянина.

Розглянемо докладніше пропозиції, сформульовані Лабораторією за кожним із названих напрямів.

Посилення філософсько-правової обґрунтованості конституційних гарантій. Йдеться про більш чітке, виразніше формулювання вихідних світоглядно-методологічних засад конституційного закріплення й захисту в Україні прав і свобод людини та громадянина.

Відповідно до цього, по-перше, у тих статтях Конституції України, де вжито термінологічний вираз «права людини», пропонується уточнити, що йдеться саме про права *основоположні* (ч. 2 ст. 8, ст. 21, п. 1

¹ Ця робота була виконана групою львівських фахівців у складі: канд. юрид. наук С. О. Верланов, В. В. Гончаров, канд. юрид. наук Д. А. Гудима, канд. юрид. наук С. П. Добрянський, канд. юрид. наук Т. І. Дудаш, П. О. Кирись, О. М. Луців, д-р юрид. наук В. О. Навроцький, канд. юрид. наук О. З. Панкевич, канд. юрид. наук Т. Т. Полянський, д-р юрид. наук П. М. Рабінович, д-р юрид. наук С. П. Рабінович, канд. юрид. наук І. Я. Сенюта, канд. юрид. наук Л. В. Ярмол.

² Див.: Конституційно-правовий статус людини: можливості удосконалення в Україні // Пр. Львів. лаб. прав людини і громадянина НДІ держ. буд-ва та місц. самоврядування Нац. акад. прав. наук України / редкол.: П. М. Рабінович (голов. ред.) та ін. – Сер. І, Дослідження та реферати. – Львів, 2012. – Вип. 24. – С. 84–178.

ч. 1 ст. 92). У доктрині такі права, як відомо, нерідко ще називають «природними». Але ж останній термін може розумітися не тільки як права «соціально-природні», тобто такі, які об'єктивно визначаються досягнутим рівнем розвитку суспільства, але й як такі, що зумовлюються начеби суто біологічною природою людини. Проте таке розуміння «природності» прав людини, яке ще іноді можна зустріти навіть у вітчизняній літературі¹, видається помилковим, і не в останню чергу тому, що можливі його негативні соціальні наслідки історія людства продемонструвала надто переконливо... (Показово, між іншим, що у жодному міжнародно-правовому акті прикметник «природні» («природжені») щодо прав людини не вживається.)

По-друге, видається підставним більш рельєфно відобразити значущість, власне, гідності людини як основи, фундаменту всієї системи її основоположних прав і свобод, приєднавши це положення до ч. 1 ст. 21.

І по-третє, пропонується включити до ст. 21 принципово важливе положення про єдність усіх груп й усіх «поколінь» основоположних і конституційних прав та свобод людини. Цю додаткову (другу) частину означеної статті варто викласти у такій редакції: *«Усі основоположні права і свободи людини є універсальними, взаємопов'язаними, невідчужуваними та непорушними»*. (У цій та в інших статтях Конституції України, текст яких наводиться далі, пропонувані зміни й доповнення подаються курсивом.)

Універсалізація основоположних прав полягає у підвищенні рівня їх всезагальності.

Цей напрям реалізується, по-перше, через уведення до конституційного тексту нових, «додаткових» прав і свобод, які нині у ньому взагалі не згадані (хоча й закріплені у тих міжнародних договорах, що вже ратифіковані Україною). Так, пропонується викласти ч. 1 ст. 51 у такій редакції: *«Кожна людина має право на сім'ю та на повагу до її особистого і сімейного життя»*; а ч. 1 ст. 55 — у такий спосіб: *«Кожен має право на ефективний державний захист його прав і свобод»*. Наведені формулювання повніше й точніше відтворюють положення відповідно ст. 8 і ст. 13 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі — Конвенція).

¹ Див., наприклад: Серeda О. О. Щодо питання природності природних прав людини: теоретичний аспект / О. О. Серeda // Медичне право України: правовий статус пацієнтів в Україні та його законодавче забезпечення (генезис, розвиток, проблеми і перспективи вдосконалення). – Львів, 2008. – С. 284–288.

Частину 2 ст. 43, як видається, належить переформулювати таким чином, аби її редакція збігалась із п. 1 ст. 1 Європейської соціальної хартії (переглянутої) (далі — Хартія), яку було ратифіковано Верховною Радою України у 2006 р. І тоді відповідне конституційне положення матиме такий вираз: *«Держава зобов'язана забезпечувати та підтримувати якомога вищий і стабільніший рівень зайнятості, прагнучи до досягнення повної зайнятості її громадян»*. А частину 1 ст. 47 Конституції пропонується (відповідно до п. 1 ст. 31 Хартії) викласти у такий спосіб: *«Кожна людина має право на житло належного рівня. Держава створює умови, за яких кожна людина матиме змогу побудувати житло, придбати його у власність або взяти в оренду»*. Нагадаю у зв'язку з цим, що ані Конвенція, ані Хартія перед їх ратифікацією Верховною Радою України не подавалися до Конституційного Суду України, аби він дав висновок щодо їх відповідності Конституції України. Утім, як засвідчує порівняння Конституції з названими вище міжнародними договорами, повної відповідності у цьому аспекті все ж не було...

По-друге, відповідно до ратифікованої Україною Віденської конвенції про право міжнародних договорів держава має надавати пріоритетного значення у своїй правовій системі не тільки ратифікованим нею міжнародно-правовим актам, а також і практиці їх застосування тими міжнародними органами, юрисдикція яких визнана державою. Тому останнє принципове положення вартує відтворити у додатковій ч. 3 ст. 9 Конституції, виклавши його, скажімо, таким чином: *«Конституційні положення про права, свободи й обов'язки тлумачаться і застосовуються відповідно до чинних міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, та практики їх офіційного тлумачення й застосування міжнародними органами, юрисдикція яких визнана Україною»*.

З огляду на цю пропонувану конституційну новелу видається доречним навіть включити до Конституції України деякі надто важливі усталені правоположення Європейського суду з прав людини, вироблені ним у процесі тривалого застосування Конвенції. Так, пропонується до ст. 64 Основного Закону додати ще такі три частини: *«Жодне з положень Конституції не може тлумачитися як таке, що надає право здійснювати діяльність, спрямовану на скасування визнаних нею основоположних прав і свобод або ж на їх обмеження у більшому обсязі, ніж це передбачено у Конституції»*.

Будь-які заходи, що обмежують права та свободи, не повинні завдавати шкоди їх сутності та призначенню.

Обмеження прав і свобод можуть бути визнані правомірними лише за умов, якщо вони передбачені законом, мають на меті забезпечення визначених законом суспільних інтересів та є домірними з такою метою».

Такого ж характеру доповнення й уточнення доцільно ввести до ч. 2 ст. 34, ч. 4 ст. 57 та до деяких інших статей Конституції.

Нарешті, реалізуючи розглядуваний напрям удосконалення конституційних «праволюдських» гарантій, варто звернутися і до відповідних актів ООН, ухвалених уже після прийняття Конституції України (наприклад, до Конвенції ООН про права інвалідів від 13 грудня 2006 р., Міжнародної конвенції ООН для захисту всіх осіб від насильницьких зникнень від 20 грудня 2006 р., Декларації ООН про права корінних народів від 13 вересня 2007 р., Всезагальної декларації про біоетику та права людини, ухваленої ЮНЕСКО 19 жовтня 2005 р.). Вони теж здатні служити важливим джерелом розширення номенклатури чи уточнення формулювань основоположних прав і свобод, які заслуговують на конституційне закріплення та забезпечення.

Розширення змісту й обсягу прав є наступним відносно самостійним напрямом удосконалення розглядуваних гарантій.

Із цією метою пропонується, зокрема, ч. 2 і ч. 3 ст. 27 викласти у такій редакції: «Ніхто не може бути свавільно позбавлений життя. *Жодну людину не можна засудити до смертної кари.*

Ніхто не може зазнавати протиправного ушкодження здоров'я».

А частини 1, 2 і 3 ст. 30 пропонується викласти таким чином: «Кожному гарантується недоторканність житла *та іншого володіння.*

Не допускається проникнення у житло *або інше* володіння особи, проведення в них огляду чи обшуку *або інших слідчих дій* інакше як за вмотивованим рішенням суду *та у світлу пору доби.*

У невідкладних випадках, пов'язаних із *рятуванням* життя людей та майна чи з безпосереднім переслідуванням *людей*, які підозрюються у вчиненні злочину, можливий інший, установлений законом, порядок проникнення у житло *чи інше* володіння особи, проведення в них огляду й обшуку *або інших слідчих дій».*

Частину 2 ст. 50 Основного Закону України вартує сформулювати у такій спосіб: «Кожному гарантується право вільного *й необмеженого* доступу до інформації про стан довкілля, *про якість житла*, предметів побуту і харчових продуктів, а також право на її поширення».

Зміст ч. 1 і ч. 2 ст. 58 пропонується розширити таким чином: «Законои та інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії в часі, крім випадків, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи, котра вчинила правопорушення, або іншим чином покращують її правове становище.

Жоден не може нести відповідальність за діяння, які на час їх вчинення не визнавалися правопорушенням».

Змістовні зміни аналогічного напрямку запропоновані й до статей 15 і 23, до ч. 1 ст. 34, ч. 6 ст. 55, ч. 1 ст. 60, ч. 1, ч. 2 і ч. 3 ст. 62 Конституції України.

Окремо слід звернути увагу на нашу пропозицію включити до Основного Закону вказівку на загальнодозволенний підхід до державно-юридичного регулювання поведінки людей. А саме, ч. 2 ст. 19 викласти у такій редакції: *«Дії чи бездіяльність людини, не заборонені законами, іншими нормативно-правовими актами, є правомірними. Нікого не можна змусити робити те, що не передбачено цими актами».*

Пропозиції такого характеру, гадаю, не потребують спеціальних обґрунтувань: адже їхня гуманістична праволюдінна спрямованість видається очевидною.

Конкретизація прав. Мається на увазі зниження рівня абстрактності, декларативності у конституційних формулюваннях змісту й обсягу деяких прав людини та громадянина.

Наприклад, ч. 1 ст. 8 доцільно подати у такій редакції: *«В Україні визнається і діє принцип верховенства права, органи державної влади та органи місцевого самоврядування забезпечують ефективну реалізацію, охорону та захист прав і свобод».* А частину 1 ст. 35 вартує викласти у такій спосіб: *«Кожна людина має право на свободу віросповідання. Це право включає свободи приймати, змінювати, сповідувати релігійні переконання за своїм вибором або не сповідувати жодних, безперешкодно вести релігійну діяльність та здобувати релігійну освіту».* Зміни аналогічного напрямку пропонується внести і до ч. 1 ст. 47 та ч. 3 ст. 49 Конституції.

Утілення таких пропозицій сприятиме створенню поліпшених, більш реальних можливостей для здійснення й захисту відповідних прав і свобод.

Оптимізація правообмежень. Йдеться про скорочення й уточнення підстав можливих обмежень у здійсненні прав і свобод.

Зокрема, видається необхідним, по-перше, перелік цих підстав привести у більшу відповідність із їх міжнародно-правовими стандартами. А по-друге, сформулювати ці підстави дещо конкретніше, точніше, аніж це вписано у нинішньому тексті Основного Закону. Скажімо, ч. 4 ст. 22 пропонується викласти так: *«Принципи та підстави обмежування прав і свобод мають відповідати міжнародним договоровам, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України»*; а ч. 4 ст. 64 викласти у такій редакції: *«Обмеження прав і свобод можуть бути визнані правомірними лише за умов, якщо вони передбачені законом, мають на меті забезпечення визначених законом суспільних інтересів та є домірними з такою метою»*. (До речі, останнє формулювання змістовно відтворює одне з усталених правоположень Європейського суду з прав людини.)

У такому ж напрямі варто уточнити виклад ч. 2 ст. 24, ч. 2 ст. 32, ч. 2 ст. 35, ч. 3 ст. 37, ч. 6 ст. 40, ч. 2 ст. 54 Конституції України.

У цьому ж аспекті слід відзначити нашу пропозицію про включення до Основного Закону посилання на таку неодмінну, соціально-природну підставу обмеження реалізації прав і свобод, як необхідність досягнення збалансованості правореалізації з правами й правомірними інтересами інших суб'єктів й усього суспільства. Наприклад, редакцію ч. 1 ст. 22 запроєктовано у такий спосіб: *«Права та свободи людини й інших осіб мають бути справедливо збалансовані з інтересами суспільства»*.

Загалом же зауважу, що розглядуваний напрям конституційної модернізації є, можливо, найбільш значущим саме у практичному аспекті (передусім для законодавчих та інших нормотворчих органів, а також для органу конституційної юрисдикції). Адже, як мені вже неодноразово доводилося обґрунтовувати, у *новітній історії боротьба за права людини* (які нині номінально визнаються всіма й повсюдно) *є переважно боротьбою саме за межі їх практичного здійснення*.

Уточнення змісту обов'язків. Видається, що є можливість оптимізувати формулювання деяких конституційних обов'язків людини і громадянина.

По-перше, ч. 3 ст. 34 Конституції пропонується викласти у такий спосіб: *«Нікого не можна звільнити від своїх обов'язків перед державою або дозволити відмовитися від виконання закону за мотивами його переконань, за винятком випадків, встановлених законом»*. Утім, узагалі кажучи, наведене положення доцільно виокремити у самостій-

ну статтю та розмістити її в тій частині розділу II Конституції, яку присвячено саме обов'язкам людини і громадянина.

По-друге, пропонується до ст. 65 додати ще одну частину, виписавши її таким чином: *«Кожен зобов'язаний шанувати державні символи України»*.

По-третє, щодо обов'язку громадянина декларувати свої доходи (ч. 2 ст. 67) нині є підстави обмежити коло його суб'єктів лише посадовими та службовими особами органів державної влади й органів місцевого самоврядування, а також членами їх сімей та їхніми близькими родичами.

Носії прав і обов'язків. Йдеться про уточнення, конкретизацію кола суб'єктів прав, свобод та обов'язків, передбачених Конституцією України.

Цей напрям видається одним із важливіших. Річ у тім, що у нинішньому конституційному тексті не всі назви, термінологічні позначення цих суб'єктів (точніше — їх видів) відповідають в одних випадках їх справжньому, так би мовити, антропному статусу (їхній антропній природі), а в інших — принципам суб'єктної (особової) чинності законодавства. Задля усунення цих недоліків саме і пропонується відповідним чином перейменувати певні терміно-поняття.

Задля цього в основу ініційованих уточнень було покладено науково обґрунтовані значення, смисли деяких із тих понять, котрі відображають якісно специфічні різновиди (групи) суб'єктів суспільного життя. З огляду на це терміни, що використовуються для позначення таких понять, мають вживатися, на нашу думку, відповідно у такому сенсі:

– *кожен* — будь-який суб'єкт права: фізична особа, юридична особа, об'єднання, яке не має статусу юридичної особи (громадська організація без такого статусу, територіальна громада, трудовий колектив тощо);

– *жоден* — жодний суб'єкт права: фізична особа, юридична особа, об'єднання, яке не має статусу юридичної особи (громадська організація без такого статусу, територіальна громада, трудовий колектив тощо);

– *ніхто* — жодна фізична особа.

Ураховуючи викладене, пропонується включити до ст. 21 Основного Закону ще одну частину такого змісту: *«Юридичні особи й об'єднання мають усі закріплені цією Конституцією права, свободи,*

обов'язки та їх гарантії, крім тих, котрі за своєю природою можуть належати лише людині». (Утім, можливо, це нове положення доречно подати окремою статтею.)

У разі прийняття наведених уточнень коло носіїв прав, свобод і обов'язків у багатьох випадках стане ширшим порівняно з тим, яке визначено у нинішньому тексті (зокрема, у ч. 1 і ч. 3 ст. 24, ч. 1 ст. 36, ч. 1 ст. 39, ч. 3 ст. 40, ч. 3 ст. 41, ч. 1 ст. 46, ч. 5 ст. 53, ч. 1 і ч. 2 ст. 54, ч. 1 ст. 55), де замість терміна «громадянин» («громадяни») вживатиметься слово «людина» («люди»). Водночас у деяких інших випадках таке коло, навпаки, дещо звужиться (скажімо, у ч. 1 ст. 32, ч. 1 ст. 33, ч. 1 ст. 35, ч. 1 і ч. 5 ст. 43, ч. 1 ст. 47, ч. 1 ст. 48, ч. 1 ст. 49, ч. 2 ст. 67 Конституції України, де, наприклад, замість слова «кожен» використовуватиметься термін «людина» або ж «громадянин»).

Посилення гарантованості прав. Мається на увазі — «last but not least!» — розширення конституційних гарантій прав і свобод та підвищення ефективності таких гарантій. Це завдання може розв'язуватись такими засобами.

По-перше, слід подати вказівки на гарантії й у тих «праволюдних» статтях Конституції, де про них поки що взагалі не згадується. Йдеться, скажімо, про вказівку на *позитивні обов'язки держави* стосовно забезпечення здійснення нею тих чи інших прав. Так, ст. 48, де закріплено право людини на гідний життєвий рівень для себе і своєї сім'ї, доречно доповнити частиною другою такого змісту: *«Це право забезпечується встановленням мінімального розміру пенсії, інших видів соціальних виплат і допомоги, а також заробітної плати, не нижчого, ніж прожитковий мінімум, визначений законом».*

Указівку на обов'язок держави вжити заходів, необхідних для реалізації відповідного права, пропонується включити також до статей 27, 40, 49, 50, 56, 57 Конституції України.

Правогарантуюче значення пропонованих доповнень убачається у тому, що вони у відповідних випадках дають підстави оскаржувати, у тому числі в судовому порядку, саме бездіяльність державних органів.

По-друге, видається необхідним розширити коло суб'єктів, конституційно зобов'язаних забезпечувати права і свободи. Наприклад, ч. 3 ст. 8 пропонується викласти у такій редакції: *«Норми Конституції України є нормами прямої дії. Звернення до суду, інших органів державної влади, органів місцевого самоврядування для захисту прав і свобод безпосередньо на підставі Конституції України гарантується».*

Аналогічні зміни пропонується внести до ч. 5 ст. 22, ч. 1 ст. 24, ч. 4 ст. 27, ч. 1 ст. 49, ч. 2 ст. 59.

По-третє, видається виправданим конкретніше сформулювати положення про гарантії прав і свобод. Так, ч. 2 ст. 29 пропонується викласти таким чином: «Ніхто не може бути заарештований або триматися під вартою інакше як за вмотивованим рішенням суду і тільки з підстав та в порядку, встановлених законом». Подібні корективи доцільно внести і до ч. 3 та ч. 6 означеної статті.

До цього ж слід додати і пропозиції стосовно поширення дії передбачених у Конституції України юридичних гарантій прав і свобод на ширше коло суспільних відносин (частини 1, 2 і 3 ст. 62) або ж на ширше коло суб'єктів (ч. 2 ст. 150).

По-четверте, слід розширити перелік видів тих юридичних актів, необхідною умовою правості яких є їх відповідність не тільки закону, а й основоположним правам людини. Скажімо, ч. 1 ст. 60 пропонується сформулювати таким чином: «Жоден не зобов'язаний виконувати явно злочинні *юридичні акти*».

По-п'яте, вважаємо вкрай необхідним «відверто» включити до Конституції положення про принцип законності, яке у нинішньому конституційному тексті взагалі відсутнє. Адже, будучи однією з фундаментальних засад державно-юридичного регулювання суспільних відносин, цей принцип — у разі його неухильної реалізації — становить одну з найефективніших гарантій прав і свобод. Скажімо, ч. 2 ст. 8 Основного Закону видається підставним сформулювати так: «Конституція України, яка *втілює основоположні права, свободи й обов'язки людини*, має найвищу юридичну силу і є основою конституційної законності. Закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України і повинні відповідати їй». Терміно-поняття «законність» пропонується вжити й у ст. 19 та у ч. 3 ст. 61 Конституції України.

Нарешті, по-шосте, з огляду на спрямованість та обсяг наведених рекомендацій розглядуваного напряму вартує розширити й саму назву розділу II Конституції України таким чином: «*Основоположні права, свободи й обов'язки людини і громадянина та їх гарантії*».

Сподіваюсь, що обговорення і, можливо, тією чи іншою мірою врахування викладених вище пропозицій членами відповідних комісій Конституційної Асамблеї сприятиме підвищенню рівня захищеності в Україні прав і свобод людини та громадянина.

Рабинович П. Права человека и гражданина: возможности усовершенствования конституционных гарантий

В статье рассматриваются основные направления усовершенствования конституционных средств обеспечения в Украине основополагающих прав человека и прав гражданина. Изложены конкретные предложения по оптимизации ряда тех статей Конституции Украины, которые закрепляют и гарантируют права, свободы и обязанности человека и гражданина.

Ключевые слова: основоположные права человека, конституционные права гражданина, гарантии прав человека и гражданина, конституционные обязанности граждан.

Rabinovych P. Human and Citizen Rights: the Possibilities of Adjusting Constitutional Guarantees

The article investigates the main directions of adjusting the constitutional means of guaranteeing the fundamental rights of a human and citizen. Certain suggestions for optimizing several articles of the constitution are figured out which establish and guarantee the rights, freedoms and obligations of a human and citizen.

Keywords: fundamental human rights, constitutional rights of a citizen, guarantees of human and citizen rights, constitutional obligations of a citizen.

УДК 340.12:340.113

О. Дашковська, доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри теорії права та конституційного права Полтавського юридичного інституту Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Правові дефініції як різновид нормативних приписів

«Із конституційних принципів рівності і справедливості випливає вимога визначеності, ясності і недвозначності правової норми, оскільки інше не може забезпечити її однакове застосування, не виключає необмеженості трактування у правозастосовній практиці і неминуче призводить до сваволі»¹. Наведена правова позиція Конституційного Суду України висуває, зокрема, низку вимог до такого різновиду нормативних приписів, як правові дефініції.

Поява дефініцій пояснюється тим, що в буденній або науково-пізнавальній діяльності людей нерідко виникає потреба отримання точної відповіді на питання: що являє собою той чи інший об'єкт, явище? «Визначення або формулювання дефініції» (дефінування²) стає тим логічним засобом, прийомом, що дозволяє вирішити цю проблему³. Латинське слово *definitio* є близьким за значенням до слів «межа», «границя», «кінець чогось»⁴.

Дефініцію перш за все розглядають як засіб, що дозволяє сформулювати критерії відмінності одного об'єкта від іншого й уточнювати його значення, мету тощо⁵. Дефініція як логічна структура, як мислен-

¹ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 92, пункту 6 розділу X «Перехідні положення» Земельного кодексу України (справа про постійне користування земельними ділянками) від 22 вересня 2005 року № 5-рп/2005 // Офіц. вісн. України. – 2005. – № 39. – Ст. 2490.

² Власенко Н. А. Судебные правовые дефиниции: природа, функции, основания деления и виды / Н. А. Власенко // Журн. рос. права. – 2009. – № 12. – С. 58.

³ Нагорная М. А. Юридические дефиниции в конституционном праве: их качество и роль в реализации норм / М. А. Нагорная // Вестн. Нижегород. ун-та им. Н. И. Лобачевского. Сер. Право. – 2000. – № 1. – С. 144.

⁴ Ивлев Ю. В. Логика для юристов / Ю. В. Ивлев. – М. : Изд-во Юрид. колледжа МГУ, 1996. – С. 151.

⁵ Философский энциклопедический словарь / под ред. А. М. Прохорова. – М., 1983. – С. 460.

нева операція знаходить свій безпосередній вираз у мові¹, представляючи скорочений опис найбільш істотних загальних і відрізняючих ознак понять².

Будь-яка сфера людської життєдіяльності, і юриспруденція зокрема, має особливі мовні правила для означення понять, які відображають об'єктивну дійсність і процеси, що в ній відбуваються³. Правові дефініції надають ясності і визначеності правовим явищам і обставинам. Відомо, що право має такі властивості, як абстрактність і невизначеність. Правові поняття набувають визначеності лише у випадках їх конкретизації, результатом якої є дефініції. Таким чином, правові дефініції є переходом від невизначеності до визначеності в праві⁴.

Аналіз ступеня наукової розробки проблеми свідчить про наявність інтересу до розкриття природи правових дефініцій, дослідження яких останнім часом набуває дедалі більшої актуальності. Так, указаний феномен ставав предметом дослідження з точки зору логіко-методологічних проблем юридичних понять і понятійного апарату правознавства (А. Козловський, В. Котюк, О. Мурашин, Д. Керімов, М. Панов, В. Титов), а також розглядався з точки зору лінгвістичних і формально-логічних аспектів законодавчої техніки (В. Баранов, Л. Апт), що, безперечно, є корисним для дослідження правової дійсності та вдосконалення технічних аспектів законодавчого процесу. Можна назвати наукові дослідження, у яких розглядаються виключно мовні або логічні аспекти дефініцій (О. Сербенська, Д. Горський), розв'язуються проблеми дефінування конкретних галузевих понять (С. Головіна, Т. Латковська, В. Чернадчук, І. Москаленко) тощо. Утім, незважаючи на світоглядне визнання цінності правових дефініцій, цілісне уявлення про їх природу як нормативно-правових приписів, зокрема їхньої структурної специфіки, функцій у процесі регулювання суспільних відносин, у сучасній теоретико-правовій науці відсут-

¹ Безрукова Е. И. Дефиниция как инструмент транскультурной коммуникации / Е. И. Безрукова // Филол. науки. Вопр. теории и практики. – 2011. – № 3. – С. 20.

² Там само. – С. 21.

³ Див.: Подорожна Т. С. Понятійно-термінологічний апарат юридичної науки: теоретичний аспект / Т. С. Подорожна // Розвиток наукових досліджень 2008: матеріали 4-ї міжнар. наук.-практ. конф., м. Полтава, 24–26 листоп. 2008 р. – Полтава: Інтер-Графіка, 2008. – Т. 3. – С. 129.

⁴ Власенко Н. А. Неопределенность в праве: понятие и пути исследования / Н. А. Власенко // Рос. правоведение. – 2006. – № 7. – С. 4–13; Власенко Н. А. Судебные правовые дефиниции: природа, функции, основания деления и виды / Н. А. Власенко // Журн. рос. права. – 2009. – № 12. – С. 58–67.

не. Як убачається, такий стан речей є одним із визначальних факторів достатньо низької якості законодавчої техніки, що проявляється, зокрема, у нерозвинутості понятійного апарату вітчизняного законодавства, відсутності легальних визначень важливих для правового регулювання понять, неоднозначності понятійних формулювань, нечіткості визначень, що призводить до значної кількості спорів між суб'єктами правовідносин¹. Заважає сприйняттю права як ефективного правового регулятора учасниками суспільних відносин і зайва доступність, що переходить у декларативність (малоінформативність) законодавчих дефініцій. Як підкреслює Г. В. Мальцев, «право має бути простим, але не спрощеним, стабільним, але не отверділим, таким, що змінюється, але не плинним. <...> Право має бути прозорим, чітким, передбачуваним і осяжним; цьому служить ясність і відносна простота мови законів»².

Саме тому метою цієї статті є теоретико-правовий аналіз сутності та особливостей правових дефініцій як нормативно-правових приписів, для досягнення якої необхідно дослідити існуючі доктринальні підходи до розуміння природи правових дефініцій та визначити їхнє місце серед інших приписів права; сформулювати основні логіко-структурні закономірності існування та функціонування визначень, які використовуються в чинному законодавстві; охарактеризувати функції дефініцій, що містяться в нормативно-правових актах України.

Дефініції, закріплені в нормативних правових актах, становлять найважливішу групу правових дефініцій. Їх називають легальними. Якщо доктринальні й буденні дефініції виражають світоглядну сутність, здатні швидко змінюватися і досить нестабільні з точки зору їх «зберігання» в часі, то нормативні правові визначення статичні. Їх стабільність визначається самою природою права. Нормотворчі дефініції становлять стрижень, основу правового регулювання³.

Отже, право за своєю природою потребує стабільності своїх понять, конструктивності дефініцій. Плинність, надмірна гнучкість юридичних понять, їх кон'юнктура еластичність часто негативно позначаються

¹ Див. також: Хайретдинова М. Д. Типичные дефекты дефиниций современного российского законодательства и основные пути их преодоления / М. Д. Хайретдинова // Юрист. – Правоведъ. – 2008. – № 1. – С. 8–13.

² Мальцев Г. В. Социальные основания права / Г. В. Мальцев. – М. : Норма, 2007. – С. 534.

³ Власенко Н. А. Судебные правовые дефиниции: природа, функции, основания деления и виды / Н. А. Власенко // Журн. рос. права. – 2009. – № 12. – С. 60.

на ефективності правового регулювання і здатні руйнувати право як соціальне явище. Юридична практика потребує таких дефініцій, які дозволяють із найбільшим ступенем точності відмежовувати одну фактичну обставину від іншої, — у цьому сутність права, його розумність і справедливість¹.

Дефініції є ваговою частиною понятійного інструментарію системи законодавства, яка сприяє її формальній визначеності. Поряд з іншими приписами вони виконують завдання тлумачення понять, що створені законодавцем, і повинні знайти оптимальні форми закріплення у мові сучасного українського законодавства. Пошук та апробація таких форм є одним із актуальних завдань правової науки.

Дефініції не виступають «прямими» правилами поведінки. Їх необхідно розглядати не як норму права, а як особливий державно-владний припис, який на відміну від наукових та повсякденних визначень є загальнообов'язковим при тлумаченні і застосуванні положень нормативно-правового акта. Так, В. М. Горшенев відносив дефініції до нетипових нормативних приписів на тій підставі, що вони не мають властивостей, якими володіє норма права, будучи класичною (типовою) композицією нормативних приписів: указівка на взаємозумовленість поведінки сторін та соціального зв'язку; уповноважувально-зобов'язуючий характер; тричленна структура, тобто гіпотеза, диспозиція і санкція².

Оскільки стрімкий розвиток суспільних відносин, особливо в приватноправовому секторі, стає одним із факторів, що впливає на потребу в гранично точних, але в той же час доступних нормативно-правових актах, легальна дефініція є одним із найбільш важливих нетипових правових засобів законодавчої техніки, що сприяють вирішенню цього завдання³. Норми-дефініції дозволяють виключити суперечливе тлумачення понять, що вживаються в джерелах права, забезпечують сутнісну і змістовну завершеність регулятивних і охоронних норм права, різного роду юридичних конструкцій, тим самим усуваючи прогалини і дозволяючи домогтися однаковості в розумінні і реалізації правових норм.

¹ Власенко Н. А. Судебные правовые дефиниции: природа, функции, основания деления и виды / Н. А. Власенко // Журн. рос. права. – 2009. – № 12. – С. 61.

² Горшенев В. М. Нетипичные нормативные предписания в праве / В. М. Горшенев // Сов. государство и право. – 1978. – № 3. – С. 113.

³ Ушакова Л. Н. Дефиниции как нетипичное правовое средство законодательной техники / Л. Н. Ушакова // Ленингр. юрид. журн. – 2008. – № 1. – С. 188.

Слід визнати, що всі правові поняття є взаємозалежними. Це проявляється в тому, що їх значення (зміст) розкривається одне через одне. У результаті поняття права утворюють певну систему, що одержала назву понятійного апарату права. Детальне дослідження структури й закономірностей розвитку понятійного апарату було проведено С. Ю. Головиною щодо специфіки трудового права¹. Ґрунтуючись на її визначенні галузевого понятійного апарату, можна розглядати понятійний апарат права як ієрархічно організовану, цілісну інформаційну систему, що включає в себе логічно взаємозалежні й структурно впорядковані правові поняття, категорії, терміни та їх визначення. Усе це дозволяє говорити про те, що нормативні визначення правових понять, органічно включаючись до понятійного апарату права, виступають у складі останнього важливою частиною системи права. У цьому аспекті інтерес з точки зору юридичної науки представляє спроба законодавця вибудувати ієрархію дефініцій у Податковому кодексі України. Так, згідно із п. 5.2 ст. 5 Податкового кодексу України у разі якщо поняття, терміни, правила та положення інших актів суперечать поняттям, термінам, правилам та положенням цього Кодексу, для регулювання відносин оподаткування застосовуються поняття, терміни, правила та положення цього Кодексу. У той же час, як передбачено у п. 5.3, інші терміни, що застосовуються у цьому Кодексі і не визначаються ним, використовуються у значенні, встановленому іншими законами.

Отже, є всі підстави для того, щоб розглядати правові дефініції як нормативно-правові приписи особливого типу, що характеризуються набором власних змістовних і формальних ознак. Так, до першої групи включаються ознаки, що характеризують зміст правових дефініцій:

– до змісту нормативно-правових приписів цього типу входить опис істотних, якісних ознак обумовленого правового поняття. При цьому важливою рисою саме законодавчої дефініції є перерахування в ній не всіх, а лише найважливіших ознак, що утворюють поняття;

– дефінітивні нормативно-правові приписи характеризуються високим ступенем наукової обґрунтованості. Вони є положеннями правової теорії, що сформульовані під час наукового пошуку. Однак якщо основне завдання норми — у встановленні належної поведінки, то в дефініції переважає скоріше не вольовий, а інтелектуальний елемент, тобто основна її мета — донести інформацію, описати всі ознаки відповідного поняття, перенести певну частину теоретичного дослідження в закон, додавши йому нормативного значення;

¹ Головіна С. Ю. Понятійний апарат трудового права / С. Ю. Головіна. – Катеринобурґ, 1997. – С. 74.

– специфіка змісту правових дефініцій взаємно обумовлена їхніми функціональними особливостями. Основна функція дефініцій полягає в тому, щоб внести ясність у процес правового регулювання, забезпечити однакове розуміння всіх велінь законодавця. Вони служать вузловими моментами встановлення єдності в розумінні й реалізації норм права як правил поведінки;

– для правових дефініцій більш характерна опосередкована форма реалізації: вони сприймаються суб'єктом, що реалізує ті або інші норми, який надалі здійснює свою діяльність із урахуванням отриманої інформації.

Уявлення про правові дефініції як про особливий тип нормативно-правових приписів вимагає виокремлення також його формальних ознак. До них можна віднести такі.

1. Норми-дефініції не повинні загромаджувати нормативний правовий акт. Ця вимога є складовою принципу розумної достатності використання мовленнєвих засобів у текстах нормативних актів: «Законодавча думка має бути висловлена максимально обмеженою кількістю фраз і термінів»¹.

Так, слід погодитись із думкою, висловленою Т. В. Губаєвою і А. С. Піголкиним, що нормативні дефініції є необхідними у випадках, якщо:

– поняття створено шляхом переосмислення загальнозживаного слова або з використанням нетрадиційної лексики (рідко вживаних, спеціальних або іншомовних слів);

– поняття оформлене за допомогою слів, які занадто часто вживаються у буденній мові й викликають множинні смислові асоціації;

– з урахуванням цілей нормативного правового акта поняття набуває специфічного значення;

– поняття по-різному трактується юридичною наукою і практикою².

Інші автори доповнюють цей перелік, вважаючи, що розкриття терміна в нормативному приписі-дефініції є також необхідним у випадках, якщо:

– термін позначає об'єкти, відносини, процеси або явища, які раніше не знаходили відображення в законодавстві;

– термін без додаткового пояснення є недостатньо зрозумілим;

¹ Язык закона / под ред. А. С. Пиголкина. – М. : Юрид. лит., 1990. – С. 26.

² Губаева Т. В. Лингвистические правила законодательной техники / Т. В. Губаева, А. С. Пиголкин // Проблемы юридической техники : сб. ст. / под ред. В. М. Баранова. – Н. Новгород, 2000. – С. 280.

- термін має два і більше значення;
- термін є технічним або спеціально-юридичним;
- правове поняття формується зі слів, що дозволяють неоднозначно тлумачити його зміст.

Як бачимо, основна передумова для легального дефінування — різні варіанти тлумачення того чи іншого терміна (поняття), котрі виникли на практиці (або змодельовані на стадії розробки законопроекту), або повна відсутність практики застосування норми з відповідною неясною ознакою¹.

Отже, формулюючи дефінітивний нормативно-правовий припис, законодавець вирішує такі питання: 1) чи доцільно закріплювати законодавчо дефініцію даного поняття; 2) у якому нормативному акті необхідно її закріпити; 3) де в межах структури правового акта варто помістити дефініцію; 4) якою повинна бути форма самої дефініції?

2. Правові дефініції мають свою структуру, котра включає три компоненти — термін, частину, що визначає його, та предикативний зв'язок. Початок визначення з терміна, що визначається, свідчить про намір законодавця ввести в нормативно-правовий акт нове для нього поняття. Саме тому спочатку вводиться поняття, а потім воно визначається.

3. Законодавча практика використовує декілька способів закріплення дефініцій у тексті нормативно-правового акта:

- при першому згадуванні терміна в тексті норми, що вказує на правило поведінки, як вступної частини розкривається його значення;
- у примітках;
- у вигляді окремої статті, що об'єднує всі поняття, які використовуються в нормативно-правовому акті, і розміщена на його початку.

У деяких нормативно-правових актах дефініції розміщено в преамбулі, проте такий спосіб викладення термінів слід визнати недоцільним із точки зору правил юридичної техніки.

4. Співвідношення норми-дефініції і тексту нормативного правового акта може бути різним. Як правило, дефінітивна норма збігається з однією структурною одиницею (статтею, пунктом, абзацем) нормативного акта.

Отже, правова дефініція — це нормативно-правовий припис, що розкриває зміст правового поняття шляхом указівки його основних юридично значущих ознак або елементів із метою забезпечення єдності правового регулювання.

¹ Кострова М. Б. Дефинирование понятий и терминов, используемых в УК РФ / М. Б. Кострова // Журн. рос. права. – 2003. – № 12. – С. 82.

Значення дефінітивних нормативних приписів у механізмі правового регулювання полягає у забезпеченні єдності в розумінні й реалізації всіх велінь законодавця; підвищенні ступеня формалізації законодавства; формуванні понятійного апарату системи права; упровадженні в чинне законодавство нових результатів розвитку науки, відновленні теоретичної бази законодавства. Ефективність правового регулювання великою мірою визначається єдністю понятійно-термінологічного апарату всередині окремих галузей та інститутів права, його узгодженістю як за вертикаллю (щодо конституційних і міжнародно-правових норм), так і за горизонталлю (норм різних галузей права між собою). Слід погодитись із тим, що якість нормативного визначення поняття не може бути вищою за рівень відповідних теоретичних знань, оскільки законодавець, як правило, відображає наявні на цей момент доктринальні напрацювання правових явищ¹. Часто саме теоретична невиробленість того чи іншого поняття не дозволяє законодавцю сформулювати його адекватну легальну дефініцію.

Дашковская Е. Правовые дефиниции как вид нормативных правовых предписаний

В статье дана общетеоретическая характеристика правовых дефиниций, выделены их содержательные и формальные признаки. Рассмотрены возможные пути изложения правовых дефиниций в тексте нормативно-правовых актов. Раскрыты критерии выявления необходимости раскрытия содержания того или иного правового понятия в тексте нормативно-правового акта. Проанализирована роль правовых дефиниций в механизме правового регулирования, их значение для обеспечения определенности правового регулирования.

Ключевые слова: дефиниция, правовая дефиниция, правовое предписание, правовой термин.

Dashkovska O. The legal definitions of a form of legal prescriptions

The article provides a general theoretical description of the legal definitions of selected substantive and formal. The possible ways of presenting the legal definitions in the text of regulations. Disclosed criteria for determining the need to disclose the content of a legal concept in the text of a regulatory act. The role of the legal definitions of the mechanism of legal regulation, its importance for regulatory certainty.

Keywords: definition, legal definition, legal regulation, a legal term.

¹ Смирнов Л. В. Типичные дефекты дефиниций в законодательстве Российской Федерации / Л. В. Смирнов // Законодательная дефиниция: логико-гносеологические, политико-юридические, морально-психологические и практические проблемы : материалы междунар. круглого стола / под ред. В. М. Баранова, П. С. Пацуркивского, Г. О. Матюшкина. – Н. Новгород, 2007. – С. 329.

УДК 340.12

В. Ковальчук, доктор юридичних наук, завідувач кафедри теорії та історії держави і права Національного університету «Острозька академія»;

С. Іщук, кандидат юридичних наук, доцент кафедри муніципального права та адміністративно-правових дисциплін Національного університету «Острозька академія»

Проблеми становлення правових основ інститутів громадянського суспільства в контексті прийняття Закону України «Про громадські об'єднання»

Говорячи про громадянське суспільство, науковці насамперед розуміють структуру недержавних самозорганізованих груп, які, за визначенням Ф. Шміттера, мають щонайменше чотири ознаки. По-перше, вони мають бути здатними планувати та реалізовувати колективні акції щодо захисту чи досягнення своїх інтересів. По-друге, вони, як правило, є незалежними як від органів державної влади, так і від приватних корпоративних об'єднань. По-третє, такі групи не прагнуть підмінити собою державні владні структури і не намагаються захопити державну владу. По-четверте, вони завжди згодні діяти у межах легітимно встановлених законом політико-правових норм¹.

Схожі ідеї висловлюють і вітчизняні вчені-юристи. Так, на думку Ю. Тодика, «громадянське суспільство — це система самостійних і незалежних від держави суспільних інститутів і відносин, які забезпечують умови для реалізації приватних інтересів і потреб індивідів та колективів для життєдіяльності соціальної, культурної і духовної сфер, їх відтворення та передачі від покоління до покоління»². Обґрунтовуючи власну концепцію взаємодії держави та громадянського суспільства, О. Петришин характеризує останнє як «сукупність добровільно сформованих громадських інституцій, котрі діють на самоврядних засадах у межах конституції та законів,

¹ Шміттер Ф. Размышления о гражданском обществе и консолидации демократии / Ф. Шміттер // Полис. – 1996. – № 5. – С. 16.

² Тодика Ю. М. Конституція України: проблеми теорії і практики : монографія / Ю. М. Тодика. – Х. : Факт, 2000. – С. 270.

за посередництвом яких індивіди реалізують свої основні невід'ємні права і свободи»¹.

Відповідно до інституційного розуміння поняття «громадянське суспільство», яке є найпоширенішим у правовій теорії, його основою є незалежні самоврядні інститути, до яких найчастіше відносять недержавні громадські організації. Так, відповідно до Постанови Кабінету Міністрів України від 5 листопада 2008 р. № 976 під інститутами громадянського суспільства слід розуміти громадянські організації, професійні та творчі спілки, організації роботодавців, благодійні та релігійні організації, органи самоорганізації населення, недержавні засоби масової інформації та інші непідприємницькі товариства і установи, легалізовані відповідно до законодавства². Саме за їх допомогою суспільство із розрізної маси перетворюється на консолідовану структуру, яка здатна ефективно впливати на формування та функціонування державної влади і цим самим здійснювати легітимуючу функцію стосовно неї.

Основним елементом громадянського суспільства є незалежні самоврядні інститути, які під час взаємодії з органами державної влади виконують ряд важливих функцій, що пов'язані з процесом легітимації державної влади. Зокрема, вони: по-перше, постають гарантами непорушності особистих прав громадян, дають їм упевненість у власних силах, служать опорою в їх можливому протистоянні з державною владою. По-друге, є засобом самовираження громадян, їх самоорганізації та самостійної реалізації ними власних інтересів. По-третє, систематизують, упорядковують, надають урегульованості протестам і вимогам людей, які в іншому випадку могли мати руйнівний характер, і в такий спосіб створюють сприятливі умови для функціонування державної влади. По-четверте, здійснюють ефективний контроль за формуванням та функціонуванням органів державної влади, встановлюючи межі їх компетенції. По-п'яте, дають громадянам можливість безпосередньо впливати на процес прийняття важливих для суспільства та держави рішень, включаючи законотворчість.

Отже, від рівня правового забезпечення функціонування інститутів громадянського суспільства, зокрема громадських організацій, залежать, з одного боку, ступінь захищеності прав та свобод людини і гро-

¹ Петришин О. Громадянське суспільство і держава: питання взаємовідносин / О. Петришин // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2006. – № 4 (47). – С. 10.

² Про затвердження Порядку сприяння проведенню громадської експертизи діяльності органів виконавчої влади : Постанова Каб. Міністрів України від 5 листоп. 2008 р. № 976 // Офіц. вісн. України. – 2008. – № 86. – С. 100.

мадянина, а з другого — легітимність самої державної влади. У цьому контексті аналіз нещодавно прийнятого Закону України «Про громадські об'єднання», який набуває чинності з 1 січня 2013 р., є особливо актуальним.

Право на свободу об'єднання закріплене в Конституції України, деталізується у законодавстві. Верховна Рада України має право на підставі статей 36, 37, 92 Конституції України та міжнародно-правових актів, ратифікованих Україною, додатково врегулювати правовий статус інститутів громадянського суспільства, що створюються при реалізації права на об'єднання, у спеціальному законі, який передбачає процедуру їх створення, порядок державної реєстрації та контроль за їх діяльністю. При цьому норми такого спеціального закону не повинні звужувати обсягу конституційних прав на свободу об'єднання та унеможливлувати реалізацію права кожного на прояв своєї суспільно-політичної позиції¹. Межі правового регулювання права на свободу об'єднання визначені Конституційним Судом України у п. 2 мотивувальної частини Рішення від 13 грудня 2001 р. № 18-рп/2001 таким чином: Конституція України встановила межі втручання держави в реалізацію права громадян на свободу об'єднання. Пункт 11 ч. 1 ст. 92 Конституції України передбачає, що виключно законами визначаються «засади утворення і діяльності... об'єднань громадян». Інші (що не є найбільш загальними) питання реалізації права на свободу об'єднання в громадянському суспільстві не підлягають державному регулюванню і мають вирішуватися на вільний розсуд його членів»².

Концептуальні засади спеціального закону, який регулює право на свободу об'єднань, були також визначені Європейським судом з прав людини під час тлумачення норм ст. 11 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. Так, Європейський суд з прав людини у Рішенні по справі «Корецький та інші проти України» зазначає, що ст. 11 Конвенції також містить вимогу щодо якості закону, який у національному законодавстві регулює право на об'єднання³. Визна-

¹ Конституція України. Науково-практичний коментар / редкол.: В. Я. Тацій, О. В. Петришин, Ю. Г. Барабаш та ін.; Нац. акад. прав. наук України. – 2-ге вид., переробл. і допов. – Х.: Право, 2011. – С. 265.

² Рішення Конституційного Суду України від 13 грудня 2001 р. № 18-рп/2001 (справа про молодіжні організації) // Офіц. вісн. України. – 2001. – № 51. – Ст. 2310.

³ Рішення Європейського суду з прав людини від 3 квітня 2008 р. по справі «Корецький та інші проти України» (Заява № 40269/02) // Офіц. вісн. України. – 2009. – № 69. – Ст. 2411.

ючи виключне право держави самостійно регулювати діяльність неурядових організацій на її території, Суд зазначив, що таке втручання у право на свободу об'єднання повинно переслідувати легітимну мету та бути «необхідним у демократичному суспільстві», а спеціальний закон має бути доступним для конкретної особи та достатньо чітко визначати межі втручання держави у право на свободу об'єднань.

У чинному законодавстві України базовим законом, який регулює діяльність неурядових організацій із 1992 р., є Закон України «Про об'єднання громадян»¹. Із 1 січня 2013 р. замість зазначеного нормативно-правового акта набуває чинності Закон України «Про громадські об'єднання», який визначає нові підходи до порядку створення, функціонування та припинення громадських організацій².

Виходячи із завдань дослідження, виклад матеріалу потребує визначення новел у правовому регулюванні права на свободу об'єднання порівняно із чинним Законом України «Про об'єднання громадян». У цій ситуації варто відзначити, що більшість змін у правовому статусі об'єднань громадян були зумовлені потребою адаптації вітчизняного законодавства до європейських стандартів у сфері правового регулювання неурядових організацій, які викладені у Фундаментальних принципах щодо статусу неурядових організацій в Європі від 5 липня 2002 р.³ та у Рекомендаціях Комітету міністрів Ради Європи державам-членам стосовно правового статусу неурядових організацій у Європі CM/REC (2007) 14 від 10 жовтня 2007 р.⁴ Більше того, на невідповідність чинного Закону України «Про об'єднання громадян» таким стандартам указав Європейський суд з прав людини у згаданому нами Рішенні по справі «Корецький та інші проти України».

При розгляді норм Закону України «Про громадські об'єднання» (далі — Закон) передусім необхідно звернути увагу на концептуальні

¹ Про об'єднання громадян : Закон України від 16 черв. 1992 р. № 2460-XII із змінами та допов. // Відом. Верхов. Ради України. – 1992. – № 34. – Ст. 504.

² Про громадські об'єднання : Закон України від 25 берез. 2012 р. № 4572-VI // Офіц. вісн. України. – 2012. – № 30. – Ст. 1097.

³ Фундаментальні принципи щодо статусу неурядових організацій в Європі, прийняті учасниками багатосторонньої зустрічі, організованої Радою Європи 5 липня 2002 р. [Електронний ресурс] // Офіц. веб-сайт Верхов. Ради України. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_209.

⁴ Рекомендації Комітету міністрів Ради Європи державам-членам стосовно правового статусу неурядових організацій у Європі CM/REC (2007) 14 від 10 жовтня 2007 р. [Електронний ресурс] // Офіц. веб-сайт Верхов. Ради України. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_937.

зміни у правовому регулюванні таких об'єднань, які запроваджуються законодавцем.

Першою концептуальною новелою, яка міститься у Законі, є новий підхід законодавця при визначенні видів самих об'єднань громадян. Законом України «Про громадські об'єднання» вводиться новий термін «громадське об'єднання», яким відповідно до ч. 1 ст. 1 Закону є добровільне об'єднання фізичних осіб та/або юридичних осіб приватного права для здійснення та захисту прав і свобод, задоволення суспільних, зокрема економічних, соціальних, культурних, екологічних та інших інтересів.

Термін «громадське об'єднання», на наш погляд, є аналогом передбаченого Законом України «Про об'єднання громадян» терміна «об'єднання громадян» та використовується як загальний для інститутів громадянського суспільства, що створюються в результаті реалізації права на свободу об'єднання. Відповідно до ст. 2 Закону дія цього нормативного акта не поширюється на суспільні відносини у сфері утворення, реєстрації, діяльності та припинення політичних партій, релігійних організацій, непідприємницьких товариств, що утворюються актами органів державної влади, інших державних органів, органів влади Автономної Республіки Крим, органів місцевого самоврядування, асоціацій органів місцевого самоврядування та їх добровільних об'єднань, саморегульованих організацій, організацій, які здійснюють професійне самоврядування, непідприємницьких товариств (які не є громадськими об'єднаннями), утворених на підставі інших законів. Громадські об'єднання можуть створюватися у двох організаційно-правових формах: громадська організація (громадське об'єднання, засновниками та членами якого є фізичні особи) та громадська спілка (громадське об'єднання, засновниками якого є юридичні особи приватного права, а членами можуть бути юридичні особи приватного права та фізичні особи).

При застосуванні термінів, якими позначаються інститути громадянського суспільства, діяльність яких регулюється Законом, проблемним аспектом є питання узгодження таких термінів із нормами Конституції. Так, відповідно до ст. 36 Конституції України право на свободу об'єднання може бути реалізоване шляхом утворення політичних партій та громадських організацій. Ідентичний підхід до термінології існує у Законі України «Про об'єднання громадян», який використовує термін «об'єднання громадян» для позначення двох інститутів грома-

дянського суспільства — політичних партій та громадських організацій. Однак норми Закону, який регулює правові межі втручання держави у конституційне право на свободу об'єднання в інститути, що не є політичними партіями, використовують новий для чинного законодавства України термін «громадські об'єднання» як загальний для позначення всіх таких інститутів. Основною термінологічною неузгодженістю у цій ситуації, на наш погляд, є те, що загальний конституційний термін «громадські організації» у Законі використовується лише як одна з організаційно-правових форм громадських об'єднань.

Громадська спілка як організаційно-правова форма громадського об'єднання є новелою в законодавстві України, яка запроваджена передусім із метою дотримання європейських стандартів у сфері діяльності неурядових організацій. Так, у Фундаментальних принципах щодо статусу неурядових організацій в Європі від 5 липня 2002 р. (пп. 2, 15) та у Рекомендаціях Комітету міністрів Ради Європи державам-членам стосовно правового статусу неурядових організацій у Європі CM/REC (2007) 14 від 10 жовтня 2007 р. (пп. 2, 16) передбачено право будь-якої особи, у тому числі юридичної, бути засновником та членом неурядової організації. Окрім того, на право юридичних осіб щодо створення об'єднань громадян звертав увагу Конституційний Суд України у Рішенні від 13 грудня 2001 р. № 18-рп/2001 (справа про молодіжні організації). Здійснюючи тлумачення норм ст. 36 Конституції України, Суд указав, що «утворення об'єднань громадян, зокрема громадськими організаціями, спілок між собою (як форми об'єднання) ґрунтується на реалізації відповідного права громадянами, які є членами цих організацій»¹.

Разом із тим питання про можливість юридичних осіб приватного права бути засновниками та учасниками громадської спілки не повною мірою відповідає нормам Основного Закону. Формальний аналіз ст. 36 Конституції України дає підстави стверджувати, що учасниками та засновниками громадських організацій можуть бути лише фізичні особи. Крім того, ураховуючи цілі та мету діяльності юридичних осіб, які полягають у забезпеченні певних потреб господарювання та майнових відносин, недоречно наділяти їх правами громадян на свободу об'єднання, які спрямовані на розвиток їх суспільної активності.

¹ Орзіх М. П. Конституція України у судових рішеннях / М. П. Орзіх, А. А. Зеров, Д. С. Терлецький. – К. : Юрінком Інтер, 2011. – С. 120.

Наступною новелою у правовому статусі громадських організацій є зміна підходів до визначення територіального статусу громадських об'єднань. У статті 3 Закону, яка присвячена принципам утворення і діяльності громадських об'єднань, встановлено принцип вільного вибору території діяльності, що передбачає право громадських об'єднань самостійно визначати територію своєї діяльності, крім випадків, визначених законом. Таким чином, указана норма дає можливість громадському об'єднанню здійснювати діяльність на будь-якій території держави чи за її межами незалежно від місця реєстрації. Статтею 19 Закону передбачена можливість для громадського об'єднання добровільно підтвердити всеукраїнський статус, який може бути наданий за умови наявності у такого об'єднання відокремлених підрозділів у більшості адміністративно-територіальних одиниць (Автономній Республіці Крим, областях, м. Київ та м. Севастополь).

Критичну оцінку існуючому на підставі ст. 9 Закону України «Про об'єднання громадян» територіальному статусу громадських організацій було надано Європейським судом з прав людини, який із приводу цього сформулював таку правову позицію: «Що стосується територіального обмеження діяльності об'єднань з місцевим статусом, Суд зазначає, що навіть якщо таке обмеження може вважатися таким, що покликане забезпечити належне функціонування системи державної реєстрації об'єднань, Суд не вбачає будь-якої загрози такій системі у тому, що об'єднання з місцевим статусом можуть мати місцеві осередки в інших містах України, особливо з огляду на обтяжливу вимогу для об'єднань, які прагнуть мати всеукраїнський статус, засновувати місцеві осередки в більшості з 25 областей України»¹.

Таким чином, на відміну від чинного Закону України «Про об'єднання громадян» новий Закон скасовує обов'язкове визначення статусу об'єднань громадян та не передбачає міжнародного статусу громадської організації. Разом із тим, на наш погляд, таке нововведення потребує більш детального правового роз'яснення, оскільки Закон не дає чіткої відповіді, чи зможе громадське об'єднання здійснювати діяльність у інших адміністративно-територіальних одиницях, не маючи всеукраїнського статусу або не маючи в таких територіях відокремлених підрозділів. Також із скасуванням міжнародного статусу громад-

¹ Рішення Європейського суду з прав людини від 3 квітня 2008 р. по справі «Корецький та інші проти України» (Заява № 40269/02) // Офіц. вісн. України. – 2009. – № 69. – Ст. 2411.

ських об'єднань, який передбачений у згаданих нами стандартах Ради Європи, залишається без відповіді питання щодо можливості громадських об'єднань поширювати свою діяльність на території інших держав.

Третьою, на наш погляд, концептуальною зміною у правовому статусі громадських об'єднань в Україні є зняття обмежень щодо захисту інтересів виключно членів громадських організацій у своїй діяльності. Нормами Закону України «Про об'єднання громадян» (статті 3, 20) було передбачено право об'єднань громадян представляти і захищати свої законні інтереси та законні інтереси виключно своїх членів (учасників). Законом таке обмеження знято та передбачено можливість громадським об'єднанням захищати права і свободи як членів таких об'єднань, так і будь-яких інших осіб.

Із приводу вказаної новели можливо висловити зауваження, яке ідентичне критиці положення про право юридичних осіб бути засновниками громадських об'єднань: така ситуація, відповідаючи стандартам Ради Європи у сфері неурядових організацій, не повною мірою узгоджується із нормами Конституції України, яка у ст. 36 передбачає право громадян на об'єднання у громадські організації для захисту виключно своїх інтересів.

Окрім базових концептуальних змін у правовому регулюванні права на громадські об'єднання варто виділити інші зміни, які стосуються особливостей створення та реєстрації, а також питань безпосередньої діяльності громадських об'єднань.

Зміни, внесені Законом України «Про громадські об'єднання» у питання створення та реєстрації громадських об'єднань, безумовно, є позитивними та відповідають згаданим нами засадам такого спеціального закону, який регулює право на громадські об'єднання: закон повинен бути доступним для конкретної особи та достатньо чітко визначати межі втручання держави у право на свободу об'єднань. По-перше, Законом здійснено суттєве спрощення реєстраційних процедур як за порядком, так і за строками розгляду відповідних документів. Так, до 7 днів скорочується термін реєстрації громадських об'єднань та чітко визначається перелік документів для їх реєстрації, указується вичерпний перелік підстав, які можуть стати причиною для відмови у реєстрації громадського об'єднання або повернення документів на доопрацювання, чітко регламентуються і скорочуються до мінімуму процедури перевірки. По-друге, перевірка статуту громадського

об'єднання відтепер здійснюватиметься виключно на відповідність Конституції та законам України — на відміну від попередньої практики, коли така перевірка передбачала відповідність статутних чи інших документів також підзаконним нормативним актам. По-третє, первинна реєстрація громадських об'єднань відтепер є безкоштовною.

Остання група змін у правовому статусі громадських об'єднань стосується діяльності таких інститутів. Істотною новелою у правовому регулюванні діяльності громадських об'єднань є надання таким об'єднанням із статусом юридичної особи права здійснювати відповідно до закону підприємницьку діяльність безпосередньо, якщо це передбачено статутом громадського об'єднання, або через створені в порядку, передбаченому законом, юридичні особи (товариства, підприємства), якщо така діяльність відповідає меті (цілям) громадського об'єднання та сприяє її досягненню. Статтею 24 Закону України «Про громадські організації» передбачено право об'єднань громадян здійснювати господарську діяльність без мети отримання прибутку, при цьому можливість на здійснення комерційної (підприємницької) діяльності безпосередньо для таких інститутів не передбачена, оскільки вони можуть здійснювати таку діяльність виключно через створені юридичні особи.

Новими у правовому полі є положення ст. 22 Закону («Засади взаємодії громадських об'єднань з органами державної влади, органами влади Автономної Республіки Крим, органами місцевого самоврядування»). Утім варто зауважити, що конкретних засад у Законі не визначено, а вказано лише на принципи взаємодії, які так чи інакше впливають із положень Конституції та цивільного законодавства України. Безперечно, наявність такої норми є необхідною, однак у цій сфері мають бути встановлені певні імперативні правила.

Також належним чином не врегульованим залишається питання фінансової підтримки діяльності громадських організацій. У згаданих нами Рекомендаціях Комітету міністрів Ради Європи державам-членам стосовно правового статусу неурядових організацій у Європі міститься вимога про необхідність існування чітких та об'єктивних критеріїв для надання будь-якої державної допомоги та підтримки діяльності неурядових організацій. Дійсно, ст. 23 Закону передбачає можливість фінансової підтримки громадських об'єднань зі статусом юридичної особи за рахунок коштів Державного бюджету України, місцевих бюджетів відповідно до закону. Однак у Законі не визначено порядку та

умов залучення такої фінансової допомоги, критеріїв, на які вказувала Рада Європи, не розроблено, не передбачено жодної процедури подання заявок громадських об'єднань на отримання відповідної допомоги. Це, безумовно, створюватиме можливість для зловживань при прийнятті рішення про надання тієї чи іншої підтримки діяльності таких організацій з боку держави.

Таким чином, концептуальні нововведення Закону щодо загальної структури інститутів, які створюються у результаті реалізації права на свободу об'єднання, їх правового статусу, адаптовані до європейських стандартів у сфері діяльності неурядових організацій та є більш прогресивними порівняно із нормами чинного законодавства. Однак у цьому питанні необхідно констатувати формальну невідповідність окремих положень Закону «Про громадські об'єднання» нормам ст. 36 Конституції України. На наше переконання, саме норми Основного Закону повинні бути узгоджені із сучасними умовами діяльності громадських об'єднань.

Ковальчук В., Іщук С. Проблемы становления правовых основ институтов гражданского общества в контексте принятия Закона Украины «Об общественных объединениях»

Статья посвящена рассмотрению новелл Закона «Об общественных объединениях» относительно структуры и правового статуса общественных объединений. Исследуются вопросы терминологии, которая используется для обозначения общественных объединений, изменения в их территориальном статусе, также обращается внимание на нововведения, касающиеся регистрации и деятельности общественных объединений.

Ключевые слова: общественное объединение, общественная организация, общественный союз.

Kovalchuk V., Ishchyk S. Problems of becoming of legal frameworks of institutes of civil society in the context of passing Law «About public associations»

The article is devoted consideration of Law «On public associations» related with a structure and legal status of public associations. The questions of terminology, which is used for denotation of public associations, change in their territorial status, are probed, also attention applies on innovations which touch registration and activity of public associations.

Keywords: public association, public organization, public union.

УДК 340.132.6

С. Прийма, кандидат юридичних наук, асистент кафедри теорії держави і права Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Принцип розумності тлумачення норм права

Розум є однією з найскладніших категорій, якими пронизане право. Без правильного її розуміння неможливо правильно розуміти саме право, а отже, правильно його реалізовувати у будь-якій формі. Адже загальновідомо, що «право — це насамперед розум» (*Lex est aliquid rationis*).

Розумність традиційно розглядають як одну з чеснот людини поряд із справедливістю, розважливістю та мужністю¹. Саме розумність є тим, що просив премудрий Соломон у Бога, щоб бути здатним управляти своїм народом і судити його. А апостол Павел на підтвердження властивості розуму бути основою правосуддя писав: хіба немає між вами жодного розумного, хто міг би розсудити між братами своїми? (1 Кор. 6, 5).

У філософії розум є категорією, що позначає абсолютне начало, яке складає ядро родової сутності людини та виявляє себе у формах пізнання, цілеспрямування, організації та виробництва. Тобто він є певним абсолютном, що лежить в основі будь-якої сфери діяльності людини. Узагальнюючи різноманітні прояви розуму у формі філософії, людина набуває можливості використовувати всю повноту творчої енергії розуму для відтворення самої себе як цілісної істоти².

Відомо, що своєрідний культ розуму був характерний для епохи Просвітництва, коли людину наділяли здатністю пізнання світу в усіх його проявах. Природно, що головним інструментом при цьому був людський розум. Однак це явище сягає своїм корінням ще глибше. Так, ще за часів Давньої Греції виникла раціоналістична традиція — філософський напрям, що визнавав розум основою пізнання і поведінки людей, джерелом і критерієм істинності всіх життєвих спрямувань

¹ Філософія права : навч. посіб. / О. Г. Данильян, Л. Д. Байрачна, С. І. Максимов та ін. ; за ред. О. Г. Данильяна. – К. : Юрінком Інтер, 2002. – С. 222.

² Краткий философский словарь / под ред. А. П. Алексева. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : Проспект, 2002. – С. 314–315.

людини. При цьому раціоналізм бере свій початок від філософії Сократа, який вважав, що метою людини є пізнання самої себе. Єдиний шлях до цього він убачав у раціональному мисленні.

Для юриспруденції розум — це життя права. Особливого значення він набув у англо-американській правовій системі, де фактично визнається першочерговим серед джерел права, хоча з формально-юридичного боку відіграє лише допоміжну роль¹. Так, у системі англійського загального права (common law) значно поширеною є ідея про розумність позитивного права; його основою впродовж англійської історії служив принцип «верховенства розуму» (rule of reason) або «здоровий глузд». Відповідно до нього принцип (норма), згідно з яким вирішувалася справа, мав бути обумовлений самою природою правосуддя, а не просто містити посилання на відповідні нормативно-правові акти². Це пояснюється існуванням фундаментального обов'язку судді щодо розумного здійснення свого розсуду; адже нерозумний варіант є незаконним і суддя має уникати його. Розумність при цьому має охоплювати не лише результат, а й процес. Це означає, що підкидання монети може привести до необхідного результату, однак цей процес не можна вважати розумним³.

У системі загального права поняття «розум» має кілька значень. В одних випадках воно характеризується як повсякденне життя, суть загального (суддівського) права, в інших — як певний розумний засіб заповнення існуючих прогалин у статутному праві. При цьому пояснюється, що розум не є якимось невизначеним почуттям справедливості конкретних індивідуумів; це розум у тому вигляді, як його розуміють судді, які піклуються перш за все про створення стрункої системи права⁴. Разом із цим «розум» сприймається також у сенсі ухвалення розумного суддівського рішення з певної справи в умовах, коли існують серйозні прогалини в механізмі правового регулювання відносин у відповідній сфері⁵. Так, судді, керуючись здоровим глуздом,

¹ Давид Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози ; пер. с фр. В. А. Туманова. – М. : Междунар. отношения, 1999. – С. 264–265.

² Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні / С. Шевчук. – К. : Реферат, 2007. – С. 68, 308.

³ Барак А. Судейское усмотрение : пер. с англ. / А. Барак. – М. : НОРМА, 1999. – С. 151, 307.

⁴ Давид Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози. – С. 265.

⁵ Марченко М. Н. Источники права : учеб. пособие / М. Н. Марченко. – М. : ТК Велби, Проспект, 2005. – С. 609–610.

мають вирішити, чи розумно вимагати від одного з подружжя продовжувати терпіти поведінку іншого. Саме розум дозволяє їм отримувати одноманітні результати у справах аналогічного характеру, унаслідок чого поступово виробляються раціональні принципи, які згодом зможуть застосовуватися у багатьох різноманітних ситуаціях без будь-якого обмеження справедливості¹.

Крім цього, розумність є одним із важливих критеріїв для судової перевірки поведінки суб'єктів права. Наприклад, оцінюючи розумність дій адміністративних органів, англійські суди використовують стандарт Венсбері, який був сформульований у справі *Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury Corporation* (1948). Відповідно до нього рішення адміністративного органу, прийняте в межах його дискреційних повноважень, може бути скасоване у процесі здійснення судового контролю, якщо воно є настільки нерозумним, що жоден інший адміністративний орган, діючи розумно, не прийняв би його².

Проте категорією «розум» користуються не лише в системі англо-американського права. У літературі можна зустріти погляд, згідно з яким романо-германська правова система формувалася на основі римського права, котрому вже була відома ідея, за якою суспільство має підкорюватися нормам розуму³. У країнах із цією системою, де право є насамперед продуктом законодавства та норми права мають загальний характер, розум зазвичай шукають у самому чинному праві у процесі його застосування й тлумачення. Розум тут відіграє більш важливу роль у тлумаченні закону, ніж у тому, щоб побудувати право. Таким чином, саме принцип розумності є тією спільною основою, яка об'єднує дві основні правові системи (англосаксонську та романо-германську): між емпіризмом англійців та логікою французів існує щось середнє — поняття, що їх примирює та становить центр цих систем. Це поняття — розум⁴.

¹ Ллойд Д. Ідея права: репресивне зло или соціальна необхідність? / Д. Ллойд ; пер. с англ. Ю. М. Юмашева, М. А. Юмашевой. – М. : Юнона, 2002. – С. 70.

² Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні / С. Шевчук. – С. 377.

³ Уварова О. О. Роль принципів права у процесі правозастосування : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Олена Олександрівна Уварова. – Х., 2009. – С. 71.

⁴ Давид Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози. – С. 264, 268–269.

Важливо відзначити, що дослідження категорії «розум» необхідне також для ефективного здійснення інтерпретаційної діяльності, що обумовлюється загальним характером права, а також особливою його мовою. Важко уявити, що без розумності можливо відшукати дійсний зміст оціночних термінів або здійснити аналіз будь-якої норми, наділеної ознакою абстрактності, щодо конкретного життєвого випадку. Як відзначає Р. Циппеліус, здатність підпорядковувати ситуацію тій чи іншій нормі, уміння правильно асоціювати ту чи іншу ситуацію з нормою права, що її регулює, є талантом розсудливості¹. Це положення стосується не лише правозастосування, а має реалізовуватися і під час інтерпретації. Адже згадане асоціювання життєвих випадків із невитлумаченою нормою є неможливим. Таким чином, тлумачення права так само має відповідати вимогам розумності або ж розсудливості, і якщо ця діяльність не засновується на розумності, то говорити про ефективність її здійснення досить важко.

Розумність відображає якісний бік інтерпретації та властива їй саме через те, що вона є діяльністю, в основі якої знаходиться така властивість людської свідомості, як розум. Так, якщо говорити про тлумачення як про діяльність, яка здійснюється розумною особою, то це означатиме, що інтерпретатор виявляє себе як розсудливий, стриманий, толковий суб'єкт.

Г. Радбрух відзначав, що зазвичай юридичне тлумачення відрізняється від інтуїтивних форм примітивного тлумачення (релігійного, мистецтвознавчого тощо) своєю в цілому раціональною природою. Воно є не магічним або містичним тлумаченням, не грою глибокодумності, а логічною інтерпретацією². Так само Є. В. Васьковський, посилаючись на Г. Ф. Пухту, наголошував на тому, що від крайнощів юриста мають охороняти здоровий глузд і розум; на його думку, зовнішні, такі, що не проникають до суті справи, правила корисні лише для слабких голів, оскільки звільняють їх від необхідності самостійного мислення. Але таким особам краще за все не братися за тлумачення³. Саме через це розумність разом із добросовісністю слід

¹ Циппеліус Р. Юридична методологія / Р. Циппеліус ; переклад, адаптація, приклади з права України і список термінів Р. Корнути. – К. : Реферат, 2004. – С. 129.

² Радбрух Г. Філософія права / Г. Радбрух ; пер. з нім. Є. Причепія, В. Приходько. – К. : Тандем, 2006. – С. 32.

³ Васьковський Е. В. Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов / Е. В. Васьковський. – М. : АО «ЦентрЮрИнфоР», 2002. – С. 57.

визнати критерієм, межею здійснення інтерпретатором своїх повноважень¹.

Водночас принцип розумності інтерпретації і сам має відповідні критерії. Так, Я. Г. Єсіпович зазначає, що для того, аби тлумачення законів сприймалося як розумне й правильне, необхідно дотримуватися таких загальних правил і положень: 1) насамперед через те, що тлумачення закону має прагнути до встановлення точного сенсу й істинного розуму його, то очевидним є те, що цей істинний розум не може і не повинен суперечити загальному здоровому глуздові; 2) яким би чином не тлумачився закон: за буквальним його сенсом, за ціллію видання чи за загальним духом законодавства, він завжди має інтерпретуватися згідно із справедливістю; 3) закон не може тлумачитися зі шкодою тим особам, задля охорони прав яких він приймався; 4) суд не є відповідальним за недоліки законів, адже законодавчої влади він не має і, отже, не може ані змінювати, ані покращувати законів, але зобов'язаний застосовувати їх лише так, як вони існують; 5) касаційний суд повинен тлумачити закони не інакше як у дусі законодавця, убачаючи ту мету і ті наслідки, що припускав законодавець, видаючи закон, так, щоб наслідки від видання закону збігалися з наслідками від його тлумачення; 6) тлумачення законів має встановлювати їх точний сенс та істинний розум².

Ці критерії доповнені в одному з принципів природного права, де ідея розумності втілена в таку формулу: норма позитивного права є нечинною, якщо вона сформульована нечітко, містить суперечності чи суперечить іншим нормам, або ж її вимоги неможливо дотримати. Наприклад, суддя Е. Коук у справі доктора Бонема (Dr. Bonham's Case) (1610) зазначав: якщо прийнятий закон суперечить загальному праву та здоровому глузду, є злочинним або неможливим до виконання, його слід визнати нечинним і зупинити його дію³. Таким чином, позитивне право також пронизується елементами розуму: почасти безпосередньо, у формі усвідомлення справедливості, яке, крім того, обумовлює ще й необхідну критику чинного права. Разом із цим вважають, що по-

¹ Вердиян Г. Добросовестность как один из пределов осуществления гражданских прав [Електронний ресурс] / Г. Вердиян // Право и жизнь. – 2012. – № 2 (64). – Режим доступу: <http://www.law-n-life.ru/arch/n162.aspx>.

² Єсіпович Я. Г. О толковании законов / Я. Г. Єсіпович // Журн. Мин-ва юстиции. – 1894. – № 2. – С. 103–106.

³ Шевчук С. В. Основи конституційної юриспруденції: навч. посіб. / С. В. Шевчук. – Х.: Консум, 2002. – С. 52, 54.

няття розуму набуває легітимуючої сили, тобто розум наділяється функцією легітимізації права. До того ж завдяки зв'язку ідеї права з розумністю особа, яка здійснює тлумачення або застосування права, повинна виходити з припущення, що закони завжди розробляються не за принципом довільної випадковості, а для досягнення у певному обсязі розумних і через це відтворюваних цілей, адже де панує право, панує також і розум¹. Тому, згідно з ідеєю права, закони і застосовувати (тлумачити) потрібно відповідним чином².

Цікавим для цього дослідження є погляд цивілістів, які визначають розумність як дії, що здійснила б людина, яка має нормальний, середній рівень інтелекту, знання та життєвий досвід. Інакше кажучи, оцінюючи розумність діяльності, розглядаються не інтелектуальний або вольовий елементи реальних дій конкретного суб'єкта, а перевіряється можливість вчинення відповідних дій «середньою» особою. Істотним тут є те, що нормальна людина, бажаючи здійснити певну діяльність, була здатна зробити це в конкретних умовах. Наприклад, розумний строк — це час, необхідний розумній особі для вчинення дії в конкретному випадку. Під розумними ж діями слід мати на увазі ті, що здійснила би більшість людей у подібній ситуації³. Водночас конструкція «звичайна розумна людина» широко використовується англо-американським правом і визначається як чоловік (чи жінка) з лави присяжних або як «пасажир з автобуса в Клепхемі» (район Лондона)⁴.

Поняття розумної особи використовується також у принципах УНІДРУА. У них зазначається, що договір має тлумачитися відповідно до загальних намірів сторін, тобто у значенні, яке аналогічні сторонам розумні особи надавали б договорам у тих самих обставинах. Більше того, вимога розумності зобов'язує суб'єкта інтерпретаційної діяльності обирати дію та здійснювати її так, щоб вона за нормального розвитку причинно-наслідкових зв'язків мала принаймні мінімально корисну ефективність.

¹ Гюфе О. Розум і право. Складові інтеркультурного правового дискурсу / О. Гюфе ; пер. з нім. Л. А. Ситниченко, М. Д. Култаєвої. – К. : Альтерпрес, 2003. – С. 22, 33.

² Бьдлински Ф. Основные положения учения о юридическом методе. Ч. 1 / Ф. Бьдлински // Иностранная наука частного права. Вестник гражданского права. – 2006. – Т. 6, № 1. – С. 214.

³ Есипович Я. Г. О толковании законов / Я. Г. Есипович. – С. 115.

⁴ Ллойд Д. Идея права: репрессивное зло или социальная необходимость? / Д. Ллойд. – С. 68.

Однак, з іншого боку, не можна повністю прийняти наведений погляд представників цивільного права та перенести його до сфери тлумачення. Як уявляється, у сфері інтерпретації не слід говорити про середній, нормальний розум беззаперечно, оскільки неможливо ні в якому разі порівнювати розумне тлумачення, що здійснюється науковцем, професіоналом або звичайною особою, яка не має спеціальних знань у цій галузі. Крім того, «розумна людина» може бути обтяженою купою забобонів, неосвіченості, власних нерозв'язаних проблем тощо, а отже, цей термін є недостатньо точним¹.

Можна відмітити, що звернення до принципу розумності, крім указівки на розумну особу, відбувається також при визначенні строків і встановленні розмірів відшкодування шкоди. Наприклад, у практиці Європейського суду з прав людини категорія «розумність» вживається, як правило, у сполученні зі словом «строк», адже у ч. 1 ст. 6 Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод закріплене право кожного на судовий розгляд у розумний строк.

Важливою функцією принципу розумності є перевірка інтерпретаційних висновків на абсурдність. Що більше підстав вважати отриманий результат безглуздим, то необхіднішим є використання засади розумності. Водночас слід відзначити, що так зване «золоте правило тлумачення» цілком обумовлюється принципом розумності: при існуванні різних варіантів розуміння тих самих термінів необхідно обрати той, що дозволяє уникнути абсурдності висновків. Отже, з можливих роз'яснень закону необхідно обирати те, при якому закон отримує найбільш розумне значення і може здійснити найбільш сприятливу дію².

Наприклад, недотримання вимог принципу розумності правотлумачної діяльності може бути причиною абсурдності інтерпретаційних результатів при тлумаченні ч. 2 ст. 376 ЦК України, відповідно до якої особа, яка здійснила або здійснює самочинне будівництво нерухомого майна, не набуває права власності на нього, якщо дозволити отримувати це майно у спадок. У цьому разі саме принцип розумності інтерпретації права не дозволяє спадкоємцю набути права власності на незаконно зведену будівлю, оскільки це майно не є об'єктом права власності, про що зазначається у п. 6 Постанови Пленуму Вишого

¹ Барак А. Судейское усмотрение / А. Барак. – С. 18.

² Шершеневич Г. Ф. Общая теория права : учеб. пособие : в 2 т. / Г. Ф. Шершеневич. – М. : Юрид. колледж МГУ, 1995. – Т. 2, вып. 2, 3, 4. – С. 284.

спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про практику застосування судами статті 376 Цивільного кодексу України (про правовий режим самочинного будівництва)» від 30.03.2012 р. № 6. До спадкоємців переходить лише право власності на будівельні матеріали, обладнання тощо, які були використані в процесі цього будівництва, а також обов'язок відшкодувати вартість витрат на знесення самочинного будівництва і приведення земельної ділянки до попереднього стану у разі його знесення (п. 7 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про спадкування» від 30.05.2008 р. № 7).

Слід зазначити, що принцип розумності інтерпретації права набув формальної визначеності, принаймні в українській системі законодавства, хоча й у непрямій формі. Так, певний крок у бік визнання принципу розумності здійснений Кодексом адміністративного судочинства України, згідно з п. 6 ч. 3 ст. 2 якого у справах щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень адміністративні суди, зокрема, перевіряють, чи прийняті (вчинені) вони розсудливо.

Наведемо ще кілька прикладів застосування принципу розумності під час інтерпретації. Так, при тлумаченні ч. 2 ст. 50 СК України (батьки зобов'язані піклуватися про здоров'я дитини) принципу розумності буде дотримано, якщо інтерпретувати цю норму, зокрема, у такому сенсі: обов'язком батьків є охорона здоров'я дітей, навіть у тому разі, коли для цього їм доведеться відмовитися від вакцинації власних дітей, якщо установа охорони здоров'я не надасть повної і правдивої інформації про її походження та не надасть доказів того, що вакцина пройшла всі випробування і є небезпечною для життя і здоров'я дітей.

Ілюстрацією принципу розумності тлумачення є також положення, що міститься в п. 9 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди» від 31.03.1995 р. № 4, згідно з яким розмір відшкодування моральної (немайнової) шкоди суд, виходячи із засад розумності, виваженості та справедливості, визначає залежно від характеру та обсягу страждань (фізичних, душевних, психічних тощо), яких зазнав позивач, характеру немайнових втрат (їх тривалості, можливості відновлення тощо) та з урахуванням інших обставин. Зокрема, ураховуються стан здоров'я потерпілого, тяжкість вимушених змін у його життєвих і виробничих стосунках, ступінь зниження престижу, ділової репутації, час та зусилля, необхідні для відновлення попереднього

стану, добровільне — за власною ініціативою чи за зверненням потерпілого — спростування інформації редакцією засобу масової інформації. Так само і в п. 6.3 Методичних рекомендацій Мін'юсту «Відшкодування моральної шкоди» зазначається, що при визначенні розміру відшкодування враховуються вимоги розумності.

Відповідно до ст. 9 Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, кожен має право на свободу релігії, що включає свободу проповідувати свою релігію чи переконання як індивідуально, так і разом з іншими, у публічному чи приватному порядку в богослужінні, навчанні, відправленні релігійних і культових обрядів. У зв'язку з цим виникає питання щодо меж проповідування своїх релігійних поглядів і можливості ревного звернення до віри та їх нав'язування, що охоплюється діяльністю прозелітів. Дотримання принципу розумності змусило Європейський суд тлумачити цю норму у такому сенсі, що хоча релігійна свобода відноситься насамперед до «глибини душі», вона включає, крім того, свободу сповідання релігії, включаючи право спробувати переконати свого ближнього. Водночас ст. 9 не захищає прозелітизм як діяльність, що пропонує матеріальні чи соціальні переваги, або як діяльність щодо здійснення зловживаючого тиску з метою отримання згоди долучитися до Церкви, про що Суд зазначив, наприклад, у справі Лариссис та інші проти Греції (*Larissis et al v. Greece*) від 24 лютого 1998 р. Таким чином, інтерпретація цього положення Конвенції, завдячуючи принципу розумності тлумачення, дозволяє встановити більш-менш конкретні межі здійснення релігійної проповіді.

Прикладом, навпаки, нехтування принципом розумності можна вважати дії Палати лордів в Англії у справі *R. v. Maginnis* (1987). Цей орган мав інтерпретувати зміст ст. 5 Закону «Про відповідальність за незаконний обіг наркотиків» 1971 р., де зазначалося, що правопорушенням є випадок, коли особа свідомо зберігає наркотик із наміром його постачання іншій особі. За цією справою поліція знайшла в автомобілі обвинуваченого пакунок з анашею, однак він стверджував, що пакунок належить не йому, а був залишений його знайомим, який збирався згодом забрати наркотики. Обвинувачений був засуджений судом першої інстанції за те, що свідомо зберігав у себе наркотик «з наміром його постачання іншій особі». При перегляді справи Палатою лордів було проголошено, що особа була засудженою обґрунтовано. На цьому наполягали чотири з п'яти лордів. І лише один — лорд Гофф

Чівелі — був незгодний із вироком саме через формулювання «з наміром постачання». Він доводив, що слово «постачати» не відповідає цій ситуації, оскільки не можна говорити про те, що працівник камери схову чи взуттєвої майстерні постачає клієнтам речі, залишені ними раніше. Таким чином, діяння підсудного мають кваліфікуватися не як постачання наркотиків, а як їх незаконне зберігання без мети збуту. На нашу думку, саме позиція лорда Гоффа Чівелі відповідає принципів розумності тлумачення, а інші лорди, порушивши його вимоги, допустили невиправданий буквалізм і тим самим неправильно інтерпретували норму закону.

Таким чином, принцип розумності тлумачення норм права можна визначити як засаду інтерпретаційної діяльності, відповідно до якої інтерпретатор повинен вирішити поставлені перед ним питання таким чином, аби уникнути абсурдності висновків, досягти максимуму обов'язкової корисності та відшукати компроміс між конфліктуючими нормами чи особами, що узгоджувалися б із загальними уявленнями про розумність.

Прийма С. Принцип розумності тлумачення норм права

В статті здійснена общетеоретическая характеристика принципа розумності інтерпретації норм права і проаналізована його здатність подолати абсурдні висновки правотлумачення. Також розглянуто таке властивість розуму, як об'єднання англо-американської і романо-германської правових систем.

Ключевые слова: розумність права, розум як джерело права, принцип розумності тлумачення норм права, подолання абсурдності інтерпретаційних висновків.

Pryma S. Principle of a reasonableness of interpretation of legal rules

In the article general theoretic characteristic of a principle of a reasonableness of interpretation of legal rules is carried out and its ability to overcome absurd conclusions of legal rules interpretation is analyzed. Such feature of reason as unification of Anglo-American and Romano-German legal systems is reflected also.

Keywords: reasonableness of the law, reason as authority, principle of a reasonableness of interpretation of legal rules, overcoming of absurdity of interpretative conclusions.

УДК 340.114

Д. **Вовк**, кандидат юридичних наук, Національний університет «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Релігійна традиція у праві: аспекти загальнотеоретичного розуміння

Праву як суспільному феномену властива історичність. Історичність права означає не просто наявність правового минулого, на яке спирається право сьогоднішнє або через яке ми можемо краще зрозуміти сучасний етап буття права. На більш конкретному рівні історичність як властивість права виявляється у вигляді правових традицій, що зумовлюють особливості існування якогось правового явища чи правової системи у цілому. Інакше кажучи, правова традиція — це поняття, яке характеризує специфічність ідеального і матеріального буття права в контексті уявлення про його історичний розвиток. Наголосимо, традиція — це не самі правові явища, а категорія, яка пояснює їх своєрідність, особливість з огляду на історію їх виникнення і розвитку. Осмислення правових традицій дає можливість побачити, чому в суспільстві або групі суспільств, об'єднаних у цивілізацію, сформувався саме такий образ права, таке суспільне значення права, така правова система, що актуалізує подібні наукові дослідження¹.

Однією з потужних традицій у праві є релігійна традиція, яка, відповідно до нашого визначення правової традиції, відображає специфіку правової системи, зумовлену впливом певної релігії на неї. Іншими словами, релігійна правова традиція дає можливість зрозуміти, як і якою мірою релігія в усьому розмаїтті її проявів визначила і продовжує визначати історичний розвиток права того чи іншого суспільства.

Кожній релігійній традиції у праві властива низка рис, які можна поділити на дві групи: сутнісно-функціональні (спільні для всіх релігійних правових традицій, тобто такі, що відображають природу цих традицій та їх роль у правовій системі), а також змістовні (властиві кожній конкретній традиції, тобто такі, що дозволяють відмежувати одну релігійну правову традицію (християнську, ісламську, іудейську, індуську тощо) від іншої). Відповідно характеристика першої групи рис дає можливість розглянути релігійну правову традицію як катего-

¹ Детальніше про наше розуміння правової традиції див.: Вовк Д. Правова традиція: розуміння у контексті співвідношення з правовою системою і правовою культурою / Д. Вовк // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2012. – № 2. – С. 42–52.

рію загальної теорії держави і права. У межах цієї статті ми зупинимось на таких рисах релігійної традиції у праві, як момент виникнення релігійної традиції, а також наявність специфічних джерел традиції.

Момент виникнення релігійної правової традиції відображає перетворення релігійного впливу на право з потенційного у реальний. Кожна релігія, відштовхуючись від власного розуміння священного, формулює або прагне сформулювати достатньо повну картину світу, у якій би містились відповіді на всі основні питання життя віруючого. У багатьох релігіях (напевно, не буде перебільшенням сказати — в усіх розвинених релігійних системах) ця картина світу включає також право та державу як важливі складові суспільного життя. Однак релігійне ставлення до державно-правової дійсності само по собі не утворює релігійну правову традицію. Розуміння релігійної правової традиції як специфіки буття правової системи, зумовленої релігійним впливом, тягне за собою висновок про те, що ця традиція виникає, коли виникає цей вплив, тобто коли релігія починає визначати формування і функціонування права у соціумі. З урахуванням цього можна уявити ситуацію, коли в якійсь релігії присутня правова «тематика»¹, але правова традиція на ґрунті такої релігії не утворилась через відсутність впливу останньої на правову систему. Виникнення релігійної правової традиції може історично збігатися або майже збігатися з виникненням релігії (наприклад, у мусульманстві, де формування ісламської релігії і держави на чолі з пророком Мухаммедом та його нащадками йшло паралельними шляхами, або в іудаїзмі, де, зокрема, Тора є переплетінням релігійних, моральних, правових і навіть технічних² приписів, що

¹ Чеський філософ і державний діяч Т. Масарик указував, що релігія і церква визначають ставлення людини до ближнього та до суспільства, а отже, і до всіх суспільних організацій, зокрема до держави (див.: Чапек К. Бесіди з Томашем Масариком / К. Чапек ; пер. з чес. Лідія Кіцила ; післясл. Михайла Нагорняка. – Львів : Астролябія, 2010. – С. 218). У свою чергу, держава так чи інакше є правовою організацією суспільства, а отже, кожна релігія, яка приділяє хоча б трохи уваги буттю людини у цьому світі, у своїх догматах зачіпає і правову проблематику.

² У Старому Завіті зустрічаємо: «Шість років засівай землю твою і збирай врожай її, а на сьомий залишай її в спокої, щоб годувалися убогі з твого народу, а залишками після них годувалися звірі польові; так само чини з виноградником твоїм і маслиною твоею» (Вих., 23:10-11). Аналіз цього припису дозволяє побачити тут ознаки чотирьох видів нормативності: релігійної, моральної, правової, а також технічної. Релігійний характер цієї норми виявляється в тому, що сьомий рік, коли земля має відпочивати, перекликається із сьомим днем творіння, у який Господь відпочивав; моральний – у соціальній спрямованості незасівання землі («щоб годувалися убогі»); правовий – у загальнообов'язковості цієї норми в умовах монорелігійної іудейської общини; технічний – у тому, що обов'язок не засівати землю, очевидно, мав і суто агрономічне пояснення (залишення ґрунту під паром мало на меті забезпечення врожайності у наступні роки).

від самого початку мали характер «живого», тобто застосовуваного на практиці, комплексу нормативного регулювання¹) або не збігатися (наприклад, у християнстві, у якому говорити про виникнення правової традиції можна не раніше 3–4 ст. н. е.).

Кожна правова традиція має свої джерела, з яких вона виростає як чинник розвитку правової системи. У широкому сенсі джерелом релігійної правової традиції є та релігія, на ґрунті якої традиція виникає. У більш вузькому сенсі джерелами релігійної правової традиції є певні складові релігійної системи. У цьому аспекті ми виокремлюємо змістовні й формальні джерела традиції. До змістовних джерел належать релігійні норми, релігійна доктрина та в цілому уявлення християн про право і державу, а також релігійна практика (діяльність)².

Релігійні норми, тобто правила поведінки прихильника певної релігії у його відносинах з іншими людьми та священним, є невід'ємною складовою кожної релігії. Ідеться про будь-які види нормативності, що охоплюють різні сфери суспільних відносин (передусім релігійні, а також етичні, політичні, економічні, естетичні відносини тощо). Досить часто у розвинених релігіях оформлюється своєрідний «правовий» блок норм, спрямованих на регулювання відносин перш за все всередині релігійної громади. Такий блок норм має назву релігійного права³. Вираз «право» тут є достатньо умовним; за сферою дії, предметом регулювання, структурою, характером відповідальності за їх порушення і санкцій ці норми є релігійними або релігійно-корпоративними⁴, однак у певних ситуаціях вони можуть ставати правом у власному сенсі, тобто сукупністю норм, що мають у суспільстві характер загальнообов'язковості. Це має місце у випадку державного чи безпо-

¹ При цьому в іудаїзмі ми не бачимо прямого зв'язку між формуванням релігії і державності. Однак, виходячи з тексту Старого завіту, уже в момент виникнення цієї релігії ми бачимо додержавний стан іудейської общини (вождівство, епоха суддів), який згодом змінюється царством.

² У розумінні соціальної практики досить часто, крім діяльнісного, виокремлюють ще й результативний аспект (а, наприклад, судову практику взагалі досить часто редукують до результатів практичної діяльності – судових рішень чи правових позицій, сформульованих у рішенні суду), однак для цілей нашого дослідження ми розглядаємо релігійну практику саме як процес здійснення певних дій.

³ Такі норми виокремлюються у багатьох традиційних релігіях. В авраамічних релігіях (християнство, іслам, іудаїзм), що приділяють значну увагу поведінці віруючих у цьому світі, зазначеним нормам (відповідно канонічному, мусульманському й іудейському праву) властивий високий рівень розробленості, доктринального осмислення і (хоча і в різних формах та обсязі) систематизованості.

⁴ Див. детальніше про це: Вовк Д. О. Право і релігія: загальнотеоретичні проблеми співвідношення / Д. О. Вовк. – Х. : Право, 2009. – С. 122–131.

середньо суспільного (коли державна організація соціуму є слабкою) санкціонування приписів релігійного права.

Із наведеного випливає суттєва особливість релігійних норм як джерела релігійної традиції у праві. Вони є і джерелом традиції, і одночасно її проявом, коли зазначені норми є складовою не лише релігійної, а й правової системи. У секуляризованих правових системах (тобто системах, де право є світським, відокремленим від релігії) релігійні норми переважно виконують роль джерела відповідної релігійної правової традиції і впливають на розвиток права опосередковано (наприклад, біблійні приписи про заборону одностатевих зв'язків (Рим., 1:27) є одним з аргументів проти введення у законодавстві інституту одностатевого шлюбу чи партнерства). Іноді у таких правових системах релігійні норми можуть санкціонуватися державою, однак ідеться переважно про норми символічного характеру (наприклад, у вигляді встановлення вихідного у день релігійного свята, складання присяги на релігійному тексті тощо). У синкретичних правових системах, де право не відокремлено від релігії, релігійно-правові приписи є як джерелом, так і проявом відповідної релігійної традиції (наприклад, у державі Ізраїль норми іудейського права є як чинником розвитку законодавства та прецедентного права, так і безпосередньо діючим правом у окремих сферах суспільних відносин, переважно пов'язаних з особистим статусом людини).

Під релігійною доктриною у даному випадку ми розуміємо систему релігійних поглядів на певні явища, засновану на уявленні про священне і виражену у певних джерелах. Релігійна доктрина у сфері права, так само як і релігійні норми, може бути і проявом релігійної правової традиції, коли вона визнається джерелом права (наприклад, іджма у мусульманському праві). В умовах світської державності доктрина виступає одним із чинників правоутворення, виражаючи бачення розвитку правового регулювання в цілому або його окремих аспектів, що пропонується від імені певної соціальної групи — релігійної громади її інститутами або окремими релігійними діячами (богословами, теологами). Приміром, Основи вчення Російської православної церкви про гідність, свободу і права людини втілюють доктринальне розуміння цією церквою цих засадничих для європейського права категорій (цей документ має значення і для України, оскільки одна з православних церков нашої держави — Українська православна церква — перебуває у канонічній єдності з РПЦ) і можуть розглядатися як ро-

сійсько-православний підхід у цій сфері, що в умовах постсекулярного світу має, поряд з іншими підходами, право на участь у правовому дискурсі (інша справа, що пропонується у вказаному церковному акті позиція значною мірою обмежує можливості діалогу між релігійним і світським сприйняттям феномену основоположних прав).

Важливим джерелом релігійної правової традиції є релігійна практика, під якою у даному випадку слід розуміти діяльність релігійно вмотивованих осіб, релігійних громад та їх інститутів (церков, об'єднань тощо), що впливає на формування і функціонування права. Дослідження релігійної практики як джерела традиції є важливим із декількох причин.

По-перше, звернення до релігійної практики має особливе значення в умовах відносної слабкості чи неоформленості релігійної доктрини. Зокрема, питання права і держави, їх ролі у сучасному суспільстві осмислені православними богословами і філософами набагато менше, ніж їх католицькими чи протестантськими колегами. У православ'ї важко назвати фігури рівня Ж. Мартена чи К. Барта, які приділяли б значну увагу правовій проблематиці. І для В. Соловйова, і для І. Львіна (навіть його «Теорія права і держави»¹, цікава з філософського боку, у правовому плані є досить слабкою, а «Проект основного закону Росії»² є твором скоріше політичним, ніж правовим), і тим більше для М. Бердяєва, П. Флоренського³, інших філософів релігійної спрямованості правові питання ніколи не становили основний предмет дослідження. Тому для осмислення зв'язків права і православ'я важливо враховувати саме релігійну практику православних церков, у якій можна побачити їх ставлення до базових правових цінностей (верховенства права, прав людини, демократичного державно-правового режиму тощо).

¹ Див.: Ильин И. А. Теория права и государства / И. А. Ильин ; под ред. и с биогр. очерком В. А. Томсинова. – Изд. 2-е, доп. – М. : Зерцало, 2008. – 550 с.

² Ильин И. А. Основы государственного устройства. Проект Основного Закона России / И. А. Ильин. – М. : ТОО «Рарогъ», 1996. – С. 60–134.

³ П. Флоренський, знаходячись вже у в'язниці НКВС, пише «Проект майбутнього державного устрою СРСР» (див.: Флоренский П. Предполагаемое государственное устройство в будущем : сб. архив. материалов и статей / П. Флоренский ; сост. игумен Андроник (Трубачев). – М. : Изд. дом. «Городец», 2009. – С. 7–47). Цікавий з точки зору і можливої еволюції поглядів православної церкви на право і державу, і історичних обставин і мотивації написання, цей твір є скоріше «православ'ям про юридичні питання», ніж власне православною юриспруденцією; вирішення у ньому конкретних правових питань є достатньо стислим і навіть спрощеним.

По-друге, без аналізу релігійної практики неможливо досягти об'єктивності в оцінці релігійного впливу на право, адже релігійна діяльність досить часто може бути опозиційною релігійним нормам чи доктрині і при цьому справляти не менший вплив на право, ніж нормативний чи доктринальний елементи (Г. Берман цілком слушно зазначає, що релігія є складовою і людської природи, і суспільних відносин¹, тобто релігія — це не лише певний набір текстів, а й різноманітні практики освоєння навколишнього світу). Підкреслимо, що йдеться не про опозицію «добра норма чи доктрина — погана практика», якою, наприклад, в історії зазвичай пояснюють хрестові походи, інквізицію, виправдання соціальної нерівності, заперечення важливих досягнень прогресу (наприклад, щеплення), що мали місце в історії християнських церков. Ситуація може бути і протилежною, адже відмова на рівні практики від певного жорстокого покарання, згаданого у Біблії чи Корані, навряд чи вкладається у згаданий підхід.

Для богословських досліджень наведена опозиційність може, очевидно, не мати особливого значення, адже невідповідність певних дій церкви релігійним догматам жодним чином не є перешкодою для досягнення абсолютної істини, закладеної у релігійному тексті. Однак у світлі розуміння соціальної ролі певної релігії, зокрема і її впливу на право, неврахування цього моменту є суттєвою проблемою і ставить під сумнів об'єктивність та істинність результатів проведених таким чином наукових досліджень. Приміром, розмежування західно- і східно-християнського ставлення до держави як носія певного правопорядку можна лише дуже спрощено пояснити посиланням на споглядально-спіритуалістичний світогляд православного християнина і орієнтованість на «виправдання від справ» представника західних конфесій. Тут важливо також ураховувати й особливості історичного розвитку, соціального середовища та відносин із державою, в умовах яких відбувалася розробка відповідних доктрин християнськими церквами і які, врешті-решт, значною мірою зумовили, що протестантизм і католицизм пішли шляхом виправдання держави як соціального інституту, але за умови її (держави) відповідності своєму призначенню, а православ'я рушило у напрямі моделі, що, як указував В. Новік (ігумен Веніамін), зводилась до молитви за державну владу (Основи соціальної концепції Російської право-

¹ Берман Г. Дж. Вера и закон: примирение права и религии / Г. Дж. Берман ; пер. с англ. Д. Шабельникова и М. Тименчика. – М. : Ad Marginem, 1999. – С. 15.

славної церкви прямо згадують про обов'язок віруючих не лише коритися владі, а й молитися за неї)¹.

По-третє, урахування релігійної практики важливо ще й тому, що практика стає способом корегування релігійних догматів, що має значення і для розвитку релігійної традиції у праві. Як відомо, релігійним текстам властивий високий рівень стабільності і незмінності. Текст, створення якого є наслідком божественного одкровення, через це не може бути змінений чи відредагований, навіть якщо він є суперечливим чи таким, що явно не відповідає існуючим реаліям. Більше того, будь-які спроби суттєвого оновлення, модернізування релігійної традиції (у тому числі і правової) завжди наштовхуються на супротив консервативно налаштованої частини релігійних діячів і віруючих². Звичайно, певні зміни у розумінні релігійних положень досягаються через їх інтерпретування (відмежування історичної частини релігійних текстів від «вічних істин» або, мовою католицького богослова кардинала К. М. Мартіні, «вічних зобов'язань народу Божого»³), але можливості тлумачної діяльності теж не безмежні. Ми вже звертали до проблеми заборони одностатевих зв'язків, що присутня у кожній авраамічній релігії. Очевидно, що ця заборона, яка зберігається й у доктринах хрис-

¹ Вениамин, игумен (Новик). Православие. Христианство. Демократия : сб. ст. / игумен Вениамин (Новик). – СПб. : Алатаея, 1999. – С. 344. Інша справа, і на цьому слід наголосити, що ступінь лоялізму різних православних церков до держави є різним, що, між іншим, так само досить часто зумовлено їх історичним розвитком. Цілковита абсолютна підтримка майже будь-яких державних дій і постатей із боку Російської православної церкви, у тому числі й на доктринальному рівні (достатньо згадати більш ніж позитивне ставлення РПЦ до таких постатей, як Петро I чи Й. Сталін, які чимало зробили для руйнування православ'я на російських теренах), меншою мірою властива іншим православним церквам і традиціям (зокрема, і константинопольському патріархату).

² Ця теза, присутня у кожній авраамічній релігії, досить чітко і лаконічно виражена у розділі 19 відомого християнського апокрифу «Книга Еноха»: «Горе тим, хто заперече спадщину батьків, що існує вічно». Можна також пригадати книгу Второзаконня Старого Завіту, де Мойсеєм проголошується вимога не додавати нічого до Божих заповідей, і не вкорочувати від того (Втор., 4:2). У контексті матеріальної історії цей момент демонструють і війни часів Реформації, і розкол у російському православ'ї, і сучасний супротив мусульманських общин спробам відмовитись від надто жорстоких покарань за богохульство (у 2011 р. у Пакистані було вбито губернатора однієї з провінцій, який публічно закликав помилувати звинувачену в богохульстві і засуджену на смерть жінку-християнку).

³ Эко У. Диалог о вере и неверии / У. Эко, К. М. Мартини (кардинал) ; пер. с ит. Н. Холмогоровой. – 3-е изд. – М. : Библиейско-богослов. ин-т св. апостола Андрея, 2011. – С. 90.

тиянських церков, достатньо важко узгоджується з толерантністю як важливим етичним постулатом сучасного права. При цьому сьогодні у багатьох американських протестанських церквах на вході можна побачити веселку (символ людей із нетрадиційною сексуальною орієнтацією), що можна розцінювати як крок на шляху до встановлення толерантного ставлення до таких осіб, який відбувається саме на рівні релігійної практики.

І по-четверте, релігійна практика як джерело релігійної традиції важлива ще й тому, що іноді усталена релігійна діяльність може зберігатися навіть в умовах відмови від її догматичної підстави. Зокрема, зараз жоден християнський богослов чи філософ, скоріше за все, не візьметься обстоювати тезу про більшу гріховність жінки порівняно з чоловіком, хоча таке розуміння, що випливає з ролі жінки у гріхопадінні людини, раніше, особливо до Нового часу, було дуже поширеним. Одним із наслідків цього було те, що жінка не могла бути священником. Хоча зараз, як уже зазначалося, ця ідея (яка по суті є випадком заперечення природної рівності людей і через це має вихід і на право) не має догматичного підґрунтя, більше того, авторитетні богослови стверджують рівність чоловіка і жінки¹ або принаймні не наполягають на зворотному, однак традиція рукоположення у священний сан тільки чоловіків у християнстві збереглась (винятки становлять деякі протестантські церкви, де наділення жінки священним саном має місце).

Поряд зі змістовними джерелами релігійної правової традиції потрібно також виокремлювати джерела формальні, які становлять способи оформлення змістовних джерел. Перелік цих джерел значною

¹ Німецький католицький богослов Р. Шнакенбург із посиланням на Священне писання, зокрема, указує, що «Ісус не робить жодного розрізнення між чоловіками і жінками – ані у зціленнях, ані в прощенні гріхів. У скликанні найближчих послідовників неможливо углядіти якоїсь переваги, відданої чоловікам. У тодішньому суспільстві годі було й думати про участь жіноцтва в активному сприянні Ісусовому Провищенню – вони не допускалися до громадського життя, навіть до служб у синагогах. Але незважаючи на це, Ісус залучив їх до свого супроводу» (див.: Шнакенбург Р. Етичне послання Нового Завіту / Р. Шнакенбург ; пер. з нім. Н. Комарової. – К. : Дух і літера, 2005. – С. 167). Цікаво, що зміна ставлення до жінки, яку пропонує Христос (чи яке виводиться зараз із його вчення), теж відбувається через практику. Новий Завіт не містить його слів про рівність чоловічої і жіночої статі у священному чи соціальному аспектах, а в апостола Павла ми зустрічаємо цілком історичну тезу про те, що «не чоловік від дружини, але дружина від чоловіка; і не чоловік створений для дружини, але дружина для чоловіка» (1 Кор. 11:8-9). Отже, єдиною підставою для подібних суджень є діяльність Христа, його вчинки.

мірою залежить від специфіки кожної конкретної релігії і навряд чи може бути вичерпно визначений. Релігійні норми і релігійна доктрина формалізуються у священних текстах, актах релігійних громад, церков, інших релігійних об'єднань чи їх окремих органів, працях та життєописах авторитетних релігійних діячів (наприклад, хадіси — оповідання про життя пророка Мухаммеда утворюють Суну — одне з джерел мусульманського права). На ранніх етапах розвитку людства релігійні приписи могли закріплюватися і в усній формі (наприклад, Усна Тора в іудаїзмі, так звані «прикладні» (exempla), тобто невеличкі повчальні історії з релігійно-моральним змістом, у середньовічному християнстві¹, які часто торкалися етико-правових питань). Релігійна практика проявляється у вигляді церковної нормотворчості, формулюванні фактичної позиції релігійної громади, церкви, об'єднанні з певних питань поза межами нормотворчості, взаємодії з іншими суспільними інститутами (передусім іншими конфесіями і державою) тощо.

Поширення певної релігії у суспільстві, збільшення її значення як чинника соціального життя призводить до ситуації, коли джерела релігійної правової традиції починають формувати останню; традиція з потенційної перетворюється на дійсну, стає реальністю правової системи. Релігійні норми, положення правової доктрини можуть санкціонуватися у вигляді норм позитивного права або ж бути одним із вагомих факторів правовстановлення, впливаючи на законодавця при виборі того чи іншого варіанта правової регламентації суспільних відносин, а також на правосвідомість і юридично значущу поведінку суб'єктів права, які є віруючими або (особливо у світських державах) носіями релігійної етичної і правової традицій навіть без позиціонування своєї релігійності. Аналогічний вплив на право здійснює і практика діяльності релігійної громади, її інституційних утворень, окремих релігійних діячів. Крім того, у синкретичних чи частково секуляризованих правових системах самі ці релігійні інститути можуть набувати характеру правових установ (наприклад, церковні суди та органи управління в історії країн Європи, рабинські суди в сучасному Ізраїлі) і ставати суб'єктами правовстановлення і правозастосування, включаючи правосуддя.

¹ Див. про це: Гуревич А. Я. Избранные труды. Культура средневековой Европы / А. Я. Гуревич. – СПб. : Изд-во С.-Петербур. ун-та, 2007. – С. 302–341.

Підсумовуючи викладене, зазначимо, що наведені вище аспекти розуміння релігійної традиції у праві сприятимуть напрацюванню загальнотеоретичної характеристики останньої як цілісного явища, а також дозволять створити єдине методологічне підґрунтя для дослідження окремих релігійних правових традицій (християнської, ісламської, іудейської тощо).

Вовк Д. Религиозная традиция в праве: аспекты общетеоретического понимания

В статье рассматриваются вопросы общетеоретической характеристики религиозной традиции в праве. Дается определение последней, анализируются момент ее возникновения и источники формирования. Делается акцент на важности религиозной практики как источника традиции.

Ключевые слова: право, правовая система, правовая традиция, религия, религиозная традиция в праве.

Vovk D. Religious tradition in law: aspects of theoretical understanding

The article is devoted to theoretical characteristics of religious tradition in law. Definition of this tradition is proposed, moment of its appearance and sources are analyzed. Attention to importance of religious practice is paid.

Keywords: law, legal system, legal tradition, religion, religious tradition in law.

ПИТАННЯ

КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА

УДК 342.565.2

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

Роль європейських стандартів правозахисту у конституційному судочинстві України

Проголосивши спільні демократичні цінності пріоритетом свого соціально-політичного розвитку, Україна стала на шлях поглиблення впливу міжнародного права на національне законодавство та юридичну практику. Ця тенденція передусім помітна у сфері впровадження європейських стандартів правозахисту, основу яких становлять Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р., відповідні протоколи до неї (далі — Європейська конвенція), а також практика Європейського суду з прав людини (далі — ЄСПЛ).

Уже при ратифікації Європейської конвенції Законом від 17.07.1997 № 475/97-ВР Україна визнала обов'язковість юрисдикції ЄСПЛ в усіх питаннях, що стосуються тлумачення та застосування Конвенції. Закон України від 23.02.2006 № 3477-IV «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» однозначно сформулював юридичну норму, за якою суди (у тому числі й Конституційний Суд України. — *М. Г.*) застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду як джерело права (ст. 17 Закону). Цей принципово важливий законодавчий припис легалізував елементи прецедентного права в правовій системі України (що цілком відповідає загальноєвропейській тенденції зближення континентального та англосаксонського права та взаємопроникнення їх правових інститутів), а також значно розширив сферу застосування практики ЄСПЛ, у тому числі в межах конституційної юрисдикції.

Отже, метою статті є визначення напрямів впливу Європейської конвенції та рішень ЄСПЛ на конституційне правосуддя, основних підходів до їх застосування у діяльності Конституційного Суду України, а також шляхів їх подальшого впровадження в контексті інституту конституційної скарги.

Вітчизняні дослідники окресленої проблематики, серед яких А. Головін, В. Кампо, П. Євграфов, П. Мартиненко, П. Рабінович, М. Савенко, М. Селівон, С. Серьогіна, А. Стрижак, В. Тихий, Ю. Тодика, С. Шевчук та інші, стверджують, що саме конституційна юстиція в демократичних країнах виступає ефективним засобом адаптації національних правових систем до європейських стандартів правозахисту. У силу обов'язковості рішень Конституційного Суду України його правові позиції, сформовані на підставі Європейської конвенції та юриспруденції ЄСПЛ, сприяють імплементації останніх у вітчизняну юридичну практику. Застосовуючи положення Європейської конвенції та практику ЄСПЛ, Конституційний Суд орієнтує законодавця, суди загальної юрисдикції та інші правозастосовні органи, а також приватних осіб на врахування європейських правових принципів і цінностей при вдосконаленні національного законодавства, вирішенні юридичних справ, відстоюванні прав людини та основоположних свобод.

У той же час при вирішенні справ конституційного провадження Конституційний Суд України зв'язаний передусім положеннями Конституції України, оскільки його завданням є гарантування верховенства Конституції України як Основного Закону держави на всій її території (ст. 2 Закону України «Про Конституційний Суд України» від 16.10.1996 № 422/96-ВР). Окремі науковці прямо стверджують, що «єдиний орган конституційної юрисдикції в нашій державі не зобов'язаний застосовувати у своїй діяльності інші, окрім Конституції України, джерела»¹.

Відповідно до статей 8, 9 Основного Закону України чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства, в якому Конституція має найвищу юридичну силу. Про це свідчить також передбачена Конституцією України (ст. 151) та Законом України «Про Конституційний Суд України» процедура надання висновку Конституційного Суду України про відповідність Конституції України чинних міжнародних договорів України або тих міжнародних договорів, що вносяться до Верховної Ради України для надання згоди на їх обов'язковість. Однак на підставі тієї ж ст. 9 Конституції України, за якою міжнародні договори, що суперечать Основному Закону, можуть

¹ Серьогіна С. Використання практики Європейського суду з прав людини як перспективний напрям оптимізації конституційного судочинства / С. Серьогіна // Вісн. Конституц. Суду України. – 2005. – № 6. – С. 42.

укладатись тільки після внесення до нього змін, презюмується конституційність міжнародного договору та відсутність суперечностей між цими правовими актами.

Визнані фахівці в галузі європейського права та конституціоналізму стверджують, що сама Європейська конвенція є міжнародним договором, який широко запозичив конституційні традиції держав — членів Ради Європи¹. Юриспруденція ЄСПЛ також розвинулась під значним впливом конституційного права країн — учасниць Конвенції². У свою чергу, як зауважив Голова Венеціанської комісії (Європейської комісії «За демократію через право») Д. Букіккіо, «без сумніву, судова практика Страсбурзького суду є засадничою для створення і консолідації спільної конституційної спадщини Європи»³.

П. Євграфов та В. Тихий із цього приводу зазначають, що відповідні конституційні норми щодо прав і свобод людини і громадянина та їх гарантії держав-учасниць, якщо не тотожні, то аналогічні конвенційним нормам. Тому правові позиції ЄСПЛ треба застосовувати і при тлумаченні відповідних норм конституцій держав-учасниць. У зв'язку з тим, що права і свободи людини є основою конституцій, а кожна з них є єдиним цілим, правотлумачення ЄСПЛ мають застосовуватись при тлумаченні й інших конституційних положень. Практика ЄСПЛ враховується і при тлумаченні законів держав-учасниць, адже вони, як й інші нормативно-правові акти, приймаються на основі конституцій і повинні їм відповідати⁴. Отже, практика ЄСПЛ має методологічне значення та є ефективним інструментом національного судового тлумачення норм права, передусім тих, що стосуються прав людини.

¹ Де Сальвіа М. Прецеденты Европейского суда по правам человека. Руководящие принципы судебной практики, относящейся к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Судебная практика с 1960 по 2002 год / М. де Сальвіа. — СПб. : Юрид. центр Пресс, 2004. — С. 39.

² Шевчук С. Порівняльне прецедентне право з прав людини / С. Шевчук. — К. : Реферат, 2002. — С. 106.

³ Букіккіо Д. Вітальне слово учасникам Міжнародної конференції «Вплив практики Європейського суду з прав людини на національне конституційне судочинство» / Д. Букіккіо // Вісн. Конституц. Суду України. — 2005. — № 6. — С. 7.

⁴ Євграфов П. Правотлумачення Європейського суду з прав людини і його значення для національного конституційного судочинства / П. Євграфов, В. Тихий // Вісн. Конституц. Суду України. — 2005. — № 6. — С. 83; Євграфов П. Правотлумачна діяльність Європейського суду з прав людини і її значення для України / П. Євграфов, В. Тихий // Юрид. вісн. України. — 2005. — № 44. — С. 4.

Конституція України містить у цілому аналогічний Європейській конвенції каталог прав людини, хоча можуть спостерігатись окремі термінологічні розбіжності між конвенційними та конституційними положеннями. Саме тому для обґрунтування своїх правових позицій при прийнятті відповідних рішень Конституційний Суд України застосовує комплексний підхід, тобто крім Конституції України та інших актів національного законодавства використовує потенціал Європейської конвенції, інших міжнародно-правових договорів у сфері прав людини, а також рішення ЄСПЛ. Слід погодитись із М. Селівоном, який указує, що саме в такий спосіб здійснюється *вплив Європейської конвенції та практики ЄСПЛ на конституційне судочинство України*¹.

П. Рабінович пропонує визначати *два основних напрями впливу рішень ЄСПЛ на конституційне правосуддя*². Перший полягає у врахуванні конституційними судами вказівок і оцінок ЄСПЛ, наведених у його рішеннях у конкретних справах, до розгляду яких органи конституційного контролю залучались на етапі вирішення спору в межах національних юрисдикцій. Зокрема, ЄСПЛ неодноразово зауважував, що при визначенні «розумності» строку судового розгляду (ч. 1 ст. 6 Європейської конвенції) треба брати до уваги також час розгляду скарги чи заяви особи органом конституційного судочинства, особливо у тих випадках, коли рішення останнього впливатиме на результат розгляду даної справи. У деяких своїх рішеннях ЄСПЛ указав, за яких умов скаргу громадян до конституційного суду можна визнати ефективною, а за яких — навпаки.

Цілком очевидно, що в силу прецедентного характеру практики ЄСПЛ його правові позиції щодо конституційного судочинства стосуються не лише держав, які були сторонами у справі, а й підлягають урахуванню при здійсненні конституційного судочинства та в процесі нормотворчості інших держав, що визнали його юрисдикцію (зокрема, при запровадженні ними інституту конституційної скарги).

Другим напрямом впливу практики ЄСПЛ на національне конституційне судочинство є врахування вироблених ним принципів, концептуально-методологічних засад судового захисту прав людини і осно-

¹ Селівон М. Вітальне слово учасникам Міжнародної конференції «Вплив практики Європейського суду з прав людини на національне конституційне судочинство» / М. Селівон // Вісн. Конституц. Суду України. – 2005. – № 6. – С. 6.

² Рабінович П. Практика Страсбурзького суду як орієнтир діяльності конституційних судів з імплементації європейських стандартів прав людини / П. Рабінович // Вісн. Конституц. Суду України. – 2005. – № 6. – С. 35–36.

воположних свобод при ухваленні конституційними судами їх рішень. Хоча цей «канал», як зазначає П. Рабінович, є менш формалізованим, ніж перший, проте сфера його застосування може бути незрівнянно ширшою¹. Статистика звернень Конституційного Суду України до європейських стандартів правозахисту демонструє, що Європейська конвенція та практика ЄСПЛ використовувалися ним більш як у 20 рішеннях. Причому «лідирує» в цьому списку ст. 6 Європейської конвенції «Право на справедливий суд»².

Конституційний Суд України вперше зробив посилання на положення міжнародних договорів у справі за зверненнями жителів міста Жовті Води від 25.12.1997 № 9-зп, де зазначив, що ч. 1 ст. 55 Конституції України відповідає зобов'язанням України, які виникли, зокрема, у зв'язку з ратифікацією Україною Міжнародного пакту про громадянські та політичні права, Європейської конвенції, що згідно зі ст. 9 Конституції України є частиною національного законодавства України.

Слід погодитись із С. Серьогіною, яка вказує на три основних підходи у застосуванні Європейської конвенції та практики ЄСПЛ у діяльності Конституційного Суду України³. В окремих рішеннях Конституційний Суд України при обґрунтуванні власної правової позиції лише згадує про наявність певних європейських стандартів із питань, що є предметом конституційного спору, не конкретизуючи їх (наприклад, Рішення від 01.12.2004 № 19-рп/2004 у справі про незалежність суддів як складову їхнього статусу⁴). Такий підхід є найбільш юридично вразливим, оскільки позбавляє посилання на Європейську

¹ Рабінович П. Практика Страсбурзького суду як орієнтир діяльності конституційних судів з імплементації європейських стандартів прав людини / П. Рабінович // Вісн. Конституц. Суду України. – 2005. – № 6. – С. 36.

² Кампо В. Конвенция о защите прав человека и основных свобод 1950 года и Конституционный Суд Украины: отдельные аспекты международно-конформного толкования Конституции Украины / В. Кампо, М. Савчин, Н. Сергиенко // Вестн. Конституц. Суда Респ. Беларусь. – 2010. – № 3. – С. 144–155.

³ Серьогіна С. Використання практики Європейського суду з прав людини як перспективний напрям оптимізації конституційного судочинства / С. Серьогіна // Вісн. Конституц. Суду України. – 2005. – № 6. – С. 42–44.

⁴ У Рішенні від 01.12.2004 № 19-рп/2004 у справі про незалежність суддів як складову їхнього статусу Конституційний Суд України зазначив, що викладений підхід щодо забезпечення незалежності суддів закріплено у Європейській конвенції та в низці інших міжнародних документів, а також підтверджується практикою ЄСПЛ. При цьому орган конституційної юрисдикції не навів відповідних положень Європейської конвенції та не вказав на рішення ЄСПЛ із цього питання, які б підтвердили його позицію у справі.

конвенцію та практику ЄСПЛ належної переконливості та не забезпечує достатню аргументацію позиції єдиного органу конституційної юрисдикції.

За другого, більш поширеного, підходу Конституційний Суд України при обґрунтуванні своїх рішень указує на конкретні статті Європейської конвенції, а іноді й наводить перелік найбільш відомих справ ЄСПЛ з питання, що розглядається (наприклад, Рішення Конституційного Суду України у справі *щодо прописки* від 14.11.2001 № 15-рп/2001¹; у справі *про рівність сторін судового процесу* від 12.04.2012 № 9-рп/2012²). Цей підхід є скоріше формально-юридичним, оскільки йдеться про посилання на норму Європейської конвенції, яка має надзвичайно широкий абстрактний характер та охоплює численні випадки (казуси). Особливості змісту норм Європейської конвенції у конкретних ситуаціях визначаються ЄСПЛ при їх тлумаченні в межах вирішення тих чи інших юридичних справ. Звернення до цих справ та їх контекстного аналізу забезпечує належну доказовість позиції Конституційного Суду України у світлі європейських стандартів прав людини.

Найбільш доцільним та «довершеним» із точки зору юридичної техніки виступає третій підхід до використання європейських правозахисних положень у діяльності Конституційного Суду України, коли орган конституційної юрисдикції у своїх актах звертається не лише до

¹ У Рішенні Конституційного Суду України у справі *щодо прописки* від 14.11.2001 № 15-рп/2001 указується, що допустимість обмеження свободи пересування, вільного вибору місця проживання в межах держави та права вільно залишати територію країни визнається і міжнародним правом. Зокрема, ст. 2 Протоколу № 4 до Європейської конвенції закріплює правило, за яким здійснення права на свободу пересування і свободу вибору місця проживання, вільно залишати будь-яку країну, включаючи свою власну, не може зазнавати жодних обмежень, крім тих, що передбачені законом і є необхідними в демократичному суспільстві в інтересах національної або громадської безпеки, для забезпечення громадського порядку, запобігання злочинам, для охорони здоров'я або моралі чи з метою захисту прав і свобод інших осіб.

² У Рішенні у справі *про рівність сторін судового процесу* від 12.04.2012 № 9-рп/2012 Конституційний Суд України вказав, що рівність та недопустимість дискримінації особи є не тільки конституційними принципами національної правової системи України, а й фундаментальними цінностями світового співтовариства, на чому наголошено у міжнародних правових актах з питань захисту прав і свобод людини і громадянина, зокрема у Міжнародному пакті про громадянські та політичні права 1966 р. (статтях 14, 26), Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. (ст. 14), Протоколі № 12 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. (ст. 1), ратифікованих Україною, та у Загальній декларації прав людини 1948 р. (статтях 1, 2, 7).

норм Європейської конвенції, а й до правових позицій ЄСПЛ, викладених у його рішеннях (зокрема, у рішеннях Конституційного Суду України у справі про поширення відомостей від 10.04.2003 № 8-рп/2003¹; у справі про заміну смертної кари довічним позбавленням волі від 26.01.2011 № 1-рп/2011²). Останніми роками Конституційний Суд почав частіше звертатися до правових позицій ЄСПЛ у своїх рішеннях, що безумовно є позитивною тенденцією. Такий підхід дозволяє використовувати практику ЄСПЛ не лише для додаткової аргументації власних правових позицій органу конституційної юрисдикції, вироблених на підставі Конституції України, а й для роз'яснювання смислу й значення конституційних положень, а також законодавчих приписів, конституційність яких перевіряється³.

Як вітчизняні, так і західні конституціоналісти звертають увагу на можливі суперечності у практиці конституційних судів та ЄСПЛ. Останні закликають «бути реалістами», стверджуючи, що проблеми у стосунках між ЄСПЛ і національними конституційними судами завжди існували й існуватимуть, хоча й виникають не дуже часто.

¹ У Рішенні Конституційного Суду України у справі про поширення відомостей від 10.04.2003 № 8-рп/2003 зазначається, що проблеми, пов'язані з особливостями реалізації права громадян на свободу вираження поглядів і критику стосовно дій (бездіяльності) посадових та службових осіб, неодноразово були предметом розгляду ЄСПЛ. Застосовуючи положення ст. 10 Європейської конвенції в рішеннях у справах «Нікула проти Фінляндії», «Яновський проти Польщі» та ін., Суд підкреслює, що межі допустимої інформації щодо посадових та службових осіб можуть бути ширшими порівняно з межами такої ж інформації щодо звичайних громадян. Тому, якщо посадові чи службові особи діють без правових підстав, то мають бути готовими до критичного реагування з боку суспільства.

² У рішенні у справі про заміну смертної кари довічним позбавленням волі від 26.01.2011 № 1-рп/2011 Конституційний Суд України послався на практику ЄСПЛ, який зазначив, що складовим елементом принципу верховенства права є очікування від суду застосування до кожного злочинця такого покарання, яке законодавець вважає пропорційним (рішення у справі «Скоппола проти Італії» від 17.09.2009, заява № 10249/03). ЄСПЛ у своїх рішеннях визнав, що заміна судами смертної кари на довічне позбавлення волі, встановлене новим кримінальним законом, а не на позбавлення волі строком на п'ятнадцять років, що як альтернативне смертній карі покарання було передбачено законом під час вчинення злочинів, не є порушенням ст. 7 Європейської конвенції (рішення у справах «Алакрам Хумматов проти Азербайджану» від 18.05.2006, заяви № 9852/03, № 13413/04, «Ткачов проти України» від 13.12.2007, заява № 39458/02).

³ Близьку позицію висловлює С. Серьогіна (див.: Серьогіна С. Використання практики Європейського суду з прав людини як перспективний напрям оптимізації конституційного судочинства / С. Серьогіна // Вісн. Конституц. Суду України. – 2005. – № 6. – С. 41).

На національному рівні головним критерієм завжди залишається конституція, навіть у випадках, коли суди безпосередньо застосовують Конвенцію, що має верховенство над національним правом. Хоча існують різні тлумачення прав людини, що апріорі може спричинити розбіжності у рішеннях на національному і європейському рівнях, така конфронтація може призвести тільки до марнування сил, що завдає шкоди обом сторонам, і особливо шкодить тим, хто користується правами, — громадянам¹.

Зокрема, ЄСПЛ погодився з рішеннями органів конституційного судочинства у справах «Хаас проти Німеччини», «Сахін проти Туреччини», «Л. В. і В. проти Австрії», «Хуттен-Чапска проти Польщі», «Броньовські проти Польщі», «Лавентс проти Латвії», «Маркс проти Бельгії». Натомість він «розійшовся» з висновками конституційних судів у справах «Фон Ганновер проти Німеччини», «Гайдук проти України», «Сокур проти України», «Аміхачалой проти Молдови», «Ді-кіль проти Туреччини», «Морено Гімес проти Іспанії»². Наприклад, Рішенням від 10.06.2003 № 11-рп/2003 у справі про мораторій на примусову реалізацію майна Конституційний Суд України визнав конституційним Закон України «Про введення мораторію на примусову реалізацію майна». На практиці цей Закон перешкоджає виконанню судових рішень у справах, боржником в яких є державне підприємство. У той же час ЄСПЛ у рішенні у справі «Сокур проти України» від 26.04.2005 вказав, що виконання судового рішення із затримкою більше трьох років на підставі вказаного Закону порушує положення п. 1 ст. 6 Європейської конвенції.

У таких випадках необхідно знаходити вихід шляхом діалогу, до якого відкриті як національні органи конституційної юрисдикції, так і ЄСПЛ. Причому такий діалог важливий не тільки на європейському і національному рівнях, а й між національними конституційними судами, які можуть обмінюватись корисним досвідом інтегрування та гармонізації практики ЄСПЛ. Більш того, посилення на правові позиції ЄСПЛ та конституційних судів інших країн може значно підвищити рівень юридичної аргументації рішень конституційних судів

¹ Букіккіо Д. Вітальне слово учасникам Міжнародної конференції «Вплив практики Європейського суду з прав людини на національне конституційне судочинство» / Д. Букіккіо // Вісн. Конституц. Суду України. – 2005. – № 6. – С. 7.

² Рабінович П. Практика Страсбурзького суду як орієнтир діяльності конституційних судів з імплементації європейських стандартів прав людини / П. Рабінович // Вісн. Конституц. Суду України. – 2005. – № 6. – С. 35.

у «резонансних» справах, які стосуються складних конституційно-правових питань та мають істотний вплив на розвиток національної політичної та правової систем. Цьому, зокрема, сприяють спільні міжнародні конференції, форуми, «круглі столи» за участю визнаних фахівців у галузі європейської та конституційної юриспруденції. Конституційний Суд України також бере активну участь у організації та проведенні науково-практичних міжнародних та національних заходів, на яких обговорюються актуальні проблеми захисту прав людини та впливу Європейської конвенції та практики ЄСПЛ на конституційне судочинство.

Зокрема, у вересні 2011 р. з нагоди 15-ї річниці Конституційного Суду України у рамках головування України в Комітеті міністрів Ради Європи була проведена міжнародна конференція «Захист прав людини органами конституційної юстиції: можливості і проблеми індивідуального доступу». На цій конференції було актуалізовано проблему запровадження в Україні *інституту конституційної скарги* як визнаного багатьма демократичними країнами інструменту прямого доступу осіб до конституційного правосуддя з метою *захисту їх прав і основоположних свобод*. За всієї різноманітності моделей конституційної скарги¹ її *сутність* зводиться до визнання за фізичними і юридичними особами права звертатися до органів конституційного судочинства із письмовою заявою про перевірку конституційності законів та інших правових актів, які порушують чи обмежують конституційні права і свободи.

Досліджуючи роль Європейської конвенції та практики ЄСПЛ у конституційному судочинстві, вітчизняні конституціоналісти вже на початку 2000-х рр. стверджували, що конституційна скарга виступає незаперечним національним засобом правового захисту, тому його використання має бути визнано обов'язковим². На сьогодні національна юридична доктрина в цілому погодилася з необхідністю вдосконален-

¹ Щодо моделей конституційної скарги див.: Арутюнян Г. Індивідуальна конституційна скарга: європейські тенденції системного розвитку / Г. Арутюнян // Захист прав людини органами конституційної юстиції: можливості і проблеми індивідуального доступу : матеріали міжнар. конф., м. Київ, 16 верес. 2011 р. / Конституц. Суд України ; відп. ред. А. С. Головін. – К. : Логос, 2011. – С. 66–77; Гультай М. Питання вдосконалення індивідуального доступу до конституційного правосуддя в Україні / М. Гультай // Там само. – С. 59–65.

² Див.: Савенко М. Роль практики Європейського суду з прав людини у конституційному судочинстві України / М. Савенко // Вісн. Конституц. Суду України. – 2005. – № 6. – С. 52 та ін.

ня індивідуального доступу приватних осіб до конституційного правосуддя у напрямі запровадження конституційної скарги та перебуває на етапі пошуку її оптимальної моделі.

Поширені у світі моделі конституційної скарги були докладно вивчені Венеціанською комісією у ґрунтовній доповіді «Про прямий доступ до конституційного правосуддя» (17–18 грудня 2010 р.), що має на меті сприяти розвитку внутрішньодержавних засобів правового захисту від порушень прав людини через інструменти конституційного правосуддя¹. У пункті 79 цієї Доповіді підкреслюється, що ЄСПЛ визнає повну індивідуальну конституційну скаргу ефективним засобом правового захисту у випадках порушень Європейської конвенції.

Ця модель конституційної скарги охоплює право фізичних та юридичних осіб оскаржити до конституційного суду конституційність як нормативних, так й індивідуальних адміністративних актів чи рішень суду, що дозволяє істотно зменшити кількість звернень осіб до Страсбурзького суду через активізацію національного правозахисного механізму. Д. Букіккіо погоджується, що «у разі запровадження повної конституційної скарги кількість рішень щодо України у Страсбурзі могла б значно зменшитися. Більше того, український народ зміг би скористатися ефективним механізмом захисту прав людини усередині країни»². Цей аргумент є надзвичайно переконливим для України, яка входить до трійки країн Ради Європи — лідерів за кількістю індивідуальних скарг до ЄСПЛ від осіб, які перебувають у межах її юрисдикції.

Однак оптимальна модель конституційної скарги має відповідати багатьом вимогам: ураховуючи найкращий досвід провідних країн світу, вона має бути спрямована на запобігання потенційним ризикам її запровадження, серед яких науковці називають надмірне перевантаження Конституційного Суду України; унеможливлення

¹ Доповідь Європейської комісії за демократію через право (Венеціанської комісії) «Про прямий доступ до конституційного правосуддя» (85 пленарне засідання, Венеція, 17–18 грудня 2010 р.) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.venice.coe.int>.

² Вітальне слово Голови Венеціанської комісії Ради Європи Д. Букіккіо на Міжнародній конференції «Захист прав людини органами конституційної юстиції: можливість і проблеми індивідуального доступу» з нагоди 15-ї річниці Конституційного Суду України у рамках головування України в Комітеті міністрів Ради Європи 16 вересня 2011 р. в Києві [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ccu.gov.ua/uk/publish/article/153893>.

розв'язання ним найважливіших проблем суспільного життя¹; фактичне перетворення органу конституційного контролю на «четверту» інстанцію для справ, що підлягають розгляду судами загальної юрисдикції², та ін.

Нами вже було підготовлено низку публікацій, які містять перші кроки на шляху до побудови такої оптимальної моделі конституційної скарги та визначають низку конкретних пропозицій щодо її суб'єктів, предмета конституційної скарги, кола актів, що підлягають оскарженню, строків подання, інших елементів правового механізму її функціонування³. У консолідованому вигляді запропонована нами модель конституційної скарги передбачає право громадян України, іноземців, осіб без громадянства та юридичних осіб приватного права після вичерпання всіх національних можливостей правового захисту подати письмову скаргу до Конституційного Суду України щодо конституційності законів України та інших правових актів, які підлягають конституційному контролю, у випадках, коли застосування цих актів у конкретній справі призвело до порушення конституційних прав і свобод суб'єктів такої скарги.

По суті йдеться про запровадження *нормативної конституційної скарги*, пов'язаної з розглядом конкретної справи. Оскарженню підлягатиме лише нормативний акт, покладений в основу ухвалення індивідуального акта (судового рішення), тоді як саме судове рішення у разі задоволення конституційної скарги буде переглянуто судами загальної юрисдикції в особливому порядку, аналогічному перегляду судових рішень у зв'язку з ухваленням ЄСПЛ відповідних рішень проти України. Зрозуміло, що запровадження такого правового інституту, як слушно зауважив А. Головін, потребуватиме внесення змін до Конституції України, Закону України «Про Конституційний Суд Укра-

¹ Тодика Ю. Конституційний Суд України і прокуратура в конституційно-правовому механізмі забезпечення основних прав громадян / Ю. Тодика, О. Марцеляк // Вісн. Акад. прав. наук України. – 1997. – № 4 (11). – С. 38–39.

² Головін А. С. Захист прав і свобод людини і громадянина при здійсненні правосуддя в рішеннях Конституційного Суду України / А. С. Головін. – К. : Логос, 2011. – С. 267.

³ Див.: Гультай М. Досвід функціонування інституту конституційної скарги у Федеративній Республіці Німеччина та перспективи його запровадження в Україні / М. Гультай // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2011. – № 3 (66) – С. 55–67; Гультай М. Функціональні характеристики інституту конституційної скарги та модель його впровадження в Україні / М. Гультай // Вісн. Конституц. Суду України. – 2011. – № 4–5. – С. 185–193.

їни», відповідних положень кодексів та інших законів України, а також Регламенту Конституційного Суду України¹.

Запропонований підхід у цілому відповідає рекомендаціям Венеціанської комісії щодо вирішення конституційним судом питань конституційності лише нормативних актів (п. 6 Доповіді)², тоді як контроль за законністю індивідуальних актів, як правило, мають здійснювати суди загальної юрисдикції, що сприятиме виправданому розмежуванню компетенції між ними та розвантаженню органу конституційного контролю. Зрозуміло, що запровадження принаймні на першому етапі нормативної, а не повної конституційної скарги потребуватиме додаткової аргументації в розглянутому вище аспекті вирішення проблеми численних звернень до ЄСПЛ проти України. Однак за певних обставин така скарга може вважатися ефективним та доступним засобом національного захисту прав людини та в окремих випадках її подання до Конституційного Суду України може виступати необхідною передумовою звернення особи до ЄСПЛ.

У цьому контексті при визначенні підстав конституційної скарги, якими виступають порушення оскаржуваним законом чи іншим правовим актом прав людини і основоположних свобод, можна звернутися до досвіду Туреччини, де, за ст. 148 Конституції (з поправками 2010 р.), кожний може подати індивідуальну скаргу до конституційного суду у випадку порушення державними органами його основоположних прав і свобод, що закріплені також у Європейській конвенції. У будь-якому разі конституційна скарга стане ефективним дієвим засобом захисту прав людини через систему конституційної юстиції лише за умови активного застосування при її розгляді європейських стандартів прав людини, сконцентрованих у Європейській конвенції та практиці ЄСПЛ.

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

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

У цілому подальше впровадження європейських матеріальних та процесуальних стандартів правозахисту в національне конституційне судочинство підтверджує відданість України ідеалам та принципам, які є спільним надбанням європейських народів¹ та ґрунтуються на спільній конституційній спадщині.

Гультай М. Роль європейських стандартів правозахисту в конституційному судочинстві України

В статті розглядається проблема ролі Конвенції о захисті прав людини і основних свобод і практики Європейського суду по правах людини в діяльності Конституційного Суду України і її зміцнення через впровадження інституту конституційної скарги як ефективного засобу судового захисту прав людини.

Ключевые слова: європейські стандарти прав людини, Європейська конвенція, практика ЄСПЧ, Конституційний Суд України, конституційне судочинство, конституційна скарга.

Gultay M. The role of European standards of human rights protection in Ukrainian constitutional jurisprudence

The article is devoted to the role of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and the European court on human rights case-law in Constitutional Court of Ukraine legal proceedings and its strengthening through introduction of the institute of constitutional complaint as an effective judicial mean of human rights protection.

Keywords: European standards of human rights, European convention, the ECHR case-law, Constitutional Court of Ukraine, constitutional jurisprudence, constitutional complaint.

¹ Про відданість України «ідеалам та принципам, які є спільним надбанням європейських народів», Конституційний Суд України нагадав у Рішенні від 29.12.1999 № 11-рп/99 у справі про смертну кару, пославшись на Закон України «Про приєднання України до Статуту Ради Європи».

ПИТАННЯ ІСТОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

УДК 340.15:342.4(477)

В. Гончаренко, академік НАПрН України, доктор юридичних наук, Національний університет «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Бікамералізм у контексті конституційної реформи в Україні

Указом Президента України «Про підтримку ініціативи щодо створення Конституційної Асамблеї» від 21 лютого 2011 р. перед цією інституцією поставлено завдання підготовки змін до Конституції України, покликаних удосконалити конституційне регулювання відносин у країні¹. Начасі питання подальшого вдосконалення структури парламенту — Верховної Ради України з урахуванням вітчизняного і зарубіжного досвіду. Як слушно зауважує М. В. Оніщук, «на сьогодні очевидним є те, що організація та діяльність Верховної Ради України вимагають докорінної ревізії. Перспективним шляхом вирішення цього питання може стати реалізація західноєвропейських ідей бікамералізму в новітньому національному державному будівництві»².

Багатолітня історія функціонування парламентів різних країн свідчить, що у більшості випадків їх структура складалася з двох палат. Як зазначав відомий фахівець у галузі державного права ХІХ ст. О. Д. Градовський, «двопалатна система сприймається у більшості європейських й американських держав, як монархічних, так і республіканських. Лише деякі германські держави, а також Сербія, Болгарія, Південна Румелія і Греція мають одну палату»³. Роздвоєння народного

¹ Офіц. вісн. України. – 2011. – № 14. – Ст. 562.

² Оніщук М. Система стримувань і противаг у незалежній українській державі: досвід, проблеми, перспективи / М. Оніщук // Проблеми сучасного українського конституціоналізму : зб. наук. пр. на пошану першого Голови Конституц. Суду України проф. Леоніда Юзькова / Конституц. Суд України, Акад. прав. наук України ; заг. ред.: А. Стрижак, В. Тацій ; упоряд.: В. Бринцев, В. Кампо, П. Стецюк. – К., 2008. – С. 122.

³ Градовский А. Д. Государственное право важнейших европейских держав. Лекции, читанные в 1885 г. / А. Д. Градовский. – СПб. : Изд. Л. Ф. Пантелеева, 1895. – С. 189.

представництва знаходило своє відображення в конституціях. Так, згідно з конституційними актами 1867 р. Австрії рейхсрат (тобто парламент) складався з двох палат, а саме: палати господ і палати депутатів¹. Згідно з Конституцією Бельгії 1831 р. законодавча влада здійснювалася парламентом, що складається з двох палат — палати представників і сенату². Про двопалатну структуру народного представництва йдеться й у конституціях інших країн, вміщених у зазначеному збірнику³ (Конституція Данії 1849 р., Конституція Іспанії 1876 р., Конституція Голландії 1887 р., Конституція Норвегії 1814 р., Конституція Португалії 1826 р., Конституція Швеції 1809 р., Конституція Японії 1889 р.). Бікамералізм був характерним також і для країн, які в кінці XVIII — XIX ст. мали республіканську форму правління чи за формою державного устрою були федеративними державами. Так, у розділі I статті I Конституції США 1787 р. зазначалося: «Усі ухвалені тут повноваження законодавчої влади надаються Конгресові Сполучених Штатів, який складається з Сенату і Палати представників»⁴.

Двопалатний парламент мали й інші держави, які за формою державного устрою були федераціями. Серед таких держав була, зокрема, Аргентина. У статті 36 Конституції цієї країни 1860 р. зазначалося: «Законодавчою владою нації буде наділений конгрес, що складається з двох палат: в одну ввійдуть депутати від цієї нації, у другу — сенатори від провінцій і столиці»⁵. Перша палата мала назву «Палата депутатів», а друга — «Сенат»⁶. Двопалатні парламенти мали й інші федеративні країни, конституції яких були прийняті у XIX ст. (Конституція Бразилії 1891 р., Конституція Німеччини 1871 р., Конституційний акт Канади 1867 р., Конституція Мексики 1857 р., Конституція Швей-

¹ Современные конституции : сб. действующих конституц. актов. Т. I. Конституционные монархии / пер. под ред. и со вступ. очерками В. М. Гессена и Б. Э. Нольде. — СПб. : Изд. юрид. кн. склада «Право», 1905. — С. 3–4.

² Там само. — С. 120.

³ Там само. — С. 230, 247, 265, 293, 334, 355, 542, 591.

⁴ Історія держави і права зарубіжних країн : хрестоматія : навч. посіб. для студ. юрид. вищ. закл. освіти / за ред. В. Д. Гончаренка. — К. : Вид. Дім «Ін Юре», 2002. — С. 338.

⁵ Современные конституции : сб. действующих конституц. актов. Т. II. Федерации и республики / пер. под ред. и со вступ. очерками В. М. Гессена и Б. Э. Нольде. — СПб. : Изд. юрид. кн. склада «Право», 1907. — С. 98.

⁶ Там само. — С. 98, 100.

царії 1874 р.)¹. Відповідно до Конституції Франції 1875 р., яка закріпила республіканську форму правління, законодавчу владу здійснювали два зібрання: палата депутатів і сенат².

Структура парламентів, у тому числі й тих, що мали дві палати, уже з моменту становлення парламентаризму була у полі зору дослідників XVIII і XIX ст. Так, Ш. Л. Монтеск'є, торкаючись призначення двопалатності, наголошував: «Законодавчі збори складаються тут з двох частин, взаємно стримуючих одна одну належним їм правом відміни, причому обидві вони зв'язані виконавчою владою, яка у свою чергу, зв'язана законодавчою владою»³. За твердженням відомого англійського мислителя Д.-С. Мілля (1806–1873), «з усіх питань, котрі торкалися теорії представницького правління, ні одне не породжувало так багато суперечок, в особливості на континенті, як питання про двопалатну систему народного представництва»⁴. У юридичній літературі XIX ст. існувало різноманіття думок на користь функціонування двопалатних парламентів. На цю обставину звернув увагу О. Д. Градовський. Він зазначив, що «відносно загального питання про необхідність верховної палати більшість політичних письменників висловлюються у позитивному сенсі»⁵.

Бікамералізм зберігався й у низці конституцій зарубіжних країн, прийнятих у першій половині XX ст. Так, згідно з § 6 Конституційної хартії Чехословацької Республіки від 29 лютого 1920 р. законодавча влада здійснювалась національними зборами, які склались із двох палат: палати представників і сенату⁶. Згідно з Конституцією Польщі 1921 р. законодавчу владу здійснювали сейм і сенат⁷. Конституція

¹ Современные конституции : сб. действующих конституц. актов. Т. II. Федерации и республики / пер. под ред. и со вступ. очерками В. М. Гессена и Б. Э. Нольде. – СПб. : Изд. юрид. кн. склада «Право», 1907. – С. 128, 166, 201, 251, 337.

² Там само. – С. 535.

³ Монтескье Ш. Избранные произведения / Ш. Монтескье. – М. : Гос. изд-во полит. лит., 1955. – С. 298.

⁴ Милль Дж Стюарт. Представительное правление. Публицистические очерки / Дж. Стюарт Милль ; пер. с англ. под ред. Р. И. Сементковского. – СПб. : Изд. Ф. Павленкова, 1897. – С. 130.

⁵ Государственное право важнейших европейских держав. Лекции, читаемые в 1885 г. А. Д. Градовским. – СПб. : Изд. Л. Ф. Пантелеева, 1895. – С. 211.

⁶ Конституції буржуазних країн. Конституції великих держав і західних сусідів СРСР. – К. : Вид-во ЦВК УСРР «Радянське будівництво і право», 1936. – С. 71.

⁷ Там само. – С. 239.

Румунії 1923 р. визначала, що законодавча влада в країні здійснювалась спільно королем і національним представництвом, яке поділялося на двоє зборів: сенат і палату депутатів¹.

Досвіду роботи у двопалатних парламентах свого часу набували і представники від українських територій під час входження їх до складу інших країн. Так, депутатами двопалатного парламенту (рейхсрату) Австрії були представники Галичини і Буковини². У складі двопалатного парламенту Російської імперії початку ХХ ст., який складався з Державної думи (нижня палата) і Державної ради (верхня палата), набиралися парламентського досвіду члени цих палат від українських губерній, що перебували у складі Російської імперії³. Згідно з Конституційною хартією Чехословацької Республіки 1920 р. територія Підкарпатської Русі представлялась в Національних зборах Чехословацької Республіки відповідним числом представників (сенаторів) відповідно до чинних у Чехословаччині виборчих законів.

Теорія і практика радянського конституціоналізму відмовилася від парламентаризму. Але за радянських часів в Україні функціонували найвищі законодавчі виборні органи, які мали доволі специфічну систему. Так, у перше двадцятиліття радянської доби функціонували аж три законодавчих органи, а саме: Всеукраїнський з'їзд Рад робітничих, сільських та червоноармійських депутатів, Всеукраїнський Центральний Виконавчий Комітет (ВУЦВК), Президія ВУЦВК. Конституція УРСР 1937 р. і Конституція УРСР 1978 р. передбачали як єдиний законодавчий орган республіки Верховну Раду Української РСР. Але ці Конституції передбачали функціонування обраної Верховною Радою УРСР Президії Верховної Ради УРСР, яка впродовж багатьох років мала двоїстий характер. З одного боку, вона була постійно діючим органом Верховної Ради УРСР, з другого — найвищим органом державної влади республіки у міжсесійний період⁴.

¹ Конституції буржуазних країн. Конституції великих держав і західних сусідів СРСР. – К. : Вид-во ЦВК УСРР «Радянське будівництво і право», 1936. – С. 290.

² Тищик Б. Й. Західно-Українська Народна Республіка (1918–1923) / Б. Й. Тищик. – Львів : Тріада плюс, 2004. – С. 31.

³ Докладніше див.: Історія держави і права України : підручник : у 2 т. Т. 1. – К. : Вид. Дім «Ін Юре», 2003. – С. 582, 583, 585.

⁴ Докладніше див.: Гончаренко В. Д. Правовий статус Президії Верховної Ради УРСР за Конституцією Української РСР 1978 року / В. Д. Гончаренко // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2011. – № 2. – С. 55–66.

З прийняттям у 1996 р. нової Конституції України в державі працював справжній єдиний орган законодавчої влади в Україні — Верховна Рада України. Парламент український має, згідно з Конституцією, однопалатну структуру. Однак слід зазначити, що в перші роки незалежності України в процесі розробки проектів нової Конституції України пропонувалися варіанти побудови парламенту України на засадах бікамералізму¹.

Питання бікамералізму в Україні актуалізувалися після того, як Президент України Л. Д. Кучма видав 15 січня 2000 р. Указ «Про проголошення всеукраїнського референдуму за народною ініціативою», у п. 5 ст. 2 якого передбачалося включити до бюлетеня для таємного голосування таке питання: 5) «Чи підтримуєте Ви необхідність формування двопалатного парламенту в Україні, одна з палат якого представляла б інтереси регіонів України і сприяла б їх реалізації, та внесення відповідних змін до Конституції України і виборчого законодавства?»². 16 квітня 2000 р. референдум відбувся. Але, як слушно зазначається у надрукованій у 2001 р. статті А. Б. Сокових, присвяченій питанню бікамералізму в Україні, результати референдуму з питання про двопалатний парламент «ще не стали конституційною дійсністю і це свідчить про відсутність гострої необхідності в таких змінах»³. Хоча на розгляд Верховної Ради України зразу ж після референдуму 16 квітня 2000 р. були внесені перші варіанти пропозицій про внесення змін до Конституції України з метою запровадження в країні бікамералізму⁴. Однак і сьогодні питання створення в Україні бікамерального законодавчого органу поки що залишається лише у полі зору вітчизняних дослідників українського і зарубіжного парламентаризму. У сучасній вітчизняній науковій літературі, згідно зі здійсненим І. Словською узагальненням, за однопалатність парламенту України висловлюються Ю. Ганжуров, Л. Кривенко, М. Томенко, Ю. Фрицький, а позитивні та негативні риси запровадження двопалатного парламен-

¹ Словська І. Доцільність формування двопалатного парламенту в Україні / І. Словська // Право України. – 2011. – № 3. – С. 188.

² Офіц. вісн. України. – 2000. – № 3. – С. 30.

³ Соковых А. Б. К вопросу о проблеме бикамерализма в Украине / А. Б. Соковых // Вісн. Луган. ін-ту внутр. справ МВС України імені 10-річчя незалежності України. – 2001. – Вип. 4. – С. 42.

⁴ Докладніше див.: Журавський В. Двопалатний парламент в Україні: проблеми формування / В. Журавський // Право України. – 2001. – № 3. – С. 33.

ту в Україні аналізують В. Журавський, С. Конончук, О. Фісун, В. Шаповал, В. Борденюк, Г. Журальова, Ю. Шемшученко, О. Ярмиш та ін.¹ На думку ж самої І. Словської, «на сьогодні, за відсутності вагомих причин об'єктивного і суб'єктивного характеру, запровадження бікамералізму в Україні є проблематичним»². Ю. Д. Древаль констатує, що «аргументи прихильників збереження однопалатного парламенту в Україні переважають». Однак, на думку дослідника, «останнє слово з цієї проблематики ще не сказане і проблема перевлаштування українського парламенту на засадах бікамералізму залишається відкритою»³. На необхідність подальшого дослідження проблеми бікамералізму в Україні звертає увагу й Т. Француз-Яковець, який зазначає, «що розробка цієї тематики є актуальною для вітчизняної конституційно-правової науки, адже чимало вчених вважають, що питання структурної перебудови парламенту має стати предметом поглибленого дослідження»⁴.

Нерідко недоцільність двопалатного парламенту вітчизняні і зарубіжні дослідники пов'язують з унітарністю держави. Як зазначає О. Н. Булаков, «у цілому для унітарних держав копіювання у структурі парламенту рис, властивих федераціям, навряд чи органічно»⁵. Хоча він водночас констатує, що «сьогодні бікамералізм властивий усім федеративним державам і зустрічається в унітарних державах із розвинутою територіальною автономією (Франція, Італія, Іспанія)»⁶. Зазначимо, що, крім названих, ще у ряді країн Європи функціонують двопалатні парламенти (Польща, Румунія, Словенія, Чехія, Хорватія). Це тільки одна з обставин, на якій базується судження ряду вітчизняних дослідників стосовно доцільності впровадження в Україні у процесі конституційної реформи двопалатного парламенту. Прихильниками

¹ Словська І. Доцільність формування двопалатного парламенту в Україні / І. Словська // Право України. – 2011. – № 3. – С. 187, 191–192.

² Там само. – С. 191.

³ Древаль Ю. Д. Бікамералізм як символ конституційної реформи / Ю. Д. Древаль // Проблеми розбудови державності та народовладдя в Україні (до 20-річчя Народного руху України за перебудову): ХХІІ Харк. політ. читання (матеріали міжнар. наук.-теорет. конф.). – Х.: [Б. в.], 2009. – С. 51.

⁴ Француз-Яковець Т. Бікамеральний парламент: правова природа та юридичний статус / Т. Француз-Яковець // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2011. – № 4 (67). – С. 214–215.

⁵ Булаков О. Н. К вопросу о бикамеральной системе парламентов / О. Н. Булаков // Изв. высш. учеб. заведений. Правоведение. – 2003. – № 4. – С. 25.

⁶ Там само. – С. 24.

бікамералізму в Україні є В. Речицький¹, І. Юхновський², М. Оніщук³, В. Тацій⁴ та ін.

Не минули бікамералізм увагою не тільки сучасні конституціоналісти, але й політики. Як зазначає М. М. Новіков, «у широкому масиві політичної літератури наявність верхньої палати, як правило, пов'язується з більш високим стандартом демократії, з більш високим рівнем демократичного представництва»⁵. За висновком дослідника, «позначені кореляції забезпечуються її множинними іпостасями, головними з яких є: нейтралізатор однопічної, кон'юнктурно залежної партійної логіки законотворчості; фільтратор прийнятого законодавства на предмет відповідності параметрам якості, довгострокової перспективи і захисту прав будь-яких політичних і соціальних меншостей; посередник у конкретному конфлікті регіональних, національних, конфесіональних, політико-партійних, соціальних та інших асоційованих інтересів. У цих іпостасях, що дозволяють державі і суспільству пом'якшувати і нейтралізувати наявний конфліктний потенціал, бікамералізм широко затвердився у світовій практиці»⁶. Крім названої, так би мовити, конфліктологічної складової підгрунтя на користь бікамералізму в Україні в дослідженнях наводяться й інші переконливі аргументи на його користь. Так, Т. Француз-Яковець називає такі загально-визнані переваги двопалатної структури парламенту: «можливість врахування інтересів нації в цілому та інтересів окремих регіонів; здатність покращити законодавчий процес, шляхом утримання від непередуманих законодавчих рішень та врешті стабілізувати політичні

¹ Речицький В. В. Конституціоналізм. Украинский опыт / В. В. Речицький ; Харьк. правозащит. группа ; худож.-оформитель И. Гаврилюк. – Харьков : Фолио, 1998. – С. 145.

² Юхновський І. Р. Перше десятиріччя незалежності України: успіхи і невдачі у будівництві держави / І. Р. Юхновський // Парламентська реформа і практика : зб. наук. пр. – К., 2001. – Вип. 6. – С. 30.

³ Оніщук М. Система стримувань і противаг у незалежній українській державі: досвід, проблеми, перспективи / М. Оніщук // Проблеми сучасного українського конституціоналізму : зб. на пошану першого Голови Конституц. Суду України проф. Леоніда Юзькова. – К., 2008. – С. 122–124.

⁴ Тацій В. Українська держава і право на початку XXI століття / В. Тацій // Право України. – 2010. – № 1. – С. 8.

⁵ Новіков М. М. Бікамералізм у системі подолання суспільних конфліктів / М. М. Новіков // Соціально-політичні протиріччя та проблеми соціального партнерства : зб. наук. тез (за матеріалами XVI Харк. політол. читань). – Х. : Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого, 2005. – С. 180.

⁶ Там само. – С. 180–181.

відносини в суспільстві»¹. На пряму залежність між удосконаленням системи балансів між гілками влади, посиленням ефективності законодавчого процесу, якості самого чинного законодавства і двопалатною системою парламенту вказує М. Оніщук². Крім того, на думку вченого, запровадження в Україні бікамералізму посилить і національну систему checks and balance між гілками влади, а також краще забезпечить інституційну стабільність і правову наступність держави³. Узагальнюючи аргументи прихильників двопалатної побудови українського парламенту, Ю. Древаль називає насамперед такі: відносно велика територія, значна кількість населення України, обмежене й неоднакове представлення окремих регіонів (областей) у парламенті за наявного однопалатного парламенту, зримі прорахунки в законодавчій діяльності та розбіжності в політичних уподобаннях населення різних регіонів⁴. Констатуючи, що існують як позитивні, так і негативні моменти запровадження двопалатного парламенту, І. Словська серед позитивних називає: представлення інтересів регіонів, збалансованість у прийнятті рішень нормативного і ненормативного характеру⁵. Позитив від запровадження в Україні бікамералізму Р. Мартинюк убачає в тому, що верхня палата парламенту стала б легальним засобом впливу регіональних еліт на формування державної політики, відродження в законодавчій діяльності регіональних інтересів територіальних громад, а також сприяла б підвищенню якості й ефективності законодавчого процесу на основі запроваджуваних процедур міжпалатної взаємодії⁶. Своє бачення доцільності двопалатного парламенту в Україні під кутом зору оптимізації при його функціонуванні оприлюднив В. І. Кафарський. Він вважає, що двопалатний парламент, у якому нижня палата буде обиратися за пропорційною системою виборів, а верхня — за мажоритарною, «дасть можливість поєднати і політичне, і територіальне представництво, посилити легальність державних інститутів та закладе підвалини громадського контролю за діяльністю органів дер-

¹ Француз-Яковець Т. Указ. праця. – С. 218.

² Оніщук М. Указ. праця. – С. 122.

³ Там само. – С. 125.

⁴ Древаль Ю. Д. Організація і діяльність парламентів: Теоретико-методологічні засади : [монографія] / Ю. Д. Древаль. – Х. : Вид-во ХарПІ НАДУ «Магістр», 2009. – С. 153.

⁵ Словська І. Указ. праця. – С. 191.

⁶ Мартинюк Р. Чи потрібен Україні двопалатний парламент? / Р. Мартинюк // Підприємство, госп-во і право. – 2008. – № 8. – С. 100.

жавної влади і політичних партій, які представлені у ній»¹. До цього, мабуть, слід додати, що при запропонованому порядку виборів до двопалатного парламенту мажоритарні депутати другої палати повинні бути безпартійними.

Позитивним аргументом на користь двопалатної структури парламенту України є і така властивість верхньої палати, як стабілізуюча роль у державі, бо саме вона «стримує всі гілки влади від конфліктів і суперечок»².

У той же час слід зазначити, що в літературі наведено чимало аргументів як проти існуючого у ряді країн бікамералізму, так і проти запровадження його в Україні. Наприклад, О. Н. Булаков перелічує такі, на його думку, недоліки двопалатної парламентської системи: «однопалатний парламент працює більш ефективно, так як існування другої палати може надто ускладнити і затрудити законодавчий процес; друга палата нерідко виступає як гальмо на шляху демократії, особливо коли її члени не обираються або обираються шляхом непрямих виборів; у самій двопалатній системі закладена можливість виникнення конфліктів у структурах влади; двопалатний парламент може звужувати доступ до процесу визначення політики, так як остаточна розробка законодавчих актів перебуває в руках об'єднаних комітетів; друга палата забезпечує консерватизм у політиці, так як вона підтримує існування конституційного устрою та іноді віддзеркалює інтереси лише правлячої еліти»³. Аргументи на користь однопалатного парламенту, власне, в Україні, яким він є зараз за Конституцією 1996 р., і проти двопалатного парламенту в перспективі наводяться опонентами бікамералістів. Так, О. Ю. Бульба вважає, що до явних переваг однопалатної системи можна віднести такі риси: тільки в однопалатних парламентах реалізується основний демократичний принцип представництва, в основі якого лежить загальне виборче право; механізм

¹ Кафарський В. І. Двопалатний парламент і механізм оптимізації діяльності політичних партій / В. І. Кафарський // Держава і право : зб. наук. пр. Юрид. і політ. науки. – К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2009. – Вип. 46. – С. 149.

² Нахмедова А. Е. Бікамеральний парламент – переваги і недоліки (на прикладі парламенту Італії) / А. Е. Нахмедова // Треті Конституційні читання : зб. тез наук. доп. і повідомл. міжнар. наук. конф. молодих учених, аспірантів і студ., присвяч. пам'яті акад. права Ю. М. Тодири / за заг. ред. А. П. Гетьмана ; Нац. юрид. акад. України. – Х. : Права людини, 2010. – С. 399.

³ Булаков О. Н. Указ. праця. – С. 30.

призначення замість обрання законодавців до верхньої палати підриває принцип демократичного представництва, перешкоджає можливості встановлення рівноваги у стосунках між законодавчою і виконавчою гілками влади; однопалатна система зміцнює ідеологію унітарної держави, не створює умов для штучного поділу держави на територіальні утворення за географічною ознакою; однопалатна система є більш доцільною також і з фінансової точки зору¹. Заперечення бікамералізму в Україні пов'язується з побоюванням, що це може призвести до федералізму². Цілу низку аргументів опонентів прихильників бікамералізму в Україні наводить Ю. Д. Древаль³. Свої сумніви щодо доцільності зародження двопалатного парламенту в Україні Б. І. Борденюк пов'язує з тим, що «двопалатні парламентські системи із сильними верхніми палатами функціонують в унітарних державах з авторитарним забарвленням», а тому «з огляду на потреби євроінтеграції створення двопалатної системи в Україні, яка задекларувала прагнення стати демократичною, правовою державою, виглядало б невиправданим кроком»⁴. Думається, що й наведених вище сформованих науковцями аргументів «за» і «проти» бікамералізму достатньо для твердження, що дискусія про бікамералізм в Україні далека від завершення.

Слід також зазначити, що й у прибічників двопалатного парламенту в Україні існують численні за своєю різноманітністю підходи, зокрема, до назви палат бікамерального парламенту України, порядку і принципів формування верхньої палати, до виборчих цензів для її членів, до порядку функціонування верхньої палати та її повноважень тощо. Це знаходить своє відображення як у проектах Конституції України, у законопроектах про зміни до Конституції України 1996 р., численних наукових працях вітчизняних учених-фахівців у галузі конституційного права як України, так і зарубіжних країн. Пошуку

¹ Бульба О. Проблеми діяльності законодавчої влади в процесі формування правової держави в Україні / О. Бульба // Актуальні проблеми правознавства : наук. зб. ЮІ ТАНГ. – 2002. – Вип. 4. – С. 71.

² Наулік Н. Бікамеральний парламент в Україні: «за» і «проти» / Н. Наулік // Актуальні проблеми правознавства : наук. зб. ЮІ ТАНГ. – 2002. – Вип. 4. – С. 182.

³ Древаль Ю. Бікамералізм і демократія: управлінський аспект / Ю. Древаль // Актуальні проблеми державного управління : зб. наук. пр. / редкол.: С. Н. Серьогін (голова редкол.) та ін. – Д. : ДРІДУ НАДУ, 2008. – С. 96–97.

⁴ Борденюк В. І. Деякі питання створення двопалатного парламенту в Україні у контексті зарубіжного досвіду / В. І. Борденюк // Держава і право : зб. наук. пр. Юрид. і політ. науки. – К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2011. – Вип. 51. – С. 197.

істини у цьому вельми складному і дуже актуальному для державного будівництва питанні може служити вичерпна інформація про бікамералізм як явище не тільки сучасне, а й таке, що має глибоке історичне коріння. Цінним із точки зору інформаційного забезпечення плідного дослідження питання бікамералізму в Україні є видання Українською Правничою Фундацією за редакцією С. П. Головатого багатотомної збірки матеріалів, що відображають перебіг та зміст новітнього конституційного процесу в Україні, розпочатого проголошенням державного суверенітету України у 1990 р. і який завершується прийняттям у 1996 р. нової Конституції України як незалежної демократичної держави¹. Видання містить документи, коментарі, статті, стенограми засідань Конституційної Комісії України. Серед документів важливе місце займають проекти Конституції України, особливо ті, у яких ідеться про двопалатний парламент України. Важливою підмогою у справі подальшого дослідження бікамералізму стало б перевидання текстів конституцій зарубіжних країн у редакції XIX — початку XX ст., про які згадувалося на початку цієї статті. Доцільно було б узагальнити і видати у вигляді своєрідної хрестоматії численні думки дослідників бікамералізму, у тому числі й тих фахівців у галузі конституційного права, котрі жили у XIX ст.

Гончаренко В. Бікамералізм в контексте конституционной реформы в Украине

В статье рассматривается актуальная с точки зрения дальнейшего усовершенствования структуры парламента Украины проблема бикамерализма.

Ключевые слова: Верховная Рада Украины, конституционная реформа, бикамерализм.

Goncharenko V. Bicameralism in the context of constitutional reform in Ukraine

The article considers relevant for the further improvement of the structure of the Ukrainian parliament problem of bicameralism.

Keywords: Verkhovna Rada of Ukraine, constitutional reform, bicameralism.

¹ Конституція незалежної України : у 3 т. – К., 1995–2010.

ПИТАННЯ ФІЛОСОФІЇ ПРАВА

УДК 340.12:274

О. Барабаш, кандидат філософських наук, доцент кафедри логіки Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Протестантизм у розвитку загального права Англії та США

Актуальність теми впливає з комплексу сучасних суспільно-правових запитів України. Пошук ефективних засобів та механізмів подальшої модернізації правової системи актуалізує увагу різних галузей сучасної науки до науково-практичних напрацювань розвинених країн світу. На фоні процесу зближення різних правових систем у рамках концепції міжнародного права у національних законодавствах адаптуються й стверджуються ті запозичені зовні функціональні елементи, що витримали випробування часом, залишаючи фактор їх походження вторинним. Одна з ключових проблем у цьому процесі, що постає і в Україні, — розуміння джерел виникнення, розвитку і становлення механізмів правових систем у контексті виваженого та ефективного інкорпорування їх елементів. Відкритим перш за все залишається питання особливостей використання інституціонального досвіду правових систем із чітко визначеним ідеологічним підґрунтям у системах, ідеологічна складова яких розбудовується в умовах змішаних контекстів ліберального і неліберального характеру. Оскільки у практичній площині звертаються й до досвіду англо-американської правової сім'ї як однієї з найбільш авторитетних у сучасному світі, питання формування особливостей її праворозуміння і його подальшого ствердження залишається, з нашої точки зору, одним із найбільш цінних у своїй теоретико-методологічній значущості. Становлення уявлень про державу і право в Англії та США як країн, що визначили сутнісні риси англо-американської правової сім'ї, відбувалось у зв'язку із світобаченням протестантизму. З нашої точки зору, змістовні інновації про-

тестантизму заклали фундамент ідеології лібералізму, який у поєднанні з англійським традиціоналізмом привів до ствердження особливої правової культури, сформував певний тип праворозуміння, остаточно обґрунтував статус судді як правотворчої інстанції. Цей науковий вектор дає змогу вийти на всебічний аналіз ролі протестантського праворозуміння у становленні всієї правової системи, формуванні певної її моделі, з'ясуванні умов функціональної спроможності елементів та механізмів, розумінні теоретичної основи їх використання в Україні. Таким чином, актуальність дослідження визначається практичними потребами України і пов'язана з логікою розвитку сучасної науки — її увагою до багатовимірного аналізу сутності соціально-правових процесів із залученням міждисциплінарного досвіду.

Проблема впливу протестантизму на становлення праворозуміння в контексті розвитку англо-американської правової сім'ї лише частково досліджена у зарубіжних наукових роботах, перш за все авторів США та Англії, і майже зовсім не досліджена у вітчизняній літературі. У розгляді вказаної проблематики можна виділити кілька напрямків, що вирішували інші конкретно-наукові завдання. Це, по-перше, змістовний блок, пов'язаний з аналізом нових ідей протестантизму, формуванням цілісної ідеології в її проекцію на соціальну дійсність. У рамках цього блоку досліджено світоглядні інновації протестантизму, морально-етичні доміанти віровчення, суспільні цінності і принципи їх реалізації. Цей дослідницький блок подано, як правило, роботами науковців із філософії, релігієзнавства, соціології, етики. У межах уже іншого змістовного блоку здійснювався як аналіз формування теоретичних підходів щодо ролі держави і права, так і становлення характерного праворозуміння, концептів та механізмів його реалізації в процесах правобудівництва. Скажімо, достатньою мірою є висвітленими питання щодо переформатування правової системи Англії у зв'язку з процесами поширення Реформації під час англійської буржуазної революції під проводом Кромвелля, зміни, що відбулися після її завершення, проаналізовано процес ствердження конституційних основ США. Напрацювання істориків держави і права, теоретиків держави і права дозволяють простежити, як через суперечності позицій представників природного і позитивного права, їх дискусії та пошук народжувались відмінні, але за сутністю близькі правові системи

Англії і США. Як правило, у розгляді позначених питань увага більшою мірою концентрувалася на системних параметрах загального права та їх функціональних особливостях — звичай і прецедент як головні джерела права, правотворча роль судді, пріоритет процесуального права над матеріальним, держава як один із суб'єктів права поряд із приватними особами і відсутність у зв'язку з цим поділу на публічне і приватне право тощо. Таким чином, стверджувався загальний вплив праворозуміння, що формувалось у зв'язку з ідеологією лібералізму, але домінуючий функціонально-теоретичний підхід залишав на периферії науково-дослідного інтересу питання ступеня впливу саме протестантського праворозуміння. Тому, з нашої точки зору, відкритим залишається питання щодо сполучення протестантського праворозуміння та поглядів на право іншоджерельного походження, питання ідеологічних основ, що стали теоретичним підґрунтям усієї системи і дозволили поєднати різномірні елементи в єдине ціле — авторитетні правові системи Англії та США.

Завдання роботи — постановка проблеми впливу протестантизму на формування англо-американської правової сім'ї, окреслення кола теологічних питань, що знайшли своє втілення у протестантському праворозумінні, з'ясування наслідків їх впливу на розвиток загального права в Англії та США.

В Англії протестантизм розпочався за волею Генріха VIII, і, зважаючи на створення англіканської церкви, новації мали стосуватися виходу з-під юрисдикції Ватикану, ствердження верховенства монарха, позбавлення церкви статусу великого землевласника. Сам король, якого проголосили головою церкви, не мав на меті тих змін світоглядного характеру, що притаманні лютеранству, тому система загального права з особливою роллю судді як знавця традиції і прецеденту відразу не зазнала суттєвих змін. Як відзначає, аналізуючи ситуацію в Англії, В. Бернхем, «Загальне право пережило за свою історію дві найбільші загрози своєму існуванню. Перша датується 16–17 ст., коли загальне право відчуло конкуренцію більш вживаного Римського права. Саме в цей період точилася боротьба між королем та парламентом за верховенство — боротьба, яку парламент виграв»¹. Слід підкреслити, що в цій боротьбі ідеологією парламенту був уже протестантизм зовсім іншого гатунку. В Англію масово прийшов

¹ Бернхем В. Вступ до права та правової системи США / В. Бернхем. – К. : Україна, 1999. – С. 46.

кальвінізм і почав стрімко поширюватися у вигляді пресвітеріанства та конгрегаціоналізму. Під час англійської революції під проводом Кромвелля почало стверджуватися нове пуританське світобачення й оформлювалось праворозуміння, у рамках якого можливою і необхідною виглядала страта короля як носія влади. Ключова ідея, що буде подана у різних варіантах, — суспільне життя має бути облаштовано на основі договору. Якщо сам Господь, поважаючи людину як своє улюблене і прощене за гріхи спокутою Ісуса Христа творіння, вдається до вкладання Договору (Завіту) як основи співіснування з людством, то це той спосіб, використовуючи який і поважаючи свободу індивіда, що має бути використаним і в будь-якій людській спільноті. Право розумілося як таке, що даровано Богом через даром дану благодать, у читанні і розумінні сутності Святого Письма. Оскільки у спільнотах діяв принцип обираності лідера як рівного серед рівних, вважалося, що принцип має поширюватися на всі можливі об'єднання людей, у тому числі у межах держави. Не всяка влада вважалася від Бога, а лише та, яка забезпечувала втілення цього принципу заради ствердження християнських чеснот. Тому знаковою виглядала страта короля як свідчення початку нового облаштування світу. Після правління Кромвелля і подальшої боротьби в Англію повернулася монархія, але протестантизм різного гатунку вже став масовим явищем, система влади зазнала суттєвих змін: значну роль почав відігравати парламент, обмежуючи владу короля через звертання до загального права. «Загальне право, якому надавав перевагу парламент, давало можливість відстояти свободу, тому що воно супроводжувалось важкими, формалістичними процедурами»¹. Таким чином, збереглася система загального права, що наділяла суддю правотворчими повноваженнями «оракула» права, «декламатора» права, роллю перетворювача з права загалом у право, що є конкретним рішенням суду. Протестантський вплив став відчуватися перш за все в сумі вимог щодо моральності постаті судді, яка має відповідати високим стандартам. Навіть наприкінці ХХ ст. підкреслюється незаперечність цієї вимоги. «Утім суддя, помилковий вирок якого призвів до публічного скандалу, може не побоюватись за свою кар'єру, якщо він, звичайно, не звинувачується в аморальній або неприпустимій

¹ Бернхем В. Вступ до права та правової системи США / В. Бернхем. – К.: Україна, 1999. – С. 46.

поведінці або корупції»¹. І нарешті, найголовніше — здійснення права і його захист уже традиційно пов'язується з вивіреністю, детальною формалізацією процедури, що сприймається як запорука і втілення справедливості.

У США формування основ державності, становлення праворозуміння від самого початку відбувалося під безпосереднім впливом протестантизму. Представники різних течій, і перш за все пресвітеріани, а надалі баптисти, квакери, інші, рятуючись від переслідувань у Англії за часів поновлення монархії, виїздили до Північної Америки з настановою облаштувати суспільне життя за змістовною сутністю Святого Письма, яку послідовно мала забезпечити модель співіснування на основі Договору, модель, що виходила з раціоналізації суспільних відносин на основі вимог морального характеру. Перші поселення, які створювались у різних місцях колоністами-одновірцями, мислячи у рамках концепції природного права, вирішували проблему об'єктивізації права. За В. Бернхемом, у Новому світі ще тривалий час відчувалася спорідненість поглядів у праворозумінні з Англією, але якщо там система загального права все більше набувала рис «формалізації», то на північноамериканському підґрунті вона почала набувати рис «самостійності», особливо з часів створення США². У пошуку основ суспільної системності підкреслена позиція, що виходила з протестантського праворозуміння, — увага до постаті судді, на якого покладалася повнота відповідальності у розумінні й об'єктивізації права, як провідника Божественної волі, Його велінь морального характеру. Один із засновників таких колоній Джон Уінтроп, організатор міста-поселення Бостон (Массачусетс, 1630 р.), загалом стверджував, що суддя має почуватися Богом на землі і відчувати подібний ступінь відповідальності. Так, можемо відзначити, що, по-перше, сама система суспільних відносин, що розбудовувалась на основі моделі договору, передбачала створення координуючої всю систему через правотворення і правоздійснення інстанції і ці повноваження делегувались суддям. По-друге, сама постать судді пов'язувалась не тільки з моральністю особистого життя, знанням традиції і преце-

¹ Апарова Т. В. Суды и судебный процесс Великобритании. Англия, Уэльс, Шотландия / Т. В. Апарова. – М. : Ин-т междунар. права и экономики : Триада Лтд, 1996. – С. 31.

² Бернхем В. Вступ до права та правової системи США / В. Бернхем. – К. : Україна, 1999. – С. 47.

денту, але і з концептуальним представленням природного права у відповідності з підставами договору і його моральним змістом. У протестантському світобаченні наголос робиться на тому, що свободу волі людини у зовнішніх проявах не обмежує навіть сам Господь, тому це питання виноситься в юридичну площину, де право через постать судді регулює державне і приватне життя. Договірна модель передбачає мінімум фіксованих і кодифікованих положень, що покладені в основу співіснування, оскільки головною цінністю визнається свобода індивіда. У Конституції США встановлюється, що для «...забезпечення нам та нашим нащадкам *благ свободи* встановлюємо й запроваджуємо цю Конституцію для Сполучених Штатів Америки»¹. «Отці-засновники» і творці Конституції США, що підкреслюється у науковій літературі, були знайомі з творами Т. Гоббса, Дж. Локка, Монтеск'є, інших теоретиків держави і права щодо договірної основи держави, розподілу влади між її гілками, системи збалансованості, або стримувань і противаг, але водночас вони покладались і на досвід реалізації протестантського праворозуміння в історії Нового Світу. Окремі території, що виглядали монолітно у зв'язку з певним конфесійним (як правило, протестантським) уявленням, розбудовували систему суспільних відносин із похідними від особливостей віровчення варіаціями, але спільна основа у ключових положеннях дозволяла йти шляхом договірності щодо співіснування. Цей досвід уже передбачав певну владну конструкцію з усталеними уявленнями про право і рамковими основами щодо втілення ідеї свободи волі. Він разом із традицією мінімалізму кодифікації спроектувався на зміст і обсяг Конституції США — 7 статей і лише 27 поправок аж до сьогодні — і реалізувався щодо визначення місця й ролі судової влади. Майже відразу після прийняття Конституції виникла проблема нагляду за здійсненням її норм у широких контекстах. Ситуація визначилась у 1803 р., під час розгляду справи Марбері проти Медісона, коли було встановлено, що зміст ст. 3 Конституції про право судового нагляду (право Верховного Суду перевіряти конституційність законів та дій інших двох гілок влади) визнає його як фактично притаманне самій Конституції. Більше того, «судді наділені “судовою владою Сполучених Штатів” (ст. 3), мають право самі визначати, що є законом у справах,

¹ Конституція США [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.archives.gov.

які вони розглядають»¹. «Самостійність» щодо розбудови всієї правової системи США, про яку згадує В. Бернхем, з нашої точки зору, відтворила засадничий зв'язок із правовою системою Англії, але на домінуючому підґрунті протестантизму, набула концептуальних рис, які втілюються і на сьогодні. По-перше, протестантське праворозуміння виходило з християнської реабілітації раціональності. У межах концепції природного права це означало, що коло питань щодо суспільного життя виноситься із теологічної площини в юридичну, де і мають стверджуватися раціональні підходи і механізми, призначення держави — створювати умови і простір для реалізації свободи волі. По-друге, пізнання надприродних вимірів права, їх раціоналізацію і поточне здійснення мав здійснювати перш за все суд. Тому діяльність судді побудована у США не тільки на процедурній вивіреності, як у Англії, у її контексті правотворчість має набувати характеру об'єктивності того, що пов'язується з Божим повелінням. Утілення цієї настанови спряжено з моральними вимірами суспільства як індикатором і корелятом оцінювання справедливості.

Звичайно, найбільший вплив протестантського праворозуміння, мабуть, можна зафіксувати протягом початку історії США. Так, навіть у довідці щодо Верховного суду США згадується, що до 1835 р. усі без винятку його члени були тільки чоловіками-протестантами. На сьогодні Сполучені Штати Америки — багатонаціональна та поліконфесійна держава, і будь-які посилання на Бога на офіційному рівні (як у промовах колишнього президента США Джорджа Буша) завжди викликають зрозумілі питання щодо конфесійності уявлень про Бога. На фризах судової зали будівлі Верховного суду США (1935 р.) є зображення законодавців як дохристиянської епохи — Мойсея, Конфуція, так і післяхристиянської — пророка Мохаммеда. Утім загальний раціональний підхід, уважність до процедури й очікування надморальності у рішеннях Верховного суду залишаються незмінними. Р. Дворкін загалом підкреслює саме «взаємну відповідність фундаментальних моральних принципів суспільства і права» характерною ознакою сучасності США².

¹ Бернхем В. Вступ до права та правової системи США / В. Бернхем. – К. : Україна, 1999. – С. 49–50.

² Див.: Таманага Б. Верховенство права: історія, політика, теорія / Браян Таманага ; пер. з англ. А. Іщенко. – К. : Вид. дім «Кієво-Могилянська академія», 2007. – С. 160.

Щодо шляхів розвитку міжнародного права, його інституцій і в цьому контексті зближення англо-американської правової системи і системи континентального права, то, незважаючи на різницю саме системного характеру, в основі якої історія, досвід, світоглядні особливості, на підґрунті сучасного раціоналізму споглядається поступове зближення позицій.

Аналізуючи діяльність Європейського суду з прав людини із застосування ним норм Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р., П. М. Рабінович доходить висновку, що «... дискусії щодо витлумачення поняття права триватимуть і надалі. Але при цьому, гадаємо, нині не можна не брати до уваги “європейське” (в означеному вище — дещо умовному — сенсі праворозуміння, яке ґрунтується на антропологічній парадигмі)»¹, і «... таке праворозуміння можна назвати інструментально-потребовим»². У США, посилаючись на діяльність судді Холмса, що наприкінці ХІХ ст. виступав із критикою теорії незалежного існування права, з 30-х рр. ХХ ст. відчувається вплив школи реалістів, що розвинули обидві ідеї Холмса: по-перше, що закон не потрібно «відкривати чи проголошувати», його необхідно створити; по-друге, що його зміст залежить від різних соціальних, політичних, економічних, історичних та інших тенденцій, якими свідомо чи несвідомо керуються судді. У підсумку йдеться про обґрунтування й аргументацію рішення, процес, у якому замало «я так відчуваю».

Барабаш О. Протестантизм в розвитку общего права Англії и США

В статті в контексті пошука основ ефективного використання привнесеного правового інструментарія ставиться проблема впливу протестантизму на формування англо-американської правової сім'ї, очерчується круг теологічних запитань, які реалізувалися в протестантському правопониманні, вивчаються наслідки їх впливу на розвиток общего права в Англії и США. Особливу увагу приділяється протестантському обґрунтуванню свободи людини в мирській життєвій, договірній основі суспільного існування, зв'язи права и моралі, ролі судової системи.

Ключові слова: протестантизм, общее право, свобода, лібералізм, договірна основа, право в історії Англії и США, судові система, мораль и право.

¹ Рабінович П. М. Сучасне європейське праворозуміння: соціально-антропологічні начала / П. М. Рабінович // Антропологія права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи) : матеріали Першого Всеукр. круглого столу (м. Львів, 16–17 верес. 2005 р.). – Львів : Юрид. ф-т Львів. нац. ун-ту ім. І. Франка, 2006. – С. 263.

² Там само. – С. 260.

Barabash O. Protestantism in the development of the common law of England and the United States

In an article in the context of the search of efficient use of legal tools for introduced raise the problem of the influence of Protestantism on the formation of the Anglo-American legal family, outlines a range of theological issues, which are realized in the Protestant law, which clarified the consequences of their impact on the development of common law in England and the United States. Particular attention is paid to the Protestant justification of human freedom in the life of this world, the treaty principles of social coexistence, respect of law and morality, the role of the judiciary.

Keywords: common law, Protestantism, freedom, liberalism, contractual basis, the judicial system, ethics and law, law in the history of England and the United States.

УДК 340.12

С. Зархіна, доцент кафедри логіки Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Право як лінгвістична конструкція у трактуванні Карла Олівекрона

Сучасна філософія права обґрунтовує шляхи раціонального правового мислення та комунікації, і таке обґрунтування потребує звернення до мови права. Актуальність дослідження мови права викликана нагальною потребою розробки теоретичних основ законотворення і пов'язана із суттєвим оновленням системи законодавства. У вітчизняній юридичній науці такі дослідження проводяться досить фрагментарно й епізодично та в будь-якому разі не знаходяться в центрі філософського правового дискурсу. Однак подібні дослідження мають досить значне поширення в західній філософії права, особливо в її аналітичному напрямі.

У філософсько-правовій літературі 1970-х рр. помітною подією стало друге, доповнене видання книги «Право як факт»¹ (перше вийшло в 1939 р.) класика шведської історії та теорії права Карла Олівекрона (1897–1980). Інтерес до неї був викликаний головним чином оригінальним трактуванням права як принципової лінгвістичної реальності, яка викладена в написаному для другого видання розділі 9 «Юридична мова і дійсність»². Слід зауважити, що це трактування відоме вітчизняному читачеві лише у вельми короткій і неточній передачі Д. Ллойда³.

Як і багато інших авторів, що проводили в ХХ ст. аналогічні дослідження, Олівекрона схильний стверджувати, що роль мови у праві привертала незначну увагу вчених, і тільки з 1940-х рр. почали з'являтися статті і книжки з цього предмета. Сам Олівекрона найчастіше спирається на концепцію Харта, але у своїх висновках іде куди далі Харта, нагадуючи радикалізм раннього Вітгенштейна і разом із тим, щоправда, не називаючи прямо джерело свого натхнення, концепцію мовних ігор пізнього Вітгенштейна.

¹ Olivecrona K. Law as Fact / K. Olivecrona. – 2nd ed. – L. : Strauss and Sons, 1971. – VIII. – 320 p.

² Там само. – С. 240–267.

³ Ллойд Д. Идея права / Д. Ллойд. – М. : Югона, 2002. – С. 247.

На думку Олівекрона, головна причина зневаги мовною проблематикою в теорії права полягає у традиційному уявленні, що «світ права» належить до іншої сфери дійсності, ніж просторово-часовий світ, інгредієнтом якого є мова. Олівекрона запропонував розрізнати дві полярні позиції щодо мови: магічне уявлення і уявлення, що належить класичній доктрині природного права. У першій акцент зроблено на самому слові, а у другій — на волі, для якої слово було засобом вираження¹.

Згідно з магічним поданням, слова володіють таємною силою. Урочисті фрази, вимовлені в ході ритуального акту, приймаються для того, щоб справити ефекти. Таким було походження римських словесних контрактів. *Sponsio* був спочатку обіцянкою, зробленою у поєднанні з ритуально-жертвним uzливанням (*libatio*); гнів богів був покликаний вилитися на того, хто порушив би свою обіцянку. Із часом реальне uzливання було відокремлене від акту і стало символічним. Нарешті, залишилася лише стародавня форма слів, а про їх первинне значення забули.

Римські ж юристи зберегли давні формальні дії і правила, що їх стосуються, і в той же час почали практикувати неформальні контракти. «Коли юристи говорили, що формальні контракти були укладені на словах, *verbis*, а не через *consensus*, вони мали на увазі те, що про них сказали. Вони висловлювали старий принцип, заснований на магії, що зобов'язання, які покладаються на того, хто обіцяє (*promisor*), було створене словами. У разі *mancipatio* й інших “лібральних” дій (дії *per aes et libram*) юридичний ефект передбачався викликаним через церемонію, що включає декламацію формули»².

У силу цього римська юриспруденція була інтерпретативною. Юристи не пропонували жодної власної теорії щодо природи права або юридичних понять. Їх справою було висловити те, що існує право має на увазі, і розвивати це через інтерпретацію. Вони не міркували про сутність права і законів, тому їх принципи інтерпретації були надзвичайно консервативними протягом багатьох століть. Ніякого відкритого розриву з первісним поглядом не відбувалося аж до епохи пізньої імперії, коли імператори почали відмовлятися від деяких реліктів давнього права, які стали явно безглуздими.

¹ Olivecrona K. Law as Fact / K. Olivecrona. – 2nd ed. – L. : Strauss and Sons, 1971. – VIII. – 240 p.

² Там само. – С. 240–241.

На противагу римській юриспруденції, класична природно-правова доктрина була спекулятивною і систематизованою. Вона вже не ставила за мету інтерпретацію існуючого позитивного права. «Головна мета полягала у тому, щоб раціонально пояснити природу права взагалі, закласти основу для позитивного права і показати, як із неї виходить міжнародне право між націями. Для цієї мети конструювалися універсальне і позачасове право природи»¹.

Право тепер почали розуміти як зміст волі: античне право природи стало волею Бога, позитивне людське право — волею суверена. Воля законодавця (*lawgiver*) могла бути повідомлена у будь-який придатний спосіб, а словесна форма не мала особливого значення. У тому ж світлі розглядалися і юридичні угоди між індивідуумами. Воля того, хто давав зобов'язання передати частину його волі партнера за угодою і прийняття її останнім, були творчими імпульсами у встановленні даної форми права, і лише через те, що внутрішню волю не можна було безпосередньо розглянути в соціальних відносинах, необхідний зовнішній знак. Утім і тут мовна форма також не мала особливої важливості: будь-якого сприйнятого знаку волі було достатньо, якщо більшого не вимагалось згідно з позитивним правом. Передання права власності розглядали відповідно. «Через все [правове] поле воля була джерелом прав. Слова не мали ніякого іншого значення, крім повідомлення іншим про зміст волі»².

Утім Олівекрона вказує і на деяку схожість між доктриною природного права і магічним уявленням. Згідно з обома поглядами зазначалося, що права і обов'язки будуть «створені», «передані» і т. ін. через угоди. Разом із тим є й суттєва відмінність у ставленні засобів привнесення таких юридичних ефектів. Магія полягає у процедурних ефектах через такі засоби об'єктивації, як слова і жести. Вербальна магія не припускає, що мовець виробляє певний ефект безпосередньо через його волю. «Він використовує формулу, зазвичай у зв'язку з деяким обрядом, для реалізації його мети. Творча віра знаходиться не в його волі, а в словах і діях... необхідних, щоб володіти деякою таємницею влади»³. На противагу магічним уявленням, вчителі природного права розцінювали не слова чи використовувані жести, а волю як активний фактор, що створює і передає права.

¹ Olivecrona K. *Law as Fact* / K. Olivecrona. – 2nd ed. – L. : Strauss and Sons, 1971. – VIII. – С. 241.

² Там само. – С. 241–242.

³ Там само. – С. 242.

Між магічним уявленням і природно-правовою доктриною є й інше розходження. Передбачалося, що маг управляє містичними силами поза себе, як у випадках, коли гнів богів був покликаний вилитися на того, хто порушить обіцянку, зроблену в з'єднанні з узливанням. У природно-правовій же доктрині не виникає питання щодо спрямованості «вищих сил» через юридичні угоди — передбачається, що відповідні права є похідними від обіцянок, зроблених вільними індивідуумами. Утім обіцянка полягала в перенесенні частини свободи (*potestas in se*) від обещателя (боржника) до отримуючого обіцянку (векселедержателя). «Таким чином, воля *promisor'a* стала морально підпорядкованою волі кредитора стосовно деякої дії (або групи дій). Це передбачає, що юридичні ефекти обумовлювалися відмінностями (*alterations*) у відносинах між різними волями»¹. Такими були ефекти кожної юридичної угоди.

Вчителі природного права свідомо прагнули подолання магічного уявлення. Для них право було частиною морального порядку всесвіту, керованого відповідно до волі Бога. Було б несумісним із цим поданням приписувати юридичні ефекти також словам та жестам. «Ефекти повинні бути віднесені до волі вільних та раціональних істот»².

Незважаючи на те, що в правовому позитивізмі було відкинуто природно-правову теорію, у ньому збереглася концепція волі: позитивне право почало трактуватися як воля вищої влади суспільства, а юридичні угоди — як декларації індивідуальної волі. Утім тепер у сфері законодавства почали визнавати вищою владою волю народу як єдине джерело легітимності для законодавців. Використовувані в юридичних угодах слова втратили будь-яку іншу силу, крім їх власної, — як засоби вираження волі сторін, що додає сили у встановленні прав і обов'язків. Спеціальні ж формальності, приписані для угод, розглядаються тільки як її атрибути, у яких має виявитися воля сторін (Р. фон Ієринг, Г. Мейн та ін.).

Незважаючи на те, що в цілому сучасна юриспруденція не може бути охарактеризована як магічна, тим не менше у ній почали виникати деякі посилення на схожість правових дій із магією. Олівекрона наводить твердження шведських теоретиків Хагерстрема і Лундштед-

¹ Olivecrona K. Law as Fact / K. Olivecrona. – 2nd ed. – L. : Strauss and Sons, 1971. – VIII. – С. 242.

² Там само.

та, які характеризували юридичні угоди нашого часу як «магічні»¹. Так, Хагерстром у роботі 1933 р. (*Vergleich zwischen den Kraftvorstellungen der primitiven und der modernen Kulturvolker // Festschrift tillignod A. Grotenfelt, 1933, s. 84*) стверджував, що навіть домогосподарка, яка купує рибу на ринку, виконує магічний акт. Право власності, згідно з Хагерстромом, задумане як містична влада над об'єктом. Він розцінює демонстративне накладення руки (*the ostensible handling*) і суб'єктивний контроль над такою дією як «магічні». Хагерстром, у свою чергу, посилався на римлян, які розцінювали право власності, зобов'язання і т. ін. як засновані на зверхпочуттєвій силі. Він також назвав цю силу «магічною», тому що кожен має справу з такими незбагненними силами тільки в магії. На його думку, навіть у природно-правовій і позитивістській доктринах право зберігає містичний елемент — як римський *pater familias* творив магію в процесі *mancipatio*, домогосподарка 1930 р. робила те ж у придбанні права власності на рибу через угоду з торговцем рибою². Хоча Олівекрона і критикує Хагерстрома за прямолінійність, тим не менш вважає, що його дослідження правових уявлень римлян залишаються багатим джерелом інформації, що дозволяє робити більш глибокі висновки щодо ролі мови у праві.

І в магічній, і в природно-правових версіях слова є інструментами (Л. Вітгенштейн також характеризував слова як «інструменти мови»³).

У магічному поданні слова є засобами створення, переносу і зникнення прав і обов'язків та юридичних якостей. У природному праві розглядаються юридичні ефекти, вироблені у відповідності з волею індивідуума, і слова просто служать тому, щоб робити його волю відомою іншим. Утім, на думку Олівекрона, у правовій теорії проблема має бути поставлена іншим засобом.

Хоча ми не володіємо знанням надчуттєвих ефектів магічних операцій, але знаємо про те, що вже була скоєна величезна безліч реальних угод (купівлі, позики, доручення і т. ін.), і ми також знаємо, що вони призвели до більш або менш важливих фактичних наслідків лише остільки, оскільки в цих угодах були використані певні форми мови.

¹ Olivecrona K. *Law as Fact* / K. Olivecrona. – 2nd ed. – L. : Strauss and Sons, 1971. – VIII. – С. 244.

² Там само. – С. 245.

³ Вітгенштейн Л. *Философские исследования* / Л. Витгенштейн. – С. 85, 86, 89.

Слова виступають як інструменти в юридичних угодах, і ми можемо вивчити функції цих інструментів.

Використання юридичної мови ставить низку теоретичних і емпіричних питань. Дослідження теоретиків (зокрема, Харта, на якого воліє посилатися Олівекрона) показали недоліки семантичної референції вже самого слова «право». Чому існує неясність при його вживанні, попри всю величезну суспільну важливість права, на думку Олівекрона, можна пояснити двома наборами обставин. «З одного боку, це слово послідовно використовується згідно з деякими правилами, з другого боку, відповідні ідеї щодо правильної та обов'язкової поведінки приєднані до ідеї, що хтось має право, тобто що це право дійсно існує і належить цій особі»¹. У юридичній мові є й багато інших слів із подібними функціями. Коли вони використовуються згідно з упорядкованими зразками, тоді з ними можуть з'єднуватися відповідні ідеї.

Для пояснення своєї тези Олівекрона наводить кілька прикладів із різних сфер суспільної життєдіяльності. Перший із них, прототип якого ми знову-таки знаходимо у Вітгенштейна, належить до вживання грошей (пор. у Вітгенштейна значення грошей, як і слів, зводиться до їх використання: гроші і корова, яку можна купити за них)². З приводу цього, зауважує Олівекрона, завжди було безліч спекуляцій, а поняття грошей несло в собі щось загадкове в силу невловимого характеру самої грошової одиниці. Ми говоримо про фунти, долари та інші грошові одиниці так, ніби вони є об'єктами, які фактично існують і які можуть бути кількісно виміряні. Утім ідентифікувати ці об'єкти дуже складно. Фунт стерлінгів, звичайно, не тотожний банкноті в 1 фунт, бо банкнота в 1 фунт введена тільки для того, щоб представити фунт. Щоправда, довгий час вважали, що фунт має значення деякої кількості золота певної якості. Ця думка була правдоподібною в період золотого стандарту, але вона не була такою, коли банкноти перестали забезпечувати золотом. Що ж тоді є фунтом? На фунтовій банкноті ви читаєте, що Банк Англії обіцяє платити пред'явнику на вимогу суму одного фунта. Але що трапляється, якщо ви попросите Банк Англії виконати цю обіцянку? Ви отримаєте іншу банкноту з тим самим написом і так далі *ad infinitum*. Ви ніколи не отримаєте фунт безпосеред-

¹ Olivecrona K. Law as Fact / K. Olivecrona. – 2nd ed. – L. : Strauss and Sons, 1971. – VIII. – С. 246.

² Вітгенштейн Л. Философские исследования / Л. Витгенштейн. – С. 129.

ньо. Виглядає так, ніби фунт безслідно зник — він схожий на усмішку Чеширського kota, яка є єдиною річчю, що залишається, коли сам кіт уже зник¹.

Деякі економісти, щоб все ж надати хоч якусь субстанцію поняттю грошової одиниці, говорили, що «грошова одиниця позначає деяку кількість цінності». Але тоді, що це таке — кількість цінності? Яким чином можна уявити кількість цінності у свідомості? Ви, звичайно, можете уявити речі, які ви купуєте за 1 фунт або за 1 долар, але це все ж буде щось інше, а не дана грошова одиниця. Крім того, те, що ви можете купувати за 1 фунт, залежить від того, скільки фунтів ви маєте у вашому розпорядженні. Хіба не парадоксально, що здається взагалі неможливим знайти що-небудь таке, що позначалося б словом «фунт» або «долар»? Ми вважаємо число фунтів і доларів, але як це мало бути зроблено, якщо б не було об'єктів, які будуть підраховані?

На ці запитання можна пролити світло, якщо ми візьмемо до уваги соціальні ефекти, що виникають із юридично оформленої обіцянки заплатити деяку суму у фунтах. Якщо суб'єкт дає таку обіцянку, він ставить себе в позицію обмеження. Якщо він не бажає зазнати дуже неприємних наслідків, то повинен виконати те, що називають оплатою в належний час. Якщо він пропускає час платежу, то завдасть шкоди своїй репутації і втратить кредит. Для того, хто взяв на себе зобов'язання, є й інші серйозні юридичні наслідки: йому можна пред'явити позов, його власність може бути вилучена у нього і продана, щоб задовольнити кредитора². Для настання цих наслідків із точки зору права зовсім необов'язково, щоб дійсно існували якісь об'єкти, позначені словом «фунт». Питання, які виникають через те, що хтось обіцяв заплатити стільки-то фунтів, хвилюють громадську думку. Вираз цього інтересу вибирається в деяку визначену правом модель поведінки у випадку, коли ви зробили таку обіцянку, а ухилення від цієї моделі тягне за собою неприємні наслідки.

Тут виникає парадоксальна ситуація. Соціально прийнятна поведінка складається у сплату певної суми фунтів. Як можна виконати цей акт, якщо не існує фізичних об'єктів, які є власне фунтами? Малі платежі в нашому суспільстві робляться шляхом передачі деяких шматочків паперу або металу, випущеного банком для цієї мети. На цих

¹ Olivecrona K. Law as Fact / K. Olivecrona. – 2nd ed. – L. : Strauss and Sons, 1971. – VIII. – С. 247.

² Там само. – С. 248.

шматочках паперу або металу є напис, що читається «один фунт», «один пенні» і т. д. Кажуть, що вони становлять стільки-то грошових одиниць. Утім самих одиниць у наших руках немає, а є лише їхні представники. Через пред'явлення представників відповідного числа одиниць вважається, що пред'явлені вони самі. Більш великі платежі робляться за допомогою чеків. Мається на увазі, що кредитор замість його вимоги до боржника одержує вимогу до банку, цю вимогу він може використовувати при оплаті власних боргів і т. ін. Є нескінченний ланцюг обміну вимогами, у яких малозначні вимоги (*low-grade claims*) обмінюються на досить значні вимоги (*low-grade claims*) до банків, а взаємні вимоги між банками погашаються в розрахунковій палаті (*clearing-house*). В остаточному підсумку і банківські рахунки відіграють ту саму роль, що монети та банкноти, — усе тих же заступників невловимих грошових одиниць.

«Цих фунтів не можна знайти ніде більше, окрім як у промові. Але ця форма мови в соціальному сенсі найбільш важлива. Абсолютно несуттєво, що фунти — нематеріальні об'єкти. Суттєвим є те, що ми говоримо про них деякими способами. Один із найбільш плідних винаходів людського розуму полягає саме в тому, що матеріальні об'єкти можуть бути усунені, у той час як відносна до них форма мови була б збережена. Реально маніпулювати тисячами і мільйонами об'єктів було б неможливо, але говорити про них і використовувати їх у бухгалтерії легко»¹.

Щоб виконувати соціальні функції, мова має бути впорядкована певними правилами. До цих правил належить і словесна обіцянка заплатити деяку суму грошей, яка повинна відповідати вимогам права. Для існування і функціонування грошової системи як гігантської гри суттєвим є те, що ми в неї граємо згідно з юридичними правилами.

На думку Олівекрона, приклад з грошовою одиницею багато що пояснює. У ньому є якийсь іменник, явно використовуваний як позначення об'єкта, хоча самого цього об'єкта немає. Слово, яке його визначає, відіграє винятково важливу роль, і воно використовується згідно з правовою та соціальною традицією. З допомогою його використання встановлено весь обмін товарами і послугами. Щоб отримати деякі товари або послуги, кожен із нас ставить себе в позицію обмеження, обіцяючи заплатити суму грошей у певний термін. Щоб звільнитися

¹ Olivecrona K. *Law as Fact* / K. Olivecrona. – 2nd ed. – L. : Strauss and Sons, 1971. – VIII. – С. 249.

від положення обмеження, кожен повинен виконати одну з тих формальних дій, що, як вважають, викликають обіцяне перенесення деякої суми грошей. «У такий спосіб діє машина економіки. Ніхто не турбується про встановлення передбачуваних об'єктів, що конструюються словом для грошової одиниці; істотними речами є лише товари, послуги, положення обмеження і засоби звільнення від них»¹.

Інший аспект функціонування юридичної мови виявляється в призначеннях, наприклад у призначенні людини на посаду судді. Це робиться за допомогою перформативного (performatory, перетворюючого) акта главою держави. Він підписує підготовлений для нього документ, де йдеться звичайною мовою, що «Х призначений бути суддею у суді Y». Цей акт передбачається як обов'язковий для зайняття посади судді. Після його вчинення ми вже думаємо і говоримо, що Х придбав якість «бути суддею». Він тепер уже не зовсім той самий чоловік, якого ми знали раніше, хоча у фізичному сенсі Х не придбав жодної нової якості. Як висловлюється Олівекрона, властивість «бути суддею» вставлено між призначенням і правилами, які регулюють статус суддів.

Перформативний акт припускає, що ця людина достатньо досвідчена і про це було належним чином повідомлено голові держави. Титул судді був присуджений йому способом, визначеним відповідно до Конституції. Тепер і державні офіційні особи, і широка публіка поведуться відповідно, називаючи Х суддею і вказуючи йому загальноприйнятну повагу. Тепер до нього застосовуються безліч юридичних правил організації судів та їх роботи. Х стає уповноваженим керувати роботою суду згідно з юридичними правилами, скасовувати рішення, прийняті відповідними властями. Він одержує платню, і його соціальне становище відповідає його функціям.

Те саме має місце з усіма іншими посадовими особами з верху до низу. «Є словесна структура різних позицій в ієрархії: глава держави, міністри, державні службовці, військові офіцери. Кожен титул є точкою референції для групи юридичних правил щодо завдань, які мають бути виконані, займати дану позицію, релевантність його дій для інших властей і для широкої публіки, його винагороди і санкції, які можуть бути до нього застосовані в разі нехтування обов'язками. Кожне призначення поміщає людину в специфічне положення, де її дії стають

¹ Olivecrona K. Law as Fact / K. Olivecrona. – 2nd ed. – L. : Strauss and Sons, 1971. – VIII. – С. 249.

суттєвими для інших людей і де вона, застосовуючи правила самостійно, робить свій внесок у роботу всієї системи»¹.

За допомогою мови здійснюється також конструювання юридичних осіб, тобто наділення організацій типу компаній, фондів, церков і т. ін. певними правами та обов'язками так само, як це відбувається з фізичними особами. Проте, як підкреслює Олівекрона, не слід забувати, що права і обов'язки організації були приписані фіктивній особі, яка існує лише «в очах права»². Звичайно передбачається, що теорія юридичних (тобто фіктивних) осіб сходить до римських юристів. Утім Олівекрона доводить, що римські юристи не мали теорії фіктивної особи. Для них колегії (*collegia*) та інші «корпорації» (*corpus*) були *corpora* в сенсі *Universitates* або *corpora ex ductibus*: об'єкти, які складаються з частин, що фактично володіють індивідуальністю. Іншими прикладами були люди, легіон або стадо овець.

Ці об'єкти були протиставлені таким сутностям, як будівлі. Дошки в будові не володіли індивідуальністю в актах: їх індивідуальність була злита в цьому будинку, хоча вони встановили його, коли будинок будувався. Теорія фікції була приписана римлянам за неправильне тлумачення пасажу D 46, 1, 22, у якому говориться, що спадок померлої людини є її власністю (*heredit personae vice fungitur*).

З точки зору Олівекрона, «юридична особа» є перш за все словесною структурою. Компанія має ім'я, яке офіційно зареєстроване та юридично захищене. На папері організація визначена відповідно до законів. Тим самим заснована відповідна фактична організація. Юридичні угоди виконуються від імені юридичної особи і до неї застосовуються звичайні норми цивільного права. Наприклад, коли право власності приписано юридичній особі, воно має той самий вигляд директивної функції, що і приписування такого права фізичній особі.

У юридичному контексті слово ситуативно виконує функції то «червоного світла», то «зеленого світла». Приписування прав і обов'язків юридичним особам вельми скидається на приписування прав і обов'язків фізичним особам. У цьому випадку також є суттєвим використання імені. Зазвичай фізична особа укладає юридичні угоди самостійно під своїм ім'ям. Але воно може бути представлене й іншими особами (опікуном або агентом) у багатьох угодах. У резуль-

¹ Olivecrona K. *Law as Fact* / K. Olivecrona. – 2nd ed. – L. : Strauss and Sons, 1971. – VIII. – С. 250.

² Там само. – С. 251.

таті «права» і «обов'язки» приписані йому. «Його ім'я служить загальним пунктом референції, що дозволяє визначити сферу його прав і обов'язків»¹.

На думку Олівекрона, подібним способом можна проаналізувати будь-яке інше слово з юридичного словника. Багато слів вживаються як вираз сили, зобов'язання або деякої юридичної якості осіб або речей. Завдяки їх використанню у перформативних заявах передбачається, що особи, речі або відносини можуть бути створеними, зміненими або погашеними. Твердження щодо них супроводжуються почуттям впевненості, оскільки люди звикли думати, що такі ефекти дійсно мають місце.

«Але ці слова фактично нічого не означають, навіть уявних об'єктів. Вони — “порожні” слова (They are ‘hollow’ words). Їх функція в нашій мові служить передусім керівним принципом для дії. Коли вони використовуються згідно з їх роллю або принаймні коли передбачається, що вони будуть використовуватися таким способом, вони стають точками референції для подальших ідей щодо правильної та обов'язкової поведінки. Такі ідеї вселені з раннього віку, регулюються через правила і відображені за допомогою санкцій (соціальних і юридичних). Результатом є те, що реальні позиції сили встановлені, реальні зобов'язання створені і певні позиції у відносинах до осіб і речей сформовані»².

Олівекрона зазначає, що реальні позиції сили, зобов'язання і відносини легко плутають із ідеальними повноваженнями, зобов'язаннями та якостями, нібито створеними відповідно до перформативних заяв. Значною мірою обидва ці види збігаються — той, хто ймовірно має деяке право згідно із законом, зазвичай володіє відповідними фактичними правомочностями. Утім це відбувається не завжди. «В ідеальному світі права ефекти мають місце з безпомилковою регулярністю згідно із законом. В емпіричному світі фактів ефекти юридичних правил, угод між індивідуумами, позицій людей варіюються і є більш-менш невизначеними»³. Тим не менше мова, так чи інакше, виявляється у функції засобу соціального контролю.

На відміну від мов природничих наук, юридична мова не є суто описовою (дескриптивною) мовою. Це переважно директивна мова впливу, службовий інструмент соціального контролю, причому «порож-

¹ Olivecrona K. Law as Fact / K. Olivecrona. – 2nd ed. – L. : Strauss and Sons, 1971. – VIII. – С. 252.

² Там само.

³ Там само. – С. 252–253.

ні» слова подібні вказівникам (sign-posts), з якими люди навчилися пов'язувати ідеї щодо їх власної поведінки і поведінки інших людей. Щоб служити інструментом соціального контролю, юридична мова є і має бути впорядкованою мовою. «Порожні слова можуть функціонувати як покажчики, тільки якщо вони деяким способом “авторитетно” встановлені і використані відповідно до деяких правил»¹. Людина призначена суддею кимось «уповноваженим», це зроблено згідно з Конституцією — тільки тоді про неї говорять як про суддю і вона набуває всіх юридичних і соціальних прав і обов'язків судді. Звичайно, використання мови для соціального контролю не обмежене правовою сферою — воно відіграє важливу роль у більшості людських відносин.

Олівекрона відзначає, що, незважаючи на ефемерність, мова є дуже сильним інструментом соціального контролю. Її ефективність була спочатку пов'язана з вірою в таємничі сили, які управлялися за допомогою ритуальних фраз, і таких вірувань дотримувалися протягом довгого часу. З появою держави використання юридичної мови було пов'язане з регулярним використанням організованою владою. У ході історії магичні вірування повільно в'яли, і в той же час надприродні санкції були замінені чіткими і жорсткими санкціями, що накладаються органами держави. Місце магичних вірувань як підстави перформативної та контрольної функцій мови зайняли виховання, індоктринація, звички мислення і поведінки, які сприймаються кожним новим поколінням від попереднього, пропаганда різного виду і т. ін. При цьому юридична мова відіграє життєво важливу роль у встановленні власності, грошовому обігу, обміні товарами в широкому масштабі, роботі транспорту і зв'язку, в організації управління і т. ін. «Це інструмент підтримання миру, так само як і інструмент відправлення чоловіків на смерть на поле битви під час війни»². Прагматичний аспект юридичної мови не відділений від соціальної цінності слова, пов'язує сили словесної формули, які знаходяться в самій підставі порядку і надійності в людських відносинах. Їх очевидними прикладами є шлюбні клятви, обіцянки, контракти, присяги. У цьому зв'язку Олівекрона наводить слова антрополога Б. Малиновського, який писав: «Для середньої людини необов'язково розуміти реальну функцію глибокої віри у святість юридичних і ритуальних

¹ Olivecrona K. Law as Fact / K. Olivecrona. – 2nd ed. – L. : Strauss and Sons, 1971. – VIII. – С. 253.

² Там само. – С. 254.

слів і в їх творчу силу. Але він повинен мати цю віру, вона впроваджена в нього процесом, за допомогою якого він стає часткою звичайних інститутів у його співтоваристві»¹.

Хоча юридична мова є перш за все директивною, вона, як і всяка інша мова, використовується і для того, щоб передавати інформацію. Утім саме ця її функція породжує складні питання.

Наша сучасна повсякденна мова сповнена юридичних термінів. Навіть не будучи юристами, ми думаємо і говоримо про себе як про громадян країни, у якій є уряд і парламент. Депутати парламенту обираються для того, щоб видавати закони, які потім застосовуються уповноваженими посадовими особами. Ми маємо наші юридичні права; спори щодо прав та обов'язків улагоджуються відповідно до рішень судів і т. д. Багато важливих для всіх новин дня повідомляються із застосуванням термінів юридичної мови: *партія опозиції* виграла вибори, *уряд пішов у відставку*, *податки* повинні бути знову збільшені, *дві корпорації злилися*, *міністерство закордонних справ* направило ноту послу іноземної держави і т. ін. «Без сумніву, наше знання про світ розширюється завдяки слуханню таких тверджень. Вони задовольняють нашу цікавість, і в незліченних ситуаціях ми діємо на підставі знання, яке ми придбали таким чином»².

Однак, продовжує Олівекрона, якщо врахувати результати проведеного ним аналізу юридичної мови, доведеться погодитися, що всі ті ключові слова, які несуть корисну для нас інформацію, не мають семантичних референтів. Такими є слова *громадянин*, *уряд*, *парламент*, *право*, *закон*, *права*, *обов'язки*, *шлюб*, *вибори*, *податки*, *корпорації* і т. ін. Як це можливо, щоб інформація могла бути повідомлена за допомогою таких слів?

Олівекрона вказує, що вирішення проблеми може бути знайдено лише тоді, коли ми відмовимося від *остенсивного* розуміння значень слів як наочних об'єктів і відповідно позначеної цими словами інформації.

Саме по собі слово «право» не позначає ніякого фізичного об'єкта. Але коли X описаний як *власник* об'єкта, ми *припускаємо*, що X має деякий «юридичний титул» стосовно цього об'єкта, що він перебуває в тому положенні, щоб бути здатним фактично використовувати об'єкт в його власних інтересах, наприклад що він може продати його, якщо хоче. Таке припущення може виявитися неправильним — юридичний

¹ Olivecrona K. Law as Fact / K. Olivecrona. – 2nd ed. – L. : Strauss and Sons, 1971. – VIII. – С. 254.

² Там само. – С. 255.

титул може бути неіснуючим (тобто передбачуваний власник може бути неправомочний використовувати об'єкт), і якщо він не може довести свій титул, укладений ним контракт на продаж може не мати практичного ефекту.

У більшості випадків подальші дослідження не потрібні. Нам достатньо припущень, які ми робимо, будучи поінформованими, що Х є власником об'єкта. Вони добре служать нам, якщо ми знаємо про важливість їх перевірки перед їх використанням як підстав для серйозних рішень. Інформаційна функція юридичної мови, таким чином, діалектично пов'язана з її директивною функцією. «Припущення допускають, що слово “право” в його директивній здібності використовується в межах працюючої юридичної системи, де правила в цілому враховані широкою публікою і застосовуються владою. Надійність припущень залежить від ефективності системи. Що більш ясними будуть правила і що більш послідовно вони слідуєть один за одним і застосовуються, то більш високою буде їх надійність. Коли правила заплутані, то знижується рівень їх дотримання, відправлення правосуддя стає нерегулярним, а припущення, очевидно, будуть менш надійними. Країна в цілому може виявитися за межами масштабу надійності»¹.

Таким чином, Олівекрона говорить не просто про лінгвістичну реальність як про єдиний субстрат права, а про складну діалектику матеріально-конкретного (фізичні особи та фізичні об'єкти) та ідеально-абстрактного (юридичні особи та правовідносини), медіаторами яких виступають слова і вирази юридичної мови.

Зархина С. Право как лингвистическая реальность в трактовке Карла Оливекрона

В статье приведены основные положения работы выдающегося шведского социолога и философа права Карла Оливекрона «Law as Fact».

Ключевые слова: Карл Оливекрона, право как лингвистическая реальность, юридический язык, магические функции слова, юридический язык как средство социального контроля.

Zarkhina S. Right as linguistic reality is in interpretation of Charles Olivecrona

This paper is a general review of work, written by eminent Swedish sociologist and legal philosopher Karl Olivecrona.

Keywords: Karl Olivecrona, law as a linguistic reality, language of law, the magical function of speech, language of law as a means of social control.

¹ Olivecrona K. Law as Fact / K. Olivecrona. – 2nd ed. – L. : Strauss and Sons, 1971. – VIII. – С. 256.

ПРОБЛЕМИ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

УДК 347.232

І. Спасибо, кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного права № 2 Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», науковий співробітник НДІ правового забезпечення інноваційного розвитку НАПрН України

Можливість набуття права власності на об'єкти самочинного та незавершеного будівництва

Поняття самочинного будівництва можна розглядати як процес та певний його результат — об'єкт. Відповідно перше являє собою динаміку правопорушення, а друге — результат (правопорушення). Здавалось би зрозуміло, що все те, що виникло внаслідок порушення закону та суб'єктивних прав, не може визнаватися правом. Водночас ЦК України надає можливість для «реанімації» або «легалізації» прав на самочинне будівництво як майно: за рішенням суду відповідно до ст. 376 ЦК на самочинно збудоване майно може визнаватися право власності, якщо це не порушує прав інших осіб. Таким чином, у даному випадку рішення суду про визнання права власності на самочинне будівництво є підставою юридичного виникнення цього об'єкта. Можна сказати й так: юридичне існування об'єкта є результатом рішення суду.

Одночасно вирішується й питання *суб'єкта* права власності, на яке претендуватиме насамперед особа, яка здійснила самочинне будівництво. Стаття 376 ЦК при цьому ставить передумовою набуття права власності в таких випадках вирішення питання прав на земельну ділянку, на якій здійснено побудову. Якщо особа, яка здійснила самочинне будівництво, є власником земельної ділянки або її орендарем, питання набуття права власності вирішується на її користь (за наявності інших умов, передбачених у ст. 376 ЦК). Але може статися

й інакше. У відсутність позитивного рішення суду про визнання права власності за забудовником і задоволення вимог власника земельної ділянки про визнання за ним права власності суб'єктом цього права буде вже інша особа.

Тобто особами, які можуть набути право власності на самочинно побудоване майно, можуть бути власник земельної ділянки або користувач. Тому право власності може визнаватися як за власником земельної ділянки, який не здійснював будівництво (наприклад, за тещою, у той час коли будував зять), так і за особою, яка здійснила будівництво, у разі якщо вона влаштує з власником земельної ділянки свої права на цю ділянку. Це так, оскільки самочинне будівництво породжує окремих об'єкт, хоча і тісно пов'язаний із землею. Тому визначальним має бути право на земельну ділянку, яким обумовлюється виникнення права на самочинно побудоване майно чи ні, а не навпаки — визнання права на самочинне будівництво не може впливати на право на земельну ділянку.

Якщо об'єкт побудовано на землі державної та комунальної власності, то насамперед вирішується питання про оренду земельної ділянки або придбання її у власність. У цьому разі ми торкаємося вже трьох аспектів правонабуття — *об'єкта, суб'єкта та підстав*. Ураховуючи наведене, важливо зазначити, що до рішення суду особа, яка самочинно збудувала об'єкт, відповідно до загальних положень набуття права власності є лише власником матеріалів. Саме це лежить в основі законодавчого положення про те, що при винесенні судом рішення про знесення самочинно побудованої нерухомості або про визнання права на неї за власником земельної ділянки (частини 4, 6 ст. 376 ЦК) особі, яка її побудувала, відшкодовується вартість матеріалів.

Таким чином, для виникнення права власності на самочинно побудовану нерухомість необхідне *рішення суду*. Стосовно нього є потреба в аналізі бачень його ставлення до набуття права власності. З одного боку, якщо саме з рішенням суду пов'язується набуття права власності на самочинне будівництво, то напрошується висновок про те, що це рішення й є підставою правонабуття. Саме так висловлювався Б. Б. Черепакін: «основанием (юридическим фактом) перехода права собственности может быть... юрисдикционный акт (судебное или арбитражное решение)»¹.

¹ Черепакин Б. Б. Труды по гражданскому праву / Б. Б. Черепакин. – М. : Статут, 2001. – С. 40. – («Классика российской цивилистики»).

Навпаки, Д. М. Генкін заперечував це: «Решение суда... нельзя считать основанием для возникновения права собственности. Оно направлено лишь на конкретизацию объектов уже имеющегося права собственности»¹.

З останньою позицією важко погодитися. *По-перше*, тому що в ч. 5 ст. 11 ЦК судове рішення назване як підстава виникнення цивільних прав. *По-друге*, воно фігурує й у гл. 24 ЦК серед підстав набуття права власності. Утім, звичайно, що воно фігурує не само по собі, а в контексті різних юридичних дій, тобто юридичного складу. Але хіба решта підстав, позначених у цій главі, не входять до юридичного складу? Авжеж! І це не дає сумніву стверджувати про них як про самостійні підстави. Що стосується рішення суду, то воно самостійною підставою набуття права власності не виступає і виступати не може, адже для цього необхідна підстава, яка спонукає зацікавлену в набутті права власності особу звернутися до суду й одержати рішення.

Звертає на себе увагу й різне місце судового рішення в механізмі набуття права власності. Воно може бути як частиною нормального шляху реалізації волі набувача, звичайним елементом юридичного складу інших юридичних фактів, так і не входить до послідовності дій, що об'єктивують спрямовану на придбання права власності волю. Скоріше, воно служить «аварійним» засобом впливу суспільної волі на непередбачені «затори», що виникли на схваленому суспільною волею шляху реалізації волі набувача, засобом усунення перешкод і перепон². Прикладом першого є набуття права власності за набувальною давністю або на безхазяйне майно; прикладом другого — визнання права власності на самочинно побудоване майно і майно, право на яке оспорюється або не визнається (ст. 15 ЦК).

Слід зауважити, що судове рішення про визнання права власності за певною особою, виступаючи складовою правонабуття, не повинне виноситися, якщо немає всіх інших юридичних фактів — елементів відповідної підстави набуття права власності.

Особливо проблемним є визнання права власності на самочинно побудоване майно, регулювання чого викликає обґрунтовані дорікання. На вдосконалення механізму регулювання відповідного право-

¹ Генкин Д. М. Право собственности в СССР / Д. М. Генкин. – М. : Госюриздат, 1961. – С. 135.

² Лисаченко А. В. Приобретение права собственности : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / А. В. Лисаченко. – Екатеринбург, 2002. – С. 50.

набуття 28 вересня 2005 р. Харківська міська рада прийняла рішення № 188/05, котрим передбачалася низка дій, додержання яких необхідне для винесення судом рішення про задоволення позовної вимоги про визнання права власності. Серед них — висновок судово-будівельної експертизи.

Ще одне, що заслуговує на увагу, — це те, як співвідноситься судове рішення з *державною реєстрацією права (власності)*. Досить самого судового рішення чи для набуття особою права власності має здійснюватися ще й державна реєстрація права або правочину? Це питання досліджуватиметься далі. Тут ми лише зазначимо, що так само, як факт державної реєстрації, судове рішення саме по собі — не приводить до набуття права власності, а є одним з його елементів.

Важливим є й те, *який позов* пред'являється особою, котра намагається скористатися ст. 376 ЦК і набути право власності на самочинно збудоване майно. Це питання є надто складним, щоб всебічно аналізувати у рамках цієї роботи, тим більше що воно межує з процесуальними аспектами захисту. Утім укажемо на існуючі позиції.

Слід з'ясувати і те, яку кваліфікацію надати позову, що пред'являється за статтями 335, 344 та 376 ЦК. На практиці пред'являють позови про *визнання права власності*, але згідно зі ст. 392 ЦК такий позов пред'являється у разі заперечення або невизнання права власності особи іншими особами, а також у разі втрати власником документа, який засвідчує його право власності. І. О. Дзера відзначає, що в позові про визнання права власності може бути відсутній спір, а отже, і відповідач¹. З цим не можна однозначно погодитися, оскільки інше виходить із тлумачення ст. 392 ЦК, яка припускає тільки спірність прав на майно, з чим і пов'язано заперечення або невизнання права. Сенс відповідної позовної вимоги зводиться до необхідності підтвердження власником свого права, що дасть йому змогу визначити юридичну долю свого майна і стає неможливим без рішення суду.

Таким чином, зазначені позови про визнання права власності на безхазяйне майно, недобудоване майно та самочинне будівництво, безперечно, являють собою окрему підгрупу позовів серед інших позовів про визнання права власності. Ці позови часто не припускають і наявність відповідача. Так, невже такий існує, якщо йдеться про

¹ Дзера І. О. Цивільно-правові засоби захисту права власності в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / І. О. Дзера. – К., 2001. – С. 5.

набуття права власності на безхазяйне майно? Так само, якщо самочинно побудовано майно на земельній ділянці, що належить особі, яка побудувала його, на праві власності. І аналогічно, якщо йдеться про набуття права власності за набувальною давністю. Тут немає спору.

Звідси ще один проблемний аспект: у якому провадженні розглядатимуться ці вимоги особи — позовному чи окремому? Якщо спору немає, то немає і відповідача, а тому це не має бути позовним провадженням. Однак за ЦПК вимоги про визнання права власності на самочинно збудоване нерухоме майно та в інших зазначених випадках мають розглядатися у позовному провадженні, адже інші не містять у собі подібні вимоги.

Щодо об'єктів незавершеного будівництва. За загальним правилом, відповідно до п. 2 ст. 331 ЦК, право власності на новостворене нерухоме майно виникає з моменту завершення будівництва. Отже, до завершення будівництва майно існує лише фізично й об'єктом права не є.

У цій статті ЦК містяться й інші моменти виникнення права власності: з моменту прийняття майна до експлуатації, якщо договором або законом це передбачено, або з моменту державної реєстрації, якщо право власності на нерухоме майно відповідно до закону підлягає державній реєстрації. Частина 3 згаданої статті не відносить майно, будівництво якого не завершено, до об'єкта правонабуття. Тим самим нібито не помічається цілісність останнього недобудованого майна, що низводить його до матеріалів та обладнання, які були використані в процесі цього будівництва, хоча, безумовно, не можна не переконалися в різниці між цими матеріалами — використаними при будівництві та ще не використаними і такими, що знаходяться на будівельному майданчику. Перші вже не існують фізично як будматеріали, другі ж — навпаки: їх можна перемістити, відчужити тощо.

Тим не менш у разі необхідності законодавець передбачає можливість набуття недобудованим майном (тобто матеріалами, використаними в будівництві) статусу *об'єкта права*. Для цього необхідно додержання процедури державної реєстрації права власності на нього за умов наявності відповідної документації: документів, що підтверджують право власності або користування земельною ділянкою для створення об'єкта нерухомого майна; проектно-кошторисної документації.

Отже, статус незавершеного будівництва є неоднозначним. У процесі будівництва воно не є нерухомим майном і до завершення будівництва особа вважається власником сукупності матеріалів та обладнання, які не породжують нового об'єкта. Після ж державної реєстрації права власності на незавершене будівництво воно вже визначається як об'єкт права — нерухомість.

При цьому помітна розбіжність між природним станом майна та його юридичним становищем. У дійсності ми спостерігаємо нерухому річ, яка фактично за всіма параметрами відповідає ознакам, закріпленим у ст. 181 ЦК, оскільки являє собою об'єкт, розташований на земельній ділянці, переміщення якого є неможливим без знецінення та зміни його призначення. Матеріали (пісок, каміння чи цегла, цемент, дерево, скло, метал та ін.) вже не становлять щось окреме та рухоме, не є вони навіть сукупністю речей, оскільки були використані в процесі будівництва: на фундаменті зведено стіни із цегли чи іншого матеріалу, який, у свою чергу, з'єднаний цементним розчином, та ін., що в результаті виступає такою будівельною конструкцією, яка являє собою вищий ступінь нерозривної сукупності речей. Причому ці речі нерозривні як між собою, так і відносно земельної ділянки, на якій розташована будівельна конструкція. Навряд чи можна уявити можливість її роз'єднання (а тим більше переміщення!) на окремі будівельні матеріали без їх пошкодження та знецінення. Більше того, з провадженням останнім часом технологій монолітного будівництва таке роз'єднання взагалі є неможливим.

Це свідчить про те, що незавершене будівництво за своїми природними ознаками є нерухомим майном і до моменту можливої реєстрації права власності на нього. Разом із тим законодавець пов'язує саме з останньою появу незавершеного будівництва як нерухомості, а отже, як об'єкта.

Отже, у законодавстві закріплено визначення нерухомості з огляду на її *фізичні властивості* як майна, тісно пов'язаного із землею і тому нездатного до пересування. Водночас законодавець вводить і додаткові вимоги до появи нерухомості як об'єкта права — державну реєстрацію права власності на нього. Цим до фізичних властивостей майна як нерухомого додається *юридична властивість* — бути об'єктом права. Обидві ці можливості необхідні та достатні для твердження про те, що виникає новий об'єкт права, з приводу якого можна вступати у правовідносини.

На наш погляд, такий підхід є вірним, адже до завершення будівництва немає сенсу в появі такого об'єкта права, як недобудоване майно. Останнє може фігурувати в цивільному обороті лише як виняток, оскільки будівництво є способом виникнення нової речі, а в процесі її створення немає сенсу передбачати її як окремих об'єкт права. Якщо ж виникає ситуація, коли процес будівництва стає перерваним або зупиненим і немає можливостей його закінчити з досягненням мети — створення нового об'єкта, тоді право приходить на допомогу і встановлює механізм, завдяки якому і в недобудованому стані це майно стає власністю і тому потрапляє в цивільний оборот. Звичайно, що і в цьому разі такий крок є лише вимушеною необхідністю, адже головне, що ставиться за мету, — це добудувати і створити новий об'єкт права.

Таким чином, незавершене будівництво як нерухомий об'єкт являє собою серединну (а отже, незавершену) стадію процесу будівництва: необхідною передумовою першої стадії будівництва є наявність права на земельну ділянку та будівельного матеріалу, тобто певної рухомості, яка в процесі будівництва покликана (має) стати майном нерухомим. Останньою ж стадією процесу будівництва є його завершення як процесу, у результаті якого має створитися певний завершений (тобто остаточно збудований) нерухомий об'єкт — жилий будинок або ін.

Інша річ — узгодження законодавства з цього приводу. Якщо ЦК встановлює вимогу державної реєстрації права на недобудовану нерухомість, то відповідно Закон України «Про державну реєстрацію прав на нерухоме майно та їх обмежень» має забезпечити механізми такої реєстрації. Треба піти шляхом удосконалення законодавства про державну реєстрацію прав на нерухомість, а не відмови від такої. Тому слід підсумувати, що, як і у випадку самочинного будівництва, виникнення права власності на незавершене будівництво пов'язане з фактом його державної реєстрації.

Спасибо И. Возможность приобретения права собственности на объекты самовольного и незавершенного строительства

Статья посвящена проблемным аспектам приобретения права собственности на объекты самовольного и незавершенного строительства. Основной акцент делается на том, что последние не являются объектами права, что, в свою очередь, делает приобретение права собственности на них небеспроблемным.

Ключевые слова: самовольное строительство, незавершенное строительство, объекты, приобретение права собственности.

Spasibo I. Acquisition of right of ownership Option on the objects of wilful and uncompleted building.

The article is sanctified to the problem aspects of acquisition of right of ownership on the objects of wilful and uncompleted building. A basic accent is done on that the last are not the objects of right, that in turn does acquisition of right of ownership on them.

Keywords: wilful building, construction in progress, objects, acquisition of right of ownership.

ПРОБЛЕМИ ГОСПОДАРСЬКОГО ПРАВА

УДК 346:378.3

Ю. Атаманова, доктор юридичних наук,
заступник директора з наукової роботи
НДІ правового забезпечення інновацій-
ного розвитку НАПрН України

Правові проблеми комерціалізації результатів наукових досліджень вищими навчальними зкладами в Україні

Правила функціонування ринкової економіки, запровадженої на початку 90-х рр. ХХ ст. в Україні, зумовили необхідність тотальної трансформації підходів до умов господарювання, уведення нових організаційно-правових форм для суб'єктів, які дозволяють ефективно діяти та швидко пристосовуватися до перманентних політичних та економічних змін, переосмислення ролі та місця держави у регулюванні економічних та соціальних відносин. У результаті загального визнання набули свобода підприємництва та свобода договору, виникли нові суб'єкти господарювання, крім державних, вирішальне значення серед яких мають господарські товариства, обмежився вплив на економічну систему держави, яка часто вступає у господарські відносини як рівноправний партнер поряд з іншими суб'єктами.

Переломні трансформаційні події в історії держави знайшли відбиття не лише у реальному секторі економіки, насамперед промисловості, а й поставили нові вимоги до засад організації освіти і науки. Виконуючи традиційні функції щодо поширення знань та реалізації права громадян на освіту, навчальні заклади відчували недостатність державної підтримки не лише для свого розвитку, а й навіть підтримання на наявному рівні навчальної, методичної та матеріальної бази, що за радянських часів входило виключно до завдань держави та забезпечувалося нею. Установи освітньої сфери опинилися у складних умовах «виживання» та вимушені були вишукувати нові джерела фінансування власної діяльності.

Однак сфера освіти та науки виявилася надзвичайно «законсервованою» для швидких змін, трансформації відбуваються досить повільно і фактично залишилося чимало «атавізмів» радянської системи, причому не тих, які забезпечували високу якість освіти та її фундаментальний характер, а тих, які пов'язані з її організацією, управлінням та умовами фінансування. Зокрема, досі вищі навчальні заклади державної форми власності (далі — ВНЗ) обмежені у своїх можливостях щодо розпорядження майном і коштами, у тому числі отриманими в результаті надання платних послуг, а також передання/надання на платній основі майнових прав на результати власних наукових досліджень із метою їх комерціалізації.

Необхідність реформування відносин у науковій та освітній сфері зумовила потребу у проведенні досліджень таких проблем, як правовий статус ВНЗ, особливості реалізації ними господарської компетенції, питання підвищення рівня їх господарської самостійності. Окремі проблеми правового регулювання діяльності ВНЗ досліджували такі українські вчені, як В. В. Астахов, О. М. Бандурка, В. М. Безчасний, Т. М. Боголіб, Т. П. Козарь, І. Н. Курко, А. О. Монаєнко, П. В. Нестеренко, Є. А. Огаренко, В. О. Огнев'юк, Г. О. Пономаренко, В. Я. Тацій, Р. Б. Шишка та ін. Серед російських науковців зазначених питань у своїх працях торкалися С. В. Баранова, Є. В. Богданов, Д. Б. Крахмальов, Н. А. Михайлова, М. П. Мозолін, М. М. Суровцова, І. Ф. Сюбарева, М. В. Токмовцева, Н. Є. Яворовська та ін.

Слід визнати, що більшість дослідників вивчали проблеми правового статусу та регулювання діяльності ВНЗ крізь призму адміністративно-правової науки для забезпечення ефективного державного управління їхньою діяльністю. Окремі питання досліджувалися у межах науки цивільного права, зокрема договірні відносини ВНЗ. Проблемам же законодавчого забезпечення діяльності ВНЗ як суб'єктів господарювання уваги вчених присвячено недостатньо. Зокрема, господарсько-правовий статус ВНЗ досліджувався Б. В. Дервянком і М. В. Савченко, а правовий статус приватних ВНЗ — Є. В. Булатовим та І. М. Острівним.

Результати і висновки зазначених досліджень формують підґрунтя для аналізу перспективних шляхів та правових форм залучення суб'єктів освітньої та наукової діяльності як активних учасників господарських відносин, але у той же час не містять поглибленого аналізу проблеми правового забезпечення комерціалізації ВНЗ ре-

зультатів власної наукової діяльності, яка визнана у світі одним з основних елементів їх статусу як самостійної особи, незалежно від форми власності. Отже, метою цієї статті є аналіз наявних проблем та встановлення законодавчих передумов для усунення розриву між наукою та виробництвом шляхом передачі ВНЗ результатів наукової діяльності суб'єктам господарювання, що належать до реального сектору економіки.

Укріплення автономності ВНЗ як суб'єктів господарювання завдяки передачі створених інтелектуальних/інноваційних продуктів вимагає надання відповідей на низку питань щодо діяльності ВНЗ, а саме: правовий режим їх майна та отриманих прибутків; правовий режим результатів інтелектуальної власності, створених за рахунок бюджетних коштів; право ВНЗ виступати засновниками інших юридичних осіб тощо.

Згідно з ч. 2 ст. 63 Закону України «Про вищу освіту» № 2984-III від 17.01.2002 р. майно, що закріплене за вищим навчальним закладом державної або комунальної форми власності, а також доходи від використання цього майна належать вищому навчальному закладу на правах оперативного управління. Воно не підлягає вилученню або передачі будь-яким підприємствам, установам, організаціям, крім випадків, передбачених законодавством¹. Щоправда, слід відзначити, що Законом України «Про внесення зміни до Закону України «Про здійснення державних закупівель» щодо спрощення процедури закупівель товарів, робіт та послуг вищими навчальними закладами та науково-дослідними установами» № 4545-VI від 20.03.2012 р. закупівля товарів, робіт і послуг, що здійснюється вищими навчальними закладами та науково-дослідними установами за рахунок власних надходжень, виключається зі сфери дії Закону України «Про здійснення державних закупівель»².

Отже, в Україні основним правовим титулом, на підставі якого ВНЗ володіє закріпленим за ним майном, є право оперативного управління, яке є обмеженим не лише в силу закону, а й волі власника (уповнова-

¹ Про вищу освіту : Закон України № 2984-III від 17.01.2002 р. // Офіц. вісн. України. – 2002. – № 8. – Ст. 327.

² Про внесення зміни до Закону України «Про здійснення державних закупівель» щодо спрощення процедури закупівель товарів, робіт та послуг вищими навчальними закладами та науково-дослідними установами : Закон України № 4545-VI від 20.03.2012 р. // Офіц. вісн. України. – 2012. – № 30. – Ст. 1093.

женого ним органу) згідно зі ст. 137 Господарського кодексу України¹ (далі — ГКУ). У той же час незважаючи на відсутність прямої норми щодо розмежування правових режимів майна ВНЗ, набутого за державні кошти, та грошових коштів, одержаних від держави на виконання статутних завдань, з одного боку, і доходів, отриманих у результаті надання платних послуг — з другого, законодавчо останні відмежовані шляхом виключення випадків їх використання з-під дії Закону України «Про здійснення державних закупівель». Це означає фактично, що вони не віднесені до державних коштів, а значить їх правовий режим відрізняється від правового режиму майна, закріпленого за ВНЗ на праві оперативного управління.

Доцільно зауважити, що у найближчій державі — наступниці радянської моделі організації освіти і науки — Російській Федерації (далі — РФ), незважаючи на спільність вихідних засад функціонування освітньої та наукової систем, зроблені певні кроки у напрямі розширення прав та укріплення автономії ВНЗ у цій країні. Зокрема, відповідно до ст. 39 Закону РФ «Про освіту» від 10.07.1992 р. № 3266-1 за освітньою установою з метою забезпечення освітньої діяльності згідно з її статутом засновник закріплює об'єкти права власності, що належать засновнику на праві власності або що орендуються ним у третьої особи (власника). Об'єкти власності, які закріплені власником за освітньою установою, перебувають в оперативному управлінні цієї установи².

Відповідають такому положенню і норми Закону РФ «Про вищу та післявузівську професійну освіту» від 22.08.1996 р. № 125-ФЗ, у ст. 27 якого прямо встановлено, що за вищим навчальним закладом з метою забезпечення діяльності, передбаченої його статутом, засновник закріплює на праві оперативного управління будинки, споруди, майнові комплекси, устаткування, а також інше необхідне майно споживчого, соціального, культурного й іншого значення³.

¹ Господарський кодекс України : Закон України № 436-IV від 16.01.2003 р. // Офіц. вісн. України. – 2003. – № 11. – Ст. 462.

² Об образовании : Федеральный закон РФ от 10.07.1992 г. № 3266-1 // Интернет-ресурс: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=132509;fld=134;dst=4294967295;rnd=0.30666409675669093;from=121412-0>

³ О высшем и послевузовском профессиональном образовании : Федеральный закон РФ от 22.08.1996 г. № 125-ФЗ // Интернет-ресурс: <http://www.consultant.ru/popular/education/>

Незважаючи на аналогічність підходів російського й українського законодавства щодо встановлення правового титулу майна вищих навчальних закладів, не можна говорити про їх тотожність. Таке положення пов'язане насамперед з нормою ст. 298 Цивільного кодексу РФ, яка забороняє приватній або бюджетній установі відчужувати або в інший спосіб розпоряджатися майном, яке закріплене за ним власником або набутим цією установою за рахунок такого майна. Автономна установа без згоди власника не вправі розпоряджатися нерухомим майном та особливо цінним рухомим майном, яке закріплене за ним власником або набуте автономною установою за рахунок коштів, виділених йому власником на набуття такого майна. Іншим закріпленим за нею майном автономна установа вправі розпоряджатися самостійно, якщо інше не встановлено законом¹.

Остання норма дозволяє зробити висновок, що у разі, якщо згідно з установчими документами установі надано право здійснювати діяльність, що приносить доходи, то такі доходи, а також набуте за рахунок таких доходів майно поступають у самостійне розпорядження установи та враховуються на окремому балансі.

Слід відзначити, що російське законодавство у сфері освіти надає право ВНЗ здійснювати господарську діяльність, спрямовану на отримання прибутку, тобто підприємницьку діяльність. (Це послужило підставою для постановки питання в юридичній науці щодо визнання ВНЗ суб'єктом відносин у сфері підприємництва (наприклад, М. В. Токмовцева)².) Так, ВНЗ у РФ має право виступати орендодавцем майна; надавати науковим організаціям у користування рухоме та нерухоме майно, в тому числі на безоплатній основі; здійснювати платну діяльність у галузі освіти та в інших сферах, якщо це не йде на шкоду його основній діяльності. Особливої уваги заслуговує право ВНЗ бути засновником (у тому числі з іншими особами) господарських товариств, діяльність яких полягає у практичному використанні (впровадженні) результатів інтелектуальної діяльності, виключні права на які належать цим ВНЗ.

Навіть такий перелік основних видів діяльності, які ВНЗ має право здійснювати на комерційних засадах, дає підстави для твердження

¹ Гражданский кодекс Российской Федерации от 30.11.1994 № 51-ФЗ // Интернет-ресурс: <http://www.consultant.ru/popular/gkrfl/>

² Токмовцева М. В. Высшее учебное заведение как субъект отношений в сфере предпринимательства / М. В. Токмовцева // Интернет-ресурс: http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=1217941#_ftn2

про спрямованість діяльності російського законодавця в освітній сфері на розширення правоздатності таких навчальних установ та диверсифікацію джерел фінансування їхньої діяльності, не обмежуючись лише бюджетним фінансуванням. Такі тенденції у регулюванні діяльності системи вищої освіти та відсутність окремих положень у спеціальному законодавстві викликали дискусію з питання правового титулу майна та доходів, які отримують ВНЗ у результаті здійснення дозволеної підприємницької діяльності.

Перша позиція полягає у визнанні особливого обмеженого речового права, яке не відповідає ні праву господарського відання, ні праву оперативного управління, на якому зазначені доходи і майно закріплюються за ВНЗ, — право самостійного розпорядження, що пояснюється відкритим переліком речових прав, зазначених у ст. 216 ЦК РФ (йдеться про «зокрема»).

Лунає також думка про володіння установою доходами та майном, отриманих установою завдяки здійсненню дозволеної підприємницької діяльності, на підставі права власності. Наприклад, М. В. Токмовцева обґрунтовує такий погляд п. 3 ст. 120 ЦК РФ і навіть вважає, що на праві власності в установи знаходяться також кошти, майно та інші об'єкти права власності, які передані їй у формі подарунка, пожертвування або за заповітом, а також продукти інтелектуальної і творчої праці, що є результатами діяльності ВНЗ¹.

У той же час В. П. Мозолін говорить лише про наближеність правового режиму зазначених об'єктів до права власності, оскільки, ґрунтуючись на ст. 299 ЦК РФ, вважає, що установи позбавлені права бути власниками будь-якого майна, що знаходиться у їх володінні, користуванні та розпорядженні².

Вельми цікавою є позиція «роздільної власності» або «плюралістична модель власності» (Є. В. Богданов), для якої властивим є визнання наявності двох або більше власників на те саме майно (у конкретному випадку слід розуміти установи та засновника), правомочності яких, утім, розрізняються³. Слід відзначити, що до внесення змін до

¹ Токмовцева М. В. Высшее учебное заведение как субъект отношений в сфере предпринимательства / М. В. Токмовцева // Интернет-ресурс: http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=1217941#_ftn2

² Цит. за: Кванина В. В. Гражданско-правовое регулирование отношений в сфере высшего профессионального образования / В. В. Квашанина // Интернет-ресурс: http://www.lexed.ru/pravo/theory/kvanina/?kvanina_11.html

³ Богданов Е. В. Моделирование права собственности в гражданском законодательстве РФ / Е. В. Богданов // Государство и право. – 2000. – № 11. – С. 18–22.

Закону РФ «Про освіту» та Закону РФ «Про вищу та післявузівську професійну освіту» у 2004 р. було законодавчо у них встановлено, що доходи, отримані від діяльності, що приносить прибуток, є власністю освітньої установи, що, вважаємо, послужило поштовхом для розвитку пропріетарного підходу до визначення їх правового режиму у межах майна ВНЗ.

Незважаючи на багатоманітність наукових позицій щодо правового режиму майна та доходів, отриманих ВНЗ у результаті здійснення дозволеної комерційної діяльності, фактично у РФ визнається їхнє право самостійного розпорядження ними у разі, якщо вони відбиваються на окремому рахунку. Таке положення, безумовно, створює підстави для більшої фінансової самостійності таких освітніх установ, зменшення навантаження на федеральний бюджет та укріплення демократичних засад управління галуззю освіти. Крім того, воно відбивається й на матеріальному забезпеченні наукових та педагогічних кадрів, укріпленні методичної та лабораторної бази установи, посиленні привабливості ВНЗ для абітурієнтів та потенційних замовників їх послуг.

Отже, компенсаторним механізмом економічної нестабільності у країні, проблем із державним забезпеченням діяльності освітніх закладів, необхідності затвердження європейських стандартів в освіті може і повинен бути насамперед шлях розширення ступеня автономізації ВНЗ, у тому числі й у питанні розпорядження отриманими доходами.

Слід указати, що українське законодавство не визначає особливостей реалізації ВНЗ їхніх прав щодо майна та доходів, одержаних у результаті надання дозволених платних послуг (перелік яких затверджений Постановою Кабінету Міністрів № 796 від 27.08.2010 р.). Не містить воно й норми загальної дії, що дозволяє цим установам самостійно розпоряджатися такими об'єктами. Це зумовлює сумніви у безспірності висновку про можливість розширення правомочностей вітчизняних ВНЗ та застосування до закріпленого за ними майна іншого правового режиму, ніж право оперативного управління. З урахуванням вектора на посилення автономії ВНЗ та необхідності усунення законодавчих прогалин, вважаємо, потребує доповнення чинне законодавство про освіту нормою про право ВНЗ самостійно розпоряджатися доходами, одержаними в результаті здійснення статутної діяльності і надання дозволених платних послуг не в порядку державного фінансування.

Особливої актуальності обмеженість правомочностей ВНЗ щодо виділеного йому та набутого майна набуває у питанні розпорядження

інтелектуальними результатами наукової діяльності, які поряд із наданням освітніх послуг виступають для них однією з основних цінностей та джерелом фінансування. Результати наукової діяльності, які часто включають й об'єкти права інтелектуальної власності, належать до «закопаних скарбів» освітніх установ, які не просто не розглядаються як потенційний комерційно привабливий товар через неможливість розпорядження ним, а й навіть часто не ураховуються на їх балансі, що відбиває відсутність усвідомлення цих об'єктів як активів, хоча й нематеріальних.

Таке ставлення до інтелектуальних продуктів у ВНЗ напругу пов'язане з недосконалістю спеціального законодавства з питань освіти і науки та у зв'язку з цим застосуванні загальних норм при вирішенні питань щодо можливостей комерціалізації таких об'єктів. Як вже зазначалося, право оперативного управління поширюється на все майно освітньої установи, до складу якого входять і майнові права (відповідно до ст. 190 ЦКУ), що зумовлює його застосування і щодо випадків визначення правових підстав використання ВНЗ результатів інтелектуальної діяльності (об'єктів інтелектуальної власності), отриманих при проведенні фундаментальних та прикладних досліджень, що фінансуються за рахунок коштів державного бюджету. Слід звернути увагу, що нормами чинного законодавства не визначаються окремі правила розподілу прав на об'єкти інтелектуальної власності, створені за рахунок державних коштів. Це означає, що на ці відносини поширюються загальні норми, закріплені у книзі IV ЦКУ.

Таким чином, володільцем прав на результати наукових досліджень, що створені за рахунок державних коштів, виступає держава, яка залишає їх у складі майна ВНЗ на праві оперативного управління, що обмежує останнього у можливостях розпорядження ними, у тому числі з метою їх комерціалізації. Зокрема, майнові права на результати досліджень не можуть передаватися до статутних капіталів юридичних осіб, створюваних ВНЗ, що пов'язано з відсутністю самої законодавчої можливості виступати їм засновниками юридичних осіб з метою доведення розробок до стадії впровадження, а також правомочності вільного розпорядження результатами наукових досліджень, створених за рахунок бюджетних коштів.

Фактично єдина можливість створення ВНЗ юридичних осіб передбачена ст. 13 Закону України «Про наукові парки» № 1563-VI від 25.06.2009 р., згідно з ч. 1 якої ВНЗ та/або наукова установа можуть

бути засновниками юридичних осіб та/або їх об'єднань для організації та виконання проєктів наукового парку¹. У той же час в інших випадках ВНЗ може лише створювати структурні підрозділи відповідно до ст. 30 Закону України «Про вищу освіту» № 2984-III від 17.01.2002 р., окремі з яких можуть мати певні права юридичної особи, а структурними підрозділами вищого навчального закладу четвертого рівня акредитації можуть бути наукові, навчально-наукові, науково-дослідні та науково-виробничі інститути².

Отже, в українському законодавстві фактично відсутні передумови для застосування поширеної у світі моделі заснування малих інноваційних підприємств (далі — МП) ВНЗом (у тому числі разом із науковими співробітниками) з метою доведення результатів досліджень до рівня практичної зацікавленості в них суб'єктів господарювання реального сектору економіки з метою їх впровадження. Така модель найчастіше реалізується шляхом передання ВНЗом самостійно або разом із науковцем до статутного капіталу МП майнових прав на результати наукових досліджень (на об'єкти права інтелектуальної власності), отримуючи корпоративні права, що надають право на управління такою юридичною особою та право на дивіденди.

Більше того, у разі застосування моделі створення МП разом з автором об'єкта інтелектуальної власності виникає можливість отримання останнім адекватної компенсації за користування його результатом наукових досліджень з урахуванням обсягу фактично виробленої на основі останнього продукції через механізм дивідендів, який доповнюється можливістю безпосереднього керування процесом доопрацювання, удосконалення та комерціалізації інтелектуального продукту у разі призначення зазначеної особи директором підприємства.

Часто практичне використання результатів досліджень здійснюється шляхом передачі вченими (авторами) суб'єктам господарювання майнових прав на власні інтелектуальні результати, створені ними в тому числі у зв'язку з виконанням трудових обов'язків у ВНЗ чи науковій установі, шляхом укладення ліцензійного договору або договору відступлення (передачі) майнових прав. Іншими словами, комерціалізація результатів наукових досліджень, проведених ВНЗ за бюджетні кошти,

¹ Про наукові парки : Закон України № 1563-VI від 25.06.2009 р. // Офіц. вісн. України. – 2009. – № 57. – Ст. 1978.

² Про вищу освіту : Закон України № 2984-III від 17.01.2002 р. // Офіц. вісн. України. – 2002. – № 8. – Ст. 327.

відбувається з порушенням прав інтелектуальної власності самих ВНЗ як роботодавців, що визнаються співволодільцями таких прав, у разі створення об'єкта інтелектуальної власності у межах трудового договору працівником, якщо інше не встановлено договором між ними.

Ще одним варіантом для ВНЗ комерціалізації результатів наукових досліджень є укладення договорів на проведення науково-дослідних, дослідно-конструкторських, проектно-конструкторських, технологічних, пошукових та проектно-пошукових робіт. Зазначені види робіт, а також інші роботи та послуги у науковій та науково-технічній сфері ВНЗ дозволено здійснювати як платні послуги відповідно до ст. 65 Закону України «Про вищу освіту» та Постанови Кабінету Міністрів № 796 від 27.08.2010 р.

При наданні таких платних послуг ВНЗ використовуються власні наукові результати, отримані при бюджетному фінансуванні наукових досліджень, завдяки чому суб'єкти господарювання фактично отримують доступ та права на відповідні інтелектуальні продукти, що спричинює «розмивання» монополії держави в особі ВНЗ на результати інтелектуальної діяльності.

Щодо інтересів наукових співробітників — авторів результатів інтелектуальної діяльності, то за другої моделі вони взагалі захищені найменшим чином. На практиці всі державні установи укладають із ними договори про належність всіх майнових прав, у тому числі й виключних, роботодавцю максимум на умовах виплати авторської винагороди на мінімальному рівні, встановленому державою. У разі подальшого використання результатів наукових досліджень при виконанні ВНЗ науково-дослідних, дослідно-конструкторських, проектно-конструкторських, технологічних, проектно-пошукових та інших робіт на договірних засадах автори реально отримують лише преміальні, а не частку від суми договору або від роялті, які сплачуються суб'єктом господарювання ВНЗ як володільцю виключних майнових прав на об'єкт інтелектуальної власності.

Певною мірою компенсувати таке положення може норма ст. 19 Закону України «Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій» № 143-V від 14.09.2006 р., відповідно до якої договірні відносини між організацією, яка надає технологію, та юридичною особою, якій вона або її складова передається, мають супроводжуватися й укладенням договору між підприємством, установою чи організацією, де створено технологію та/або куди здійснюється її трансфер, і авторами

технології, в якому визначаються майнові права, що передаються за цим договором, умови виплати та розмір винагороди за передачу і використання майнових прав на технологію. При цьому розмір винагороди авторам технологій визначається у відсотках доходів, одержаних внаслідок їх використання, або у фіксованій сумі на одиницю продукції відповідно до її ціни, або виходячи з обсягу доходів, одержаних від передачі технологій, або з урахуванням іншої вигоди, яка може бути отримана за використання технологій, що підтверджено відповідними документами¹.

Недієвість зазначених положень Закону України «Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій» пов'язана з відсутністю контролю за її виконанням та санкцій за порушення навіть при передачі і використанні технологій, щодо яких проводиться державна експертиза (зокрема, стосовно технологій або технологій і обладнання, які плануються для використання в Україні за рахунок державних коштів, якщо сума їх закупівлі дорівнює або перевищує розмір суми, визначеної для відповідних процедур закупівель Законом України «Про здійснення державних закупівель»).

Отже, слід визнати, що законодавчі передумови активізації інноваційної діяльності ВНЗ реально відсутні. Це пов'язано насамперед з неможливістю вільного розпорядження такими суб'єктами майновими правами на результати проведених наукових досліджень, з обмеженістю права на заснування юридичних осіб, зокрема, з метою комерціалізації інтелектуальних продуктів, а також із низькою зацікавленістю наукових співробітників — авторів об'єктів права інтелектуальної власності у їх впровадженні.

Позитивним прикладом розв'язання аналогічної ситуації може послужити досвід РФ, у якій у 2009 р. були внесені зміни до Федерального закону «Про науку та державну науково-технічну політику» та Федерального закону «Про вищу та післявузівську професійну освіту», згідно з якими ВНЗ та наукові організації, які є бюджетними установами, а також ті, які засновані державними академіями наук, отримали право без згоди власника їх майна (але з попередженням уповноваженого федерального органу) виступати засновниками (у тому числі з іншими особами) господарських товариств, діяльність яких полягатиме у практичному застосуванні (впровадженні) результатів інтелектуальної діяльності, виключні права на які належать таким установам.

¹ Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій : Закон України № 143-V від 14.09.2006 р. // Офіц. вісн. України. – 2006. – № 40. – Ст. 2664.

При цьому вкладом до статутного капіталу такого господарського товариства є права використання результатів інтелектуальної діяльності зі збереженням за ВНЗ або науковою установою виключних прав на них. З метою недопущення їх неправомірного передання іншим особам господарським товариствам, створеним ВНЗ чи науковою організацією, заборонено надавати за ліцензійними договорами або за іншими підставами право використання результатів інтелектуальної діяльності, які були внесені засновником як вклад.

Важливим моментом у реалізації такого права є наділення ВНЗ, наукової організації правомочністю самостійного розпорядження частинами (акціями) у статутних капіталах господарських товариств та дивідендами, які обліковуються на окремому балансі та спрямовуються на правову охорону результатів інтелектуальної діяльності, виплату винагороди їхнім авторам та на здійснення статутної діяльності зазначених установ.

Отже, слід констатувати, що РФ запровадила може й недосконалі, але правильні на першому етапі механізми для комерціалізації результатів наукової діяльності її суб'єктів. Більше того, для підтримки створення та діяльності господарських товариств, засновниками яких виступають ВНЗ та наукові організації, державою організовано Фонд сприяння розвитку малих форм підприємств у науково-технічній сфері, який реалізує програми інноваційного розвитку, що спрямовані на підтримку таких підприємств при реалізації інноваційних проектів відповідно до пріоритетних напрямів технологічного розвитку РФ шляхом здійснення насамперед посівного та передпосівного фінансування.

Розширення засад самоуправління у науковій сфері та їх поєднання з активною державною підтримкою дозволяють створити умови для формування одного з найбільш слабких елементів національної інноваційної системи — підсистеми створення інноваційних продуктів, які виконують функцію доведення результатів інтелектуальної діяльності до комерційно привабливого та промислово затребуваного товару. Для України її розбудова — принципове питання, оскільки саме відсутність такого елемента національної інноваційної системи або його нерозвиненість зумовлюють розрив між ланцюжками «наука» — «виробництво», що, у свою чергу, різко знижує ймовірність реалізації інноваційно-інвестиційної моделі розвитку національної економіки.

Резюмуючи викладене, слід підкреслити, що реформи, проведені у сфері вищої освіти в Україні, не забезпечили її суб'єктів необхідним

для ефективного виконання покладених на них функцій рівнем свободи, і актуальною проблемою залишається розширення засад автономії ВНЗ, у тому числі з фінансових питань у напрямі можливості самостійного розпорядження прибутком, отриманим у зв'язку з наданням дозволених платних послуг. Укріпленню самостійності освітніх та наукових установ також служитиме створення умов для підвищення ступеня затребуваності результатів їх наукових досліджень реальним сектором економіки, що вимагає розроблення та опрацювання з урахування світового досвіду правових моделей та механізмів їх передачі іншим суб'єктам господарювання на основі вільного розпорядження майновими правами на них (крім тих, що становлять державну таємницю, мають підвищений державний інтерес або необхідні з метою підтримання національної безпеки) шляхом їх передачі як вкладів до статутних капіталів юридичних осіб — суб'єктів малого підприємництва, основним видом діяльності яких виступатиме доведення наукових результатів до стану промислової придатності та їх комерціалізація.

Атаманова Ю. Правовые проблемы коммерциализации результатов научных исследований высшими учебными заведениями в Украине

Статья посвящена анализу состояния законодательного обеспечения коммерциализации результатов научных исследований высшими учебными заведениями. Рассмотрены правовые проблемы укрепления автономности вузов как субъектов хозяйствования благодаря передаче созданных интеллектуальных/инновационных продуктов, а именно: правовой режим их имущества и полученной прибыли; правовой режим результатов интеллектуальной собственности, созданных за счет бюджетных средств; право вузов выступать учредителями других юридических лиц и т. д.

Ключевые слова: коммерциализация результатов научных исследований, высшие учебные заведения, правовой режим имущества высших учебных заведений.

Atamanova U. Legal problems of the higher educational establishments scientific researches results commercialization

The article is concerned with the analysis of the legislative providing position of the higher educational establishments scientific researches results commercialization. The legal problems of the higher institution autonomy strengthening as business entity due to the transfer of the created intellectual/innovative products are considered, namely: the legal regime of their property and got income; the legal regime of intellectual property results, created due to the public finances; the higher institution right to be the founders of other legal entities etc.

Keywords: the scientific researches results commercialization, the higher institution, the legal regime of the higher institution property.

УДК 346.14:33

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

Розподіл економічної влади в механізмі економічного народовладдя в Україні

Досвід світової фінансової кризи 2008–2009 рр. та її сьогоdnішніх, і більш віддалених, суспільно-економічних наслідків аналізується і буде аналізуватися науково-експертним середовищем. Цей аналіз здійснюється в економічному, фінансовому, бюджетному контекстах, але важливо підкреслити, по-перше, глобальний характер цієї кризи, по-друге, ту негативну роль у її виникненні та розгортанні, що належить світовому фінансовому капіталу в особі транснаціональних банків та найпотужніших інвестиційних компаній. Ця криза засвідчила, що світовий фінансовий капітал є настільки впливовою силою на глобальному інвестиційному ринку, що фактично підкорив своєму геоекономічному і значною мірою геополітичному впливу майже всі суверенні держави, їх вищі органи державної влади. Адже саме Уряди розвинутих західних країн один за одним приймають державні програми бюджетних скорочень та програми тотальної приватизації, оскільки державні фінанси часом раніше були використані саме для порятунку від банкрутства ключових фінансових установ, що своєю безвідповідальною діяльністю і створили умови для розгортання фінансової кризи. Той факт, що демократично обрані Уряди і Парламенти цілої низки країн проводять державну політику в інтересах транснаціонального фінансового капіталу, є останнім доводом щодо необхідності суттєвої трансформації національних конституційних, господарсько- та фінансово-правових доктрин. Отже, сьогодні вже немає ніякої можливості залишати поза дужками вплив на економічні та соціально-політичні процеси носіїв глобальної економічної влади, ігнорувати їх можливості впливати, визначати і навіть шантажувати окремі «суверенні» держави та відповідні суспільства.

Саме тому будь-які конституційно-правові конструкції, що стосуються економічної або соціальної політики суверенної держави, мають урахувувати наявний або потенційний вплив транснаціональних

суб'єктів, а в окремих випадках і вплив контрольованих ними міжнародних організацій. Такий вплив практично завжди прямо або побічно спрямований на ерозію суверенних прав держави, її економічного суверенітету, вихолощення її політичних суверенних прав, що без економічного підґрунтя набувають декларативного значення і не можуть реально використовуватись для протиставлення можливостей власної економічної влади цим суб'єктам. Отже, сьогодні неможливо формувати конституційне та господарсько-правове забезпечення функціонування національної економічної системи без врахування того, що остання, в умовах членства країни, зокрема, у таких міжнародних організаціях як СОТ, фактично є відкритою частиною світової економічної системи, в якій рух товарів та капіталів відбувається відповідно до економічних стратегій транснаціональних її суб'єктів, і часто без урахування національних інтересів більшості держав.

Таким чином, конституційно-правове та господарсько-правове забезпечення економічної політики суверенних держав як політико-правова константа повинно містити цілу низку правових механізмів, що мають посилювати резистентність національного економічного організму, спрямувати діяльність органів держави на протидію негативним проявам, наслідкам діяльності організованого і неорганізованого транснаціонального сегменту у світовій економіці. Слід свідомо і прямо включити фактор реальної та потенційної діяльності транснаціональних банків та компаній і особливо їх об'єднань до категорії потенційних загроз національній економічній безпеці як таких.

Утім необхідно зробити застереження щодо того, що роль транснаціональних суб'єктів світової економіки є об'єктивною реальністю і саме ця їх діяльність опосередковує сучасний технологічний розвиток. Саме тому прихід транснаціонального інвестора до країни за різних умов має отримувати різну суспільно-економічну оцінку. Слід підкреслити, що лише певна кількість країн змогла використати діяльність іноземних ТНК на користь власного економічного, людського, технологічного та соціального розвитку, і це, безумовно, є виявом вищого професійного класу в державному менеджменті. Звичайно, реалізація державних стратегій у країнах Далекого Сходу має власну специфіку. Реалізація державної політики у країнах, що не вирішили трансформаційних завдань цивілізаційного плану, мають несформоване громадянське суспільство та не відсепарували власну політичну еліту, вимагає закріплення її базових чинників саме на рівні конституційного

економічного та правового господарського порядку. Одним із таких правових чинників є:

- визначення наявності потужних недержавних центрів економічної влади, що знаходяться як поза кордонами України, так і на її території;
- визнання, що такі центри реалізують власну економічну стратегію розвитку, що полягає у відповідному комбінуванні природних, людських, фінансових, технологічних ресурсів у процесі організації господарської діяльності;
- визнання, що така стратегія часто не збігається з інтересами гармонійного та перспективного розвитку економічного базису відповідних суспільств та їх держав;
- визнання, що названі центри концентрації економічної влади активно формують необхідні економічні, політичні, правові умови для реалізації власних стратегій розвитку, власних мегаприватних інтересів. І для цього використовують можливості спеціально створених міжнародних недержавних фондів та навіть міждержавних організацій, використовують власні спеціальні служби та спеціальні служби держав своєї базової дислокації;
- активно використовують внутрішньодержавну суспільно-політичну ситуацію для встановлення державних режимів, що внаслідок особистої залежності посадових осіб забезпечують сприятливий адміністративний та господарсько-правовий режим процесу економічної експансії з боку ТНК, доступу до місцевих факторів виробництва на умовах, що надають можливість отримання ренти.

Слід зазначити, що в названому контексті може йтися не тільки про центри концентрації економічної влади, такі як ТНК та ТНБ або їх об'єднання. Мова звичайно має йти про іноземні держави, що консолідують та просувають інтереси власних ТНК на ринках зарубіжних країн, і головне — мова має йти про ТНК, фінансово-промислові групи (в економічному значенні цього поняття) вітчизняного походження, вітчизняного базування. Названі аспекти суспільно-економічної активності останніх притаманні їм ще більшою мірою, ніж іноземним.

Слід констатувати, що в Україні за часів Незалежності в економічній сфері склалася досить специфічна ситуація. Адже у процесі приватизації цілісних майнових комплексів великих державних підприємств національної економіки, що супроводжувалась *de facto* дискримінаційними умовами участі, зокрема, іноземних інвесторів — ТНК (Акселор Міттал один із винятків), в Україні сформувався більш як

десять основних домінуючих економічних груп. Важливо підкреслити, що ці групи розподіляють між собою основний виробничий потенціал країни, значну частку її банківського капіталу та активів у сфері послуг, будівництва тощо. Серед таких груп слід указати на «СКМ» із головним акціонером Рінатом Ахметовим, «Eastone» — Віктора Пінчука, «Приват» — Ігоря Коломойського та Геннадія Боголюбова, «Group DF» — Дмитра Фірташа, «Укрупромінвест» — Петра Порошенка, «ИСД» — Сергія Тарути, «Фінанси та кредит» — Костянтина Жеваго. До цих груп слід додати ще низку дещо менших за масштабом концентрації — групу «ТАС» Сергія Тігіпка, групу DCH — Олександра Ярославського, «Донецьксталь» — Віктора Нусенкіса та декілька потужних галузевих груп, що спеціалізуються на аграрному виробництві і представлені основними інвесторами в особі Юрія Косюка, Андрія Веревського, Олега Бахматюка та Олексія Вадатурського.

Слід визнати, що всі учасники економічних відносин здійснюють вплив один на одного у процесі функціонування економічної системи. Абстрагуючись від його змістовних та силових характеристик, можна стверджувати, що перш за все такий вплив позначається на визначенні кінцевої конфігурації договірних умов через погодження щодо яких і здійснюються фактично усі фази функціонування економічної системи, включаючи виробництво, обмін, розподіл та споживання. У той же час вплив, який виявляє себе на рівні мікроекономічних відносин, що за своїм масштабом, економічною вагою не призводить до змін параметрів рівноваги усього ринку, залишається в системі координат обмеженої кількості контрагентів і цілком охоплюється договірно-правовим регулюванням, що міститься у Цивільному та Господарському кодексах України.

Разом з тим нарощування концентрації властивостей економічного впливу за рахунок різноманітних економіко-правових чинників на певному етапі призводить до трансформації економічного впливу не-владного, диспозитивного характеру в економічній вплив, що характеризується ознаками економічної влади у відносинах із своїми контрагентами та за своїм сукупним впливом — на функціонування економічної системи, як такої, на проходження в ній макроекономічних процесів тощо.

Носіями економічної влади можуть бути суб'єкти економічних відносин, що представляють різні сегменти економічної системи. Одні з них, як держава, є суб'єктами економічної влади, виходячи із суве-

ренної природи самої держави, інші — можуть набувати ознак такої влади або всупереч закону, або не порушуючи його формальних вимог. Так, наприклад, потужний і консолідований профспілковий рух може реально впливати на умови найму працівників суб'єктами господарювання в масштабі країни як безпосередньо, так і використовуючи власний вплив на державу через її законодавчі повноваження в межах демократичних процесів. Аналогічно може бути сформована ринкова влада споживачів, спрямована на відповідну мотивацію широкого кола суб'єктів господарювання — виробників товарів та послуг, щодо їх якості. Але звичайно, що концентрація капіталу з боку суб'єктів господарювання, що відбувається всупереч чинному законодавству про захист економічної конкуренції або без прямих порушень його вимог, є найбільш виразним типом набуття економічної влади з метою використання її для отримання макроекономічних переваг у взаєминах з контрагентами та органами публічної влади. Суб'єктами, що можуть бути носіями економічної влади, можна назвати також цілу категорію власників економічних активів, що є необхідними для використання у господарській діяльності. Ними, наприклад є власники природних ресурсів, фінансового капіталу, об'єктів інтелектуальної власності, втілених у інноваційні продукти, що мають високу суспільно-економічну затребуваність тощо. Властивостей економічної влади в економічній системі можуть набувати також і власники технічної інфраструктури (залізниць, морських портів, мостів, трубопроводів, сховищ специфічних товарів тощо).

Слід зазначити, що будь-яка суспільна влада набуває значення відносин політичного рівня та відповідно вимагає правової урегульованості. Адже реалізація суспільної влади — державної, політичної, економічної, інформаційної, духовної тощо фокусує навколо себе конфігурації суспільних інтересів особливої гостроти. Отже, правове регулювання відносин невідного економічного впливу, що реалізуються між суб'єктами господарювання на диспозитивних засадах, відбувається за одними правовими сценаріями (правовими режимами). Якщо в цьому самому сегменті господарсько-виробничих відносин виникають центри приватної макроекономічної влади — парадигма їх правової регламентації має бути принципово іншою.

Як уявляється, економічна влада є самостійним базовим типом суспільної влади, що виникає та реалізується в межах економічної системи у відносинах між її суб'єктами, яким властивий особливий за

характером, змістом та інтенсивністю вольовий вплив на економічну поведінку інших суб'єктів, на порядок функціонування економічних інститутів з метою використання приналежних переваг для забезпечення власних інтересів.

Слід зазначити, що економічна влада, її властивості тісно «прив'язані» до функціональної природи суб'єктів — її носіїв, їх місця в самій економічній системі. Тому доцільно виокремлювати приватну та публічну економічні влади, а особливого значення набуває їх феноменологія саме на макроекономічному рівні реалізації.

У цьому сенсі *приватна економічна влада* є різновидом суспільної економічної влади, що реалізується в економічних системах, переважно ринкового типу між автономними суб'єктами в координатах відносин «попиту — споживання», в яких її носій за рахунок створення домінуючого положення використовує його для встановлення такої конфігурації ринкової рівноваги, яка дозволяє йому реалізувати власні інтереси, підпорядковуючи їм економічну поведінку та інтереси контрагентів.

Характерним виявом приватної економічної влади є, як уявляється, її макроекономічний рівень реалізації. Адже на цьому рівні максимального зачіпаються інтереси не тільки суб'єктів господарювання відповідних ринків, а й територіальних громад, споживачів, працівників, держави та Українського народу в цілому.

Приватну макроекономічну владу можна визначити як різновид суспільної економічної влади, що виявляє себе на макроекономічному рівні функціонування економічної системи ринкового типу і виникає шляхом консолідації економічних активів на основі механізму контролю-підпорядкування у визначеній організаційно-правовій формі, що дозволяє суттєво впливати на економічну поведінку контрагентів та інших типів суб'єктів економічної системи, а отже, на стан макроекономічної кон'юнктури ринку з метою реалізації власної стратегії розвитку.

Сфера реалізації приватної економічної влади являє собою умовно підсистему в національній економічній системі. З урахуванням різниці в «дислокації» відповідних суб'єктів у зазначеній системі владні відносини можна розподілити на групи типових сфер їх реалізації:

- між суб'єктами господарювання як такими;
- між суб'єктами господарювання та власниками активів, які залучаються до майнової основи господарювання, виробничого процесу;

– між суб'єктами господарювання та різними групами найманих працівників;

– між суб'єктами господарювання та споживачами товарів та послуг.

Одним із найважливіших та багатofункціональних полюсів використання економічної влади є звичайно публічна влада і власне *державна макроекономічна влада*. Її можна визначити, як різновид економічної влади, що виявляє себе на макроекономічному рівні функціонування економічної системи суспільства, в основі якої лежить реалізація державою власних суверенних прав щодо:

– встановлення нормативно-правового забезпечення економічних відносин;

– здійснення державного регулювання відносин у сфері господарювання;

– функціонування податкової системи та спрямування бюджетних витрат;

– порядку використання та розпорядження належними державі економічними активами;

– призначення приватизації та націоналізації цілісних майнових комплексів;

– встановлення відносин державно-приватного партнерства із суб'єктами приватної макроекономічної влади.

Державна економічна влада реалізується за допомогою використання методів переважно імперативного впливу на поведінку інших суб'єктів економічних відносин задля досягнення цілей власної економічної політики, забезпечення публічних інтересів в економічній сфері.

Наведені типи економічної влади мають значне інструментальне значення, адже ця типологія дає можливість скласти специфічну картину топографії економічної влади в масштабі національної економічної системи. Кінець-кінцем, саме розподіл умовно загальної економічної влади між основними типами суб'єктів економічної системи визначає її макроекономічну збалансованість. Роль держави має коригуюче значення в цій проблемі, в умовах економіки ринкового типу, навіть за надання їй надзвичайних регулятивних повноважень. І якщо в економічній системі створено дисбаланс на користь якогось одного типу економічної влади, то економічний розвиток країни відповідно буде спотвореним. У цьому сенсі сам механізм традиційних засобів державного макроекономічного регулювання, спрямований на підтримання зовнішньоторговельного, держбюджетного, курсових та

інших балансів, є фактором другого порядку в проблемі забезпечення гармонійного та перспективного економічного розвитку країни.

Отже, говорячи про топографію такого розподілу економічної влади, слід ураховувати не тільки визначені її типи, а й інші критерії сегментації національної економіки. Так, важливими сегментами розподілу сукупної економічної влади також мають стати такі сфери її реалізації:

- малого, середнього, великого та олігархічного бізнесу;
- національного та іноземного капіталу;
- державного та недержавного секторів національної економіки;
- природних монополій та конкурентних ринків.

У балансуванні економічної системи за критерієм розподілу влади в її межах беруть участь і такі різновиди, як:

- ресурсно-сировинна влада;
- паливно-енергетична влада;
- влада приватних фінансів;
- інфраструктурна влада тощо.

Отже, розподіл економічної влади можна визначити, як одну з найважливіших функцій держави в економічній сфері, що полягає в забезпеченні економічної багатоманітності, економічної конкурентності, економічного народовладдя та суверенітету держави, і яка реалізується засобами економічної політики з метою встановлення відповідного балансу між основними носіями публічної та приватної, сукупної та одноосібної економічної влади в усіх найважливіших сегментах національної економічної системи, наслідком чого має стати досягнення такої внутрішньосистемної топографії економічних влад, за якою вони взаємодіятимуть у режимі стримань і противаг.

Режим стримань і противаг між суб'єктами економічної влади, що може бути встановленим лише як наслідок створення відповідної моделі та механізму, по-перше, розподілу таких влад на окремі сегменти, шаблі тощо, по-друге — встановлення балансу між ними, що виключає руйнівне домінування будь-якої з них у масштабі системи. Слід нагадати, що сучасна світова система міжнародних відносин все ще розбудована на принципах суверенності держав. Утім, в умовах глобалізації та переможної ходи принципів ринкової організації економічного життя, забезпечити національний економічний суверенітет, що є запорукою реального державного суверенітету, є справою надзвичайно складною. Адже приватна власність на засоби виробництва в умовах

відкритості національних економік для руху інвестицій призводить до певної ерозії названі суспільно-економічні та політики-юридичні властивості. Таким чином, інструментом збереження національного економічного суверенітету в умовах вільного руху іноземних інвестицій та формування власних олігархічних груп холдингового типу є встановлення меж концентрації економічної влади для усіх типів її суб'єктів, а також режиму стримань та противаг у взаємодії між ними. Лише так можна забезпечити базову суспільно-правову властивість суверенної держави — економічне народовладдя. (На жаль, чинна Конституція України не містить названої категорії.)

Економічне народовладдя є необхідною складовою народного суверенітету, що виявляє себе через особливу за природою постійну, пряму або опосередковану участь українського народу, його територіальних громад та громадян особисто в національній економічній системі. Така участь полягає в практичній реалізації названими суб'єктами диверсифікованого комплексу належних економічних прав і яка за своїми предметними та вартісними показниками є визначальною для функціонування національної економіки як такої, достатньою для забезпечення суспільної ті індивідуальної економічної безпеки та розвитку. Економічне народовладдя забезпечується державою за рахунок проведення політики розподілу економічної влади та утримання необхідного балансу, а відтак — встановлення режиму економічної демократії в державі та суспільстві.

Таким чином, система розподілу суспільної влади, що безпосередньо стосується економічних відносин, внутрішньо повинна мати достатньо ієрархічну розбудову, відносно якої можна виділити такі рівні:

1. Розподіл між політичною, економічною ті інформаційною видами суспільної влади.
2. Розподіл економічної влади в межах самої економічної системи:
 - розподіл між публічною та приватною економічними владами;
 - розподіл між приватними макроекономічними владами;
 - розподіл між сукупними макроекономічними владами груп суб'єктів господарювання в міжсегментному вимірі національної економіки.

Забезпечення економічного народовладдя в цьому сенсі передбачає наявність у громадян України, Українського народу сукупного «контролюючого пакета» в усіх видах економічної влади. Починаючи від ринкової влади, що мають організовані споживачі товарів та послуг, ринкової влади власників природних ресурсів, ринкової влади, що

мають консолідовані у профспілкові організації працівники, ринкової влади інвестиційного потенціалу заощаджень громадян, ринкової влади сукупного володіння реальними активами, корпоративними правами щодо суб'єктів господарювання, а також від інших форм реалізації економічних прав.

Економічне народовладдя має отримати цілісний правовий механізм діагностування та прогнозування його стану та властивостей. У цьому сенсі мають бути розроблені відповідні правові механізми по кожному блоку економічних прав Українського народу, територіальних громад та особисто кожного громадянина України. Відповідно суспільно-політична діагностика має проводитись за спеціально розробленими правовими та економічними індикаторами по кожному з блоків економічних прав, з яких сукупно і складається характеристика національного економічного народовладдя.

Так, системно діагностика національного економічного народовладдя має складатись із замірів сукупної та сегментованої економічної влади, що належить Українському народові, за такими блоками реалізації його економічних прав.

Трудові права, через визначення оптимальних умов трудового найму, включаючи гарантований рівень заробітної плати та можливості удосконалення фахового рівня, через державне сприяння створенню незалежного всеукраїнського профспілкового руху з наданням необхідних гарантій безпеки його лідерам та активістам. Держава також має стимулювати створення нових вакансій з урахуванням проблеми репатріації українських трудових мігрантів.

Споживчі права, через перетворення організаційно розрізнених споживачів у консолідовану, ресурсно і науково-методично забезпечену впливову силу. Завданням держави є здійснення державної підтримки зі створення відповідних організацій, системи їх взаємодії в тому числі — інформаційної, а також правових форм взаємодії організацій споживачів із контрольними та правоохоронними органами держави.

Права на підприємницьку діяльність. Забезпечується державою через проведення відповідної політики щодо розвитку та державної підтримки малого та середнього підприємництва, а також проведення послідовної регуляторної політики. Важливим є також створення системи оптимальних критеріїв визначення сукупної економічної ваги малого та середнього підприємництва та правових засобів державного впливу на його розвиток. Особливого значення набуває питання реалі-

зації державної політики зростання внутрішнього ринку. Важливе місце мають отримати в системі правовідносин держави та сектору малого та середнього підприємництва гарантії неможливості конфіскаційного оподаткування.

Права власності на об'єкти, що складають майнову основу господарювання. Мова йде про створення ефективних правових форм використання відповідних об'єктів, в тому числі у власній або чужій господарській діяльності. Майнові права можуть використовуватись у різний спосіб за умови, що ними опосередковується включення відповідних об'єктів у господарську діяльність. Такими можуть бути створення приватного підприємства та забезпечення його відповідним майном, передача майна на правах оренди, інших договірних зобов'язань, накопичення банківських грошових депозитів, придбання цінних паперів, емітентом яких є держава, тощо.

Указані форми використання прав власності на майнові об'єкти громадян об'єднані тим, що вони можуть реалізовуватись громадянами індивідуально і потребують гарантій держави щодо мінімізації їх ризиковості. Такими гарантіями мають бути гарантії від конфіскаційної інфляції національної грошової одиниці, гарантії повернення банківських вкладів, гарантування зобов'язань держави як емітента облігацій та інших цінних паперів.

Права власності на майнові об'єкти, що використовуються для придбання корпоративних прав щодо суб'єктів господарювання — підприємств корпоративного типу, придбання інших майнових прав від інвестування в об'єкти господарської діяльності. Максимальна участь громадян України в економічних процесах названого роду прямо залежить від стану правового господарського порядку, від прозорості інвестиційних процесів та активної правоохоронної ролі держави. Слід зазначити, що за експертними оцінками громадяни України сукупно тримають поза банківськими установами від 20 до 40 млрд дол. США. Тільки від прозорості, гарантованості та послідовності державної політики залежить включення цих коштів у національну економіку, введення їх з-під «домашніх офшорів».

Права власності Українського народу на природні ресурси, що через створення досконалого правового механізму їх реалізації, перш за все — використання в господарській діяльності, мають зробити Український народ прямим отримувачем природної ренти. Важливо зазначити, що сукупні розміри ставок ресурсних платежів повинні

враховувати також і вартість заходів щодо відновлення стану довкілля, а також вартість інноваційних розробок, що у майбутньому створять альтернативи ресурсам, що є вичерпаними. Логіка конституційно-правової фіксації права власності Українського народу, на відміну від існуючого порядку господарського використання природних ресурсів на користь окремих приватних осіб, полягає в тому, що коло бенефіціарів мають становити всі громадяни України, котрим приналежна частка горної ренти має зараховуватись на спеціальні рахунки із спеціальним режимом використання.

Права промислової власності у процесі створення та використання відповідних об'єктів мають стати основою широкої участі громадян України у створенні інноваційних продуктів та отриманні доходів від їх інвестування в господарську діяльність. Державна підтримка науково-технічної, інноваційної діяльності громадян України має стати потужним фактором створення нової економіки України — інноваційного нішового машинобудування, біотехнологій та виробництва нових матеріалів, продуктів харчування тощо.

Таким чином, постійний моніторинг параметрів участі громадян України шляхом реалізації кожної з наведених груп економічних прав та сукупної участі зокрема, порівняно з питомою вагою місця в національній економіці великого бізнесу, іноземного капіталу тощо, у тому числі і в секторальному аспекті, має надавати державі та суспільству відповіді щодо реальності економічного народовладдя та тенденцій у розподілі макроекономічної влади між народним, олігархічним, іноземним та кримінальним капіталізмом.

Принципового значення набуває питання правової організаційної інституціоналізації владного компонента народної участі в усіх проявах економічної влади в суспільстві. Слід зазначити, що така участь у структурі публічної економічної влади ґрунтується на положеннях ст. 5 Конституції України, згідно з якою носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні є народ. Народ здійснює владу безпосередньо і через органи державної влади та місцевого самоврядування. У той же час участь суспільства та громадян особисто в національній економічній системі, особливо як співвласників виробничих фондів не отримала цілісного правового забезпечення.

Як уявляється, механізм економічного народовладдя потребує свого закріплення на конституційно-правовому та господарсько-правовому рівнях.

Задыхайло Д. Распределение экономической власти в механизме экономического народовластия в Украине

Статья посвящена институализации понятия «экономическая власть» и проблеме ее распределения в пределах национальной экономической системы. Рост макроэкономического влияния транснациональных компаний создает опасные дисбалансы в структуре экономической власти и грозит разрушительной эрозией государственному суверенитету и экономическому народовластию. Поэтому политика государства в экономической сфере должна быть направлена на определение реального удельного веса в распределении экономической власти между ее основными субъектами, на поддержание баланса между ними в режиме сдержек и противовесов.

Ключевые слова: транснациональные корпорации, экономическая политика государства, экономическая власть, частная экономическая власть, государственная экономическая власть, распределение экономической власти, экономическое народовластие.

Zadykhaylo D. Distribution of economical power in mechanism of economical power of the people in Ukraine

The article pivoted to idea of economical power as a phenomenon and problem of distribution such power in interest of the people.

Keywords: transactional corporation, economical policy of the state, economical power, private and state economical power, distribution of economical power.

УДК 347.73:346.1(477)

С. Глібо, кандидат юридичних наук, доцент кафедри господарського права Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Банківська діяльність як фінансове посередництво у господарському праві України

Діяльність фінансових установ, у тому числі банків, на ринках фінансових послуг хоча і знаходиться під постійним контролем та наглядом із боку уповноважених державних органів, але одночасно надання фінансових послуг постійно зазнає ринкового впливу, негативні моменти якого для самих банків, клієнтів та споживачів можливо було б усунути відповідними засобами та методами державного регулювання. Останнє повинно враховувати як особливості діяльності банків окремих фінансових установ, так і їх місце на відповідних під час здійснення господарської діяльності, використання та розподілу ресурсів.

Дослідження банківської системи в аспектах державного регулювання здійснювали Т. А. Латковська, О. П. Орлюк; окремі питання державного впливу на діяльність фінансових установ і банків розглядали Д. П. Фьоклін, І. А. Шамрай, О. Р. Ящицак; діяльність банків на ринку цінних паперів вивчала І. Л. Нурзад, але сучасне законодавче регулювання потребує визначення місця банків на ринках фінансових послуг та напрямів удосконалення господарсько-правового регулювання банківських послуг.

Мета статті — визначити сутність банківської діяльності як фінансового посередництва та правові наслідки такого визначення в Господарському кодексі України (далі — ГК України) для подальшого правового регулювання цієї діяльності.

Положеннями статей 339–351 ГК України регламентуються банківські операції як фінансове посередництво. Виходячи із змістовного аналізу норм у зазначених статтях, банківські послуги та операції складаються як з окремих угод, так і видів діяльності банків. Фінансове посередництво у законодавстві визначається як діяльність, пов'язана з отриманням та перерозподілом фінансових коштів, крім випадків, передбачених законодавством, і здійснюється банками та іншими фінансово-кредитними організаціями (ч. 3 ст. 333 ГК України). Як відо-

мо, фінансове посередництво включає грошове посередництво і класифікується як вид фінансової діяльності окремо від страхування (ч. 2 ст. 333 ГК України). Таким чином, з урахуванням норм пп. 1, 2 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» як ознаки фінансового посередництва в законодавстві виокремлюються — спеціальний суб'єкт: банки та інші кредитні установи (які належать до фінансових установ); визначений вид діяльності: фінансове посередництво є видом фінансової діяльності, за винятком страхування; спеціальна мета: діяльність, пов'язана з отриманням та перерозподілом фінансових коштів (з передбаченими винятками).

У праві фінансове посередництво визначається як професійна діяльність фінансових установ, яка полягає у залученні тимчасово вільних фінансових ресурсів фізичних і юридичних осіб з метою їх ефективного перерозподілу, який забезпечить одержання прибутку і захист майнових інтересів споживачів фінансових послуг¹. До фінансових посередників як у правовій, так і в економічній літературі найчастіше відносять усіх учасників ринків фінансових послуг: банки, кредитні спілки, лізингові компанії, ломбарди, ІСІ, недержавні пенсійні фонди. Також у деяких джерелах додатково включають страхові, фінансові, інвестиційні, благодійні компанії, довірчі товариства, які вважаються фінансовими установами, що акумулюють кошти фізичних та юридичних осіб і надають ці кошти позичальникам², хоча останнє є спірним, оскільки деякими установами здійснюється не залучення коштів, а одержання платежів за надання послуг, або взагалі, отримання благодійних внесків. К. В. Масляєва на підставі Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» за колом фінансових послуг та функціональними засадами діяльності як критеріями розподіляє всіх фінансових посередників на певні групи³, до яких відносить фінансові установи, фізичних осіб-підприємців,

¹ Див.: Ящищак О. Р. Державне регулювання ринку фінансових послуг в Україні: організаційно-правовий аспект : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 / О. Р. Ящищак. – К., 2010. – С. 13.

² Див.: Герасимова С. В. Роль фінансових посередників в організації інвестиційної діяльності акціонерних товариств / С. В. Герасимова // Фінанси України. – 2007. – № 4. – С. 104, 105.

³ Див.: Масляєва К. В. Господарсько-правове забезпечення функціонування ринку фінансових послуг України : монографія / К. В. Масляєва. – Х. : ФІНН, 2010. – С. 37, 38, 42, 45.

юридичних осіб, які за своїм правовим статусом не є фінансовими установами. О. В. Драган фінансовими посередниками визначає банківські установи, страхові компанії, недержавні пенсійні фонди, кредитні спілки, компанії з управління активами, андеррайтерів, інвестиційні фонди, інвестиційні компанії, торговців цінними паперами¹. Хоча наведені приклади і охоплюють суб'єктів, які або не належать до фінансових організацій, або фінансові установи, які не виконують функцій посередників, ми враховуємо в дослідженні функцій банків тільки функції тих суб'єктів, які чітко стосуються фінансових установ.

Цілі правового регулювання фінансового посередництва банків, спрямовані в тому числі на забезпечення збереження довіреними фінансовим посередникам — банками коштів, їх ліквідності, а також забезпечення належного управління накопиченими коштами та доступності фінансових ресурсів для клієнтів банків, зокрема в періоди фінансових криз.

З урахуванням поглядів науковців-економістів² можна навести такі особливості банків порівняно з більшістю фінансових посередників: 1) сукупність банківських послуг поєднує максимально як грошове, так і інші види фінансового посередництва, чого не здійснюють окремі фінансові установи; 2) при залученні коштів банки встановлюють, як правило, фіксований відсоток клієнтам і не покладають ризику неотримання прибутку на останніх, що не здійснює більшість фінансових посередників (наприклад, інвестори ІСІ не одержують фіксованих доходів); 3) як правило, банки розподіляють свої вкладення по різних портфелях: кредитний, цінних паперів, інвестиційний, чим і зменшують свої ризики, що не відбувається у інших фінансових посередників у зв'язку з їх спеціальною господарською компетенцією; 4) діяльність банків поєднується банківською системою і єдиним її регулюванням з боку НБУ, напроти, відсутні системи фінансових посередників на інших ринках фінансових послуг, їх централізоване регулювання (наявність Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку, Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг) і зв'язок фінансових установ між собою.

¹ Див.: Драган О. В. Державно-правове регулювання діяльності фінансових посередників на ринку цінних паперів : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 / О. В. Драган. – К., 2011. – С. 9–10.

² Див.: Корнеев В. В. Модифікація форм фінансового посередництва в Україні / В. В. Корнеев // Фінанси України. – 2008. – № 1. – С. 82–83.

До функцій фінансового посередництва належать: консолідація заощаджень з наступним диверсифікованим їх вкладенням; підвищення ліквідності фінансових вкладень; забезпечення рівноваги попиту і пропозиції на фінансові ресурси; перерозподіл і зниження фінансових ризиків; специфікація (легалізація) прав власності клієнтів¹. Деякі автори за видами діяльності виокремлюють такі функції фінансового посередництва: у розрахунках — це розрахункові та інформаційно-консультаційні, а у кредитуванні — інформаційно-консультаційні, трансформаційні, контрольно-фінансові², які фактично збігаються з функціями, що характеризують особливості банківських операцій, відносять трансформаційні, інформаційно-консультаційні, контрольні та окремо фінансове посередництво як функцію³. Усі названі функції банків закріплені (хоча і не чітко, а іноді частково) у законодавстві: місце банківських операцій у фінансовій системі — у статтях 339–351 ГК України, визначення змісту банківської діяльності — у ст. 3 Закону України «Про банки і банківську діяльність» (далі — Закон «Про банки»), обов'язкове поєднання протилежних за рухом капіталів банківських послуг і операцій на підставі банківської ліцензії — у ст. 47 Закону «Про банки».

Із наведеним розумінням фінансового посередництва збігається закріплення грошового посередництва (за відсутності взагалі терміна «фінансове посередництво») в національному класифікаторі України ДК 009:2010 «Класифікація видів економічної діяльності», затвердженому наказом Держспоживстандарту України № 457 від 11 жовтня 2010 р.⁴ (далі — КВЕД-2010). У секції К якого, зокрема у класі 64.19, банківські послуги та операції окремо від діяльності центрального банку віднесено до інших видів грошового посередництва, в тому числі відповідно до Методологічних основ та пояснень до позицій національного класифікатора ДК 009:2010 «Класифікація видів економічної діяльності», затверджених наказом Держкомстату № 396 від 23 грудня 2011 р.⁵ (далі — Методологічні основи КВЕД-2010). Оскільки КВЕД-2010 з урахуванням міжнародних стандартів оперує поняттями

¹ Див.: Корнеєв В. В. Модифікація форм фінансового посередництва в Україні / В. В. Корнеєв // Фінанси України. – 2008. – № 1. – С. 80–81.

² Див.: Версаль Н. І. Теорія кредиту: навч. посіб. / Н. І. Версаль, Т. В. Дорошенко. – К.: Вид. дім «Киево-Могилянська акад.», 2007. – С. 54, 98–102.

³ Там само. – С. 174–175.

⁴ Система інформаційно-правового забезпечення ЛІГА:ЗАКОН.

⁵ Там само.

«фінансова діяльність» у секції К, «фінансові послуги» в розділі 64, а в Методологічних основах КВЕД-2010 акцентується, що для класифікації одиниць у рамках цього розділу істотну роль відіграє прийнята в певній країні організація фінансових служб, на наш погляд, це підтверджує недоцільність виключення вживання терміна «фінансове посередництво» зі сфери законодавства.

У економічних наукових джерелах висвітлюється різний ступінь впливу фінансового посередництва на зміст банківської операції. Так, інститут фінансового посередництва, з погляду науковців-фінансистів, впливає на поділ операцій банків на дії, що забезпечують функціонування банку як суб'єкта підприємництва, та на його дії як фінансового посередника, що входять до поняття банківських послуг, сутність яких визначається через перелік всіх операцій, визначених у Законі України «Про банки»¹. Інші науковці визнають, що більш за все на визначення посередницького характеру банківських операцій впливає місце банку в русі капіталу, а не зміст угоди. Наприклад, при віднесенні факторингу до активних операцій одночасно ця операція вважається посередницькою послугою банків². Ю. В. Ващенко, розглядаючи погляди вчених-економістів, зазначає, що банк визначається як інститут кредитної системи, що є посередником у кредиті, розрахунках і випускає кредитні зняття обігу³. У зв'язку з цим необхідно вказати, що економічна категорія фінансового посередництва за своїм змістом реалізується в декількох, іноді прямо не пов'язаних із собою правовими зв'язками, банківських послугах, операціях та угодах, а функціональність фінансового посередництва виявляється переважно в поєднанні при розгляді та регулюванні певних операцій (наприклад, депозитні та кредитні операції), і є максимально презентаційною саме в банківській діяльності в цілому. Одночасно слід розуміти, що випадки віднесення у правовому регулюванні до посередницьких окремо взятих банківських операцій не завжди відповідають як правовій суті правовідносин (які неможливо відносити до посередницьких угод), так і економічному змісту. Так, наприклад, у Банківському кодексі Республіки Беларусь

¹ Див.: Міщенко В. І. Банківські операції : підручник / В. І. Міщенко, Н. Г. Славянська, О. Г. Корнеева. – 2-ге вид., переробл. і допов. – К. : Знання, 2007. – С. 69–70.

² Банки и банковские операции : учеб. для вузов / Е. Ф. Жуков, Л. М. Максимова, О. М. Маркова и др. ; под ред. Е. Ф. Жукова. – М. : Банки и биржи : ЮНИТИ, 1997. – С. 201, 248.

³ Див.: Ващенко Ю. В. Банківське право : навч. посіб. / Ю. В. Ващенко. – К. : Центр навч. л-ри, 2009. – С. 13.

у розділі 7 до посередницьких банківських операцій, крім розрахунків, валютно-обмінних операцій, помилково відносять банківське зберігання, тимчасове користування банківським сейфом, інкасацію та перевезення готівкових коштів, платіжних інструкцій, дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння, інших коштовностей¹.

На підставі раніше відміченого, до особливостей здійснення фінансового посередництва банками можна віднести: 1) поєднання тільки банками діяльності та/або участі на всіх фінансових ринках — грошовий ринок; ринок капіталу; ринок похідних фінансових інструментів, що у правовому регулюванні реалізується на ринках банківських, інвестиційних послуг, операцій з цінними паперами та фактично на всіх інших видах ринків, що забезпечують обіг фінансових активів; 2) здійснення діяльності зі всіма видами фінансових активів — коштами, цінними паперами, борговими зобов'язаннями та правами вимоги боргу, що не віднесені до цінних паперів; 3) здійснення банківської діяльності на всіх територіальних ринках: регіональному, національному, міжнародному; 4) наявність структурованої інституційно сформованої, найбільш стабільної порівняно з іншими ринками та законодавчо закріпленої банківської системи; 5) привабливість банківських послуг для інвесторів та клієнтів порівняно з іншими ринками фінансових послуг.

Що стосується використання функціонального місця банку як підстави для визначення правового змісту банківської діяльності, то необхідно звернутися до поглядів науковців. О. П. Орлюк підкреслює, що до базових операцій належить комплекс із основних трьох — прийняття грошових вкладів від клієнтів, надання клієнтам позичок і створення нових платіжних засобів, здійснення розрахунків між клієнтами². Базовість окремих операцій посилюється у висновку І. Л. Нурзад, якою при поділі операцій на банківські і небанківські використовується функціональний критерій, тобто, відповідає чи ні операція базовим функціям банку, а дії, спрямовані на їхнє здійснення, становлять суть банківської діяльності³. Але не можна погодити-

¹ Национальный правовой Интернет-портал Республики Беларусь [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.pravo.by/webnpa.

² Див.: Орлюк О. П. Банківська система України. Правові засади організації / О. П. Орлюк. – К. : Юрінком Інтер, 2003. – С. 14.

³ Див.: Нурзад І. Л. Правове регулювання діяльності банків на ринку цінних паперів України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / І. Л. Нурзад. – К., 2004. – С. 9 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.nbu.gov.ua.

ся з автором у тому, що операції і діяльність банків на ринку цінних паперів не можуть іменуватися банківськими операціями та банківською діяльністю¹, тому що ці фінансові активи також використовуються в основних операціях банків, і такі операції з ними також охоплюються суттю фінансового посередництва банку і повинні належати до операцій, які здійснюють банки.

О. М. Олейник визначає банківську діяльність як сукупність постійно або систематично здійснюваних із приводу грошей та інших фінансових інструментів операцій різних видів, об'єднаних загальною метою². При цьому поняття банківської діяльності у вузькому значенні банківські операції створюють у тих випадках, коли вони здійснюються у сукупності³. Ю. В. Ващенко розглядає банківську діяльність у широкому значенні, в якому розуміються всі види операцій, які можуть проводити банки, а у визначених законом випадках — інші юридичні особи, і у вузькому, що включає тільки ті операції, які виділяють банк з числа інших фінансово-кредитних установ⁴, тобто операції з визначення банку в ст. 1 Закону «Про банки». І. А. Безклубий визначає банківську діяльність як систематичну підприємницьку діяльність, здійснення якої передбачає вчинення банківських правочинів та операцій⁵, і вважає, що звуженням є визначення банківської діяльності через перелік трьох класичних видів послуг у ст. 2 Закону «Про банки». На наш погляд, відбувається перебільшення значення виключності банківської діяльності (або «вузького» розуміння) для визначення поняття та наступного відповідного правового регулювання. Класифікація банківських послуг і операцій та їх правове регулювання при проведенні банківської діяльності здійснюються не самостійно за їх видом, а з урахуванням функцій суб'єкта — банка та ризиками в його діяльності, як, тоді, коли мова йде про обов'язкову сукупність видів діяльності банків, так і у випадку здійснення ними інших фінансових послуг.

¹ Див.: Нурзад І. Л. Правове регулювання діяльності банків на ринку цінних паперів України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / І. Л. Нурзад. – К., 2004. – С. 9 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.nbuv.gov.ua.

² Див.: Олейник О. М. Основы банковского права : курс лекций / О. М. Олейник. – М. : Юристъ, 1997. – С. 27–28.

³ Там само. – С. 26.

⁴ Див.: Ващенко Ю. В. Банківське право : навч. посіб. / Ю. В. Ващенко. – К. : Центр навч. л-ри, 2009. – С. 19.

⁵ Див.: Безклубий І. А. Банківські правочини : монографія / І. А. Безклубий. – К. : Вид. Дім «Ін Юре», 2007. – С. 61.

Слід відмітити думку щодо цього питання російських науковців¹, які включають у поняття «банківська діяльність» як підприємницьку, так і діяльність державного органу — Центрального банку РФ, у тому числі його управлінські функції на підставі Федерального закону РФ «Про Центральний банк Російської Федерації (Банк Росії)», та закріплення повноважень у ст. 46 ФЗ РФ «Про Центральний банк Російської Федерації (Банк Росії)»². Таке додавання організаційно-господарських відносин до банківських операцій суперечить змісту банківської діяльності та не буде відповідати системній побудові норм ГК України і законодавства, що регулює банківську діяльність.

З огляду на те, що відповідно до ст. 47 Закону «Про банки» банківські послуги і банківські операції є фінансовими послугами, вони є операціями з фінансовими активами згідно з п. 5 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг». Фактично необхідність публічного регулювання при здійсненні державної політики стосовно ринків фінансових послуг потребувала об'єднати в одному понятті діяльність, яка будується на переході прав власності на фінансові активи, комісійну, представницьку, що іноді не передбачають руху активів, страхову та іншу діяльність. Утім у цьому поєднанні ключовим критерієм стало не фінансове посередництво, а предмет операцій — фінансовий актив. Наведене свідчить про актуальність на сучасному етапі додавання до підстав публічного регулювання ринків фінансових послуг і безпосередньо ринку банківських послуг ще однієї — необхідності належної реалізації фінансового посередництва як економічної діяльності. Також ця думка підтверджується тим, що при розгляді проблем фінансового посередництва банків ставиться за необхідне вирішення саме сукупності питань, з одного боку — з управління ризиками, їх оцінки, з ефективного контролю за ризиками (ліквідності, кредитним, іншими) в банківській діяльності, удосконалення ризик-орієнтованого нагляду, а з другого — стосовно надання на належному рівні послуг кредитними установами³.

¹ Див.: Тосунян Г. А. Банковское право Российской Федерации. Общая часть : учебник / Г. А. Тосунян, А. Ю. Викулин, А. М. Экмалян ; под общ. ред. Б. Н. Топорнича. – М. : Юристъ, 1999. – С. 227–229.

² Система КонсультантПлюс [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.consultant.ru

³ Банки в системе финансового посредничества: состояние и перспективы : Рекомендации XVII Международного банковского конгресса (МБК-2008) // Деньги и кредит. – 2008. – № 7. – С. 33–37 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.cbr.ru/publ/MoneyAndCredit/recomendations.pdf

Для відповіді на питання щодо напрямів державної політики та правового регулювання належного виконання функцій фінансового посередництва необхідно визначити цілі і встановити окремі фактори (засоби, методи, інше), які можливо згрупувати залежно від врахування інтересів банків або їх клієнтів. В якості підґрунтя для застосування цих важелів, на наш погляд, доцільно погодитися і вказати на такі критерії для належного і необхідного виконання функцій фінансового посередництва: можливість акумулювання грошових коштів суспільства, виключаючи обхід фінансової системи; збереження конкуренції, що веде до зниження трансакційних витрат та покращення послуг; можливість використання суспільством накопичених коштів для довгострокового розвитку¹. Так, як актуальний приклад необхідності врегулювання посередництва в кредиті, можна навести визначення шляхів вирішення економічних проблем узгодження термінів та обсягів іпотечного кредитування при відсутності належних довгострокових ресурсів та забезпечення у таких випадках нормативів ліквідності в діяльності банків². У правових формах є актуальним удосконалення і закріплення в законодавстві механізму відповідальності за незадоволення вимог клієнтів — кредиторів банку і одночасно клієнтів — позичальників (боржників) у розрахунках та кредитуванні, врахування інтересів яких при розірванні економічної послідовності операцій з фінансового посередництва фактично не відображено в законодавстві та вимогах до банку на отримання коштів і в адекватній публічній реакції на дії банку як фінансового посередника, хоча відповідний обов'язок з боку банку повинен кореспондувати правам і інтересам його клієнтів.

На підставі викладеного можна сформулювати такі положення. Завданнями для визначення засобів, методів, форм регулювання, які будуть відображати інтереси банків, можливо визначити такі: удосконалення організаційно-господарських відносин у банківських групах як організаційно-правових формах об'єднань, інтегрованих у інші ринки фінансових послуг та окремі сегменти товарних ринків, що надасть змогу знизити матеріальні та часові витрати при проведенні

¹ Див.: Саркисян Т. С. Проблемы фінансового посредничества / Т. С. Саркисян // Деньги и кредит. – 2007. – № 7. – С. 26 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.cbr.ru/publ/MoneyAndCredit/sarkisyan.pdf

² Див.: Гринько О. Л. Формування й розподіл банківських ресурсів на іпотечне кредитування / О. Л. Гринько // Фінанси України. – 2005. – № 7. – С. 128–129.

операцій на ринку банківських послуг; забезпечення зниження ризиків у банківській діяльності й одночасне забезпечення здешевлення вартості банківських операцій за рахунок витрат на операції, пов'язані з реєстрацією угод, нерухомості, зменшення мита, що може бути здійснено за рахунок державного публічно-правового регулювання; забезпечення прозорості та спрощення стягнення і виконавчого провадження за вимогами банків, зменшення витрат на стягнення заборгованості; встановлення переваг при довгостроковому залученні коштів і відповідному кредитуванні населення або виробничої сфери, як шляхом адміністративного регулювання (наприклад, чітка спеціалізація банків), так і індикативного регулювання.

У будь-якому випадку, фінансове посередництво передбачає залучення банками клієнтів з обох напрямів використання капіталу, тому в інтересах клієнтів повинні бути прийняті пов'язані з першою групою такі заходи: підвищення привабливості банківських операцій шляхом їх здешевлення та спрощення здійснення; забезпечення врахування конституційних прав фізичних осіб та/або прав суб'єктів господарювання у конфліктах при виконанні зобов'язань перед банками; забезпечення належного механізму судового захисту клієнтів банків, який усуває економічну, професійну нерівність та недостатній захист клієнтів банку; удосконалення механізму гарантування вкладів громадян та/або встановлення механізму захисту депозитів юридичних осіб, які не є фінансовими установами; примус банків адміністративними та індикативними засобами до належного виконання функцій фінансового посередництва (наприклад, до кредитування суб'єктів господарювання та споживачів у певних економічних та соціальних цілях, посилення гарантування виконання своїх зобов'язань перед клієнтами певними засобами), що фактично буде опосередковано забезпечувати виконання обов'язку банку — фінансового посередника перед державою за його допуск на фінансові ринки та надання права на виключну діяльність.

Наявність проблемних питань у регулюванні і одночасно неможливість прямого узгодження функцій фінансового посередництва в нормах законодавства приводить до необхідності введення на сучасному етапі регулювання банківської діяльності принципу належного здійснення фінансового посередництва, який буде реалізовуватися не тільки в обов'язках банків та їх діяльності, а й як певний напрям у державному та банківському регулюванні останньої. Такий принцип може

мати безпосереднє застосування при визначенні як засобів банківського регулювання, так і господарсько-правової регламентації окремих банківських операцій.

Глібко С. Банковская деятельность как финансовое посредничество в хозяйственном праве Украины

В статье рассмотрены проблемы хозяйственно-правового регулирования банковской деятельности и её содержание как финансового посредничества.

Ключевые слова: банковская деятельность, финансовое посредничество, банковское регулирование.

Glibko S. Banking activity as financial intermediary in the economic law of Ukraine

In article problems of economic and legal regulation of banking activities and its content as a financial intermediary are considered.

Keywords: banking, financial mediation, banking regulation.

УДК 346

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

Особливості цінової політики держави щодо продукції фармацевтичного виробництва

Питання ціноутворення фармацевтичної продукції завжди було на порядку денному, особливо при дослідженні проблем доступності медичної допомоги, і не лише тому, що ціни на медикаменти в Україні не відповідають рівню платоспроможності переважної більшості населення та обсягу бюджетного фінансування державних і комунальних закладів охорони здоров'я¹, а й у зв'язку з тим, що саме лікарські засоби та вироби медичного призначення становлять значну складову витрат з надання медичних послуг. За таких умов тільки державне регулювання господарської діяльності фармацевтичного сектору може вирішити питання економічної доступності лікарського забезпечення населення². Не випадково ГК України (ст. 12) серед основних засобів регулюючого впливу держави на діяльність суб'єктів господарювання відокремлює регулювання цін і тарифів. Крім того, держава, уточнюється в ГК (ч. 1 ст. 16), може також надавати дотації суб'єктам господарювання, серед іншого, на виробництво життєво важливих лікарських засобів.

Світова практика також підтверджує, що державне регулювання ціноутворення на лікарські засоби існує у всіх країнах, а суть та форми державного впливу на процеси ціноутворення залежать від стану економічного та соціального розвитку країни. Це може відбуватися

¹ Галій Л. В. Наукове обґрунтування та розробка методичних підходів до регулювання цін на лікарські засоби : автореф. дис. ... канд. фарм. наук : спец. : 15.00.01 «Технологія ліків та організація фармацевтичної справи» / Л. В. Галій. – Х., 2004. – 19 с.

² Дешко Л. М. Державне регулювання цін на лікарські засоби: історико-правовий аналіз / Л. М. Дешко // Медичне право України: проблеми становлення та розвитку : Матеріали 1-ї Всеукр. наук.-практ. конф., 19–20 квіт. 2007 р. – Львів, 2007. – С. 120–126.

шляхом встановлення: граничного рівня торговельних надбавок; фіксованого розміру торговельних надбавок; диференційованого рівня торговельних надбавок. Крім того, державне регулювання цін на фармацевтичну продукцію відбувається шляхом: включення лікарських засобів до переліку препаратів, що відпускаються безкоштовно або зі знижками; встановлення опорних цін; обмеження ціни на новий препарат граничною надбавкою, до вартості існуючого аналога; встановлення цін на лікарські засоби на базі співвідношення цін в інших країнах; шляхом переговорів уповноважених органів державного управління та виробників про розміри цін та заплановані доходи; регулювання розміру прибутків виробників лікарських засобів¹.

Розглядаючи останні зміни до законодавства щодо ціноутворення фармацевтичної продукції, необхідно зазначити, що ще в 2003 році представниками органів державної виконавчої влади наголошувалося на необхідності запровадження зарубіжного досвіду та рекомендацій ВООЗ щодо ціноутворення лікарських засобів. Серед першочергових завдань щодо підтримки українських виробників основних лікарських засобів було зазначено: 1) уведення пільг щодо мита на субстанції, з яких виготовляються основні лікарські засоби; 2) вирішення питання щодо зменшення обсягів оподаткування вітчизняних підприємств, які виробляли основні лікарські засоби; 3) зменшення ПДВ для підприємств машинобудівної галузі, які випускають обладнання для фармацевтичних заводів, що виготовляють основні лікарські засоби; 4) пошук можливостей для надання пільгових кредитів, необхідних для виробництва основних лікарських засобів².

Зрозуміло, що зазначені пропозиції не були втілені, як і такий засіб регулюючого впливу держави, передбачений у ГК, дотації виробникам життєво важливих лікарських засобів. Хоча проблема економічної доступності або адекватного формування цін на лікарські засоби виходить далеко за межі суто економічної чи медичної площини — це насамперед соціальна проблема. І спроби вирішити її поспіхом, без належного обґрунтування політичної стратегії, застосування збалансованого та

¹ Основи економіки та системи обліку у фармації : навч. посіб. для студ. вищ. навч. закл. / А. С. Немченко, Г. Л. Панфілова, В. М. Чернуха та ін. ; за ред. А. С. Немченко. – Х. : Вид-во НФаУ : Золоті сторінки, 2005. – С. 79–85.

² Соболевський В. П. Ціноутворення лікарських засобів в Україні / В. П. Соболевський, В. М. Москаленко // Щотижневик АПТЕКА. – 2003. – № 381(10). – С. 12.

виваженого підходу до її втілення можуть зашкодити як діяльності фармацевтичного сектору в цілому, так і пацієнтам зокрема¹.

У цьому контексті необхідно відзначити, що з моменту здобуття Україною незалежності дійсно здійснювалися спроби застосування закордонного досвіду щодо ціноутворення фармацевтичної продукції. Проте величезний досвід ринкового формування цін, накопичений за кордоном, неможливо перенести без адаптації на українські реалії². Наприклад, якщо розглянути історико-правовий аналіз, запропонований окремими правознавцями³ та вченими — організаторами фармацевтичної справи⁴, щодо підходів до регулювання цін на лікарські засоби, виявлення особливостей і визначення шляхів створення ефективної системи ціноутворення на фармацевтичному ринку, то необхідно звернути увагу на той період, що обмежується 1993–1994 роками. Тобто період, коли діяла постанова КМУ від 03.06.1993 р. № 403 «Про внесення змін до регулювання цін і тарифів». На той час було запроваджено обмеження рентабельності оптових цін та регіональне обмеження постачальницько-збутових і торговельних надбавок на лікарські препарати, включених до переліку МОЗ. Роздрібні ціни визначалися на основі оптових цін промисловості з урахуванням нормативу рентабельності 20 % від собівартості продукції та доданням торговельних надбавок. Граничний рівень надбавок узгоджувався відділами цін обласних державних адміністрацій. Саме у цей період застосовувалися найбільш ефективні методи регулювання цін, які найбільше відповідали рівню ринкових відносин та сприяли їх подальшому розвитку⁵. При цьому необхідно відмітити, що події, які відбуваються сьогодні, у частині регулюючого впливу держави щодо ціноутворення фарма-

¹ Соболевський В. П. Ціноутворення лікарських засобів в Україні / В. П. Соболевський, В. М. Москаленко // Щотижневик АПТЕКА. – 2003. – № 381(10). – С. 12.

² Макарова І. О. Трансформації державної політики ціноутворення на лікарські засоби в Україні / І. О. Макарова // Матеріали 4-й Междунар. конф. Vedecky prumysl evropskeho kontinentu. Т. 7 : Экономические науки. – Прага, 2008. – С. 125–128.

³ Дешко Л. М. Державне регулювання цін на лікарські засоби: історико-правовий аналіз / Л. М. Дешко // Медичне право України: проблеми становлення та розвитку : матеріали 1-ї Всеукр. наук.-практ. конф. 19–20 квіт. 2007 р. – Львів, 2007. – С. 120–126.

⁴ Галій Л. В. Наукове обґрунтування та розробка методичних підходів до регулювання цін на лікарські засоби : дис. ... канд. фарм. наук : 15.00.01 / Галій Лариса Віталіївна. – Х., 2004. – С. 21.

⁵ Дешко Л. М. Державне регулювання цін на лікарські засоби: історико-правовий аналіз / Л. М. Дешко // Медичне право України: проблеми становлення та розвитку : матеріали 1-ї Всеукр. наук.-практ. конф. 19–20 квіт. 2007 р. – Львів, 2007. – С. 120–126.

цевтичної продукції до останнього часу не були предметом дослідження вчених. Хоча потреба в комплексному підході до аналізу господарсько-правової політики держави щодо ціноутворення фармацевтичної продукції, її сутності, визначає актуальність як форми її фіксації, так і механізму реалізації.

У той же час важливі теоретико-методичні проблеми господарсько-правового регулювання ціноутворення займають вагоме місце в роботах науковців із господарського права, а саме: О. Вінник, Д. Задахайла, В. Мамутова, О. Подцерковного, В. Устименко, В. Щербини тощо, проте, як уже зазначалося, питання ціноутворення конкретно фармацевтичної продукції залишилося поза увагою цих дослідників.

Так, на думку Л. М. Дешко, встановлення свого часу вільних цін на лікарські засоби сприяло зростанню обсягів вітчизняного виробництва лікарських засобів, появі оригінальних препаратів та економічному розвитку фармацевтичної галузі в цілому, але погіршило ситуацію з доступністю лікарських засобів в Україні¹. При цьому розраховані на той час показники доводили, що для фармацевтичного ринку України характерна стратегія «високих знижок». Фармацевтичні виробники закладали в оптову ціну значний прибуток, враховуючи ризики, у тому числі коливання курсу іноземних валют, що дозволяло реалізовувати свою продукцію окремим покупцям із великими знижками, і це зумовлювало насамперед необґрунтоване обрахування оптових цін фармвиробників, а не «гіпернацінками» роздрібною аптечною мережею, як вважали раніше². Можна також стверджувати, що великі компанії-дистриб'ютори — імпортери фармацевтичної продукції також не залишилися осторонь і з успіхом використовували зазначену стратегію. Більше того, результати моніторингу цін свідчать про поступове зростання цін на імпортні лікарські засоби більше ніж три рази порівняно зі зростанням цін на вітчизняні лікарські засоби³. Можливо саме зазначені результати і сприяли запровадженню більш жорстких нововведень у законодавство щодо ціноутворення фармпродукції.

¹ Дешко Л. М. Державне регулювання цін на лікарські засоби: історико-правовий аналіз / Л. М. Дешко // Медичне право України: проблеми становлення та розвитку : матеріали 1-ї Всеукр. наук.-практ. конф. 19–20 квіт. 2007 р. – Львів, 2007. – С. 120–126.

² Галій Л. В. Наукове обґрунтування та розробка методичних підходів до регулювання цін на лікарські засоби : автореф. дис. ... канд. фарм. наук : спец. : 15.00.01 «Технологія ліків та організація фармацевтичної справи» / Л. В. Галій. – Х., 2004. – 19 с.

³ Там само.

Проаналізуємо законодавство щодо ціноутворення фармацевтичної продукції, зокрема, постанову КМУ від 08.08.2011 р. № 932 «Про удосконалення державного регулювання цін на лікарські засоби і виробі медичного призначення, що закуповуються за рахунок коштів державного та місцевих бюджетів» із змінами, внесеними постановою КМУ від 11.01.2012 р. № 74, та постанову КМУ від 17.10.2008 р. № 955 «Про заходи щодо стабілізації цін на лікарські засоби і виробі медичного призначення» в контексті ГК, ЦК, законів України «Про ціни та ціноутворення», «Про лікарські засоби», а також Основ законодавства України про охорону здоров'я.

По-перше, розглянемо законодавче обґрунтування зазначених підзаконних актів. Ці документи підготовлені відповідно до ст. 8 Закону України «Про ціни і ціноутворення», в якому наголошено, що державне регулювання цін і тарифів здійснюється шляхом встановлення: державних фіксованих цін (тарифів); граничних рівнів цін (тарифів) або граничних відхилень від державних фіксованих цін і тарифів. Крім того, Урядом України можуть вводитись інші методи державного регулювання цін і тарифів. У даному випадку застосування законодавства про ціни і ціноутворення є цілком доречним згідно зі ст. 192 ГК, в якій задекларовано, що політика ціноутворення, порядок встановлення та застосування цін, повноваження органів державної влади та органів місцевого самоврядування щодо встановлення та регулювання цін, а також контролю за цінами і ціноутворенням визначаються законом про ціни і ціноутворення. При цьому ч. 5 ст. 191 ГК встановлює, що державне регулювання цін здійснюється шляхом встановлення фіксованих державних та комунальних цін, граничних рівнів цін, граничних рівнів торговельних надбавок і постачальницьких винагород, граничних нормативів рентабельності або шляхом запровадження обов'язкового декларування зміни цін.

Тобто вимога запровадження, в окремих випадках, декларування цін, а також встановлення граничних надбавок цілком відповідає вимогам чинного законодавства.

По-друге, встановимо перелік фармацевтичної продукції, що підпадає під дію цього підзаконного акта. Необхідно відзначити, що цей перелік є вичерпним і конкретним. Проте цей перелік та порядок його застосування, особливо в частині декларування цін, все ж таки залежить від суб'єктного складу фармацевтичного ринку.

У цьому контексті, по-третє, і розглянемо учасників фармацевтичного ринку, яких безпосередньо стосуються зазначені урядові акти.

Необхідно відзначити, що права та обов'язки учасників фармацевтичного ринку, зокрема, тих, що безпосередньо реалізують фармпродукцію, залежать від конкретного переліку цієї продукції.

Так, якщо питання стоїть щодо встановлення граничних постачальницько-збутових надбавок для лікарських засобів і виробів медичного призначення, які внесені до Національного переліку, то зазначена вимога є обов'язковою для всіх учасників ринку незалежно від форми власності та порядку фінансування. Тобто суб'єкти фармацевтичного ринку в даному випадку є зобов'язаними особами, в частині реалізації продукції, яка є конкретно визначеною. Це особливо важливо в контексті застосування адміністративно-господарських санкцій, у частині анулювання ліцензії за перевищення ціни, на конкретно визначений аптечний асортимент.

Якщо питання виникає щодо фармпродукції, яка підлягає державній реєстрації, то суб'єкти фармацевтичного ринку (виробники, постачальники), які мають бажання та зацікавлені в наступній реалізації цієї продукції безпосередньо закладам охорони здоров'я, що фінансуються повністю чи частково з державного бюджету, або якщо ці заклади є платниками при придбанні цієї продукції третіми особами, то вони повинні задекларувати зазначену фармпродукцію. При відсутності такого бажання щодо реалізації продукції конкретним платникам ця вимога не є обов'язковою.

Тобто у даному випадку виникають суб'єкти фармацевтичного ринку, які при визначених умовах добровільно покладають на себе додаткові обов'язки, з придбанням наступних прав щодо можливості реалізації конкретної фармацевтичної продукції, де платниками є заклади охорони здоров'я, що повністю або частково фінансуються з державного бюджету.

У такому разі постає запитання: як діяти суб'єктам фармацевтичного ринку, роздрібним аптечним закладам, які не мають наміру реалізовувати свою продукцію закладам охорони здоров'я, що фінансуються з бюджету і не декларують ціну на конкретно визначену фармацевтичну продукцію?

Перш за все ми погоджуємося з твердженням практикуючих правознавців, які вважають, що відсутні будь-які правові підстави, щоб вимагати реєстрації цін на лікарські засоби та вироби медичного призна-

чення¹, крім спеціально передбаченого випадку, пов'язаного з волевиявленням суб'єкта фармринку.

А як же бути аптечним закладам безпосередньо роздрібною ланки, до яких, наприклад, із рецептом звернувся пацієнт?

Усе дуже просто: якщо лікар виписав рецепт на продукцію, ціна на яку підлягає реєстрації і повинна бути внесена до спеціального переліку, проте не зареєстрована належним чином, у випадку, навіть якщо платником є заклад охорони здоров'я, що фінансується з бюджету, то аптечний заклад все одно зобов'язаний відпустити товар пацієнту, згідно з ч. 4 ст. 633 ЦК, в якому проголошено, що підприємець не має права відмовитися від укладення публічного договору за наявності у нього можливостей надання споживачеві відповідних товарів (робіт, послуг). У разі необґрунтованої відмови підприємця від укладення публічного договору він має відшкодувати збитки, завдані споживачеві такою відмовою. Нагадаємо, що публічним (ч. 1 ст. 633 ЦК) є договір, в якому одна сторона — підприємець взяла на себе обов'язок здійснювати продаж товарів, виконання робіт або надання послуг кожному, хто до неї звернеться (роздрібна торгівля, перевезення транспортом загального користування, послуги зв'язку, медичне, готельне, банківське обслуговування тощо). Більше того, відповідно до ст. 54 Основ законодавства України про охорону здоров'я, заклади охорони здоров'я, які мають право на це відповідно до закону, можуть відпускати лише такі лікарські засоби та імунобіологічні препарати, які дозволені для застосування центральним органом виконавчої влади у сфері охорони здоров'я. При цьому ст. 20 Закону України «Про лікарські засоби» чітко встановлює, що на території України можуть реалізовуватись зареєстровані лікарські засоби, за наявності сертифіката якості, що видається виробником. Про будь-які інші обмеження, у тому числі пов'язані з реєстрацією цін, мова не йде.

Крім того, частини 3 та 4 ст. 21 цього Закону встановлюють: «Реалізація (відпуск) громадянам лікарських засобів за рецептом лікаря здійснюється у порядку, встановленому центральним органом виконавчої влади у галузі охорони здоров'я. Правила приписування лікарських засобів, а також перелік лікарських засобів, які можуть реалізо-

¹ Костін І. Правовий Альянс: не існує правових підстав для того, щоб вимагати реєстрації цін на лікарські засоби та вироби медичного призначення [Електронний ресурс] / І. Костін // Щотижневик АПТЕКА. – 2012. – 13 квіт. – Режим доступу: <http://www.apteka.ua/article/137627>.

уватись без рецептів лікарів, затверджуються центральним органом виконавчої влади у галузі охорони здоров'я».

У цьому контексті виникає запитання: чи прописаний центральним органом виконавчої влади у галузі охорони здоров'я порядок виписування рецептів на фармпродукцію, ціни на яку не внесені до державного реєстру? Хоча за змістом постанови КМУ від 08.08.2011 р. № 932, у випадках, коли платником виступає заклад охорони здоров'я, що фінансується з бюджету, такий порядок повинен бути обов'язково.

Також необхідно пам'ятати, навіть якщо заклад охорони здоров'я, що фінансується з бюджету, прийняв рішення щодо закупівлі товару, ціна на який належним чином не зареєстрована, все одно аптечний заклад повинен виконати свої договірні зобов'язання. При цьому вимога щодо заборони стосується лише суб'єкта, що є платником відповідної фармпродукції, а не того суб'єкта, що її відпускає.

Схожа ситуація виникає у разі, якщо пацієнт звернувся до аптечного закладу із рецептом щодо отримання фармацевтичної продукції, ціна на яку належним чином не зареєстрована, проте платником виступає не заклад охорони здоров'я, а інша організація, що все одно фінансується з бюджету. В такому випадку необхідно звернути увагу на те, що у вищезазначених підзаконних актах взагалі не встановлена заборона щодо закупівлі фармпродукції, або іншим чином виступати платником на користь третіх осіб тим організаціям, що фінансуються з бюджету, проте які не є закладами охорони здоров'я, зокрема, установам соціального захисту, надзвичайних ситуацій, місць виконання покарань, навчальних закладів тощо.

Тобто у таких випадках аптечний заклад також на підставі договірних зобов'язань, або в силу ч. 4 ст. 633 ЦК зобов'язаний відпустити замовлений товар.

У процесі використання вищезазначених актів може виникнути також запитання: як повинен діяти аптечний заклад, у якого є товар, ціна на який підлягає державній реєстрації, а в цьому закладі він є за ціною, що перевищує задекларовану?

У цьому випадку, зрозуміло, ніхто не буде та не має права відпустити товар за ціною, що є вище зареєстрованої. Більше того, аптечний заклад при наявності такого товару повинен його відпустити за ціною, що не перевищує зареєстровану.

Головна умова, що ціна на цей товар дійсно підлягає державній реєстрації. І при цьому не має значення, чи є платником за цей товар

саме заклад охорони здоров'я, що фінансується з бюджету, чи будь-яка інша організація, що фінансується з бюджету.

Проте у подальшому аптечні заклади, відповідно до ч. 6 ст. 191 ГК, в якій задекларовано, що «органи виконавчої влади та органи місцевого самоврядування при встановленні фіксованих цін, застосування яких унеможливорює одержання прибутку суб'єктами підприємництва», зобов'язані звернутися до спеціально уповноважених органів, зокрема КМУ, місцевих державних адміністрацій тощо з питанням щодо надання дотацій.

Отже, у цілому, якщо не брати до уваги способи забезпечення виконання вищезазначених підзаконних актів, то в цілому необхідно відмітити їх прогресивний характер. А якщо ще раз згадати точку зору фахівців — організаторів фармацевтичної справи, викладену ще у 2003 р.¹, то виникає запитання: а що на сьогодні не виконано із раніше запропонованого в частині регулювання ціноутворення фармпродукції?

Так, на той час було запропоновано для забезпечення обґрунтованості та прозорості формування системи цін на основні лікарські засоби: 1) запровадити реєстрацію оптових цін на основні лікарські засоби вітчизняного та зарубіжного виробництва у Державному реєстрі цін та здійснювати його періодичне офіційне видання; 2) регулярно проводити аналіз зареєстрованих цін із метою оцінки їх відповідності реальним витратам на виробництво в Україні, а також відповідності цін, установлених зарубіжними виробниками, світовим цінам; 3) визначати механізми включення до собівартості нових лікарських засобів витрат на наукові дослідження та розроблення; 4) встановити граничний рівень оптових та роздрібних надбавок з урахуванням місцевих реальних витрат на оптову та роздрібну реалізацію лікарських засобів; 5) доопрацювати питання, пов'язані з визначенням поняття «оптова ціна виробника» та обґрунтування граничного рівня торговельної надбавки; 6) створити систему моніторингу цін на основні лікарські засоби з метою здійснення контролю за динамікою і варіюванням цін на території України та визначення показників доступності цієї групи ліків. При цьому моніторинг цін на основні лікарські засоби повинен включати: аналіз структури базових цін вітчизняних виробників і митної вартості продукції зарубіжних фармацевтичних виробників; визначення варіювання світових та українських цін; аналіз динаміки та ре-

¹ Соболевський В. П. Ціноутворення лікарських засобів в Україні / В. П. Соболевський, В. М. Москаленко // Щотижневик АПТЕКА. – 2003. – № 381(10). – С. 12.

гіонального варіювання відпускних цін оптових компаній; контроль розрахунку торговельних надбавок фармацевтичними дистриб'юторськими компаніями; аналіз динаміки та регіонального варіювання роздрібних цін; визначення показників доступності основних лікарських засобів в Україні¹.

Як ми бачимо, більшість пропозицій на сьогодні у тій або іншій формі виконано. А що ж викликає зауваження в учасників фармацевтичного ринку?

Перш за все форма запровадження в цілому позитивних ініціатив, які при їх ретельному дослідженні можуть перешкоджати запровадженню економічної і фізичної доступності фармацевтичної продукції для держави та цінової і фізичної доступності безпосередньо для пацієнтів.

Так, у повідомленні Комісії ЄС «Про відповідність заходів, що приймаються державами ЄС по контролю за цінами та відшкодуванням витрат на лікарські препарати, статті 30 Договору про ЄС» звертається увага, що не відповідають вимогам ст. 30 Договору про ЄС заходи, які: 1) встановлюють тільки для імпортованих лікарських препаратів мінімальну або максимальну ціну, нижче або вище якої імпорт забороняється, обмежується або супроводжується умовами, які перешкоджають імпорту; 2) встановлюють менш вигідні ціни на імпортовані лікарські препарати у порівнянні з лікарськими препаратами місцевого виробництва; 3) перешкоджають будь-якому підвищенню цін на імпортні лікарські препарати, обумовлені додатковими затратами, пов'язані з витратами на імпортування; 4) фіксують ціни на лікарські препарати, базуючись тільки на собівартості або якості лікарського препарату місцевого виробника, на такому рівні, який створює перешкоди для імпорту².

Представникам органів державної виконавчої влади при здійсненні контролю за ціноутворенням фармацевтичної продукції одразу необхідно звернути увагу на два останніх пункти, дотримання яких, у випадку встановлення адміністративних заходів, у частині запровадження референтних цін або необхідності їх реєстрації може бути під питанням. Але при цьому їх опонентам, іншим учасникам фармацев-

¹ Соболевський В. П. Ціноутворення лікарських засобів в Україні / В. П. Соболевський, В. М. Москаленко // Щотижневик АПТЕКА. – 2003. – №3 81(10). – С. 12.

² Лицензирование в Европейском Союзе: фармацевтический сектор / ред.-сост. В. А. Усенко, А. Л. Спасокукоцкий. – Киев : МОРИОН Лтд, 1998. – С. 312.

тичного ринку необхідно дотримуватися точки зору відповідної комісії ЄС, викладеної в цьому ж повідомленні, а саме: основні принципи, яким необхідно слідувати при визначенні цін, — це реалістичність та гласність цін. Тобто кожний лікарський препарат може мати свою ціну, розраховану на підставі реальної вартості, при використанні гласного методу розрахунку.

Одразу необхідно відзначити, що вітчизняні нормотворці пішли іншим шляхом. Так, постановою КМУ від 25.04.2012 р. № 340 «Про реалізацію пілотного проекту щодо запровадження державного регулювання цін на лікарські засоби для лікування осіб із гіпертонічною хворобою» було запроваджено державне регулювання цін на лікарські засоби для відповідної категорії осіб шляхом встановлення граничного рівня оптово-відпускних цін на такі засоби з використанням механізму визначення порівняльних (референтних) цін та відпрацювання механізму часткового відшкодування їх вартості за рахунок коштів державного та місцевого бюджетів. На перший погляд, у зазначеному документі де-юре не створюються особливі умови щодо ціноутворення для вітчизняних лікарських засобів або для імпортованих. Проте, якщо згадати, що за обсягами продажу у натуральному вираженні (в упаковках) лікарські засоби вітчизняного виробництва становлять 69 %, а іноземного — 31 %¹. І безумовно, якщо до вітчизняних ліків, як найбільш конкурентоздатних в економічному сенсі, не буде застосовуватися порівняльна (референтна) ціна, а будуть враховані «... оптово-відпускні ціни, які склалися в Україні», то фактично на імпортовані лікарські препарати будуть встановлені менш вигідні ціни, і саме імпортовані ліки будуть предметом регулювання за цими постановами. Тобто відбудеться те, на що звертається увага у відповідних договорах ЄС, як на недопустимий факт.

Крім того, на нашу думку, на сьогодні регулювання фармацевтичного ринку повинно відбуватися з урахуванням таких факторів: 1) дефіцит препаратів, не пов'язаний із недостатністю фінансування сфери охорони здоров'я²; 2) фармацевтична промисловість України сьогодні покриває потреби населення в лікарських засобах лише на

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

² США: дефіцит лекарственных средств в цифрах // Щотижневик АПТЕКА. – 2012. – № 20 (841). – С. 12.

40 %¹; 3) заява ВООЗ, про те, що: «...для лікування всіх хвороб достатньо 200 медикаментів», а 10 тис. ліків, що знаходяться в кожній країні ЄС, можна порівняти з атомною бомбою, що використовують для боротьби з мухою²; 4) у більшості галузей конкуренція сприяє росту ефективності, поліпшенню якості, а у сфері охорони здоров'я це правило не спрацьовує, тобто збільшення витрат не тягне за собою поліпшення якості³; 5) у структурі ринку лікарських засобів зі спірною ефективністю близько 25 % всього обсягу ринку та 59 % лікарських засобів можна виділити як нераціональні або такі, що мають невелику користь⁴.

Отже, господарсько-правова політика держави щодо ціноутворення фармацевтичної продукції повинна бути адаптована до українських реалій та вищенаведених факторів, з метою уникнення дефіциту фармпродукції, недопущення підвищення цін на фармпродукцію вітчизняних товаровиробників та забезпечення виробництва перш за все ефективних лікарських засобів.

Пашков В. Хозяйственно-правовая политика государства относительно ценообразования фармацевтической продукции

В статье исследуются проблемы ценообразования фармацевтической продукции, внедрения референтного (сравнительного) ценообразования на этот вид продукции, порядка ее регистрации и последующего возмещения затрат аптечным учреждениям, отпускающим продукцию другим учреждениям и непосредственно пациентам.

Ключевые слова: референтное (сравнительное) ценообразование фармацевтической продукции, регистрация цен на лекарственные средства и товары медицинского назначения, возмещение затрат.

¹ Козирева О. В. Соціально-економічна спрямованість інноваційного розвитку підприємства : автореф. дис. ... канд. екон. наук : 08.06.01 «Демографія, економіка праці, соціальна економіка і політика» / О. В. Козирева. – 2005. – С. 21.

² Луи Броуэр. Фармацевтическая и продовольственная мафия. Последствия ее деятельности: дискредитация аллопатической медицины и серьезные проблемы состояния здоровья населения Запада / Луи Броуэр ; пер. с фр. Н. Н. Сенченко. – Киев : Изд. дом «Княгиня Ольга», 2002. – С. 74.

³ Портер Майкл. Переосмысление системы здравоохранения. Как создать конкуренцию, основанную на ценности и ориентированную на результат / Портер Майкл. Тайсберг Элизабет Ольмстед. – Киев : Изд-во А. Капусты (подразделение «Агентства «Стандарт»), 2007. – С. 35.

⁴ Полякова Д. Препараты со спорною ефективністю: между «списком Швабе» и ВОЗ / Д. Полякова // Щотижневик АПТЕКА. – 2011. – № 29 (800). – С. 15–16.

Pashkov V. Commercial law policy of the state relatively the price formation of pharmaceutical products.

In the article are researched the problems of pricing of pharmaceutical products, introduction of referent (comparative) pricing for this kind of goods, the way of its registration with subsequent compensation of expense to the pharmacy establishments, that sell the products to the other establishments or directly to patients.

Keywords: referent (comparative) pricing of pharmaceutical products; registration of prices for medicaments and goods of medical use; compensation of expense.

ПИТАННЯ АГРАРНОГО ПРАВА

УДК 349.42

О. Батигіна, кандидат юридичних наук, доцент кафедри приватного права Полтавського юридичного інституту Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Особливості правового регулювання оптових ринків сільськогосподарської продукції в Україні

Зараз Україна перебуває на черговій стадії реформування аграрного сектору економіки. Успішне проведення аграрної реформи для реформування економіки України має особливе, стратегічне значення. Від цієї реформи значною мірою залежить розв'язання проблем стабільного забезпечення населення продовольством, економічної безпеки країни, її ефективної інтеграції у світові економічні структури.

Серед основних найактуальніших напрямів аграрної реформи можна виділити формування аграрного ринку, ринкової аграрної інфраструктури та, зокрема, створення організаційно-правової основи функціонування важливої складової аграрного ринку — оптового ринку сільськогосподарської продукції.

Проблеми функціонування оптових ринків сільськогосподарської продукції на різному рівні досліджували як вітчизняні, так і зарубіжні вчені, як економісти, так і правники, зокрема Ф. Б. Горбонос¹, М. Я. Ващишин²,

¹ Горбонос Ф. Б. Організаційно-функціональна модель оптового ринку сільськогосподарської продукції на локальному рівні / Ф. Б. Горбонос // Економіка АПК. – 2009. – № 7. – С. 108–120.

² Ващишин М. Я. Оптові ринки сільськогосподарської продукції як суб'єкти аграрного права / М. Я. Ващишин // Аграрне право як галузь права, юридична наука і навчальна дисципліна : матеріали Всеукр. круглого столу (25 травня 2012 р.) : зб. наук. пр. / за заг. ред. проф. В. М. Єрмоленка, В. І. Курила, В. І. Семчика. – К. : Вид. центр НУБіП України, 2012. – С. 37–40.

Д. Ковальський¹, Л. О. Панькова², В. А. Самара³ та ін. Проте результати досліджень із цієї проблеми не дають повного уявлення про особливості правового регулювання оптових ринків сільськогосподарської продукції в Україні. Відкритими й актуальними для дискусій залишаються проблеми правового регулювання створення та діяльності оптових ринків сільськогосподарської продукції із максимальним врахуванням інтересів сільськогосподарських товаровиробників. На науковому рівні недостатньо досліджені питання доцільності державної фінансової підтримки та пільгового оподаткування таких ринків тощо.

Отже, метою цієї статті є дослідження правового статусу нового для України суб'єкта аграрного права — оптового ринку сільськогосподарської продукції та формулювання пропозицій щодо вдосконалення його правового регулювання.

Спроби створити правову основу для функціонування оптового ринку сільськогосподарської продукції в Україні розпочалися ще з постанови Кабінету Міністрів України від 19 березня 1997 р. «Про заходи щодо створення оптово-продовольчих ринків, організації закупівель сільськогосподарської продукції в господарствах приватного сектору, реформування системи споживчої кооперації». У цій постанові визнавалася необхідність існування ринково орієнтованої оптової торгівлі і пропонувалося розробити та затвердити Примірне положення про оптово-продовольчий ринок.

Згодом було прийнято ще одну постанову Кабінету Міністрів України від 9 червня 1999 р. «Про оптові продовольчі ринки», яка певним чином конкретизувала діяльність оптового продовольчого ринку. Основним завданням постанови передбачалося формування системи оптових продовольчих ринків та їх інфраструктури, активізація взаємозв'язків між виробниками і покупцями сільськогосподарської продукції, але завдання не було досягнуто. Під оптовим продовольчим

¹ Ковальський Д. Діяльність оптових ринків сільськогосподарської продукції: закордонний досвід / Д. Ковальський // Юрид. вісн. України. – 2010. – 3–9 квіт. (№ 14). – С. 12.

² Панькова Л. О. Правове становище оптових ринків сільськогосподарської продукції: новели аграрного законодавства / Л. О. Панькова, Ю. М. Петрик // Сучасні проблеми аграрного і природоресурсного права : міжнар. наук.-практ. конф. (Київ, 30–31 жовтня 2009 р.) : зб. наук. пр. / за заг. ред. В. М. Єрмоленка та ін. – К. : ІРІДІУМ, 2009. – С. 100–102.

³ Самара В. А. Правовое регулирование отношений в сфере оптовой торговли : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / В. А. Самара. – Саратов, 2003. – 180 с.

ринком та той час розумівся суб'єкт підприємницької діяльності, метою діяльності якого є безпосереднє створення необхідних умов для здійснення операцій із продажу і купівлі наявних видів сільськогосподарської продукції та продуктів її переробки, укладення відповідних торговельних угод.

Також серед найперших нормативно-правових актів, якими визначалися загальні засади оптової торгівлі сільськогосподарською продукцією в Україні, можна виділити Указ Президента України від 6 червня 2000 р. «Про заходи щодо забезпечення формування і функціонування аграрного ринку». Ним передбачалося здійснення організаційних заходів щодо створення мережі підприємств, що здійснюватимуть оптову торгівлю сільськогосподарською продукцією, зокрема, йшлося в тому числі й про оптові продовольчі ринки. Як справедливо зазначає М. Я. Ващишин, із цього припису стає зрозумілим, що оптові продовольчі ринки розглядалися як підприємства оптової торгівлі¹. Однак самого поняття та ознак такого оптового підприємства цим Указом визначено не було.

Згодом у правовому полі відчувається поступове відходження від терміна «оптовий продовольчий ринок», замість нього законодавець починає використовувати поняття «оптовий ринок сільськогосподарської продукції». Так, у наказі Міністерства аграрної політики України від 13 листопада 2006 р. «Про регіональні аграрно-маркетингові центри оптової торгівлі сільськогосподарською продукцією» зазначено, що ключовим елементом формування організованих ринків сільськогосподарської продукції повинна стати мережа оптових ринків сільськогосподарської продукції з регіональними аграрно-маркетинговими центрами.

До розвитку та становлення вже «оптового ринку сільськогосподарської продукції» закликає і Державна цільова програма створення оптових ринків сільськогосподарської продукції, затверджена постановою Кабінету Міністрів України від 3 червня 2009 р. Цією Програмою передбачається сформувати цілу мережу оптових ринків, на яких аграрії зможуть реалізовувати свою продукцію за вигідними цінами

¹ Ващишин М. Я. Оптові ринки сільськогосподарської продукції як суб'єкти аграрного права / М. Я. Ващишин // Аграрне право як галузь права, юридична наука і навчальна дисципліна : матеріали Всеукр. круглого столу (25 травня 2012 р.) : зб. наук. пр. / за заг. ред. проф. В. М. Єрмоленка, В. І. Курила, В. І. Семчика. – К. : Вид. центр НУБіП України, 2012. – С. 37–40.

і на зручних умовах. У цілому відповідно до вищевказаної Програми планувалося до 2013 р. побудувати 25 оптових ринків, тобто в кожному регіоні України, що повинно значно спростити процес реалізації виробленої в Україні сільськогосподарської продукції та підвищити конкурентоспроможність сільськогосподарського виробництва. Утім, зараз в Україні становлення цього сегменту ринку відбувається досить повільно, зокрема, статусу оптового ринку сільськогосподарської продукції набули лише 5 юридичних осіб: ТОВ «Ринок сільськогосподарської продукції “Шувар”» (Львівська область), ТОВ «Ринок сільськогосподарської продукції “Столичний”» (Київська область), ТОВ «Ясинуватський Агросервіс» (Донецька область) та ТОВ «Агробізнес/Запоріжжя» (Запорізька область). Звідси можна зробити висновок, що завдання Державної цільової програми щодо створення мережі оптових ринків сільськогосподарської продукції не є повною мірою реалізованими.

Активним періодом у становленні та розвитку нормативно-правової основи оптових ринків сільськогосподарської продукції став 2009 рік, коли був прийнятий Закон України «Про оптові ринки сільськогосподарської продукції» (далі — Закон), який на законодавчому рівні визначив правові засади організації та діяльності оптових ринків сільськогосподарської продукції в Україні.

На розвиток цього Закону згодом приймається ряд підзаконних нормативно-правових актів, які деталізували положення Закону, а саме: наказ Міністерства аграрної політики України від 25 листопада 2009 р. «Про затвердження Порядку надання та позбавлення статусу саморегульованої організації оптового ринку сільськогосподарської продукції», постанова Кабінету Міністрів України від 11 лютого 2010 р. «Про затвердження Порядку набуття юридичною особою статусу оптового ринку сільськогосподарської продукції», наказ Міністерства аграрної політики України від 19 лютого 2010 р. «Про затвердження Типових правил роботи оптових ринків сільськогосподарської продукції», наказ Міністерства аграрної політики України від 2 березня 2010 р. «Про затвердження Положення про комісію з питань надання юридичній особі статусу оптового ринку сільськогосподарської продукції Міністерства аграрної політики України та її складу», постанова Кабінету Міністрів України від 29 вересня 2010 р. «Про затвердження Порядку використання коштів, передбачених у державному бюджеті для надан-

ня фінансової підтримки для створення оптових ринків сільськогосподарської продукції» тощо.

Аналізуючи Закон України «Про оптовий ринок сільськогосподарської продукції», потрібно відзначити, що його норми встановили понятійний апарат для цієї галузі господарювання, зокрема, дається визначення «оптового ринку сільськогосподарської продукції», «інфраструктури оптового ринку сільськогосподарської продукції», «оптової торгівлі сільськогосподарською продукцією», також уводяться такі нові терміни, як «асоціація оптових ринків сільськогосподарської продукції», «саморегульвна організація оптового ринку сільськогосподарської продукції», «територія оптового ринку сільськогосподарської продукції» тощо.

Відповідно до Закону оптовим ринком сільськогосподарської продукції визнається юридична особа, предметом діяльності якої є надання послуг, що забезпечують здійснення оптової торгівлі сільськогосподарською продукцією, і якій в установленому Законом порядку надано статус оптового ринку сільськогосподарської продукції.

Статус оптового ринку сільськогосподарської продукції надається Міністерством аграрної політики та продовольства України на конкурсній основі згідно з «Порядком набуття юридичною особою статусу оптового ринку сільськогосподарської продукції», затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 11 лютого 2010 р. Відповідно до вищевказаного Порядку конкурс проводить комісія з питань надання юридичній особі статусу оптового ринку сільськогосподарської продукції, яка утворюється Міністерством аграрної політики та продовольства України. Склад комісії, положення про неї та умови проведення конкурсу також затверджуються зазначеним Міністерством.

Юридична особа, яка не набула статусу оптового ринку сільськогосподарської продукції, не має права використовувати у своєму найменуванні термін «оптовий ринок сільськогосподарської продукції» та інші похідні терміни.

Отже, законодавець встановлює можливість обмеження кількості оптових ринків сільськогосподарської продукції не на засадах конкуренції, оскільки дозвіл про надання або вмотивовану відмову у наданні юридичній особі статусу оптового ринку сільськогосподарської продукції надає центральний орган виконавчої влади з питань аграрної політики. Таким чином, Міністерство аграрної політики та продоволь-

ства України і Кабінет Міністрів України можуть штучно обмежувати кількість оптових сільськогосподарських ринків, унаслідок чого останні можуть стати монополістами щодо оптового продажу сільськогосподарської продукції в містах свого розташування.

Зі змісту Закону, а саме ст. 10, можна зрозуміти, що законодавець надає перевагу заснуванню кооперативних оптових ринків сільськогосподарської продукції, що створюються сільськогосподарськими товаровиробниками для продажу власно виробленої сільськогосподарської продукції, але це положення Закону не є імперативним і оптові ринки сільськогосподарської продукції можуть створюватися у будь-яких інших підприємницьких організаційно-правових формах господарювання та обов'язково сільськогосподарськими товаровиробниками. Це, у свою чергу, суперечить преамбулі Закону, в якій підкреслюється спрямованість Закону на захист прав і законних інтересів сільськогосподарських виробників, які здійснюють оптовий продаж сільськогосподарської продукції власного виробництва.

Відсутність у законодавстві норм, які регламентують склад засновників юридичної особи — претендента на статус юридичної особи зі статусом оптового ринку сільськогосподарської продукції, зокрема, відсутність обов'язкової квоти щодо кількості сільськогосподарських товаровиробників у складі засновників такого ринку, призведе до того, що виробники сільськогосподарської продукції будуть усунуті від процесу створення оптових ринків, унаслідок чого виникає можливість створювати їх тільки посередниками-перекупниками, які навряд чи будуть думати про інтереси сільськогосподарських товаровиробників. Доцільно було б врегулювати склад засновників оптових ринків сільськогосподарської продукції і обов'язково врахувати інтереси сільськогосподарських товаровиробників при їх заснуванні.

Окрему увагу в Законі приділено заходам державної підтримки оптових ринків сільськогосподарської продукції на етапі їх створення, зокрема передбачено виділення під такі ринки земельних ділянок із земель державної та комунальної власності, а також із числа ділянок для суспільних потреб. Згідно з прикінцевими положеннями вищевказаного Закону до Земельного кодексу України внесені зміни, а саме: категорію земель сільськогосподарського призначення було розширено і до їх числа також віднесено землі під інфраструктурою оптових ринків сільськогосподарської продукції. З доцільністю таких новел навряд чи можна погодитися, оскільки логічно, щоб до земель сільськогоспо-

дарського призначення належали лише землі, які прямо або опосередковано використовуються для виробничої діяльності сільськогосподарської продукції, чим навряд чи є діяльність оптового ринку сільськогосподарської продукції, тим більше з огляду на те, що у складі засновників взагалі можуть бути відсутні сільськогосподарські товаровиробники.

Постановою Кабінету Міністрів від 29 вересня 2010 р. був затверджений Порядок використання коштів Стабілізаційного фонду для надання фінансової підтримки для створення оптових ринків сільськогосподарської продукції. Бюджетні кошти виділяються на безповоротній основі для:

1) компенсації витрат, пов'язаних із: розробленням проектно-кошторисної документації, у тому числі на роботи з будівництва об'єктів інфраструктури оптових ринків; будівництвом під'їзних шляхів до території оптового ринку, мереж водо- та електропостачання, інших комунікацій загального призначення; викупом земельних ділянок, об'єктів виробничого і невиробничого призначення, торговельних та адміністративних будівель (приміщень), інших об'єктів інфраструктури з метою розміщення та забезпечення функціонування оптових ринків; створенням (впровадженням) системи інформаційного забезпечення діяльності оптових ринків;

2) виплати компенсації у розмірі до 50 відсотків обсягу видатків на придбання устаткування і обладнання, у тому числі іноземного виробництва, для комплектування та облаштування оптових ринків та видатків на оплату будівельно-монтажних або інших робіт, товарів і послуг, пов'язаних із будівництвом оптових ринків.

Рішення щодо надання державної фінансової підтримки оптовим ринкам у період їх становлення приймає комісія з питань надання юридичній особі статусу оптового ринку сільськогосподарської продукції. Комісія формує реєстр оптових ринків, які мають право на отримання бюджетних коштів. Розподіл бюджетних коштів для компенсації витрат юридичних осіб здійснюється пропорційно сумі таких витрат, які підтвержені в установленому порядку.

Щодо основних напрямів діяльності оптових ринків сільськогосподарської продукції, то вони встановлюються ст. 6 Закону, серед яких можна виділити: створення належних умов для купівлі-продажу сільськогосподарської продукції; сприяння прискореному просуванню сільськогосподарської продукції від виробника до кінцевого споживача.

ча; забезпечення постачання населенню якісної сільськогосподарської продукції; сприяння вітчизняним виробникам сільськогосподарської продукції в одержанні прибутку від реалізації сільськогосподарської продукції тощо. Останній із запропонованих напрямів діяльності потрібно деталізувати в нормативно-правових актах, зокрема, необхідно обов'язково вказати, яким чином буде реалізовуватися таке сприяння. Наприклад, це могла бути певна знижка на послуги оптових ринків сільськогосподарської продукції, які закріплені у ст. 7 Закону.

Щодо оподаткування оптових ринків сільськогосподарської продукції, то ст. 14 Закону встановила, що спеціальними законами про оподаткування можуть передбачатися пільги або спеціальний режим оподаткування діяльності оптових ринків сільськогосподарської продукції. Також органи місцевого самоврядування у межах своїх повноважень можуть надавати оптовим ринкам сільськогосподарської продукції пільги із сплати місцевих податків і зборів. Деякі науковці, зокрема Ф. В. Горбонос, узагалі запропонували, щоб оптові ринки сільськогосподарської продукції в Україні діяли на громадських засадах і мали статус безприбуткових¹. Однак спеціальним законодавством, зокрема Податковим кодексом України, не передбачено пільг чи спеціальних режимів оподаткування цього суб'єкта господарювання, тобто оподаткування оптових ринків сільськогосподарської продукції здійснюється на загальних підставах. У 2010 р. було розроблено проект Закону України «Про внесення змін до деяких законів України щодо надання оптовим ринкам сільськогосподарської продукції пільг із сплати податків і зборів (обов'язкових платежів)» (надалі — проект Закону). Проектом Закону пропонувалося надання пільг оптовим ринкам сільськогосподарської продукції на час їх становлення зі сплати мита, плати за землю, податку на прибуток, податку на додану вартість, орендної плати за землю. Утім рішенням Державного комітету України з питань регуляторної політики та підприємництва від 23.04.2010 р. «Про відмову у погодженні проекту регуляторного акта» проект Закону не було погоджено з огляду на те, що всі передбачені проектом Закону пільги стосуватимуться не виробників сільськогосподарської продукції, а певної юридичної особи-посередника, яка просто організовує процес купівлі-продажу оптових партій сільськогосподарської

¹ Горбонос Ф. Б. Організаційно-функціональна модель оптового ринку сільськогосподарської продукції на локальному рівні / Ф. Б. Горбонос // Економіка АПК. – 2009. – № 7. – С. 108–120.

продукції. Таким чином, розробниками документа фактично запропоновано посередникам надавати більше пільг, аніж безпосереднім виробникам сільськогосподарської продукції.

Водночас запропоновані проектом Закону положення щодо пільг у оподаткуванні оптових ринків сільськогосподарської продукції значно зменшать надходження до бюджету порівняно із прогнозними вигодами, які навіть у випадку успішного функціонування оптових ринків будуть відчутні лише після закінчення періоду їх становлення.

Підбиваючи підсумок, потрібно зазначити, що поступово оптові ринки сільськогосподарської продукції займають своє належне місце в Україні та отримують правову основу для функціонування. Утім існує ще безліч практичних та правових проблем, які потребують свого вирішення у чинному законодавстві України. Зокрема, мова йде про:

1) відсутність реальних правових засобів підтримки та захисту прав сільськогосподарських товаровиробників при створенні оптового ринку сільськогосподарської продукції;

2) недосконалість форм державної підтримки сільськогосподарських товаровиробників під час діяльності оптових ринків сільськогосподарської продукції.

Батыгина Е. Особенности правового регулирования оптовых рынков сельскохозяйственной продукции Украины

Статья посвящена определению и научному исследованию особенностей правового регулирования оптового рынка сельскохозяйственной продукции. Автором проанализированы и выявлены проблемы по созданию, государственной поддержке и налогообложению оптового рынка сельскохозяйственной продукции, а также внесены соответствующие предложения по усовершенствованию действующего законодательства.

Ключевые слова: оптовый рынок сельскохозяйственной продукции, сельскохозяйственный товаропроизводитель.

Batygina O. The peculiarities of legal regulation of the wholesale market of agricultural products in Ukraine

The article is dedicated to definition and scientific research of peculiarities of legal regulation of the wholesale market of agricultural products. The author analyzed and identified problems of creation, public support and taxation of the wholesale market of agricultural products and also moves relevant proposals on improvement of legislation in force.

Keywords: wholesale market of agricultural products, agricultural producer.

УДК 343.9

А. Самородов, заступник начальника
Головного юридичного управління —
начальник управління судової роботи
Харківської обласної державної адміністрації

Правове регулювання повноважень місцевих державних адміністрацій у галузі земельних відносин щодо розпорядження землями державної власності

Важливість ефективного правового регулювання земельних відносин в Україні не викликає сумнівів у більшості представників юридичної науки і правозастосовної практики. Проте чинне законодавство містить прогалини та колізії майже у всіх сферах земельно-правового регулювання. Недосконалість чинного законодавства призводить до утворення ряду проблем, пов'язаних із реалізацією фізичними особами, організаціями та установами прав на землю.

Державні та приватні наукові установи, правозастосовні органи проводять численні конференції, «круглі столи», слухання із зазначеного питання, які іноді обумовлюють відповідні правотворчі процеси, наслідками яких є вдосконалення діючих нормативно-правових актів. У статті пропонується звернути увагу на проблеми правового регулювання повноважень місцевих державних адміністрацій у галузі земельних відносин.

Повноваження місцевих державних адміністрацій у галузі земельних відносин передбачені ст. 17 Земельного кодексу України та ст. 21 Закону України «Про місцеві державні адміністрації». Так, відповідно до зазначених норм до повноважень місцевих державних адміністрацій у галузі земельних відносин належить, зокрема, розпорядження землями державної власності відповідно до закону¹.

Обмеженість обсягу статті зумовлює можливість зупинитися лише на розпорядженні землями державної власності. Інші повноваження місцевих державних адміністрацій, передбачені Земельним кодексом

¹ Див.: Земельний кодекс України : Закон України від 25.10.2001 р. № 2768-III // Офіц. вісн. України. – 2001. – № 46. – Ст. 2038; Про місцеві державні адміністрації : Закон України від 09.04.1999 р. № 586-XIV // Офіц. вісн. України. – 1999. – № 18. – С. 3.

України та Законом України «Про місцеві державні адміністрації», стануть предметом окремого наукового дослідження.

Для розгляду питання правового регулювання повноважень місцевих державних адміністрацій у галузі земельних відносин щодо розпорядження землями державної власності необхідно звернути увагу на таке.

По-перше, розмежування повноважень державних органів влади та органів місцевого самоврядування у галузі земельних відносин пов'язане з процесом розмежування земель державної та комунальної власності, який розпочався після прийняття Земельного кодексу України у 2001 р. і не завершився й досі.

Зокрема, відповідно до п. 12 Перехідних положень Земельного кодексу до розмежування земель державної та комунальної власності повноваження щодо розпорядження землями в межах населених пунктів здійснюють відповідні сільські, селищні, міські ради, а за межами населених пунктів — відповідні органи виконавчої влади¹.

Таким чином, органи місцевого самоврядування розпоряджаються землями державної та комунальної власності в межах населених пунктів, органи виконавчої влади — за межами населеного пункту. Критерієм розмежування повноважень між органами виконавчої влади та місцевого самоврядування виступає місце розташування земельної ділянки, а не право власності на неї (державна або комунальна). Проте розмежування повноважень між органами виконавчої влади та місцевого самоврядування за критерієм місця розташування земельної ділянки на практиці ускладнюється невстановленням меж населених пунктів України, у зв'язку з чим існують земельні ділянки, право розпорядження якими можуть мати як органи виконавчої влади, так і органи місцевого самоврядування.

Слід зазначити, що землі комунальної власності на сьогодні в Україні практично відсутні. Незважаючи на існування спеціального Закону «Про розмежування земель державної та комунальної власності», який визначає правові засади розмежування земель державної та комунальної власності, фактично відсутній механізм реалізації його норм, що, у свою чергу, призвело до того, що розподілу земель державної власності на землі територіальних громад і землі держави не відбувається. Головна проблематика розмежування земель державної та комунальної

¹ Земельний кодекс України : Закон України від 25.10.2001 р. № 2768-III // Офіц. вісн. України. – 2001. – № 46. – Ст. 2038.

власності — відсутність форми державного акта на право комунальної власності на землю.

По-друге, місцеві державні адміністрації, відповідно до ст. 1 Закону України «Про місцеві державні адміністрації», є місцевими органами виконавчої влади і входять до системи органів виконавчої влади¹. Окрім місцевих державних адміністрацій, повноваження щодо реалізації та здійснення земельних відносин із приводу розпорядження землями державної власності мають й інші органи виконавчої влади, у зв'язку з чим актуальним є питання розмежування повноважень між органами виконавчої влади, які законом наділені повноваженнями щодо розпорядження землями державної власності.

Так, згідно з п. 12 Перехідних положень Земельного кодексу України державні органи приватизації здійснюють розпорядження землями, на яких розташовані державні, у тому числі казенні підприємства, господарські товариства, у статутних капіталах яких державі належать частки (акції, паї), об'єкти незавершеного будівництва та законсервовані об'єкти, а також продаж земельних ділянок, на яких розташовані об'єкти, які підлягають приватизації, крім відчуження земель, на яких розташовані об'єкти, що не підлягають приватизації².

Таким чином, незалежно від місця розташування земельної ділянки, її цільового призначення, у разі розташування на земельній ділянці об'єктів нерухомості, зазначених у підп. 2 п. 12 Перехідних положень Земельного кодексу України, розпорядження землями державної власності здійснюють державні органи приватизації.

Державними органами приватизації в Україні є Фонд державного майна, його регіональні відділення, органи приватизації в Автономній Республіці Крим. Порядок продажу земельних ділянок державної власності, на яких розташовані об'єкти, що підлягають приватизації, передбачений постановою Кабінету Міністрів України від 08.07.2009 р. № 689 «Про затвердження Порядку продажу об'єктів, що підлягають приватизації, разом із земельними ділянками державної власності»³.

¹ Про місцеві державні адміністрації : Закон України від 09.04.1999 р. № 586-XIV // Офіц. вісн. України. – 1999. – № 18. – С. 3.

² Земельний кодекс України : Закон України від 25.10.2001 р. № 2768-III // Офіц. вісн. України. – 2001. – № 46. – Ст. 2038.

³ Про затвердження Порядку продажу об'єктів, що підлягають приватизації, разом із земельними ділянками державної власності : постанова Кабінету Міністрів України від 08.07.2009 р. № 689 // Офіц. вісн. України. – 2009. – № 51. – Ст. 1734.

Кабінет Міністрів України, відповідно до статей 149, 150 Земельного кодексу України, вилучає земельні ділянки державної власності, які перебувають у постійному користуванні, — ріллю, багаторічні насадження для несільськогосподарських потреб, ліси для нелісогосподарських потреб, а також земельні ділянки природоохоронного, оздоровчого, рекреаційного призначення та суб'єктів господарювання залізничного транспорту загального користування у зв'язку з їх реорганізацією шляхом злиття під час утворення публічного акціонерного товариства залізничного транспорту загального користування відповідно до Закону України «Про особливості утворення публічного акціонерного товариства залізничного транспорту загального користування»¹ за винятком повноважень інших органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування щодо вилучення земель державної власності².

Окрім цього, за постановою Кабінету Міністрів України можуть вилучатися земельні ділянки особливо цінних земель, що перебувають у державній або комунальній власності, (випулятися) для будівництва об'єктів загальнодержавного значення, доріг, ліній електропередачі та зв'язку, трубопроводів, осушувальних і зрошувальних каналів, геодезичних пунктів, житла, об'єктів соціально-культурного призначення, нафтових і газових свердловин та виробничих споруд, пов'язаних з їх експлуатацією³.

Повноваження органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування щодо передачі земельних ділянок у власність або у користування передбачені й ст. 122 Земельного кодексу України.

Так, відповідно до статей 1 та 2 сільські, селищні, міські ради передають земельні ділянки у власність або у користування із земель комунальної власності відповідних територіальних громад для всіх потреб. Верховна Рада Автономної Республіки Крим, обласні, районні ради передають земельні ділянки у власність або у користування із відповідних земель спільної власності територіальних громад для всіх потреб. Проте, ураховуючи п. 12 Перехідних положень Земель-

¹ Про особливості утворення публічного акціонерного товариства залізничного транспорту загального користування : Закон України від 23.02.2012 р. № 4442-VI // Офіц. вісн. України. – 2012. – № 22. – Ст. 820.

² Земельний кодекс України : Закон України від 25.10.2001 р. № 2768-III // Офіц. вісн. України. – 2001. – № 46. – Ст. 2038.

³ Там само.

ного кодексу України, зазначені норми сьогодні не можуть застосовуватися¹.

Для з'ясування суті наступних пунктів ст. 122 Земельного кодексу України необхідно розкрити питання видів місцевих державних адміністрацій.

Стаття 118 Конституції України та ст. 1 Закону України «Про місцеві державні адміністрації» встановлюють, що виконавчу владу в областях і районах, містах Києві та Севастополі здійснюють місцеві державні адміністрації².

З огляду на положення зазначених норм законодавства є такі види місцевих державних адміністрацій: обласні державні адміністрації, районні державні адміністрації, міські Київська та Севастопольська державні адміністрації.

Слід зазначити, що в тексті Конституції України та Закону України «Про місцеві державні адміністрації» вживається визначення «місцеві державні адміністрації». Поняття «обласна» та «районна державна адміністрація» застосовується лише у ст. 33 Закону України «Про місцеві державні адміністрації».

Окрім цього, ст. 46 Закону України «Про місцеві державні адміністрації» встановлює особливості діяльності районних державних адміністрацій в Автономній Республіці Крим. Аналізуючи зміст зазначеної статті, можна зробити висновок, що повноваження обласних державних адміністрацій щодо контролю за діяльністю районних державних адміністрацій в Автономній Республіці Крим здійснює Рада міністрів.

Відповідно до ст. 133 Конституції України міста Київ та Севастополь мають спеціальний статус, який визначається законами України³. Саме тому в Києві та Севастополі діють міські державні адміністрації.

У контексті розгляду питання щодо розподілу міських державних адміністрацій на види слід виокремити повноваження районних, обласних, Київської та Севастопольської міських державних адміністрацій.

¹ Земельний кодекс України : Закон України від 25.10.2001 р. № 2768-III // Офіц. вісн. України. – 2001. – № 46. – Ст. 2038.

² Про місцеві державні адміністрації : Закон України від 09.04.1999 р. № 586-XIV // Офіц. вісн. України. – 1999. – № 18. – С. 3; Конституція України : Закон України від 28.06.1996 р. № 254-к/96-ВР // Офіц. вісн. України. – 2010. – № 42/1. – Ст. 2598.

³ Конституція України : Закон України від 28.06.1996 р. № 254-к/96-ВР // Офіц. вісн. України. – 2010. – № 42/1. – Ст. 2598.

Так, відповідно до п. 3 ст. 122 Земельного кодексу України районні державні адміністрації на їх території передають земельні ділянки із земель державної власності у власність або у користування у межах сіл, селищ, міст районного значення для всіх потреб та за межами населених пунктів для сільськогосподарського використання, ведення водного господарства, будівництва об'єктів, пов'язаних з обслуговуванням жителів територіальної громади району (шкіл, закладів культури, лікарень, підприємств торгівлі тощо), крім випадків передачі земельних ділянок Кабінетом Міністрів України та з урахуванням повноважень Ради міністрів Автономної Республіки Крим щодо розпорядження землями державної власності¹.

Перелік об'єктів, пов'язаних з обслуговуванням жителів територіальної громади району, є відкритим і підлягає розширеному тлумаченню.

Окрім цього, не зовсім зрозуміло, що треба розуміти в п. 3 ст. 122 Земельного кодексу України під метою «для ведення водного господарства», що призводить до неможливості розмежування повноважень районних державних адміністрацій та обласних державних адміністрацій.

Слід також зазначити, що у правозастосовній діяльності районні державні адміністрації виходять за межі наданих їм повноважень, у зв'язку з чим обласні державні адміністрації скасовують розпорядження голів районних державних адміністрацій на підставі ст. 33 Закону України «Про місцеві державні адміністрації».

Що стосується повноважень обласних державних адміністрацій щодо розпорядження землями державної власності, то відповідно до п. 4 ст. 122 Земельного кодексу України вони передають земельні ділянки на їх території із земель державної власності у власність або у користування у межах міст обласного значення та за межами населених пунктів для всіх потреб, крім земельних ділянок, повноваження щодо розпорядження якими належать Кабінету Міністрів України та районним державним адміністраціям².

Сьогодні обласні державні адміністрації не розпоряджаються землями державної власності в межах міст обласного значення, оскільки відповідно до п. 12 Перехідних положень Земельного кодексу України

¹ Земельний кодекс України : Закон України від 25.10.2001 р. № 2768-III // Офіц. вісн. України. – 2001. – № 46. – Ст. 2038.

² Там само.

розмежування земель державної та комунальної власності — це повноваження органів місцевого самоврядування.

Пункт 5 ст. 122 Земельного кодексу України передбачає повноваження Київської та Севастопольської міських державних адміністрацій щодо передачі земельних ділянок із земель державної власності у власність або у користування у межах їх територій. Проте до розмежування земель державної та комунальної власності ця норма не діє.

У зв'язку з особливим конституційним статусом Автономної Республіки Крим на її території повноваження щодо розпорядження землями державної власності також здійснює Рада міністрів Автономної Республіки Крим. Рада міністрів на території Автономної Республіки Крим передає земельні ділянки із земель державної власності у власність або у користування у межах сіл, селищ, міст та за їх межами для всіх потреб, крім земельних ділянок, повноваження щодо розпорядження якими належать Кабінету Міністрів України та районним державним адміністраціям, а також погоджує передачу таких земель у власність або у користування районними державними адміністраціями на їх території для будівництва об'єктів, пов'язаних з обслуговуванням жителів територіальної громади району (шкіл, закладів культури, лікарень, підприємств торгівлі тощо)¹.

Оскільки, згідно зі ст. 136 Конституції України, Рада міністрів Автономної Республіки Крим є виконавчим органом влади, то відповідно до п. 12 Перехідних положень Земельного кодексу України вона не може здійснювати повноваження щодо розпорядження землями державної власності у межах сіл, селищ та міст Автономної Республіки Крим.

Отже, можна зробити висновок, що в чинному законодавстві України, яке регулює повноваження місцевих державних адміністрацій щодо розпорядження землями державної власності, існують колізії та прогалини, які породжують неврегульованість земельних відносин щодо реалізації прав на землю. Оскільки засобом заповнення прогалин та усунення колізій у законодавстві є правотворча діяльність, то лише подальше вдосконалення земельного законодавства й впровадження земельної реформи в Україні може дозволити в майбутньому удосконалити правове регулювання повноваження місцевих державних адміністрацій щодо розпорядження землями державної власності.

¹ Земельний кодекс України : Закон України від 25.10.2001 р. № 2768-III // Офіц. вісн. України. – 2001. – № 46. – Ст. 2038.

Самородов А. Правовое регулирование полномочий местных государственных администраций в отрасли земельных отношений по вопросам распоряжения землями государственной собственности

В статье исследуется вопрос правового регулирования полномочий местных государственных администраций в отрасли земельных отношений. Сделана попытка разграничить полномочия местных государственных администраций, других органов исполнительной власти и органов местного самоуправления.

Ключевые слова: местные государственные администрации, земли государственной собственности.

Samorodov A. Legal regulation of local state administration powers in sphere of land relations concerning the issue of a state property land disposal

In the article the issue of legal regulation of local state administration powers in sphere of land relations is considered. The attempt to divide the authority of local state administration, other agencies of executive power and body of local self-government was made.

Keywords: local state administrations, land of state property.

ПИТАННЯ

АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА

УДК 342.9:35.078.3

О. Червякова, кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри адміністративного права Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Сутнісні ознаки та види інформаційних ресурсів як об'єктів державного управління

Розвиток інформаційного суспільства в Україні актуалізує потребу у забезпеченні права кожного на створення й накопичення інформації про знання, вільний доступ, користування й обмін нею шляхом цілеспрямованого структурування, перетворення, групування, моделювання, зберігання та використання інформації за її джерелами й користувачами (власниками) в інформаційні ресурси. Створення можливостей для вільного доступу до інформаційних ресурсів органів державної влади є однією з гарантій права на інформацію (ст. 6 Закону «Про інформацію»¹), дозволяє підвищити рівень довіри до них та зміцнити підтримку їх діяльності.

Загальні засади діяльності у сфері обігу інформації розглядалися у працях І. Аристової, І. Бачило, К. Белякова, В. Брижка, Г. Виноградової, В. Д. Гавловського, О. Городова, Т. Єршова, В. Копилова, Б. Кормича, В. Ліпкана, А. Марущака, В. Пилипчака, М. Рассолова, В. Речицького, В. Серьогіна, В. Сідака, О. Синьоокого, О. Сосніна, О. Фролової, В. Цимбалюка, М. Швеця та деяких інших вчених, втім питання сутності, формування та видів інформаційних ресурсів не дістали належного висвітлення. Актуальність наукової розвідки в цій царині обумовлена необхідністю відокремлення та фіксування у державному управлінні напрямку (інституції), що визначається як державне управління у сфері суспільної діяльності, пов'язаної з інформацією, про що наголошується у п. 3.3 проекту Концепції кодифіка-

¹ Відом. Верхов. Ради України. – 1992. – № 43. – Ст. 608.

ції інформаційного законодавства України, розробленої авторським колективом НДЦ правової інформатики НАПрН України¹, що потребує комплексного дослідження змісту інформаційних ресурсів як об'єктів державного управління. Останні положення і визначають мету цієї статті.

Широко використовуючи термін «інформаційний ресурс» (наприклад, у статтях 3, 6 Закону «Про інформацію», ст. 1 Закону «Про Національну програму інформатизації»², ст. 1 Закону «Про державну статистику»³, Указ Президента України від 01.04.2000 р. «Про заходи щодо захисту інформаційних ресурсів держави»⁴ та ін.), законодавець, втім, не дає його повного та всебічного визначення. Так, відповідно до ст. 1 Закону «Про Національну програму інформатизації», інформаційний ресурс — це сукупність документів в інформаційних системах (бібліотеках, архівах, банках даних тощо). Проте таке його трактування не враховує загальних ознак інформації, як будь-яких відомостей або даних, що можуть бути збережені на матеріальних носіях або відображені в електронному вигляді (ст. 1 Закону «Про інформацію»), у вигляді сигналів, звуків, знаків, рухомих чи нерухомих зображень чи в інший спосіб (ст. 1 Закону «Про телекомунікації»⁵). Адже саме системно впорядкована інформація у своїй сукупності утворює інформаційні ресурси. З іншого боку, нагальною є потреба у виробленні легального визначення загальної категорії «інформаційні ресурси», яка активно використовується у сучасній нормотворчій та правозастосовній діяльності.

Вирішення цих завдань перш за все потребує звернення до тлумачення поняття «ресурси». Узагалі під ресурсами розуміють запаси, джерела засобів, засоби, які використовуються за необхідності⁶. Ресурси розглядаються як необхідний системоутворюючий елемент (або умова) організації конкретної доцільної людської діяльності, під час якої вхідний ресурс трансформується у вихідний ресурс завданої форми та якості, відповідно до встановлених цілей діяльності. У основі цих процесів — обіг знань, які перетворюються у доступну для користувача форму — інформацію, вони акумулюються, узагальнюються,

¹ Інформація і право. – 2012. – № 1(4). – С. 9.

² Відом. Верхов. Ради України. – 1998. – № 27–28. – Ст. 181.

³ Там само. – 1992. – № 43. – Ст. 608.

⁴ Офіц. вісн. України. – 2000. – № 15.

⁵ Відом. Верхов. Ради України. – 2004. – № 12. – Ст. 155.

⁶ Большой толковый словарь русского языка. – СПб. : НОРИНТ, 1998. – С. 1119.

систематизуються за різними ознаками та оформлюються у вигляді інформаційних ресурсів¹.

У теорії інформаційного права інформаційні ресурси розглядаються як організована множина інформації, інформаційних продуктів та інформаційних технологій, призначених для забезпечення визначених економічних, екологічних, фінансових, інформаційних та інших потреб людини, суспільства і держави. Вони є організованими в базах даних інформаційними продуктами, що мають ретроспективні ознаки, необхідні для задоволення інформаційних потреб людини, суспільства, держави. У свою чергу, інформаційний продукт як результат інформаційної діяльності оформлюється та закріплюється на носії інформації у вигляді документованої інформації, підготовленої та призначеної для задоволення потреб користувача². Тож основу інформаційних ресурсів складає множина інформаційних продуктів (або інформаційної продукції, як зазначає законодавець³), які як об'єкти інформаційних відносин створюються в процесі діяльності, зокрема, й органів державної влади (і є їх власністю!), у вигляді первинних або вторинних документів. Утім маємо певну неузгодженість між положеннями законів «Про інформацію» та «Про доступ до публічної інформації»⁴ щодо правових засад регулювання таких відносин. Так, ст. 23 Закону «Про інформацію» надто категорично закріплює положення про те, що інформаційна продукція є об'єктом виключно цивільно-правових відносин, що регулюються цивільним законодавством України, тобто доступ до неї має відбуватися на договірних засадах. Утім ст. 19 Закону «Про доступ до публічної інформації» визначає, що право на таку інформацію реалізується шляхом подання інформаційного запиту до розпорядника інформації, тож відповідні правовідносини регулюються нормами адміністративного права. Найбільш вдалими вважаємо положення ст. 39 попередньої редакції Закону «Про інформацію», відповідно до якої інформаційна продук-

¹ Информационное право: актуальные проблемы теории и практики : монография / под общ. ред. И. Л. Бачило. – М. : Юрайт, 2009. – С. 72–74.

² Основи інформаційного права України : навч. посіб. / В. С. Цимбалюк, В. Д. Гавловський, В. М. Брижко та ін. ; за заг. ред. М. Я. Швеця, Р. Я. Калужного та П. В. Мельника. – К. : Знання, 2009. – С. 44.

³ Зазначені поняття є ідентичними як результат людської праці, сукупність продуктів, створених у результаті фізичної або розумової діяльності (Див.: Большой толковый словарь русского языка. – СПб. : НОРИНТ, 1998. – С. 1006).

⁴ Уряд. кур'єр. – 2011. – 15 лют.

ція може бути об'єктом товарних (цивільних. — О. Ч.) відносин, що регулюються чинним цивільним та іншим законодавством. Тож законодавець має більш виважено поставитися до врегулювання правових засад доступу до інформаційної продукції, зокрема, й у позадоговірних (публічно-правових) відносинах.

Підсумовуючи наведене, можна зазначити, що інформаційні ресурси — це взаємопов'язана, упорядкована, систематизована, закріплена на матеріальних носіях інформація як сукупність знань, відомостей тощо, яка створюється, збирається, отримується, використовується та зберігається правомочним суб'єктом у документованому вигляді для задоволення власних публічних та приватних інтересів інших суб'єктів відповідно до законодавства.

У структурному, предметному сприйнятті інформаційний ресурс являє собою масив чи окремий документ, інший інформаційний об'єкт в інформаційних системах (бібліотеках, архівах, фондах, банках даних тощо), що візуально сприймається й акумулює відомості (інформацію), сформовані за визначеними ознаками чи критерієм¹. Як слушно вказує О. О. Городов, через інформаційні ресурси опосередковується провідна форма організаційного вираження документованої інформації, яка використовується під час її збирання, обробки, зберігання та споживання².

За змістом (функціональною спрямованістю) інформація поділяється на інформацію про фізичну особу, довідково-енциклопедичного характеру, про стан довкілля (екологічна інформація), про товар (роботу, послугу); науково-технічну, податкову, правову, статистичну, соціологічну та інші види інформації (ст. 10 Закону «Про інформацію»), інформація, що стосується митної справи (ст. 11 Митного кодексу України)³ та ін. Вочевидь, що впорядкована та змодельована певним чином така інформація складає різновиди інформаційних ресурсів. Утім, маємо лише легальне визначення деяких видів інформаційних ресурсів. Зокрема, ресурси науково-технічної інформації становить систематизоване зібрання науково-технічної літератури і документації

¹ Бачило І. Л. Информационное право : учебник / И. Л. Бачило. – М. : Юрайт; ИД Юрайт, 2011. – С. 163; Килясханов И. Ш. Информационное право в терминах и понятиях : учеб. пособие / И. Ш. Килясханов, Ю. М. Саранчук. – М. : ЮНИТИ-ДАНА : Закон и право, 2011. – С. 51.

² Городов О. А. Основы информационного права России : учеб. пособие / О. А. Городов. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2003. – С. 113.

³ Офіц. вісн. України. – 2012. – № 32. – Ст. 1175.

(книги, брошури, періодичні видання, патентна та нормативно-технічна документація тощо), зафіксоване на паперових чи інших носіях (ст. 1 Закону «Про науково-технічну інформацію»¹), бібліотечні ресурси становлять упорядковані бібліотечні фонди документів на різних носіях інформації, бази даних, мережні інформаційні ресурси, довідково-пошуковий апарат, матеріально-технічні засоби з опрацювання, зберігання та передачі інформації (ст. 1 Закону «Про бібліотеки і бібліотечну справу»²), інформаційні ресурси митних органів — сукупність електронної інформації, що включає електронні дані, створені, оброблені та накопичені в інформаційних системах митних органів (ст. 33 Митного кодексу України), екологічні інформаційні ресурси — дані моніторингу довкілля, кадастрів природних ресурсів, реєстри автоматизованої бази даних, архіви тощо (ст. 25 Закону «Про охорону навколишнього природного середовища»³) та ін. Особливості правового режиму доступу до таких інформаційних ресурсів визначаються галузевими законами, а також міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Наприклад, відповідно до п. 3 ст. 4 Конвенції про доступ до інформації, участь громадськості у процесі прийняття рішень та доступ до правосуддя з питань, що стосуються довкілля (м. Орхус, Данія), ратифікованої Законом України від 06.07.1999 р.⁴, у запиті про надання екологічної інформації може бути відмовлено, якщо: б) запит є очевидно необґрунтованим або сформульованим у надто загальному вигляді; або с) запит стосується матеріалів, що знаходяться на завершальній стадії їх підготовки, або стосується внутрішнього інформаційного обміну між державними органами, коли такий виняток передбачається національним законодавством чи практикою, що склалася, при цьому має враховуватися зацікавленість громадськості в розкритті такої інформації. Пункт 4 цієї ж статті серед підстав відмови у наданні такої інформації передбачає можливий негативний вплив, зокрема, на: с) відправлення правосуддя, можливість для осіб бути відданими під справедливий судовий розгляд або спроможність державних органів проводити розслідування кримінального чи дисциплінарного характеру; h) навколишнє середовище, на яке поширюється така інформація, наприклад,

¹ Відом. Верхов. Ради України. – 1993. – № 33. – Ст. 345.

² Там само. – 1995. – № 7. – Ст. 45.

³ Там само. – 1991. – № 41. – Ст. 546.

⁴ Там само. – 1999. – № 34. – Ст. 296.

місця розмноження рідкісних видів. Утім, ст. 13 Закону «Про інформацію» не сприйняла зазначених обмежень.

Інформаційні ресурси складаються з інформаційних систем (організовано впорядкованої сукупності інформації, що міститься в базах даних та забезпечує обробку інформаційних технологій та технічних засобів), які обертаються у вигляді інформаційних потоків як національного, так і іноземного походження в інформаційному просторі України. Відсутність закону, який би комплексно охоплював регулювання всіх видів інформаційних ресурсів, що використовуються у нормотворчій та правозастосовній діяльності, а також задовольняють інформаційні потреби громадян, негативно відбивається на процесі формування інформаційного суспільства в Україні, оскільки унеможливає порівняння найбільш відкритих та закритих інформаційних систем. Як такі критерії можуть бути використані: наявність даних та спосіб доступу до інформації, що акумулюється в них, її повнота, доступність та достовірність, частота оновлення тощо.

У літературі запропоновані різні підстави класифікації інформаційних ресурсів, утім, на наш погляд, певний практичний інтерес становить запропонований В. А. Копиловим їх поділ за способом формування та поширення інформації на стаціонарні та мобільні. Перші формуються та використовуються, як правило, у спеціалізованих інформаційних організаціях за допомогою їх інформаційних систем та мереж, у тому числі й Інтернет. Основний механізм поширення інформації з таких інформаційних ресурсів реалізується в порядку надання інформаційних послуг, тобто через пошук інформації в інформаційних системах цих організацій при зверненні до них користувачів (споживачів). Пересувні (мобільні) інформаційні ресурси формуються державними та приватними (комерційними) інформаційними організаціями як спеціальні інформаційні продукти, головним чином у вигляді банку даних. Такі інформаційні продукти тиражуються та розповсюджуються у комплексі — банк даних містить у своєму складі базу даних та пошуковий апарат до неї, і споживач отримує можливість індивідуального користування ним на власному комп'ютері¹. У аспекті цих положень актуального значення набуває забезпечення правового режиму формування й застосування національних інформаційних ресурсів взагалі, а також окремих їх видів, їх збору, обробки, накопи-

¹ Копылов В. А. Информационное право : учебник / В. А. Копылов. – М. : Юристь, 2002. – С. 59–60.

чення, систематизації, зберігання, пошуку, поширення й надання споживачам інформації як бази формування нових знань. Однією із гарантій прав громадян у цій сфері є створення та функціонування мережі загальнодержавних автоматизованих інформаційно-аналітичних систем забезпечення доступу до відповідних інформаційних ресурсів.

Самостійне значення має класифікація інформаційних ресурсів за сферами їх використання, в основу якої мають бути покладені інтереси споживача, виходячи із положень ст. 10 Закону «Про інформацію» та інших законів.

Інформаційні ресурси формуються у процесі діяльності як органів державної влади, так і господарюючих суб'єктів, установ та організацій недержавних форм власності, громадських організацій, окремих громадян, що обумовлює їх поділ залежно від форм власності. Так, І. В. Арістова виділяє державні, міждержавні, недержавні (у т. ч. комерційні) та змішаної форми власності інформаційні ресурси¹. В. А. Копилов доповнює цей перелік загальнодержавними (які є національним надбанням) інформаційними ресурсами, а також ресурсами спільної, муніципальної та колективної власності. У попередній редакції Закону «Про інформацію»² містилася ст. 38, яка визначала право власності на інформацію та підстави її виникнення, зокрема, такі: створення інформації своїми силами та за свій рахунок; договір на створення інформації, договір, що містить умови переходу права власності на інформацію до іншої особи. Хоча нова редакція цього Закону оминає ці питання, традиційно за формою власності інформаційні ресурси поділяються на такі, що становлять державну власність, власність АРК, спільну власність (держави та комерційних центрів, фірм, організацій), муніципальну, приватну та колективну власність. Вочевидь, метою формування та використання державних інформаційних ресурсів, які мають виключно публічний характер, є забезпечення максимально повного й відкритого надання інформації з цих ресурсів користувачам і перш за все громадянам для реалізації їх конституційного права на пошук та отримання інформації.

Як слушно наголошується, національний інформаційний ресурс знаходиться у віданні й володінні держави та суспільства тією мірою, якою він може бути виділений з ресурсу планети у цілому; ресурсу

¹ Арістова І. В. Державна інформаційна політика: організаційно-правові аспекти : монографія / І. В. Арістова. – Х. : Вид-во Ун-ту внутр. справ, 2000. – С. 116.

² Відом. Верхов. Ради України. – 1992. – № 48. – Ст. 650.

окремих організаційних структур, які функціонують у рамках інформаційного простору держави: фізичних та юридичних осіб, органів державної влади та самоврядування, інших організацій, які впорядковують чи дезорганізують життя суспільства¹.

Наднаціональними інформаційними ресурсами В. С. Цимбалюк розглядає міжнародні інформаційні ресурси — множину документованих відомостей, даних тощо у міжнародних інформаційних системах (ЗМІ, бібліотеках, архівах, електронних базах даних тощо) або національних інформаційних системах, доступних широкому загалу (кожному, незалежно від національної приналежності, громадянства) або нормативно визначеному обмеженому колу суб'єктів². Вочевидь, потреба у таких інформаційних ресурсах обумовлена інтересом до них з боку міжнародної спільноти: вони визначають роль і місце держави у світі і виступають показником національного багатства країни³.

Закон поділяє державні інформаційні ресурси залежно від характеру доступу до них на: а) відкриті інформаційні ресурси та б) інформаційні ресурси обмеженого доступу, до яких віднесено конфіденційну, таємну та службову інформацію. Підстави для обмеження доступу до таких ресурсів визначаються виключно законами (наприклад, ст. 21 Закону «Про інформацію», статтями 6, 9 Закону «Про доступ до публічної інформації»), проте їх положення у загальному вигляді формулюють єдині підстави для обмеження доступу до всіх видів інформаційних ресурсів. Утім, кожний вид інформації з обмеженим доступом по-різному впливає на доступність до відповідних інформаційних ресурсів, створюючи особливий правовий режим їх обігу. Відсутність чітких обмежувальних бар'єрів доступу, зокрема, до службової інформації тягне правову невизначеність у цій сфері і призводить до порушення прав громадян на доступ до інформаційних ресурсів через необґрунтоване надання їм грифу ДСК. Тож нагальною є потреба у встановленні необхідного балансу між інтересами всіх учасників інформаційних відносин, виходячи з того, що у справжньому громадянському суспільстві статус пріоритетного (первинного) об'єкта ін-

¹ Информационное право: актуальные проблемы теории и практики : монография / под общ. ред. И. Л. Бачило. – М. : Юрайт, 2009. – С. 75.

² Цимбалюк В. С. Інформаційне право (основи теорії і практики) : монографія / В. С. Цимбалюк. – К. : Освіта України, 2010. – С. 168.

³ Кудрявцева С. П. Міжнародна інформація : навч. посіб. / С. П. Кудрявцева, В. В. Колос. – К. : Вид. Дім «Слово», 2005. – С. 16.

формування, отримувача інформації повинні мати саме громадяни¹. У іншому випадку право на доступ до інформаційних ресурсів перетворюється на фрагментарне та безсистемне регулювання методом «випускання пари».

Червякова Е. Сущностные признаки и виды информационных ресурсов как объектов государственного управления

В статье анализируются понятие и признаки информационных ресурсов как объектов государственного управления. Рассмотрены критерии классификации информационных ресурсов и особенности правового режима доступа к ним.

Ключевые слова: информация, информационные ресурсы, информационный продукт.

Chervyakova O. Essential features and the types of information resources as objects of government

This article analyzes the concept and features of information resources, as objects of government. The criteria of classification of information resources and features of the legal regime of access to them.

Keywords: information, information resources, information product.

¹ Див.: Речицький В. Відкритість інформації як універсальна вимога / В. Речицький // Свобода інформації та право на приватність в Україні. – Т. 1 : Доступ до інформації : hic et nunc!. – Х., 2004. – С. 9–21.

УДК 342.9

В. Бєлєвцева, кандидат юридичних наук,
радник при дирекції НДІ інформатики і
права НАПрН України

Сутність та особливості адміністративно-правових режимів у сфері державної безпеки України

Регулювання соціальних процесів у період динамічних перетворень у соціально-економічній, політичній, безпековій, культурній та інших сферах набуває в Україні на цей час особливо актуального значення. При цьому пріоритет, безумовно, зберігається за правовим регулюванням, що, як відомо, є здійснюваний за допомогою системи правових засобів (юридичних норм, правовідносин, індивідуальних розпоряджень тощо) результативний, нормативно-організаційний вплив на суспільні відносини з метою їх упорядкування, охорони, розвитку відповідно до суспільних потреб.

Зміст правового регулювання залежить від особливостей предмета правового регулювання (суспільних відносин), положення взаємодіючих у відносинах суб'єктів, а також об'єктів, із приводу яких виникає ця взаємодія¹. Отже, ефективність досягнення цілей правового регулювання сфери державної безпеки значною мірою визначається вибором оптимальної для вирішення певного завдання державної безпеки системи засобів, відповідної до характеру безпекових відносин, що регулюються.

У свою чергу, держава, що є безпосереднім чинником правових встановлень, відповідно до законів соціального розвитку визначає потребу в юридичній регламентації відносин безпекової сфери, їх оптимальну юридичну форму. При цьому модифікація відносин у сфері державної безпеки викликає необхідність трансформації юридичної форми та її складових частин. Одним із найбільш складних і найменш досліджених елементів цієї форми є адміністративно-правові режими.

На цей час можна стверджувати, що термін «адміністративно-правовий режим» достатньо міцно займає позиції у вітчизняній правовій дійсності. І якщо раніше це поняття розроблялося переважно у межах

¹ Общая теория права и государства : учебник / под ред. В. В. Лазарева. – М. : Юрист, 1996. – С. 136.

загальної теорії права¹, то сьогодні воно дедалі більше затверджується не тільки в правовій науці, а й у юридичній практиці. Воно дозволяє виявити особливості юридичного регулювання певної ділянки діяльності, специфіку правового інструментарію, що опосередковує існування та функціонування тих або інших об'єктів управлінської взаємодії, особливо у сфері державної безпеки.

Як вже неодноразово стверджувалось у наукових виданнях різними науковцями (С. С. Алексєєв, Д. Н. Бахрах, В. В. Лазарєв, В. В. Ласточкин, М. І. Матузов, О. В. Малько, В. Я. Настюк, В. Б. Рушайло та ін.), правовий режим — дуже широке юридичне поняття. І незважаючи на те, що вчені, у тому числі й вчені-адміністративісти, достатньо довго досліджують проблеми правових режимів, єдиної точки зору щодо сутності даного явища в адміністративно-правовій науці і практичній діяльності не склалося й до цього часу². Тому, на наш погляд, доцільно почати розгляд природи адміністративно-правового режиму у сфері державної безпеки України із загальнотеоретичних позицій, оскільки між поняттями «правовий режим», «адміністративно-правовий режим», «адміністративно-правовий режим у сфері державної безпеки» існує діалектичний взаємозв'язок загального, особливого та одиничного, а, як відомо, основою методологічного підходу до розкриття будь-якого поняття є розкриття одиничного через загальне.

Отже, професор С. С. Алексєєв, який одним із перших досліджував природу цього правового явища і який є одним з основних теоретиків правових режимів, відзначає, що цим терміном у найзагальнішому розумінні визначається «порядок регулювання, що виражений в комплексі правових засобів, які характеризують особливе поєднання взаємодіючих між собою дозволів, заборон, а також позитивних зобов'язань і що створюють особливу спрямованість регулювання»³. При цьому поняття режиму несе в собі основні значеннєві відтінки цього слова, у тому числі й те, що правовий режим виражає ступінь жорсткості

¹ Див.: Бахрах Д. Н. Административное право / Д. Н. Бахрах. – М. : Изд-во БЕК, 1996. – С. 201.

² Див.: Ласточкин В. В. Административно-правовые режимы и охрана государственной границы / В. В. Ласточкин. – М., 1999. – 297 с.; Маилян С. С. Административно-правовые режимы в теории и практике государственного управления правоохранительной деятельностью : монография / С. С. Маилян. – М. : ЮНИТИ-ДАНА, 2002. – 354 с.; Рушайло В. Б. Административно-правовые режимы : монография / В. Б. Рушайло. – М. : Щит-М, 2000. – 264 с.

³ Алексєєв С. С. Теория права / С. С. Алексєєв. – М. : БЕК, 1995. – С. 243.

юридичного регулювання, наявність певних обмежень або пілг, допустимий рівень активності суб'єктів, межі їх правової самостійності¹. Правовий режим розглядається професором С. С. Алексєєвим як «свого роду укрупнений блок у загальному арсеналі правового інструментарію, що сполучає в єдину конструкцію певний комплекс правових засобів»². Так, з цієї точки зору ефективно використання правових засобів при вирішенні тих або інших правових завдань значною мірою полягає в тому, щоб обрати оптимальний для вирішення відповідного завдання (у нашому випадку завдання державної безпеки) правовий режим.

Також С. С. Алексєєв звертає увагу на те, що в рамках кожного правового режиму, за деяким винятком, завжди діють усі засоби правового регулювання (заборони, дозволи, позитивні зобов'язання), але в кожному режимі — і це багато в чому визначає його специфіку — один із таких засобів, як правило, виступає як домінанта³, що й створює, на нашу думку, специфічну спрямованість у регулюванні сфери державної безпеки. Саме ця обставина лежить в основі класифікації адміністративно-правових режимів у сфері державної безпеки.

Далі відзначимо, що С. С. Алексєєв наголошує на тому, що фундамент відповідних режимів складають не просто дозволи і заборони, а загальні дозволи і загальні заборони, а ще точніше, типи правового регулювання, що базуються на них. І відповідно, найзагальнішим чином правові режими разом із виділенням спеціальних режимів, можуть бути поділені на загальнодозволені та дозвільні⁴.

При цьому, аналізуючи правові режими із спеціально-юридичної сторони, С. С. Алексєєв доходить висновку, що правові режими, які виражаються у правовому матеріалі та, «обростаючи» іншими правовими засобами, зокрема обмежувочими умовами і винятками, виходять за межі вищезгаданих типів правового регулювання.

Серед правових режимів С. С. Алексєєв виділяє також загальні та похідні, вторинні, режими. Перші є такими комплексами правових засобів, які виражають загальні і початкові співвідношення способів правового регулювання у даній сфері соціально-політичного життя;

¹ Алексєєв С. С. Общие дозволения и общие запреты в советском праве / С. С. Алексєєв. – М. : Юрид. лит., 1989. – С. 186.

² Алексєєв С. С. Теория права / С. С. Алексєєв. – М. : БЕК, 1995. – С. 243.

³ Там само. – С. 243–244.

⁴ Там само. – С. 244.

інші є відомими модифікаціями загальних режимів, що вносять або особливі пільги і переваги, які полягають у додаткових правах, або особливі обмеження, які полягають у додаткових заборонах або позитивних скріпленнях. До перших, що є основою правової дійсності, у глибині правової матерії, він відносить режими різних галузей права¹.

У свою чергу, правовий режим галузі права Д. Н. Бахрах визначає як «сукупність юридичних засобів регулювання — галузевий юридичний інструментарій, опосередкованих галузевим методом правової дії, що базуються на принципах, специфічних для даної галузі»². На наш погляд, крім галузевих режимів необхідно також виділити й інші первинні правові режими, що відповідають системі права і принципам правового регулювання, а саме: приватноправові та публічно-правові, міжгалузеві режими, режими підгалузей, інституційні й спеціальні.

Основу правового режиму становлять юридичні норми, що виділені за сукупністю вказаних вище ознак і у зв'язку з цим мають особливу цілісність. Причому в більшості випадків ця сукупність норм не належить до будь-якої однієї галузі права і складається з інститутів, що належать до різних галузей права. Правовий режим має яскраво виражену цільову спрямованість.

Наведений набір ознак дозволяє індивідуалізувати правове регулювання будь-якого виду суспільних відносин, у тому числі сфери державної безпеки. Саме в цьому і полягає цінність поняття «правовий режим».

Розглянуті теоретичні положення, що характеризують сутність правових режимів, можуть і повинні бути покладені в основу дослідження природи адміністративно-правових режимів у сфері державної безпеки України.

Вивчення наукових джерел показує, що багато авторів вкладають до поняття «адміністративно-правовий режим» достатньо вузький зміст, розглядаючи його переважно в контексті заходів, спрямованих на подолання ситуацій надзвичайного і неординарного характеру³. На цю обставину звертає увагу й С. С. Маїлян, з яким можна погодитися

¹ Алексеев С. С. Структура советского права / С. С. Алексеев. – М. : Юрид. лит., 1975. – С. 162–163.

² Бахрах Д. Н. Административное право. Общая часть : учебник / Д. Н. Бахрах. – М., 1993. – С. 279.

³ Див.: Розанов И. С. Административно-правовые режимы по законодательству Российской Федерации, их значение и структура / И. С. Розанов // Государство и право. – 1996. – № 9. – С. 55.

у тому, що обмежувати предмет адміністративно-правових режимів регулюванням подібних ситуацій навряд чи правильно¹. Підставою для цього є як існуюча практика, так і теоретичні напрацювання, у тому числі й у теорії права.

Натомість Ю. А. Тихомиров, підкреслюючи, що адміністративно-правові режими не мають виключно «надзвичайного» та «екстраординарного» характеру, у той же час наголошує на тому, що їх не можна й «ототожнювати ні із загальноправовим регулюванням, ні з процесом реалізації права», оскільки, на його думку, «вони є особливим видом регулювання, у межах якого створюється і використовується специфічна комбінація юридичних, організаційних та інших засобів для забезпечення того або іншого державного стану»².

У цьому аспекті автор статті більшою мірою поділяє точку зору М. І. Матузова та О. В. Малька, які вважають, що хоча адміністративно-правовий режим не можна у повному обсязі ототожнювати з поняттям «механізм правового регулювання», але разом з тим режим не можна й відокремлювати від цього поняття, оскільки він реалізується через певний механізм правового регулювання, що є загальним порядком, процесом дії права. Якщо механізм правового регулювання — це юридична категорія, що показує, як здійснюється правове регулювання, то адміністративно-правовий режим — більшою мірою змістовна характеристика конкретних нормативних засобів, покликаних організувати певну сферу життєдіяльності громадян³. Він є специфічним механізмом правового регулювання, його особливим порядком, спрямованим на конкретні види суб'єктів і об'єктів, що встановлює межі, в яких ці суб'єкти і об'єкти взаємодіють⁴.

Для адміністративного права, як і для будь-якої іншої галузі права, характерні специфічні режими регулювання, які багато в чому визначаються особливостями цієї галузі права, її роллю, функціями, завданнями. Так, Д. Н. Бахрах під адміністративно-правовим режимом розу-

¹ Маилян С. С. Административно-правовые режимы в теории и практике государственного управления правоохранительной деятельностью : монография / С. С. Маилян. – М. : ЮНИТИ-ДАНА, 2002. – С. 12–13.

² Тихомиров Ю. А. Административное право и процесс: полный курс / Ю. А. Тихомиров. – М., 2001. – С. 400–401.

³ Маилян С. С. Административно-правовые режимы в теории и практике государственного управления правоохранительной деятельностью : монография / С. С. Маилян. – М. : ЮНИТИ-ДАНА, 2002. – С. 59.

⁴ Див.: Матузов Н. И. Правовые режимы: Вопросы теории и практики / Н. И. Матузов, А. В. Малько // Правоведение. – 1996. – № 1. – С. 16–29.

міє «поєднання адміністративно-правових засобів регулювання, опосередковане централізованим порядком, імперативним методом юридичної дії, яка виражається в тому, що суб'єкти правовідносин за своїм статусом займають юридично не рівні позиції»¹, тобто виділяє перш за все засоби регулювання, засновані на специфічному для адміністративного права методі.

Але, як справедливо відзначив І. С. Розанов, «питання про поняття правового режиму повинне визначатися у зв'язку з характеристикою предмета і методу правового регулювання суспільних відносин тієї або іншої галузі права»².

Як відомо, предметом адміністративного права є суспільні відносини, що виникають, розвиваються і припиняються у зв'язку з реалізацією публічної влади. Розглядаючи питання співвідношення адміністративно-правового режиму й індивідуального регулювання, не можна оминати проблему дискреції. У юридичній літературі під дискрецією (фр. *discretionnaire* — залежний від особистого розсуду) і дискреційною владою розуміється вирішення посадовцем або державним органом будь-якого питання на власний розсуд³.

Як відомо, правова система будь-якої держави надає органам виконавчої влади певну свободу дій при ухваленні рішень. Існування адміністративного розсуду обумовлене творчим характером управлінської діяльності, її різнобічністю, складністю виникаючих управлінських ситуацій у різних сферах життєдіяльності⁴. Разом з тим у юридичній дійсності трапляються ситуації, коли у відсутність норм закону і підзаконних актів, що регулюють певну сферу діяльності, органи виконавчої влади в процесі практичної діяльності намагаються заповнити правові прогалини індивідуальним регулюванням.

Виникає запитання: чи існує встановлюваний так само порядок регулювання адміністративно-правового режиму? На наш погляд, ні. При цьому слід навести наукову думку М. І. Матузова та О. В. Малька,

¹ Бахрах Д. Н. Административное право / Д. Н. Бахрах. – М. : Изд-во БЕК, 1996. – С. 202.

² Розанов И. С. Административно-правовые режимы по законодательству Российской Федерации, их значение и структура / И. С. Розанов // Государство и право. – 1996. – № 9. – С. 87.

³ Див.: Тихомиров Ю. А. Административное усмотрение и право / Ю. А. Тихомиров // Журн. рос. права. – 2000. – № 4. – С. 70–79.

⁴ Административное право России. Часть I. Государственное управление и административное право : учебник / под ред. А. Л. Коренева. – М. : Юрист, 2002. – С. 245.

які вважають, що головна особливість правового режиму «полягає в тому, що він, за визначенням, створюється, закріплюється, регулюється правом, заснований на праві. Поза правовою сферою він немислимий...»¹. Тому такий режим діяльності органів державного управління можна іменувати фактичним, адміністративним, але правовим він не є.

Як правильно зазначали вчені-юристи, загальнодозволений порядок не підходить для регулювання діяльності органів виконавчої влади у сфері державної безпеки, при цьому повинні застосовуватися дозвільний порядок і визначення виняткової компетенції органів сектору безпеки. Вичерпний перелік їх прав і обов'язків, тобто «можна тільки те, що прямо дозволено законом» — це принцип, що створює суворо законну основу для адміністративного розсуду².

Формування правової держави припускає, що регулювання суспільних відносин повинне базуватися не на індивідуальних актах, що довільно видаються органами державної влади та адресовані конкретним суб'єктам певних відносин, а на загальних правилах поведінки, закріплених у нормах права. Отже, для цього, як правильно зазначив Л. А. Окуньков, потрібні стабільні закони, і держава повинна забезпечити їх дотримання³.

Таким чином, дискреція повинна мати свої межі, виходити за які суб'єкт не має права. Розсуд завжди має бути правовим, здійснюватися в рамках закону і відповідати вимогам законності. І не можна не погодитися з В. В. Лазарєвим, який підкреслив, що необхідно «раз і назавжди відмовитися від тези про те, що прогалини в законі заповнюються в процесі застосування права. Усунути прогалину в законі можна лише шляхом додаткової законотворчості»⁴.

Отже, видавані органами виконавчої влади, посадовцями індивідуальні акти можуть бути віднесені до засобів адміністративно-правового режиму тільки в тому випадку, якщо вони відповідають вказаним вище вимогам.

¹ Матузов Н. И. Правовые режимы: Вопросы теории и практики / Н. И. Матузов, А. В. Малько // Правоведение. – 1996. – № 1. – С. 16–29.

² Див.: Алексеев С. С. Право и перестройка. Вопросы, раздумья, прогнозы / С. С. Алексеев. – М.: Юрид. лит., 1987. – С. 66–77.

³ Окуньков Л. А. Актуальные проблемы законотворчества / Л. А. Окуньков // Журн. рос. права. – 2000. – № 1. – С. 3–6.

⁴ Общая теория права и государства : учебник / под ред. В. В. Лазарева. – М.: Юрист, 1996. – С. 254.

У свою чергу, Ю. А. Тихомиров у систему засобів адміністративно-правових режимів включає також й організаційні, технічні, матеріальні і фінансові кошти, що, на наш погляд, не зовсім правильно, оскільки ці засоби за своєю природою не є правовими, а отже, як вже було зазначено вище, не можуть бути елементами правового режиму. При цьому ми згодні з думкою Д. Н. Бахраха, що організаційна і матеріально-технічна підсистеми лише обслуговують правозастосовну діяльність органів державної влади¹.

Так, до ознак адміністративно-правових режимів можна віднести:

- сфера їх застосування — вони встановлюються у сфері діяльності публічної влади у зв'язку з виконанням органами державної влади своїх обов'язків забезпечити державну безпеку, охорону, захист;

- розпорядження, режимні правила, як правило, складаються із заборонних і таких, що зобов'язують, адміністративно-правових норм, що обмежують загальну правосуб'єктність фізичних і юридичних осіб;

- для адміністративно-правового режиму характерне позитивне скріплення, що виділяється в юридичній літературі. Йдеться про покладання на державні органи, посадовців, організації, підприємства, громадян обов'язку діяти в певному напрямі для досягнення тієї або іншої мети для забезпечення державної безпеки. Скріплення може мати характер загальнонормативної орієнтації, конкретного розпорядження, доручення зробити ту або іншу юридично значущу дію;

- обов'язковими суб'єктами правових режимів є компетентні органи публічної влади;

- більшість адміністративно-правових норм, що становлять основу таких режимів, можуть бути реалізовані тільки через правозастосування, шляхом видання індивідуальних правозастосовних актів;

- при регулюванні правовідносин, що виникають між невладними суб'єктами і публічною владою з приводу дотримання режимних правил, застосовується адміністративно-правовий метод впливу;

- порушення правил режиму спричиняє за собою заходи адміністративного примусу.

У свою чергу, адміністративно-правовий режим у сфері державної безпеки (у широкому сенсі) — це загальний режим діяльності органів сектору безпеки щодо реалізації покладених на них повноважень. Натомість адміністративно-правовий режим у сфері державної безпеки

¹ Див.: Бахрах Д. Н. Административное право. Общая часть : учебник / Д. Н. Бахрах. – М., 1993. – С. 281.

(у вузькому сенсі) є сукупністю норм та правил поведінки, діяльності громадян, фізичних та юридичних осіб, що закріплені у нормативно-правових актах, порядок реалізації ними прав і законних інтересів у певних ситуаціях, спрямований на забезпечення державної безпеки спеціально створюваними з цією метою органами, підрозділами і службами компетентних органів.

Підсумовуючи викладене, можна стверджувати, що особливими ознаками адміністративно-правових режимів у сфері державної безпеки є такі:

- встановлюються в діяльності компетентних органів та життєдіяльності осіб та громадян у частині забезпечення державної безпеки;
- регламентуються, як правило, нормами адміністративного права;
- закріплюють, деталізують норми та правила поведінки осіб, громадян, державних органів, суспільних об'єднань, підприємств і установ;
- вводять додаткові обмеження, покладають додаткові обов'язки;
- широко застосовують адміністративні методи впливу;
- вводиться додатковий контроль за дотриманням правил поведінки громадянами, фізичними і юридичними особами, а також органами державного управління;
- порушення норм та правил режиму спричиняє застосування додаткових заходів державного примусу.

Призначення адміністративно-правових режимів у сфері державної безпеки — це:

- забезпечення безперервного функціонування об'єктів, що становлять підвищену небезпеку або що мають важливе державне значення;
- визначення порядку реалізації прав і обов'язків на територіях, де проводяться спеціальні протипожежні, санітарні, природоохоронні й інші заходи;
- встановлення особливих правил користування об'єктами, що становлять підвищену небезпеку або що містять відомості, віднесені до інформації з обмеженим доступом (державна таємниця);
- забезпечення прав, свобод і законних інтересів осіб та громадян в умовах надзвичайного режиму;
- створення умов для ефективної, правомірної діяльності органів державної влади і місцевого самоврядування.

Белевцева В. Суть и особенности административно-правовых режимов в сфере государственной безопасности Украины

Статья посвящена исследованию общетеоретических вопросов относительно раскрытия сущности и содержания категории «административно-правовой режим». В работе приведены особенности, правовые рамки действия административно-правовых режимов в сфере государственной безопасности Украины.

Ключевые слова: правовой режим; административно-правовой режим; государственная безопасность; правоотношения в сфере безопасности.

Belevtseva V. Essence and features of the administrative-legal regimes in the field of state security of Ukraine

The article is devoted to research of general theoretic questions in relation to opening of essence and maintenance of category «administrative-legal regimes». Features are in-process resulted, legal scopes of action of the legal regimes in the field of state security of Ukraine.

Keywords: legal mode; administrative-legal regime; state security; legal relationships in the field of safety.

УДК 336.22:342.9

О. Ільницький, кандидат юридичних наук, асистент кафедри адміністративно-го та фінансового права Львівського національного університету ім. І. Франка

Характеристика правового спору з позицій концепції правовідношення

Дослідження правових спорів викликає ширий науковий інтерес не лише в межах загальної теорії права та юридичної конфліктології, а й у галузевих правових науках. Однією із перспектив вказаного напрямку наукового пошуку є розвиток концепції «правовий спір — правовідношення»¹. Формування підходу до правового спору як різновиду правовідношення вимагає з'ясування низки питань, які стосуються природи такого правовідношення, його місця у класифікаційних групах, виявлення складу та характеристики елементів тощо.

Характеризуючи будь-які правовідносини, первинно постає питання з'ясування їхньої юридичної природи та належності до певних груп за правовим призначенням. На сьогодні відомі такі основні групи правовідносин: регулятивні й охоронні; матеріальні і процесуальні.

Незважаючи на поширеність досліджуваної концепції з'ясування поняття правового спору через правовідносини в межах галузевих правових наук, більшість авторів обмежуються констатацією аргументів на підтримку цієї теорії. Усе це створює необхідність продовження наукового дослідження щодо поглиблення вказаної теорії, спираючись на результати досліджень теоретиків права у сфері вчення про правовідношення.

Метою цієї статті є характеристика правових спорів через з'ясування їх класифікаційної групової належності серед традиційних видів правовідносин.

Не вважаємо за доцільне звертатися на сторінках цього дослідження до детального аналізу позицій тих авторів, які ототожнюють спір як правовідношення із матеріальним правовідношенням, з якого він

¹ Про це детальніше див.: Ільницький О. В. Земельні спори та порядок їх вирішення в Україні: адміністративно-правовий підхід: монографія / О. Ільницький. – Львів, 2011. – С. 36–56; Ільницький О. В. Загальнометодологічні положення до визначення поняття правового спору / О. В. Ільницький // Підприємництво, госп-во і право. – 2008. – № 3. – С. 27–31.

виник (прихильники матеріального підходу), чи процесуальним правовідношенням, у якому він вирішується (процесуальний підхід). У такому випадку цілком очевидними стають підстави віднесення спорів до певних класифікаційних груп правовідносин, як і помилковість їхніх аргументів, що своєю підставою мають неправильні засновки. Характеристику правового спору ми вважаємо за необхідне подавати з позицій його самостійного значення.

Підставою для поділу правовідносин на групи регулятивних та охоронних одними авторами прийнято вважати характер їхнього змісту¹, іншими — цілі дії цих правовідносин². Незалежно від розуміння підстави для класифікації, надаючи характеристику цих двох груп правовідносин, науковці підтримують класичний варіант С. С. Алексєєва, на думку якого регулятивне за характером змісту правовідношення викликають до життя норми права та юридичні факти (події та правомірні дії), у той час як охоронні виникають на основі охоронних норм і правопорушень, вони дотичні до виникнення та реалізації юридичної відповідальності, яка передбачена у санкції охоронної норми³.

Саме на здобутках цієї концепції засновується розуміння спору як окремого охоронного за своїм призначенням правовідношення. Аргументи його авторів ґрунтуються на тому, що спір про право не є тотожним регулятивному матеріальному правовідношенню, бо його існування може лише допускатися до винесення рішення юрисдикційним органом, у той час як спір вже існує. Крім того, спір може виникнути із помилки суб'єкта про наявність у нього відповідного права і пред'явлення необґрунтованих претензій. Але в обидвох цих випадках спір існує як засіб охорони існуючого чи уявного права і відповідно є правовідношенням охоронного характеру, змістом котрого є права та обов'язки сторін спору щодо переконання один одного у своїй правоті, які виражаються у закріплених законом правах і обов'язках сформулювати, обґрунтувати і довести свої вимоги та заперечення⁴. Право

¹ Теория государства и права : учеб. для студ. вузов / С. С. Алексеев, П. Т. Васильков, И. Я. Дюрягин и др. ; под ред. С. С. Алексеева. – М. : Юрид. лит., 1985. – С. 326.

² Стариков Ю. Н. Курс общего административного права : в 3 т. / Ю. Н. Стариков. – М. : НОРМА (Изд. гр. НОРМА-ИНФРА М), 2002. – Т. 1 : История. Наука. Предмет. Нормы. Субъекты. – 2002. – С. 414.

³ Теория государства и права : учеб. для студ. вузов / С. С. Алексеев, П. Т. Васильков, И. Я. Дюрягин и др. ; под ред. С. С. Алексеева. – М. : Юрид. лит., 1985. – С. 326.

⁴ Бутнев В. В. Спор о праве как организационно-охранительное правоотношение / В. В. Бутнев // Проблемы защиты субъективных прав и советское гражданское судопроизводство : межвуз. сб. науч. трудов. – Ярославль : Изд-во Яросл. ун-та, 1981. – С. 48–49.

кожної зі сторін заявляти вимоги та заперечення на захист своїх суб'єктивних прав та законних інтересів у спірному відношенні утворює юридичний зміст матеріального охоронного правовідношення, яким є правовий спір¹.

Н. В. Сухарева, розмірковуючи про два види адміністративних правовідносин «конфліктного типу» (перше виникає в результаті вчинення адміністративного правопорушення та застосування до порушника заходів впливу з метою охорони державного та громадського порядку; друге — в результаті виникнення припущення про порушення або ж фактичного порушення владним суб'єктом, який діє від імені держави, прав і свобод громадян), визначає їх як правоохоронні та вертикальні².

Правовий спір як матеріальне охоронне правовідношення, у межах якого здійснюється захист прав та законних інтересів фізичних та юридичних осіб, трактують І. М. Зайцев та О. Б. Зеленцов³.

Протилежною є позиція К. І. Комісарова, на думку якого, у більшості випадків для нормалізації суспільних відносин достатньо прояву регулятивної функції права, що зумовлюється головною відмінною рисою будь-якої (у тому числі регулятивної) юридичної норми — забезпечення її дії силою державного примусу. Тому саме по собі порушення прав чи обов'язків сторонами ще не означає переходу від регулятивного до охоронного правовідношення. Будь-який збій у правовому зв'язку дає привід заінтересованій стороні вимагати від іншої усунення перешкод (що являє собою основний зміст правового спору), така вимога здійснюється у вигляді взаємодії самих сторін, не виходить за рамки регулятивного правовідношення, а становить один із елементів самоуправління сторонами їхньою взаємною поведінкою. У таких випадках можна говорити про динаміку, розвиток, діалектику регулятивних правовідносин, але поки що не про трансформацію їх в охо-

¹ Кіценко В. С. Поняття та структура податкового спору як виду правового спору / В. С. Кіценко // Форум права. – 2010. – № 4. – С. 459 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.nbu.gov.ua/e-journals/FP/2010-4/10kvcvhc.pdf>

² Сухарева Н. В. Административный процесс. – С. 12 [Електронний ресурс] // Публикации Адвокатского бюро «Адвокат Сухарев и партнеры». – Режим доступу: http://www.advocacy.ru/pub/adm_3_prozess.pdf – Заголовок з екрана.

³ Див. про це: Зайцев И. М. Сущность хозяйственных споров : монография / И. М. Зайцев. – Саратов : Изд-во Саратов. ун-та, 1974. – С. 84–85; Зеленцов А. Б. Теоретические основы правового спора : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01; 12.00.14 / Зеленцов Александр Борисович. – М., 2005. – С. 13.

ронні, які виникають лише у випадку, коли учасник регулятивного правовідношення починає вживати заходів до примусової реалізації своїх прав та обов'язків. Тут регулятивне правовідношення стає вже предметом правоохоронної діяльності¹.

Для виникнення правоохоронного відношення недостатньо факту невиконання зобов'язань, потрібно також звернення від уповноваженої сторони до органу держави за сприянням у захисті належних їй прав². Регулятивне правовідношення, як правило, є двостороннім. Охоронне правовідношення відрізняється тим, що в ньому практично завжди бере участь юрисдикційний орган, від якого залежить, чи приводить в дію державний примус (що й становить той особливий детермінуючий характер змісту охоронного правовідношення. — *Авт.*). З огляду на це за своєю юридичною природою охоронні правовідносини, як правило, є процесуальними³, що взагалі ставить під сумнів можливість формули «матеріальне охоронне правовідношення».

Таким чином, зробити однозначний висновок з цього питання досить складно. У позиціях про віднесення спору як правовідношення до групи регулятивних спостерігається поступове та плавне з'єднання того правовідношення, з якого виник спір, та його самого, «наступаючи» на автономність останнього. Окрім того, жодна з диспозицій приписів норм права не визначає юридичних фактів для виникнення правового спору, що є відмітною ознакою регулятивних взаємин, оскільки його існування для держави небажане, але водночас регулювання є необхідним засобом для забезпечення дотримання норм права. Останнє ж, на думку О. С. Иоффе та М. Д. Шаргородського, є однією з ознак охоронного правовідношення у правовій системі держави⁴.

Також лише з частиною умовності можна підтримати позицію про віднесення спору до групи охоронних правовідносин. Незважаючи на бажання задекларувати тут самостійність спору, її автори все ж на-

¹ Комиссаров К. И. К теории гражданско-процессуальных правоотношений / К. И. Комиссаров // Вопросы эффективности судебной защиты субъективных прав : межвуз. сб. науч. тр. – Вып. 65. – Свердловск, УрГУ : Свердл. юрид. ин-т, 1978. – С. 67–68.

² Толстой Ю. К. К теории правоотношения / Ю. К. Толстой. – Л. : Изд-во Ленингр. ун-та, 1959. – С. 48.

³ Комиссаров К. И. К теории гражданско-процессуальных правоотношений / К. И. Комиссаров // Вопросы эффективности судебной защиты субъективных прав : межвуз. сб. науч. тр. – Вып. 65. – Свердловск, УрГУ : Свердл. юрид. ин-т, 1978. – С. 68.

⁴ Иоффе О. С. Вопросы теории права / О. С. Иоффе, М. Д. Шаргородский. – М. : Гос. изд-во юрид. лит., 1961. – С. 195.

ближають його до відносин у процесі вирішення суперечності: природа охоронного правовідношення базується на застосуванні у тій чи іншій формі засобів державного примусу до виконання взаємних прав та обов'язків, відновлення статусу особи в результаті вчиненого порушення. Тому цілком закономірним у цьому випадку є віднесення до групи учасників охоронного правовідношення юрисдикційних органів чи інших носіїв можливості застосування примусу від імені держави, як це робить Ю. К. Толстой та К. І. Комісаров. Утім такі органи є учасниками не самого спору, а окремої процедури, яка складається з його вирішення.

Спір може виникнути як із реального порушення прав, так і за відсутності такого, у разі наявності помилки сторін щодо їх взаємних прав та обов'язків. У спорі також не йдеться про будь-який особливий примус, окрім як загального зобов'язання до дотримання правових норм, що існує і в рамках правовідносин, які виникають на підставі регулятивних норм. Водночас ці ознаки є визначальними для з'ясування природи правовідносин, яким вони притаманні, як охоронних¹.

Зовні спір як правовідношення справді наближається до групи охоронних відносин. Причиною цього перш за все є виведене попередньо призначення цієї групи відносин — захист прав, свобод та інтересів, відновлення їх стану, що зазнав порушення. Це ж призначення визначають і за правовим спором, як правовідношенням. Спір справді є способом забезпечення від порушень, оскільки його зміст становить правомірну поведінку сторін по врегулюванню взаємних розбіжностей. Утім призначенням традиційних охоронних правовідносин є активний захист тих прав, свобод та інтересів, які вже порушені, водночас спір охороняє права, свободи та інтереси осіб (як допустимого порушника, так і постраждалого) від нових порушень, які можливі у процесі ескалації суперечностей з правової позиції та конфронтацій, визначаючи міру дозволеної поведінки особи з відстоювання власної позиції при дійсному чи уявному порушенні.

Підсумовуючи, слід зауважити, що для найбільш правильного визначення характеристики категорії правових спорів як правовідносин за характером змісту їх слід визначати, на нашу думку, як особливе правовідношення — «конфліктне» (вказуючи на первинну соціально-

¹ Харитонova О. І. Адміністративно-правові відносини: концептуальні засади та права природа : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.07 / О. І. Харитонova. – Одеса, 2004. – С. 16–17.

психологічну природу походження цієї форми правової взаємодії). Відповідно, своєю ціллю воно має охорону прав, свобод та інтересів його учасників від подальших порушень у процесі з'ясування правових позицій з приводу протилежного розуміння сторонами свого статусу у змісті первинних відносин за допомогою забезпечення державним примусом належної реалізації сторонами визначених у правових нормах своїх прав і обов'язків.

Не менш актуальним та дискусійним є питання щодо елемента правової природи «конфліктного» правовідношення: є вона матеріальною чи процесуальною?

О. Б. Зеленцов, проводячи розмежування участі юрисдикційного органу у процедурі вирішення спору та самому спорі, порівнюючи статус учасників, доходить однозначного висновку про матеріально-правову природу спору як правовідношення¹.

На противагу йому, Ю. М. Козлов та Є. Б. Лупарев пропонують розглядати матеріально-правову та процесуально-правову характеристику спору, включаючи до складу їх суб'єктів і органи адміністративної юрисдикції². Але у цьому випадку автори припускаються непослідовності у своїх судженнях, оскільки їхні висновки про самотійність спору як правовідношення (комплексного матеріально-процесуального характеру) заходять у суперечність із викладеними тезами, за якими один із аспектів спору зводиться до процедури його вирішення і спір як правовідношення знову ж таки ототожнюється із процесуальними відносинами щодо його вирішення.

Розмірковуючи про правовий статус учасників спору, М. Б. Зейдер доводить самотійність «конфліктного» правовідношення, тим самим піддаючи критиці і віднесення його за правовою природою до матеріально-правових або ж процесуальних правовідносин. Від процесуальних він перш за все відрізняється часом свого існування — спір виникає до початку юрисдикційного процесу. І навіть якщо спір перенесений у процес, то він припиняє своє існування з винесенням рішення чи укладенням угоди, тобто задовго до закінчення процесу. Окрім того, його особливості полягають у суб'єктному складі (у ньому не бере

¹ Зеленцов А. Б. Теоретические основы правового спора : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01; 12.00.14 / Зеленцов Александр Борисович. – М., 2005. – С. 13.

² Козлов Ю. М. Административные правоотношения : учеб. пособие / Ю. М. Козлов. – М. : Юрид. лит., 1976. – С. 134–135; Лупарев Е. Б. Административно-правовые споры : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.14 / Лупарев Евгений Борисович. – Воронеж, 2003. – С. 13, 51, 62.

участі юрисдикційний орган) і у взаємозв'язку суб'єктів (як відомо, усі учасники процесу безпосередньо не пов'язані один з одним, а лише з юрисдикційним органом, через що процесуальні зв'язки — це відносини влади арбітра та підлеглості всіх інших учасників процесу)¹.

Утім головна відмінність, на думку І. М. Зайцева, полягає у змісті прав та обов'язків суб'єктів спору і процесуального відношення. Учасники спору не можуть змінювати позов (оскільки його ще не існує), знайомитися з матеріалами справи (оскільки і справи ще немає), давати заперечення на позов і т. д.²

На нашу думку, основна причина виникнення проблем при визначенні правової природи спору як правовідношення полягає: по-перше, у перенесенні стереотипів процесуального правовідношення з вирішення спорів на ознаки самого спору як правовідношення в силу їх суміжного існування, а також стадійності розвитку конфлікту, що проєктується дослідниками як триваючий і динамічний характер самого «конфліктного» правовідношення, в якому він об'єктивується³.

Водночас динаміка взаємодії сторін спору у правовому значенні зумовлює якісне перевтілення їх взаємозв'язків у нову стадію та нові супутні правовідношення (у тому числі реалізація права на звернення за захистом до юрисдикційного органу — до виникнення нового процесуального правовідношення з вирішення спору). Будь-яка активність суб'єкта щодо власних дій та протидії іншій стороні у правовому спорі є лише реалізацією власних прав та обов'язків у межах звичайного матеріально-правового відношення. Ці дії також не є процесуальними, оскільки таке їх розуміння не узгоджувалося б із загальними позиціями теорії юридичного процесу (ані з «широким» розумінням процесу, ані з «вузьким» юрисдикційним).

Також висновку можна дійти у разі порівняльного аналізу ознак процесуальних правовідносин, які подаються Є. Г. Лук'яною⁴. Спір як правове відношення не є засобом реалізації охоронних матеріальних

¹ Зейдер Н. Б. Гражданские процессуальные правоотношения / Н. Б. Зейдер. – Саратов : Изд-во Саратов. ун-та, 1965. – С. 26–29.

² Зайцев И. М. Сущность хозяйственных споров : монография / И. М. Зайцев. – Саратов : Изд-во Саратов. ун-та, 1974. – С. 85.

³ Див. про це: Лупарев Е. Б. Административно-правовые споры : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.14 / Лупарев Евгений Борисович. – Воронеж, 2003. – С. 249–253; Хаманева Н. Ю. Теоретические проблемы административно-правового спора / Н. Ю. Хаманева // Государство и право. – 1998. – № 12. – С. 30–31.

⁴ Див. про це: Лукьянова Е. Г. Теория процессуального права / Е. Г. Лукьянова. – М. : НОРМА, 2003. – 240 с.

правових норм та не виступає службовим щодо первинних матеріальних правовідносин. При цьому одразу слід наголосити, що «конфліктні» правовідносини (спори) та первісні матеріальні, на основі яких виникають перші, тісно пов'язані між собою. Утім не слід використовувати щодо цих («конфліктних») правовідносин поняття «другорядні» чи «службові», оскільки жодні з правовідносин з моменту виникнення такими не є, бо набувають самостійного правового значення для сторін, між якими вони існують. Точніше, можна говорити саме про похідний характер «конфліктного» правовідношення від первинного матеріального, оскільки для виникнення спору між сторонами повинен існувати матеріальний правозв'язок щодо об'єкта (або бути уявним з точки зору хоча б однієї із сторін), права та інтереси у якому захищатимуться та наявність якого доводитиме одна зі сторін у спорі.

Невластивим для спору є і владний характер процесуальних правовідносин, які будуються на засадах субординації по вертикалі, оскільки однією з їх сторін завжди виступають суди чи інші компетентні органи, наділені владними повноваженнями щодо сторін у процесі¹. Через це суб'єктний склад спору відповідає первинним матеріальним правовідносинам, на відміну від процесуальних. Відповідно, у спорі також відсутній прояв діяльності заради «чужого» матеріально-правового інтересу для окремих учасників (стосується до діяльності юрисдикційних органів, для яких власним визнають лише можливість існування процесуального інтересу, в силу відсутності прав на об'єкт спірних матеріально-правових відносин²).

Усе це дає підстави стверджувати, що спір як правовідношення є матеріально-правовим, а не процесуальним за своєю правовою природою.

Таким чином, на нашу думку, правовий спір як особливий вид правовідношення слід відносити до специфічної групи «конфліктних» матеріальних правовідносин. На підставі наведеного подальшому де-

¹ Див про це: Щеглов В. Н. Гражданское процессуальное правоотношение / В. Н. Щеглов. – М. : Юрид лит., 1966. – С. 25–28, 165; Щеглов В. Н. Субъекты судебного гражданского процесса : [лекции для студентов] / В. Н. Щеглов. – Томск : Изд-во Том. ун-та, 1979. – С. 48–50.

² Див про це: Зейдер Н. Б. Гражданские процессуальные правоотношения / Н. Б. Зейдер. – Саратов : Изд-во Саратов. ун-та, 1965. – С. 29; Штефан М. Й. Цивільне процесуальне право України : Академічний курс : [підруч. для студ. вищ. навч. закл.] / М. Й. Штефан. – К. : Концерн «Вид. дім «Ін Юре»», 2005. – С. 86–87; Щеглов В. Н. Субъекты судебного гражданского процесса : [лекции для студентов] / В. Н. Щеглов. – Томск : Изд-во Том. ун-та, 1979. – С. 32.

тальному з'ясуванню підлягають проблеми змісту вказаних правовідносин, що дозволить зробити крок на зустріч удосконаленню правового регулювання цього соціально-правового явища, а отже — забезпеченню конструктивного характеру цієї форми взаємодії з високим рівнем потенціалу негативних наслідків.

Ильницкий О. Характеристика правового спора с позиций правоотношенческой концепции

Статья посвящена проблемам определения характеристики правовых споров как особого вида правоотношений. На основании анализа результатов исследований автор приходит к выводу, что правовой спор является «конфликтным» материальным правоотношением.

Ключевые слова: правоотношения, правовой спор, конфликт.

Пнытскы О. Description of land disputes from positions relationships concept

The article focuses on the problems of determining the characteristics of legal disputes as a special type of relations. Based on the analysis of research results, the author concludes that the legal dispute is a «conflict» of material legal relationship.

Keywords: legal relationship, legal dispute, conflict.

ПИТАННЯ БОРОТЬБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ

УДК 343.9:343.851

В. Голіна, доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України, завідувач кафедри кримінології і кримінально-виконавчого права Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Зменшення можливостей вчинення злочинів як стратегія запобігання злочинності

Кримінальні реалії ХХ і початку ХХІ ст. остаточно зруйнували наївні уявлення людства стосовно викорінення злочинності шляхом підвищення матеріального благополуччя людини, високої освіти, повної трудової зайнятості населення, широкої демократії і процвітання держави. Разом з тим концепція формування антикримінального устрою як передумови вирішення проблем злочинності залишається актуальною. На думку професора В. В. Лунєєва, людство не зможе викоринити злочинність, але воно в силах утримувати її на більш-менш соціально терпимому рівні¹, хоча показник «рівень терпимості», запозичений із теорії соціального контролю злочинності, досить невизначений і може служити певним виправданням пасивності у боротьбі зі злочинністю, відмовою від розробки стратегії її поступового скорочення. Отже, повністю відкидати ідею звільнення людства від значної кількості злочинів, суттєвого їх зменшення навряд чи продуктивно. Вочевидь, що фронтальній протидії злочинності як на світовому, так і національному рівнях бракує людських і матеріальних ресурсів, слабкий досвід, ігнорування кримінологічної теорії, необґрунтовані вимоги щодо досягнення позитивних результатів негайно, імітація протидії злочинності штучно спотворюють саму ідею запобігання злочинності. Показовим щодо цього є проведений у 2006 р. Рахунковою

¹ Лунєєв В. В. Курс мировой и российской криминологии : учеб. для магистров. В 2 т. Т. 1 : Общая часть / В. В. Лунєєв. – М. : Юрист, 2012. – С. 921.

палатою України аудит ефективності використання бюджетних коштів на виконання Комплексної програми профілактики злочинності на 2001–2005 роки, затвердженої Указом Президента України від 25 грудня 2000 р.¹ У цій програмі було заплановано 110 заходів запобігання різним проявам злочинності, питання організаційно-управлінського, матеріально-технічного та кадрового його забезпечення. Аудит засвідчив, окрім інших недоліків, що у результаті занадто загального характеру передбачених програмою завдань і відсутності в ній чітких критеріїв фінансування, на загальну суму коштів (8003,8 млн грн), показано МВС України як спрямовану безпосередньо на виконання зазначених заходів Комплексної програми, насправді увійшли видатки, пов'язані із поточною діяльністю центрального органу виконавчої влади². Тобто майже всі 110 заходів фактично залишилися невиконаними суб'єктами запобігання злочинності! За нецільове використання коштів ніхто не поніс відповідальності; причини такого ставлення до важливого завдання державних органів, установ, організацій не розглядалися. Водночас робляться висновки, що кримінологічні заходи запобігання злочинності неефективні...

Однак є, вживаючи військову термінологію, «флангові» удари по «тилах» злочинності, які скорочують практичні можливості, обмежують соціальне поле різноманітних проявів криміногенного потенціалу суспільства.

Одним із запобіжних «флангових» ударів є стратегія зменшення можливостей вчинення злочинів. Поняття «стратегія» у понятійному апараті кримінології виникло не так давно і знайшло активне застосування у наукових публікаціях³.

Стратегія — це засоби досягнення цілей, мистецтво здійснення боротьби зі злочинністю або її окремими проявами, вибір вирішального напрямку для досягнення заздалегідь накреслених цілей. У більш розгорнутому концептуальному вигляді стратегія запобігання злочин-

¹ Офіц. вісн. України. – 2000. – № 52. – Ст. 2258.

² Про результати аудиту виконання Комплексної програми профілактики злочинності на 2001–2005 роки : постанова Колегії Рахункової палати України від 24 травня 2006 р. № 13-1. – К. : Рахункова палата України, 2006. – Вип. 13.

³ Руководящие принципы в области предупреждения и уголовного правосудия в контексте развития и нового международного экономического порядка // Сов. юстиция. – 1992. – № 13–14. – С. 39–40; Бородин С. В. Борьба с преступностью: теоретическая модель комплексной программы / С. В. Бородин. – М. : Наука, 1990. – С. 13; Кудрявцев В. Н. Стратегии борьбы с преступностью / В. Н. Кудрявцев. – 2-е изд., доп. и перераб. – М. : Наука, 2005. – С. 46–48 та ін.

ності може бути визначена як галузь державної діяльності, в якій здійснюються доктринальні питання теорії і практики організації, перспективного програмування і планування, впровадження запобіжних заходів, дослідження закономірностей превентивної діяльності, оцінки її ефективності і наступного довгострокового кримінологічного прогнозування¹.

При створенні конкретних, що стримують злочинність, стратегій слід виходити як із запозиченого світового, так і власного творчого досвіду такого запобігання, а також із кримінологічної обстановки, стану злочинності, рівня криміногенного потенціалу суспільства, розробки теорії кримінології і зокрема теорії запобігання злочинності, зі ступеня ресурсного забезпечення, міжнародного співробітництва та ін.

Як зразок можуть бути використані рекомендації VII Конгресу ООН із запобігання злочинності і поведження з правопорушниками (26 серпня — 6 вересня 1985 р., м. Мілан, Італія) щодо стратегії запобігання злочинності. На думку експертів, розрізняють два види стратегій: побічну і пряму. До першої належать: підвищення життєвого рівня населення (забезпечення відповідних житлових умов, якісне харчування, зайнятість, соціальне і пенсійне забезпечення, належне медичне обслуговування тощо); надання належної освіти і виховання дітям; створення умов для конструктивного проведення вільного часу молодими людьми; підвищення можливостей отримання гідної роботи, професійної підготовки і освіти для безробітних молодих людей, для осіб-сиріт, осіб, які відбули покарання у виді позбавлення волі; розвиток общин, громадськості, оскільки це є частиною заходів щодо покращення рівня життя; допомога у сфері соціального забезпечення і фінансова допомога. По суті ці стратегії добре відомі й у вітчизняній кримінології, ще за радянських часів вони мали назву — загальносоціальні заходи запобігання злочинності. Загальносоціальне запобігання злочинності і за ринкових відносин реалізує антикриміногенні ресурси суспільства в цілому та всіх його інститутів. Його здійснення відбувається заради зменшення суспільних суперечностей, соціально небезпечного протистояння різних верств населення, зменшення соціальної дезорганізації, аномії і людської деструктивності. Ці заходи

¹ Современные проблемы и стратегия борьбы с преступностью / науч. ред. В. Н. Бурлаков, Б. В. Волженкин. – СПб. : Изд. Дом С.-Петербур. гос. ун-та, Изд-во юрид. ф-та С.-Петербур. гос. ун-та, 2005. – С. 477; 483–484.

мають бути спрямовані на запобігання виникненню, обмеженню та по можливості усуненню негативних суперечностей у суспільстві, на пом'якшення наслідків кризових процесів, які відбуваються в країні, конфліктів і проблемних ситуацій у різних сферах людського буття, досягнення у суспільстві певного консенсусу.

Другий вид передбачає такі стратегії.

Втручання в кризових ситуаціях. Згідно з рекомендаціями Конгресу ООН втручання в кризових ситуаціях розуміється як різновид послуг у межах загальної системи соціального забезпечення, яке доступно усім віковим категоріям населення. Ці послуги мають широкий характер: від простої поради за телефоном до надання житла та медичного обслуговування, деінтоксикації у випадках зловживання наркотиками чи звичайного терапевтичного лікування. На наш погляд, цій стратегії слід надати більш ґрунтовного змісту: від телефону довіри, надання допомоги до силового втручання державних структур на різних етапах злочинної поведінки, фізичного припинення злочинних проявів (наприклад, сімейного насильства, готування до вчинення злочину та ін.).

Виховно-запобіжна та інформаційна робота з населенням. Ані кримінологічна політика, ані правоохоронні органи не можуть більш ефективно діяти без позитивного до них ставлення й активної підтримки з боку населення. У рекомендаціях VII Конгресу ООН наполягають на проведенні пропагандистських кампаній за допомогою ЗМІ, зборів громадськості, довіри населення до діяльності правоохоронних органів, релігійних заходів.

Залучення громадськості до запобігання злочинності. Широке залучення громадян до сфери запобігання злочинності як стратегія протидії злочинним проявам передбачає розвиток кримінально-правової правосвідомості і розуміння спільності суспільних та особистих інтересів.

Надання допомоги жертвам злочинів. Надання моральної підтримки і матеріальної допомоги громадянам, які потерпіли від злочинів, — завдання соціальної правової держави. Надання допомоги потерпілим, жертвам злочинів розглядається як далекоглядна державна стратегія запобігання злочинності, що передбачає низку соціальних, правових і кримінологічних аспектів протидії злочинності.

Зазначені стратегії окремо і разом заслуговують на подальшу розробку і впровадження у національну систему запобігання злочинності.

У статті розглядається ще одна важлива стратегія, теж рекомендована VII Конгресом ООН по запобіганню злочинності і кримінальному правосуддю — зменшення можливостей вчинення злочинів і правопорушень. По суті ці стратегії — складова частина і навіть зміст різновиду спеціально-кримінологічного запобігання злочинності — кримінологічної профілактики¹. Кримінологічна профілактика злочинності та її проявів означає завчасне вжиття заходів, які здатні перешкодити виникненню та розвитку злочинної мотивації, і має два аспекти: активний — наступ на злочинну мотивацію і пасивний — захист від її можливих проявів. Отже, заздалегідне вживання заходів як певна предметна діяльність включає заходи щодо випередження, виникнення і формування кримінальної мотивації і негативного кримінально-правового праворозуміння, обмеження або усунення можливостей її реалізації, а також захисту осіб та різних матеріальних і духовних цінностей і благ від можливих злочинних посягань.

Залежно від того, які за змістом розробляються і практично вживаються заходи стратегії зменшення можливостей вчинення злочинів, можна виділити її окремі види: профілактика випередження; обмеження; усунення; захисту. Вважаємо, що нинішня практика протидії злочинності потребує саме такої структури зазначеної стратегії, оскільки в ній дійсно викристалізуються види діяльності, які вимагають специфічних навичок, вмінь, підготовки, знань, тобто того, на що на практиці мало звертається уваги, а там, де це розуміють, з'являються позитивні зрушення у сфері боротьби зі злочинністю. Неможливо не погодитися з російським кримінологом А. Е. Жалінським, який понад 30 років тому писав, що спеціалізація і професіоналізація полягає в тому, що вона, по-перше, потребує все більше спеціальних, у тому числі інтегрованих наукою кримінологічних знань, підготовки, підстав на кримінологічній базі; по-друге, у тому, що розширюється коло посадових осіб, для яких ця діяльність є основною або провідною; по-третє, усередині профілактики утво-

¹ Див.: Голина В. В. Криминологическая профилактика, предотвращение и пресечение преступлений : учеб. пособие / В. В. Голина. – Киев : УМК ВО при Минвузе УССР, 1989. – 72 с.; Голина В. В. Поняття і структура спеціально-кримінологічного запобігання злочинності / В. В. Голина // Правова система України: історія, стан та перспективи : у 5-ти т. – Т. 5 : Кримінально-правові науки. Актуальні проблеми боротьби зі злочинністю в Україні / за заг. ред. В. В. Сташиса. – Х. : Право, 2008. – С. 357–400 та ін.

рюються види діяльності, які потребують специфічних знань, навичок та вмій¹.

Профілактика випередження з метою зменшення криміногенного потенціалу суспільства — це складова розглядуваної стратегії, що як вид запобіжної діяльності держави і спеціалізованих суб'єктів спрямована на мінімізацію виникнення мотивуючих кримінальну активність населення правових, організаційно-управлінських, технічних та інших умов, що сприяють у вирішенні його частиною своїх проблем шляхом порушення правової, у тому числі кримінально-правової заборони².

Прикладами упровадження профілактики випередження є розділ VI «Мінімізація злочинного впливу на неповнолітніх та молодіжне середовище» Комплексної програми профілактики злочинності на 2001–2005 роки³, заходи якої, як згадувалося раніше, залишилися невиконаними. Аналогічною є реалізація ідеї кримінологічної експертизи законопроектів в Україні, цінність якої, на думку її розробника А. П. Закалюка, вбачається саме в тому, що вона дає обґрунтування для своєчасної, як правило, до прийняття останніх у формі закону, суспільно доцільної фахової корективи їх змісту, спрямованої на усунення сумнівних або суперечливих норм, і тим самим запобігає негативним наслідкам впровадження законів у життя у вигляді створення сприятливих умов для реалізації криміногенного потенціалу членів суспільства⁴.

Профілактика обмеження передбачає винахід і вжиття таких запобіжних заходів, що перешкоджають поширенню в країні, регіоні, місті тих чи інших проявів криміногенного потенціалу. Обмежувальні заходи застосовуються тоді, коли йдеться про явища й процеси, існування яких є неминучим внаслідок певних історичних і соціальних умов, що не можуть бути усунені за короткі строки. Відомо, що багато негативних явищ у сучасному житті, як це не прикро, не можуть бути усунені тими засобами і технологіями, які є у розпорядженні держави

¹ Жалинский А. Э. Предупреждение преступлений в условиях НТР / А. Э. Жалинский // Совершенствование мер борьбы с преступностью в условиях научно-технической революции / отв. ред. В. Н. Кудрявцев. – М. : Наука, 1980. – С. 283.

² Долгова А. И. Преступность, ее организованность и криминальное общество / А. И. Долгова. – М. : Рос. криминолог. ассоц., 2003. – С. 7.

³ Офіц. вісн. України. – 2000. – № 52. – Ст. 2258.

⁴ Закалюк А. П. Курс сучасної української кримінології: теорія і практика : у 3 кн. / А. П. Закалюк. – К. : Ін Юре, 2008. – Кн. 3 : Практична кримінологія. – С. 191–192.

і суспільства. Це реальний факт, і його слід враховувати в запобіжній діяльності. Тому ставиться завдання: або по можливості послабити кримінальний тиск на певні відносини, або локалізувати його просторово-часовими межами і контингентом осіб. У цьому суть профілактики обмеження. Вона ставить перед відповідними суб'єктами не утопічні чи занадто затеоретизовані завдання. Орієнтація на негайне усунення міфічних причин й умов тих чи інших злочинів окрім дискредитації профілактичних заходів веде до небезпечних соціальних наслідків, зокрема до волюнтаризму у сфері протидії злочинності. Стратегія обмеження можливостей вчинення злочинів — це застереження від нього. Єдиний ефективний спосіб скорочення злочинних проявів у масштабах держави, а особливо в регіонах і містах — є їх обмеження.

Ознакою результативності впровадження заходів обмеження злочинності служить такий показник, як її «географія» (поширеність), а також коефіцієнт тяжких і особливо тяжких злочинів. Спостереження свідчать, що найбільш криміногенними регіонами України є Схід та Південь. Сімферополь, Севастополь, Кіровоград, Дніпропетровськ, Горлівка з коефіцієнтом 6–7,2 особливо небезпечних злочинів на 1000 мешканців займають перші місця серед інших міст України. Коефіцієнти злочинності у багатьох містах Західної України у 2–3 рази нижчі. Найбільш небезпечною з великих міст є Полтава (1,5 злочинів на 1000 жителів). Це обумовлюється, зокрема, складом і менталітетом населення регіону або міста, про що розробникам заходів стратегії обмеження можливостей вчинення злочинів має бути добре відомо. У запобіжній діяльності не треба будувати «маніловські вежі» протидії злочинності. Стратегії, у тому числі одна з них, що розглядується у цій статті, — малі кроки на шляху опанування злочинності.

Зменшення злочинних проявів починається з наведення в регіоні порядку. Кримінал — неминучий наслідок, у своїй більшості, його відсутності, оскільки на рівні суспільної та індивідуальної правосвідомості стихійно складається враження безкарності, безвладдя. Так, наприклад, суттєве зниження рівня злочинності у Вінниці (370 тис. населення) почалося з підвищення ефективності діяльності міліції: було переглянуто маршрути патрулювання; на гроші мерії чергувальні міліцейські автомашини обладнано системою GPS, що дозволило швидко діставатися до міста події; запроваджено практику заохочення співробітників міліції зі відмінну службу. За затримання злочинця

мерія виплачує 10 тис. гривень. Крім того, обмеженню злочинів сприяли: освітлення вулиць, що скоротило прояви грабежів і розбоїв; встановлення камер цілодобового спостереження у людних місцях; робота щодо зниження віктимності населення, особливо серед дітей, підлітків, пенсіонерів та ін. Навіть ремонт доріг з установленням і нанесенням відповідних дорожніх знаків і розміток позначився на скороченні випадків ДТП зі смертельними наслідками¹.

Профілактика усунення визначає таку діяльність суб'єктів, яка ліквідує негативні явища й процеси, що активізують злочинні прояви. Останні розрізняються залежно від соціального рівня суспільних відносин: від недоліків, зумовлених порушенням функцій державних органів, господарюючих суб'єктів, установ, організацій, службових осіб і поведінкою громадян, до криміногенних явищ та процесів, які формують або прискорюють до реалізації вже сформовану кримінальну мотивацію і правосвідомість. Вочевидь, що й заходи профілактики усунення на різних соціальних рівнях будуть несхожі. Конкретні криміногенні об'єкти та їх прояв при цьому не просто «витискуються» з однієї життєвої сфери в іншу, а реально знешкоджуються, руйнуються, придушуються, взагалі припиняють існування як такі². Невдачі у проведенні профілактики усунення, як і взагалі кримінологічної профілактики, пояснюються неадекватністю використаних засобів і строків усунення та їх несвоєчасністю або ж передчасністю. Як показує світовий досвід, усунення деяких асоціальних явищ перетворюється у силові акції і навіть війну (США — «сухий закон»; Колумбія, Афганістан — війна з наркобізнесом; США та інші країни — боротьба з тероризмом; Ірак — протидія створенню ядерної зброї тощо). Це поглинуло великі матеріальні і людські ресурси і ще потребує чималих коштів, тривалого часу і ресурсного забезпечення. На рівні регіонів, міст, сіл профілактика усунення може бути використана щодо ліквідації бездоглядності і безпритульності, корупції, порушення законодавства у сфері земельних відносин, злочинів проти пенсіонерів та ін.

Профілактика захисту розглядається як сукупність заходів, що здійснюються з метою наочної демонстрації засобів протидії злочинним проявам і досягненню їх результатів, що впливає (опосередковано)

¹ Див., наприклад: Орищук Ф. Закон и порядок. Как побеждают преступность украинские города / Ф. Орищук // Forbes, 2012, июнь. – С. 72–74.

² Теоретические основы предупреждения преступности : монография / отв. ред. В. К. Звирбуль и др. – М. : Юрид. лит., 1977. – С. 193.

на кримінально-правову правосвідомість громадян. На відміну від профілактики усунення чи обмеження, профілактика захисту прагне створити достатній особистий захист і безпеку людей та речей, а також зовнішні перешкоди на шляху посягання на суспільні матеріальні і духовні цінності (зброя, віконні ґрати, спеціальний одяг, технічні технології, пристрої, новітні хитрощі, «розумні» будинки, засоби проти викрадення, сучасна сигналізація, охорона, пакетування товарів тощо). Профілактика захисту, якщо взяти її окремо, зрозуміло, остаточно не вирішує проблему ліквідації злочинності — таке завдання ніхто перед нею і не ставить. Але її повсюдне і послідовне — з нарощуванням зусиль, досвіду, відповідного обладнання та ін. — проведення ускладнює, підвищує ризики невідворотності покарання, а подекуди і робить неможливим вчинення значної групи (особливо майнових) злочинів. Навіть сучасна, не кажучи про майбутню, охоронна сигналізація надійно перешкоджає квартирним крадіжкам. Утім головне не в цьому: профілактика захисту як світова стратегія зменшення можливостей злочинних проявів потребує наукового обґрунтування запобіжного впливу на свідомість потенційних злочинців технічної озброєності держави і суспільства, вивчення практики уразливості й можливості захисту людських цінностей від злочинних посягань, використання новітніх технологій і індустрій, впровадження різних ноу-хау, дослідження доцільності запозичення зарубіжного досвіду профілактики, у тому числі захисту в національному просторі та ін.¹ Проте не все так просто.

Отже, провідна ідея стратегії зменшення можливостей вчинення злочинів і правопорушень — це створення різних більш ефективних бар'єрів, перепон, ризиків тощо, які суттєво знижують шанси досягти мети злочинним шляхом.

Конкретним змістом зазначена стратегія наповнюється у регіональних і міських планах запобігання злочинності. Тому регіональні винаходи у запобіганні злочинним проявам, які не порушують права і законні інтереси людини, законом не заборонені.

¹ Чирва А. «Стукач» у законі / А. Чирва // Уряд. кур'єр. – 2012. – 22 черв. – С. 3. Виявляється, здивовано пише автор, що в Америці багато, аж занадто, добровільних помічників дорожньої поліції, простіше – «стукачів». Це вони, щедро заохочувані, зі шкури пнуться, щоб першими помігати щонайменше порушення правил дорожнього руху і вислужитися. Точніше, набрати балів для хорошої премії...

З точки зору запобігання правопорушенням – це одна з форм участі громадськості у цій сфері. Не суди і не судимим будеш.

Голіна В. Уменьшение возможностей совершения преступлений как стратегия предупреждения преступности

В статье на основе рекомендаций VII Конгресса ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями рассматриваются основные предупредительные направления стратегии уменьшения возможностей совершения преступлений в Украине.

Ключевые слова: предупреждение преступности, противодействие преступности, ООН, конгрессы ООН.

Golina V. The world practice of participation of public in counteraction criminality

In the article on the basis of recommendations of VII congress of UN on prevention of crime and handling offenders basic preventive directions strategy of diminishing of possibilities of committing a crime are examined in Ukraine.

Keywords: prevention of crime, counteraction criminality, UN, congresses of UN.

УДК 343.241

О. Ус, кандидат юридичних наук, доцент кафедри кримінального права № 1 Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Заміна довічного позбавлення волі позбавленням волі на певний строк у разі незастосування судом давності виконання обвинувального вироку

Обвинувальний вирок суду виконується після набрання ним законної сили. Відповідно до ч. 1 ст. 535 Кримінального процесуального кодексу України (далі — КПК України)¹ вирок, що набрав законної сили, якщо інше не передбачено цим Кодексом, звертається до виконання не пізніше як через три дні з дня набрання ним законної сили або повернення матеріалів кримінального провадження до суду першої інстанції із суду апеляційної чи касаційної інстанції або Верховного Суду України. У разі необхідності спосіб, строки і порядок виконання можуть бути визначені в самому судовому рішенні (ч. 1 ст. 534 КПК України). Процесуальні питання, пов'язані з виконанням обвинувального вироку у кримінальному провадженні, вирішує суддя суду першої інстанції одноособово, якщо інше не передбачено цим Кодексом (ч. 5 ст. 534 КПК України). Призначене судом покарання виконується відповідними органами (Державний департамент України з питань виконання покарань, його територіальні органи управління, кримінально-виконавча інспекція) і установами виконання покарання (арештні доми, кримінально-виконавчі установи, спеціальні виховні установи).

Проте з різних причин об'єктивного і/або суб'єктивного характеру (бездіяльність державних органів, на які покладено виконання вироку, різноманітні форс-мажорні обставини тощо) обвинувальний вирок суду може бути не звернений до виконання або не виконуватися повністю чи в частині. Якщо вирок суду певний час не виконується (не звернений до виконання), то в подальшому його виконання в окремих випадках є недоцільним. Це зумовлено тим, що засуджений до закінчення строків давності постійно знаходився під загрозою реального відбування покарання. Крім того, невчинення засудженим у цей період нового

¹ Кримінальний процесуальний кодекс України : прийнятий Верховною Радою України Законом № 4651-VI від 13.04.2012 р. – Х. : Право, 2012. – 392 с.

злочину свідчить, за загальним правилом, про його «юридичне» виправлення, втрату ним суспільної небезпечності, а отже, і застосування покарання до нього не є доцільним, бо не матиме належного карального і попереджувально-виправного впливу.

Відповідно до ст. 80 Кримінального кодексу України (далі — КК України) звільнення від відбування покарання у зв'язку із закінченням строків давності виконання обвинувального вироку полягає у відмові держави від виконання призначеного особі покарання у тих випадках, коли воно не було виконане упродовж певного строку з дня набрання вироком законної сили. Тобто ст. 80 КК України обмежує строками давності повноваження держави щодо кримінального переслідування осіб, яким призначено певну міру покарання за вчинений злочин.

Водночас згідно з ч. 5 ст. 80 КК України питання про застосування давності до особи, засудженої до довічного позбавлення волі, вирішується судом. Якщо суд не визнає за можливе застосувати давність, довічне позбавлення волі замінюється позбавленням волі на певний строк. Тобто якщо особа була засуджена до довічного позбавлення волі і вирок не звернений до виконання протягом певного проміжку часу, питання про застосування давності вирішується судом. Залежно від ступеня суспільної небезпечності вчиненого злочину і особи засудженого суд може прийняти одне з таких рішень: а) не застосовувати давність, і довічне позбавлення волі замінити на позбавлення волі на певний строк; б) застосувати давність і звільнити особу від відбування призначеного їй довічного позбавлення волі. Приймаючи одне із запропонованих рішень, суд повинен його мотивувати.

Заміна довічного позбавлення волі позбавленням волі на певний строк у разі незастосування судом давності виконання обвинувального вироку належить до заміни покарання, яка:

а) здійснюється у процесі його виконання (відбування). Це положення, безперечно, є дещо умовним, бо фактично заміна здійснюється у випадку, якщо обвинувальний вирок було ухвалено (він набув законної сили), проте з певних об'єктивних причин (бездіяльність державних органів, на які покладено виконання вироку, різноманітні форс-мажорні обставини тощо) його не було виконано. Водночас сама сутність інституту давності свідчить про те, що засуджений постійно знаходиться під загрозою реального виконання покарання і в будь-який момент (до закінчення строків давності) вирок може бути виконано.

Більше того, переривання чи зупинення строків давності свідчить, що кримінально-правові наслідки вчинення злочину і засудження до певної міри покарання не зникають у разі невиконання вироку суду. Наприклад, якщо особа протягом строку давності вчинить новий злочин середньої тяжкості, тяжкий або особливо тяжкий, обчислення давності виконання обвинувального вироку починається з дня вчинення нового злочину, до того ж покарання у цьому разі призначається за сукупністю вироків (ст. 71 КК України);

б) *є обов'язковою*, бо у разі незастосування давності суд зобов'язаний замінити довічне позбавлення волі на позбавлення волі на певний строк. Інша справа, що питання про застосування або незастосування давності вирішується судом, на його розсуд з урахуванням усіх обставин справи, а також особи винного;

в) *застосовується тільки на підставі рішення суду*, бо жоден інший орган державної влади не може прийняти рішення про застосування такого виду заміни покарання, до речі, на відміну від заміни довічного позбавлення волі на підставі акта про помилування, яке здійснює Президент України¹;

г) *здійснюється більш м'яким видом покарання*². Слід зазначити, що розподіл покарань за ступенем суворості на більш і менш суворі (більш і менш м'які) прямо впливає з приписів кримінального закону (наприклад, ч. 1 ст. 69, ч. 1 ст. 70 КК України). У літературі поняття «більш м'яке покарання» або не розкривається, або визнається як покарання, що у законодавчому переліку, встановленому в ст. 51 КК України, передбачено вище замінюваного, тобто поставлено на «сходінку» вище того, яке підлягає заміні³. Уявляється, що

¹ Див.: ч. 2 ст. 87 КК України, п. 2 Положення про порядок здійснення помилування, затверджене Указом Президента України від 16.09.2010 р. № 902/2010.

² У юридичній літературі дуже часто покарання називаються менш або більш *тяжкими*. Однак термін «тяжкість» може бути використаний лише при класифікації злочинів. Залежно від характеру й обсягу тієї шкоди, яка заподіюється злочином правоохоронюваним інтересам, усі вони поділяються на менш або більш тяжкі. Що ж стосується видів покарання, то залежно від характеру й обсягу правообмежень, що містяться в них, а отже, і від ступеня їх карального впливу на засудженого, усі вони можуть бути поділені на менш або більш *суворі* (Див. також: Тютюгин В. И. К вопросу о системе наказаний и порядке их назначения в проекте УК Украины / В. И. Тютюгин // Проблемы законности : Республик. міжвід. наук. зб. / відп. ред. В. Я. Тацій. – Х. : Нац. юрид. акад. України, 2000. – Вип. 45. – С. 155.)

³ Див.: Уголовное право Украины: Общая часть : учебник / под ред. М. И. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тация. – Киев : Юринком Интер, 2003. – С. 368–369.

докази того, що у ст. 51 КК України законодавець розташував покарання за ступенем їх суворості, містяться у ч. 1 ст. 72 КК України, у якій не тільки зазначено, що при складанні покарань *менш суворий вид покарання переводиться в більш суворий вид*, а й встановлені відповідні еквіваленти, на основі яких можна визначити співвідношення за суворістю між різними видами покарань;

д) *є повною*, бо призначене судом довічне позбавлення волі повністю замінюється позбавленням волі на певний строк. Згідно з ч. 1 ст. 64 КК України довічне позбавлення волі встановлюється за вчинення особливо тяжких злочинів і застосовується лише у випадках, спеціально передбачених КК, якщо суд не вважає за можливе застосувати позбавлення волі на певний строк. При регламентації такої заміни законодавець чітко установив вид заміняючого покарання — позбавлення волі на певний строк. Оскільки довічне позбавлення волі є безстроковим покаранням¹, то виділити відбуту або невідбуту його частину з метою заміни неможливо, а отже, цей вид заміни належить до заміни всього покарання, а не невідбутої його частини;

е) *відбувається у зв'язку з об'єктивними обставинами, а також з урахуванням поведінки засудженого* — незастосування судом давності виконання обвинувального вироку;

є) *здійснюється на підставі норм КК*, а саме ст. 80 КК України.

Слід зазначити, що застосування давності до особи, засудженої до довічного позбавлення волі, є виключною мірою. Підтвердженням цьому є той факт, що при засудженні до інших видів покарання закон установив чіткі строки давності (два, три, п'ять, десять, п'ятнадцять років), і тому при вирішенні питання про давність саме вони покладаються в основу прийняття рішення. Тобто якщо закінчилися строки давності виконання обвинувального вироку і вони не зупинилися у зв'язку з ухиленням особи від відбування покарання та не переривалися вчиненням особою нового злочину середньої тяжкості, тяжкого або особливо тяжкого, то особа звільняється від відбування покарання. Як правильно стверджує І. М. Гальперін, не виключено, що у період строку давності особа, яка вчинила злочин, вела аморальний спосіб життя, вчиняла певні правопорушення, тобто була далека від тих вимог, що ставляться до законслухняних осіб. Проте закон обґрунтовано пов'язує застосування давності лише із закінченням певного строку,

¹ Наприклад, у КК Грузії довічне позбавлення волі називається безстроковим позбавленням волі (ст. 51).

бо мова йде про покарання, як одну з найсуворіших форм державного примусу¹.

При застосуванні ж давності до особи, засудженої до довічного позбавлення волі, суд обов'язково буде враховувати як особу винного, так і всі обставини справи. Як справедливо зазначає К. В. Михайлов, незастосування строків давності виконання обвинувального вироку щодо засудженого до довічного позбавлення волі можна пояснити занадто високим ступенем його суспільної небезпечності, яка не зменшилася за час спливу строків давності до такого рівня, коли його можна було б взагалі звільнити від відбування покарання².

Необхідно звернути увагу на те, що у КК України не зазначено строк, який повинен сплинути до моменту вирішення питання про давність виконання обвинувального вироку суду, яким особу засуджено до довічного позбавлення волі. У пункті 5 ч. 1 ст. 80 КК України передбачено строк давності п'ятнадцять років — у разі засудження особи до покарання у виді позбавлення волі на строк більше десяти років за особливо тяжкий злочин. На підставі системного тлумачення норм КК України питання про застосування давності до особи, засудженої до довічного позбавлення волі, може вирішуватися судом, якщо вирок не було виконано протягом п'ятнадцяти років. Тому до закінчення п'ятнадцятирічного строку з дня набуття вироком суду законної сили щодо засудження особи до довічного позбавлення волі такий вирок підлягає виконанню. Водночас, на наш погляд, оскільки довічне позбавлення волі є найбільш суворим видом покарання, то необхідно і для нього встановити більш тривалий строк давності виконання обвинувального вироку, наприклад, двадцять років. Тим паче і клопотання про помилування у разі засудження особи до довічного позбавлення волі може бути подане після відбуття нею не менше двадцяти років призначеного покарання (абз. 2 п. 4 Положення про порядок здійснення помилування³). Якщо ж цей строк закінчився, то питання про застосування давності вирішується судом, при цьому суд не обмежений максимальним строком, по закінченні якого давність обов'язково повинна бути застосована. Як застосування, так і незастосування давності

¹ Гальперин И. М. Наказание: социальные функции, практика применения / И. М. Гальперин. – М. : Юрид. лит., 1983. – С. 185.

² Див.: Михайлов К. В. Уголовно-правовой институт освобождения от наказания / К. В. Михайлов. – М. : Юрлитинформ, 2008. – С. 203–204.

³ Положення про порядок здійснення помилування, затверджене Указом Президента України від 16.09.2010 р. № 902/2010.

ті до особи, засудженої до довічного позбавлення волі, може мати місце через будь-який (невизначений) час по закінченні, на наш погляд, двадцятирічного строку з дня набуття вироком законної сили.

Критерії, якими повинен керуватися суд, у разі застосування давності чи відмови в її застосуванні, у теорії кримінального права одностайно не вироблені. Як стверджує В. Є. Смольников, застосування до особи давності не повинно залежати від характеру вчиненого злочину і тяжкості наслідків, що настали. Ці обставини вже були враховані судом при призначенні покарання. Тому застосування давності повинно базуватися виключно на тому, що засуджений вже не є суспільно небезпечним після закінчення відносно тривалого часу, який сплинув із дня набрання вироком законної сили. Тому, на думку вченого, абсолютно природно, що при вирішенні питання про застосування давності суди повинні враховувати час, який сплинув із моменту набрання вироком законної сили. Чим триваліший цей час, тим більше підстав вважати засудженого таким, що вже не є суспільно небезпечним, якщо він довів своє виправлення невчиненням нових злочинів і суспільно корисною діяльністю¹.

Необхідно також зазначити, що, передбачивши заміну довічного позбавлення волі (ст. 64 КК України) позбавленням волі на певний строк (ст. 63 КК України), законодавець не встановив строк заміняючого покарання. Деякі криміналісти вважають, що суд зобов'язаний замінити довічне позбавлення волі позбавленням волі в межах санкції відповідного кримінального закону з урахуванням характеру і тяжкості вчиненого злочину². Так, К. В. Михайлов стверджує, що суд зобов'язаний замінити довічне позбавлення волі на більш м'який вид покарання, а саме на позбавлення волі на строк в рамках санкції тієї норми КК, за якою діяння було кваліфіковане в обвинувальному вирокі суду³. Уявляється, що така позиція є не зовсім правильною з таких підстав.

¹ Смольников В. Е. Давность в уголовном праве / В. Е. Смольников. – М. : Юрид. лит., 1973. – С. 120. Такий підхід поділяє і Ю. М. Ткачевський (Див.: Ткачевский Ю. М. Давность в советском уголовном праве / Ю. М. Ткачевский. – М. : Изд-во Моск. ун-та, 1978. – С. 107–108).

² Див.: Уголовный кодекс Украинской ССР. Научно-практический комментарий / Н. Ф. Антонов, М. И. Бажанов, Я. М. Брайнин и др. ; под общ. ред. В. И. Зайчука. – Киев : Политиздат Украины, 1969. – С. 133.

³ Див.: Михайлов К. В. Уголовно-правовой институт освобождения от наказания / К. В. Михайлов. – М. : Юрлитинформ, 2008. – С. 203–204.

Згідно з ч. 2 ст. 63 КК України позбавлення волі встановлюється на строк від одного до п'ятнадцяти років. Водночас довічне позбавлення волі передбачено в 11-ти санкціях статей Особливої частини КК України (ст. 112, ч. 2 ст. 115, ч. 3 ст. 258, ст. 348, ст. 379, ст. 400, ч. 4 ст. 404, ч. 2 ст. 438, ч. 2 ст. 439, ч. 1 ст. 442, ст. 443 КК України) і завжди в альтернативі з позбавленням волі на максимальний строк — п'ятнадцять років. Більше того, згідно з ч. 1 ст. 64 КК України довічне позбавлення волі застосовується лише у випадках, спеціально передбачених КК України, якщо суд не вважає за можливе застосовувати позбавлення волі на певний строк. Отже, якщо суд призначив покарання у виді довічного позбавлення волі і не визнав за можливе призначити особі позбавлення волі на певний строк, то замінити довічне позбавлення волі в порядку ч. 5 ст. 80 КК України, на наш погляд, він може лише шляхом призначення максимального строку позбавлення волі, зазначеного у санкції відповідної статті Особливої частини КК України. Це обумовлено також тим, що засуджений і так «заохочується», бо довічне позбавлення волі заміняється йому більш м'яким покаранням — позбавленням волі. Застосовувати до особи «подвійне заохочення», на наш погляд, у цій ситуації немає достатніх підстав, тим більше у випадках, коли суд не знайшов підстав для застосування давності.

Таке положення необхідно закріпити в КК України, бо відсутність вказівки на розмір заміняючого покарання у виді позбавлення волі на певний строк може породити певну невизначеність при прийнятті такого рішення і теоретично може призвести до ситуації, коли суд, не застосувавши строки давності до особи, засудженої до довічного позбавлення волі, замінить цей вид покарання на позбавлення волі на строк, зазначений у ч. 2 ст. 63 КК України, тобто на строк від 1 до 15 років, при цьому таке рішення не буде суперечити чинній редакції ч. 5 ст. 80 КК України.

Як правильно відзначає В. Є. Смольников, заміняючи довічне позбавлення волі у випадку незастосування давності, суд тим самим не ревізує покарання, призначене вироком суду. Довічне позбавлення волі підлягає заміні не тому, що суд, який ухвалив вирок, припустився помилки при призначенні покарання, а внаслідок закінчення значного часу з дня набрання чинності вироком, коли застосування такого покарання є недоцільним. У такій ситуації суд не вправі привласнювати собі функції наглядової інстанції¹. Він повинен замінити довічне по-

¹ Див.: Смольников В. Е. Давність в уголовном праве / В. Е. Смольников. – М. : Юрид. лит., 1973. – С. 122.

збавлення волі не на будь-який строк, а тільки на максимальний строк, передбачений санкцією відповідної статті Особливої частини КК України.

Більше того, виходячи з аналізу строків, на які може бути призначено позбавлення волі, можливо запропонувати такі варіанти вирішення зазначеного питання: а) у разі заміни довічного позбавлення волі, яке було призначено за один злочин, позбавлення волі призначається на строк п'ятнадцять років; б) у разі заміни довічного позбавлення волі, призначених за сукупністю вироків, строк позбавлення волі може бути встановлений у межах від п'ятнадцяти до двадцяти п'яти років.

Ураховуючи викладене, пропонуємо викласти ч. 5 ст. 80 КК України у такій редакції: «Питання про застосування давності до особи, засудженої до довічного позбавлення волі, вирішується судом. Суд має право звільнити особу від відбування довічного позбавлення волі, якщо з дня набрання чинності обвинувальним вироком його не було виконано протягом двадцяти років. Якщо суд не визнає за можливе застосувати давність, довічне позбавлення волі замінюється позбавленням волі на строк не менше п'ятнадцяти років».

Ус О. Замена пожизненного лишения свободы лишением свободы на определенный срок в случае неприменения судом давности исполнения обвинительного приговора

Статья посвящена уголовно-правовым проблемам замены пожизненного лишения свободы в случае неприменения судом давности исполнения обвинительного приговора. Исследуются основание, условия и порядок такого вида замены. Сформулировано авторское предложение по усовершенствованию законодательной регламентации применения давности к лицу, осужденному к пожизненному лишению свободы.

Ключевые слова: замена наказания, давность исполнения обвинительного приговора, пожизненное лишение свободы, лишение свободы на определенный срок.

Us O. Substitution of life imprisonment with imprisonment for a specified period in the case of non execution of a court conviction

The article is devoted to criminal law issues replacing life imprisonment by a court in the case of non fulfillment of conviction. Examine the ground, conditions and procedure for this type of replacement. Author formulated a proposal to improve the legal regulation of prescription to a person sentenced to life imprisonment.

Keywords: replace sentence, the duration of execution of sentence, life imprisonment, an imprisonment for a specified period.

УДК 343.241

Є. *Самойленко*, здобувач кафедри кримінального права № 1 Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Врахування обставин, що пом'якшують покарання, при застосуванні статті 69 КК України

Установлені у Кримінальному кодексі України (далі — КК) відносно визначені, альтернативні та кумулятивні санкції надають суду великі можливості для індивідуалізації покарання. Проте різноманіття життєвих ситуацій може привести до того, що навіть мінімальне покарання в межах санкції буде в конкретному випадку надто суворим і таким, що не відповідає тяжкості вчиненого й особі винного, внаслідок чого не збігається із тими його цілями, які сформульовані у ст. 50 КК. З огляду на зазначені ситуації ст. 69 КК надає суду право в *особливих* (виняткових) випадках вийти за межі санкції статті Особливої частини КК, яка встановлює відповідальність за вчинений злочин, і призначити більш м'яке покарання порівняно з тим, яке передбачене у цій санкції¹.

Відповідно до абз. 1 п. 8 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику призначення судами кримінального покарання» від 24 жовтня 2003 р. № 7 призначення основного покарання, нижчого від найнижчої межі, передбаченої законом за даний злочин, або перехід до іншого, більш м'якого виду основного покарання, або непризначення обов'язкового додаткового покарання може мати місце лише за наявності декількох (не менше двох) обставин, що пом'якшують покарання та істотно знижують ступінь тяжкості вчиненого злочину, з урахуванням особи винного².

Відповідно до ст. 69 КК *передумовою* призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, є вчинення особою злочину будь-

¹ Кримінальне право України: Загальна частина : підручник / Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, В. І. Тютюгін та ін. ; за ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – 4-те вид., переробл. і допов. – Х. : Право, 2010. – С. 362–363.

² Про практику призначення судами кримінального покарання : постанова Пленуму Верховного Суду України від 24 жовтня 2003 р. № 7 // Вісн. Верхов. Суду України. – 2003. – № 6. – С. 14–20 (з подальшими змінами та доповненнями).

якого ступеня тяжкості. З цього положення є один виняток, а саме: згідно з ч. 2 ст. 69 КК суд може не призначити додаткового покарання, що передбачене в санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини КК як обов'язкове, за винятком випадків призначення покарання за вчинення злочину, за який передбачене основне покарання у виді штрафу в розмірі понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

Підстава застосування ст. 69 КК складається з двох елементів, що характеризують *вчинений злочин і особу винного*, а саме: а) наявність кількох обставин, що пом'якшують покарання та істотно знижують ступінь тяжкості вчиненого злочину; б) дані, що певним чином характеризують особу винного. Так, *першим елементом підстави* призначення більш м'якого покарання ніж передбачено законом є наявність кількох обставин, що пом'якшують покарання та істотно знижують ступінь тяжкості вчиненого злочину. З аналізу цього законодавчого положення можна дійти висновку, що закон вказує на певні *кількісні та якісні* показники таких обставин.

По-перше, їх має бути *декілька*, тобто не менше двох таких обставин. Максимальна кількість обставин, що пом'якшують покарання, для застосування ст. 69 КК у законі не встановлена. Саме тому їх кількісна характеристика, з урахуванням якісних показників, має пропорційний вплив на вибір міри більш м'якого покарання — чим більшу кількість обставин, що пом'якшують покарання, встановлено по конкретній справі, тим більше підстав у суду призначити більш м'яке покарання (за наявності всіх інших умов застосування ст. 69 КК). Навпаки, відсутність таких обставин у справі або наявність лише однієї обставини, що пом'якшує покарання, виключає можливість застосування ст. 69 КК¹.

По-друге, встановлюючи обставини, що пом'якшують покарання, суд ураховує як ті з них, що перелічені в ч. 1 ст. 66 КК, так і ті, що визнаються судом такими на підставі ч. 2 ст. 66 КК. Цей висновок базується на тому, що перелік обставин, які пом'якшують покарання та зазначені в ч. 1 ст. 66 КК, не є вичерпним. Суд, проаналізувавши всі обставини справи та визнавши такими, що пом'якшують покарання, ті, які не зазначені в ч. 1 ст. 66 КК, повинен їм надати належну правову оцінку, тобто врахувати всі у сукупності при обранні міри покаран-

¹ Практика судів України з кримінальних справ (2006–2007). – С. 159–160, 184–186, 191–192, 197–198, 206–208.

ня та при застосуванні того чи іншого інституту, положення кримінального права. Тим паче жодних застережень з цього приводу ст. 69 КК не містить.

По-третє, ці обставини мають знижувати ступінь тяжкості вчиненого злочину, причому знижувати *істотно*, тобто настільки, що призначення винному навіть мінімального покарання (виду і розміру) в межах санкції статті (частини статті) Особливої частини КК було б явно недоцільним. У рамках цього положення необхідно звернути увагу на декілька моментів.

1. Йдеться про обставини, що знижують ступінь тяжкості злочину. Слід зазначити, що обставини, які пом'якшують покарання, залежно від того, що саме вони характеризують, можна поділити на обставини, які характеризують: а) злочин (його тяжкість); б) особу винного; в) як злочин, так і особу винного. Обставини, що характеризують тяжкість злочину, виникають у момент його вчинення та безпосередньо з ним пов'язані. У зв'язку з зазначеним, при встановленні цього елемента підстави застосування ст. 69 КК, необхідно брати до уваги лише ті обставини, що пом'якшують покарання та визначають менший ступінь тяжкості злочину.

У судовій практиці обставинами, що свідчать про доцільність застосування ст. 69 КК, найчастіше визнаються: запобігання шкідливим наслідкам злочину з боку винного, добровільне відшкодування збитків, вчинення злочину через збіг тяжких особистих обставин, відсутність тяжких наслідків, щире каяття винного та активне сприяння розкриттю злочину, другорядна роль у вчиненні злочину тощо¹. Така позиція, на наш погляд, потребує певного уточнення. Це пов'язано з тим, що одним з елементів підстави застосування ст. 69 КК є врахування особи винного, тобто даних, що її характеризують. У зв'язку з цим при встановленні першого елемента підстави призначення більш м'якого покарання необхідно з'ясовувати лише ті обставини, що впливають саме на тяжкість злочину і не належать до характеристики особи винного.

Саме тому не досить коректним є тлумачення ст. 69 КК, яке надав Пленум Верховного Суду України в абз. 2 п. 8 постанови від 24 жовтня 2003 р. № 7, відповідно до якого у кожному такому випадку суд зобов'язаний у мотивувальній частині вироку зазначити, які саме обставини справи *або* дані про особу підсудного він визнає такими, що істотно знижують ступінь тяжкості вчиненого злочину. По-перше,

¹ Вісн. Верхов. Суду України. – 2008. – № 5. – С. 32–33.

при вказівці на врахування обставин справи та особи винного Пленум Верховного Суду України зазначив сполучник «або», тоді, коли слід було використовувати сполучник «і». По-друге, дані про особу винного характеризують небезпечність особи винного, а не тяжкість злочину.

2. Зазначені обставини мають не просто знижувати ступінь тяжкості вчиненого злочину, а знижувати його *істотно*. Відомо, що тяжкість злочину — це категорія оціночна. Оціночною категорією є й істотність зниження ступеня тяжкості злочину. На наш погляд, говорити про істотне зниження ступеня тяжкості злочину можна у разі коли воно відбувається настільки, що призначення винному навіть мінімального покарання (виду і розміру) в межах санкції статті (частини статті) Особливої частини КК буде явно недоцільним.

Другим елементом підстави призначення більш м'якого покарання ніж передбачено законом є дані, що певним чином характеризують особу винного. Аналізуючи цей елемент підстави призначення більш м'якого покарання, слід звернути увагу на декілька моментів.

1. Закон не зазначає, які саме дані про особу слід ураховувати. Оскільки жодних обмежень щодо характеристики особи у ст. 69 КК не встановлено, то можна дійти висновку, що всі дані, що характеризують особу винного, необхідно оцінювати при вирішенні питання про можливість призначення більш м'якого покарання. Ці дані можуть бути як пов'язані, так і не пов'язані зі вчиненням злочину, зокрема, до уваги доцільно брати: обставини, що характеризують вік особи (неповнолітній чи похилий), стан здоров'я, зразкову поведінку особи в побуті як до, так і після вчинення злочину, трудову діяльність, позитивну характеристику, прагнення залагодити заподіяну шкоду, сприяти у розкритті злочину тощо. Тобто фактично мова повинна йти про врахування психологічних, фізіологічних та соціальних характеристик особи, яка вчинила злочин. Пленум Верховного Суду України в абз. 2 п. 8 постанови від 24 жовтня 2003 р. № 7 також зазначив, що, оцінюючи дані про особу, необхідно враховувати не тільки мету й мотиви, якими вона керувалась при вчиненні злочину, а й її роль серед співучасників, поведінку під час та після вчинення злочинних дій тощо.

2. Водночас виникає закономірне питання: яким саме чином встановлені за справою дані повинні характеризувати особу винного? Оскільки йдеться про встановлення одного з елементів підстави для застосування ст. 69 КК, то, очевидно, що для її наявності необхідно

встановити, що дані про особу характеризують її з *позитивного* боку. Тобто в усіх цих випадках повинні бути встановлені такі дані про особу винного, які дають суду можливість дійти обґрунтованого висновку, що застосування ст. 69 КК буде цілком достатнім для досягнення цілей покарання.

Призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, можливе лише за наявності *двох* розглянутих елементів підстави застосування ст. 69 КК *в їх єдності та сукупності*. Якщо судом встановлені тільки обставини, що пом'якшують покарання, або тільки позитивні дані про особу винного, тобто лише один із зазначених елементів підстави, то застосування ст. 69 КК є неприпустимим.

У зв'язку з дослідженим виникає також питання: а як вчинити в ситуації, коли наявні обставини, що як обтяжують, так і пом'якшують покарання? Вважаємо, що існування окремих обставин, які обтяжують покарання, та певних негативних даних про особу винного не є перешкодою для застосування ст. 69 КК, якщо буде встановлено, що обставини, які пом'якшують покарання, та позитивна характеристика особи винного за якісно-кількісними показниками домінують над обставинами, що його обтяжують та негативно характеризують особу.

У літературі висловлюється й інша позиція. Так, Ю. Мельникова та О. Плешаков пишуть, що законодавець, передбачаючи можливість призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, говорить про обставини, що пом'якшують покарання та характеризують особу винного у тому сенсі, що ці обставини зменшують суспільну небезпечність вчиненого та особи винного. Навпаки, обставини, що обтяжують покарання, свідчать про підвищену суспільну небезпечність винного, тому у суду немає підстав для застосування до нього більш м'якого покарання, ніж передбачено законом¹. Таку позицію висловлювали й інші автори². Так, О. Ф. Сундурова стверджує, що встановлення обставин, що обтяжують покарання, виключає застосування положення КК щодо призначення більш м'якого покарання³. З такою категоричною позицією навряд чи можна погодитися, бо так звана

¹ Мельникова Ю. Назначение более мягкого наказания, чем предусмотрено законом / Ю. Мельникова, А. Плешаков // Соц. законность. – 1974. – № 1. – С. 28.

² Флоря К. Н. Назначение наказания с учетом причин совершения преступления / К. Н. Флоря. – Кишинев, 1980. – С. 27.

³ Сундурова О. Ф. Понятие и социально-политическая природа усиления (отягчения) наказания / О. Ф. Сундурова // Учен. зап. Казан. гос. ун-та: Юрид. науки. – Т. 144. – С. 360.

«проста» обставина, що обтяжує покарання, навряд чи може нейтралізувати обставину, яка його пом'якшує та істотно знижує ступінь тяжкості вчиненого злочину. Крім того, таких обставин повинно бути декілька. До того ж й обставини, що характеризують особу винного, теж обов'язково беруться до уваги.

Вплив обставин, що пом'якшують покарання, на призначення більш м'якого покарання полягає в тому, що суд може застосувати одне з таких правил (варіантів) його призначення:

1. *Призначити основне покарання нижче від найнижчої межі, встановленої у санкції статті (частини статті) Особливої частини КК, яка передбачає відповідальність за вчинений злочин. У такому випадку суд призначає той самий вид (в альтернативній санкції — один із тих видів) основного покарання, який і передбачено в санкції, але при цьому виходить за мінімальну межу, встановлену для цього виду покарання в санкції. Причому це покарання не може бути призначено нижче мінімуму, передбаченого для даного виду покарання у відповідній статті Загальної частини КК, що регламентує застосування конкретного виду покарання. На це звертає увагу судів і Пленум Верховного Суду України у абз. 3 п. 8 постанови від 24 жовтня 2003 р. № 7.*

Звичайно, такий підхід можливий, якщо в санкції статті встановлено мінімальний строк такого виду покарання. Тому неможливо призначити покарання нижче від найнижчої межі у разі, коли його мінімальний строк (розмір) у санкції статті (частини статті) Особливої частини КК не зазначено і отже, він збігається з тим мінімумом, який встановлено для цього виду покарання в Загальній частині КК.

Слід також зазначити, що *«призначенню покарання, нижчого від найнижчої межі, передбаченої санкцією статті Особливої частини КК, не перешкоджає наявність у цій же санкції альтернативних, більш м'яких покарань»* (абз. 6 п. 8 постанови від 24 жовтня 2003 р. № 7). У зв'язку з цим вважаємо, що норма КК, положення якої досліджуються, повинна мати назву не «призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом», а «призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено санкцією статті (частини статті) Особливої частини КК».

2. *Перейти до іншого, більш м'якого виду основного покарання, не зазначеного в санкції статті (частини статті) Особливої частини КК, що передбачає відповідальність за вчинений злочин.* Такий перехід означає, що суд призначає покарання, яке не зазначене у санкції статті Особливої частини КК та яке є більш м'яким порівняно із

потенційно обраним покаранням. Тобто суд призначає покарання, яке: 1) не зазначене в санкції статті (частини статті) Особливої частини КК; 2) це покарання є *більш м'яким* порівняно з тим, яке передбачене у відносно-визначеній санкції або порівняно з потенційно обраним покаранням, яке фігурує в альтернативній санкції.

У цьому аспекті принциповим є з'ясування питання, що означає «більш м'яке покарання»? У літературі поняття «більш м'яке покарання» або не розкривається, або визначається як покарання, що у законодавчому переліку, встановленому в ст. 51 КК, передбачено вище, тобто поставлено на «сходінку» вище того, щодо якого здійснюється порівняння. Водночас у ст. 51 КК прямо не зазначено, що передбачені тут види покарань розташовані у певній послідовності за ступенем їх суворості — від менш суворого до більш суворого. У науці кримінального права висловлюється позиція, що система покарань закріплена в ст. 51 КК у вигляді встановленого кримінальним законом і обов'язкового для суду переліку покарань, у якому усі вони розташовані у певному порядку — за ступенем їх суворості¹. Але це лише наукове тлумачення норми закону. Що ж свідчить про те, що в ст. 51 КК покарання розташовані за ступенем суворості, чи є правові підстави говорити про те, що, наприклад, арешт є більш м'яким покаранням, ніж обмеження волі?

Слід зазначити, що розподіл покарань за ступенем суворості на більш і менш суворі (більш і менш м'які) прямо впливає з приписів кримінального закону. Так, згідно з ч. 1 ст. 70 КК при сукупності злочинів суд, призначивши покарання за кожний злочин окремо, визначає остаточне покарання шляхом поглинення *менш суворого покарання більш суворим* або шляхом повного чи часткового складання призначених покарань. Відповідно до ч. 1 ст. 82 КК особам, що відбувають покарання у виді обмеження або позбавлення волі, невідбута частина покарання може бути замінена судом більш м'яким покаранням.

Уявляється, що докази того, що в ст. 51 КК законодавець розташував покарання за ступенем їх суворості містяться в ч. 1 ст. 72 КК, у якій не тільки зазначено, що при складанні покарань *менш суворий вид покарання переводиться в більш суворий вид*, а й встановлені відповідні еквіваленти, на основі яких можна визначити співвідношення за суворістю між різними видами покарань.

¹ Уголовное право Украины: Общая часть : учебник / под ред. М. И. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – Киев : Юринком Интер, 2003. – С. 368–369.

Деякі вчені стверджують, що при встановленні більш м'якого покарання необхідно враховувати не тільки його суворість, а й строк (розмір)¹. Так, на думку О. С. Міхліна, усяке покарання повинно бути кількісно зіставлене з іншим покаранням. В окремих випадках таке зіставлення дає сам закон. Наприклад, з аналізу ч. 1 ст. 72 КК можна зробити висновок про те, що один день позбавлення волі дорівнює двом дням обмеження волі. Тому хоча позбавлення волі більш суворе покарання, ніж обмеження волі, але п'ять років обмеження волі, на думку криміналіста, несуть більший каральний заряд, ніж один рік позбавлення волі. Каральна ж сила майнових покарань залежить від розміру штрафу і вартості майна, що конфіскується. Тому, як стверджує О. С. Міхлін, штраф у значному розмірі навряд чи можна вважати більш м'яким покаранням, ніж виправні роботи².

Більше того, у літературі висловлювалася думка про те, що рішення питання про ступінь суворості покарань повинно відбуватися з урахуванням думки засудженого. Наприклад, П. П. Осипов стверджував, що для окремих категорій злочинців позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю, як правило, є більш суворим покаранням, ніж виправні роботи. Те саме можна сказати, порівнюючи штраф і виправні роботи при призначенні покарання за окремі господарські злочини або злочини проти власності³.

Безумовно, суворість покарання, що призначається винному, в кожній конкретній ситуації оцінюється ним. Проте, на наш погляд, подібні висловлювання позбавлені достатніх підстав, бо закон встановлює систему покарань за ступенем їх суворості незалежно від міри (розміру, строку) того або іншого виду покарання, а виходячи з загально-визнаної ієрархії цінностей, а також характеру й обсягу тих правообмежень, яких зазнає особа. Тому позбавлення волі строком на один рік завжди буде більш суворим покаранням, ніж, скажімо, обмеження волі навіть строком на п'ять років. На підтвердження даної позиції можна послатися на конструкцію альтернативних санкцій статей Особливої частини КК, де покарання також розташовані за ступенем їх суворості, і при цьому більш м'яке покарання може бути встановлено на більш

¹ Міхлін А. С. Замена уголовного наказания более мягким / А. С. Михлин // Соц. законность. – 1982. – № 10. – С. 60.

² Міхлін А. С. Проблемы досрочного освобождения от отбывания наказания / А. С. Михлин. – М. : ВНИИ МВД СССР, 1982. – С. 94–95.

³ Див.: Осипов П. П. Теоретические основы построения и применения уголовно-правовых санкций / П. П. Осипов. – М., 1976. – С. 82.

тривалий строк, ніж більш суворе покарання, яке у тій же санкції передбачене (наприклад, ч. 1 ст. 371 КК). Більше того, відповідно до положень Загальної частини КК, більш суворе покарання може призначатися на менший строк, ніж менш суворе. Так, покарання у виді виправних робіт призначається на строк від шести місяців до двох років, а більш суворе покарання у виді арешту встановлюється на строк від одного до шести місяців. Таким чином, суворість покарань не пов'язана з конкретною їх мірою (строком, розміром).

Отже, незважаючи на те, що різні види покарання, передбачені ст. 51 КК, можуть призначатися на різні строки й у різних розмірах, більш м'яким покаранням є покарання, яке у законодавчому їх переліку розташоване вище. У разі обрання більш м'якого покарання суд повинен керуватися такими правилами:

1) суд має право призначити *будь-який* більш м'який вид основного покарання, керуючись при визначенні їх порівняльної суворості законодавчим переліком покарань, встановленим у ст. 51 КК;

2) можливо здійснювати перехід до іншого, більш м'якого виду основного покарання, яке є *проміжним стосовно альтернативних* видів покарань, передбачених у санкції статті Особливої частини КК¹, бо у ст. 69 КК мова йде про призначення більш м'якого покарання, встановленого не для санкції в цілому, а для конкретного виду (розміру) покарання. У теорії кримінального права була висловлена думка про те, що можливість призначити більш м'яке покарання, яке не зазначено в санкції статті КК та є проміжним, щодо передбачених у ній покарань виключається². Висловлювалась і менш радикальна позиція. Окремі дослідники стверджують, що призначення більш м'якого покарання є виправданим лише у двох випадках: а) коли санкція статті Особливої частини КК передбачає лише позбавлення волі як єдиний вид покарання; б) коли всі види покарань, передбачені санкцією з урахуванням їх характеру, строків та розміру, не відповідають характеру та ступеня суспільної небезпечності вчиненого злочину або призна-

¹ Євдокімова О. В. Призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / О. В. Євдокімова. – Х., 2003. – С. 13–14.

² Ткаченко В. И. Назначение наказания : учеб. пособие / В. И. Ткаченко. – М. : ВЮЗИ, 1985. – С. 33–34; Ребане И. Назначение наказания ниже низшего предела при альтернативных санкциях / И. Ребане // Сов. юстиция. – 1978. – № 14. – С. 19; Плешаков А. М. Применение более мягкого наказания, чем предусмотрено законом / А. М. Плешаков. – М., 1982. – С. 37.

чення більш м'якого покарання за даний злочин, повинно допускатися лише у випадках, коли всі види покарань, передбачені санкцією, не можуть бути застосовані у зв'язку з їх надзвичайною суворістю¹. Як правильно стверджує Є. В. Благов, такий підхід обмежує приписи законодавця. Допускається призначення покарання, коли менш суворий вид покарання не може забезпечити досягнення його цілей, а мінімальний строк більш суворого виду покарання за обставинами справи є доволі суворим²;

3) при цьому суд повинен ураховувати, що призначити як більш м'яке покарання спеціальний його вид суд може тільки тоді, коли засуджений відповідає вимогам щодо осіб, яким може бути призначене таке покарання;

4) при переході до іншого більш м'якого покарання, ніж передбачено в санкції, суд може призначити його в межах мінімуму і максимуму, встановлених у відповідній статті Загальної частини КК;

5) бажано б призначати *найближчий* за ступенем суворості вид основного покарання. Як правильно стверджує О. В. Євдокімова, доцільно закріпити у ст. 69 КК вимоги, відповідно до яких суд здійснював би перехід до іншого, більш м'якого покарання, поетапно, східчасно. І тільки якщо це основне покарання не може бути призначене у зв'язку з існуванням в КК заборони на його застосування до конкретної особи, може бути розглянута можливість обрання інших, ще більш м'яких видів покарання³.

3. За наявності підстав, передбачених у ч. 1 ст. 69 КК, і керуючись ч. 2 цієї статті, суд має право *не призначати таке додаткове покарання, що передбачене в санкції статті Особливої частини КК як обов'язкове*. Необхідно також, щоб додаткове покарання було, поперше, безпосередньо передбачене в санкції статті, за якою засуджується винний і, по-друге, закріплене в санкції як *обов'язкове*. Слід зазначити, що додаткове покарання не може бути тотожним або одно-

¹ Рарог А. Назначение наказания... / А. Рарог, Е. Акимов. – С. 27; Дулатбеков Н. О. Назначение более мягкого наказания, чем предусмотрено за данное преступление / Н. О. Дулатбеков // Дифференциация ответственности и проблемы юридической техники в уголовном праве и процессе / под ред. Л. Л. Кругликова. – Ярославль, 2002. – С. 76.

² Благов Е. В. Применение специальных начал назначения уголовного наказания / Е. В. Благов. – М. : Юрлитинформ, 2007. – С. 118–119.

³ Євдокімова О. В. Призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / О. В. Євдокімова. – Х., 2007. – С. 14.

рідним, а також більш суворим, ніж основне покарання, яке призначається за той самий злочин.

Наприкінці слід вказати, що рішення суду щодо застосування ст. 69 КК має бути належним чином умотивоване у вирокі з обов'язковим посиланням на цю норму¹.

Самойленко Е. Учет обстоятельств, смягчающих наказание, при применении статьи 69 УК Украины

Статья посвящена уголовно-правовым проблемам учета обстоятельств, смягчающих наказание, при индивидуализации наказания в стадии его назначения. Исследуется вопрос об обязательности учета таких обстоятельств, установлена очередность их учета наряду с иными элементами основания назначения более мягкого наказания, чем предусмотрено законом.

Ключевые слова: обстоятельства, смягчающие наказание; назначение наказания; влияние на определение его меры.

Samoylenko E. Account of circumstances mitigating the punishment, at application of the article 69 CC of Ukraine

The article is devoted to criminal law issues taking into account the circumstances to mitigate the punishment, the individualization of punishment in the process of his appointment. We investigate the question of compulsory registration of such circumstances, prioritized them into account along with other elements of the base use more lenient sentence than provided for by law.

Keywords: circumstances mitigating the punishment, sentencing and the effect on the determination of its measure.

¹ Вісн. Верхов. Суду України. – 2006. – № 5. – С. 17.

УДК 347.963

В. Прищепя, здобувач кафедри організації судових та правоохоронних органів Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», начальник відділу боротьби з корупцією та організованою злочинністю Управління СБУ в Харківській області

Правова природа прокурорського нагляду за додержанням законів при виконанні покарань, не пов'язаних з позбавленням волі

Актуальність дослідження зазначених питань обумовлюється тим, що орієнтація нашої держави на високі міжнародні стандарти у сфері формування й реалізації пенітенціарної політики зумовлюють поступовий відхід від широкого застосування кримінальних покарань, що передбачають позбавлення волі. Ураховуючи ці тенденції, існує потреба у проведенні відповідних досліджень, пов'язаних із прокурорським наглядом за додержанням законів при виконанні покарань, не пов'язаних з позбавленням волі, з метою підвищення його ефективності.

Питання прокурорського нагляду за додержанням законів при виконанні відповідних покарань у вітчизняній юридичній літературі предметно досі не досліджувалися і лише побічно відображені у роботах П. М. Каркача, М. В. Косюти, М. Й. Курочки, М. І. Мичка та деяких інших вчених. Ця прогалина потребує заповнення шляхом проведення самостійних наукових досліджень, присвячених прокурорському нагляду за додержанням законів при виконанні кримінальних покарань, не пов'язаних з позбавленням волі.

Характеристика сутності прокурорського нагляду за додержанням законів при виконанні покарань, не пов'язаних з позбавленням волі, передусім має спиратися на визначення предмета, об'єкта та суб'єктів відповідної наглядової діяльності прокуратури. При цьому необхідно звернутися до правової природи прокурорського нагляду в цілому, складовою якого вона є.

Діяльність органів прокуратури в Україні характеризується комплексністю функцій, які ці органи виконують, аби досягти поставлених

завдань своєї діяльності¹. Кожна з функцій, що закріплена за прокуратурою, має певні специфічні особливості, які визначають її місце серед інших функцій прокуратури. До числа конституційних функцій прокуратури належить нагляд за додержанням законів при виконанні судових рішень у кримінальних справах, а також при застосуванні інших заходів примусового характеру, пов'язаних з обмеженням особистої свободи громадян. Він має власні характерні ознаки, до яких належать об'єкти, суб'єкти нагляду, коло повноважень прокурора, власний предмет діяльності і відповідні методи впливу на учасників прокурорсько-наглядових правовідносин.

У науковій юридичній літературі досить усталеними є погляди стосовно поділу прокурорського нагляду, що розглядається, на дві складові: 1) нагляд за додержанням законів при виконанні судових рішень у кримінальних справах; 2) нагляд за додержанням законів при застосуванні заходів примусового характеру, пов'язаних з обмеженням особистої свободи громадян². Наприклад, М. І. Мичко вважає, що це дає можливість чіткіше визначити предмет прокурорського нагляду і конкретизувати обов'язки окремих підрозділів і посадових осіб прокуратури в здійсненні нагляду³. Натомість М. В. Косюта зазначає, що хоча й не можна заперечувати певних особливостей змісту наглядової діяльності і застосування повноважень прокурора стосовно окремих видів органів, які застосовують заходи примусового характеру щодо громадян, проте це не може бути підставою для дроблення цієї функції прокуратури, оскільки і завдання прокуратури, і її повноваження є в принципі однорідними⁴.

У цілому приєднуючись до концепції поділу відповідної функції прокуратури на зазначені складові, зауважимо, що всередині кожної з них є самостійні ділянки роботи, які визначають окремі напрями прокурорського нагляду. Напрямок прокурорського нагляду Р. В. Лемак визначає як окрему ділянку наглядової діяльності в рамках однієї галузі (підгалузі), виділення якої обумовлено необхідністю вирішення

¹ Прокурорський нагляд в Україні : підруч. для студ. юрид. спец. ВНЗ / І. Є. Марочкін, П. М. Каркач, Ю. М. Грошевий. – Х. : ТОВ «Одісей», 2005. – С. 9.

² Лемак Р. В. Прокурорський нагляд за додержанням законів в установах виконання покарань : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.10 / Р. В. Лемак. – Х., 2012. – С. 41.

³ Мичко М. І. Функції та організаційний устрій прокуратури / М. І. Мичко. – Донецьк : Донецчина, 2001. – С. 127.

⁴ Косюта М. В. Прокурорська система України в умовах демократичного суспільства / М. В. Косюта. – О. : Юрид. л-ра, 2002. – С. 174.

спеціальних завдань у сфері однорідних суспільних відносин, або як обов'язковий елемент (параметр) наглядової роботи прокурора методико-тактичного спрямування¹.

Ураховуючи викладене, наглядова діяльність прокуратури щодо додержання законів при виконанні судових рішень у кримінальних справах потребує поділу на два відокремлені напрями: 1)гляд за виконанням кримінальних покарань, що передбачають позбавлення волі і 2)гляд за виконанням кримінальних покарань, не пов'язаних з позбавленням волі.

Такий поділ зумовлений тим, що ступінь правообмежень для особи під час виконання покарань у відповідних установах є більшим порівняно з особами, щодо яких застосовуються покарання, не пов'язані з позбавленням волі. При цьому слід звертати увагу на таке. По-перше, для виконання кримінальних покарань, що передбачають позбавлення волі, створюються спеціальні установи виконання покарань, де особи утримуються ізольовано від суспільства. По-друге, для реалізації покарань, пов'язаних із позбавленням волі, характерними є особливі правила утримання засуджених, відмінні від правил відбування покарань, не пов'язаних з позбавленням волі. По-третє, для кожного з цих різновидів покарань існує спеціальна законодавча і підзаконна база, що регламентує порядок їх відбування.

Тут варто зазначити, що у зв'язку із наведеними особливостями у науковій юридичній літературі робилися спроби обґрунтувати самостійний характер напряму прокурорського нагляду, який ми розглядаємо. Наприклад, ще у 1989 р. А. Стельмах запропонував виокремити як самостійну функцію прокуратури питання нагляду за додержанням законів при виконанні кримінальних покарань, не пов'язаних із позбавленням волі². І хоча цю точку зору можна вважати крайньою, оскільки для виокремлення нагляду за додержанням законів при виконанні судових рішень у кримінальних справах, не пов'язаних із позбавленням волі, немає достатніх правових і фактичних підстав, вона ілюструє і підтверджує наведені нами вище особливості досліджуваної діяльності прокурора.

¹ Лемак Р. В. Прокурорськийгляд за додержанням законів установах виконання покарань : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.10 / Р. В. Лемак. – Х., 2012. – С. 45.

² Стельмах А. П. О компетенции прокурора по надзору за законностью при исполнении уголовных наказаний / А. П. Стельмах // Проблемы законности. – Х., 1989. – Вып. 24. – С. 132.

Таким чином, наявні всі підстави для того, щоб нагляд за додержанням законів при виконанні покарань, не пов'язаних з позбавленням волі, ми розглядали як самостійний напрям наглядової діяльності складової нагляду за додержанням законів при виконанні судових рішень у кримінальних справах такої конституційної функції прокуратури, як нагляд за додержанням законів при виконанні судових рішень у кримінальних справах, а також при застосуванні інших заходів примусового характеру, пов'язаних з обмеженням особистої свободи громадян.

Прокурорському нагляду за додержанням законів при виконанні кримінальних покарань, не пов'язаних з позбавленням волі, притаманні свої предмет та об'єкти, з'ясування яких вирішує питання про межі нагляду. Проблема визначення об'єкта та предмета прокурорського нагляду існує вже тривалий час. Так, радянські дослідники В. Г. Даєв та М. М. Маршунов зазначали, що безоб'єктного та безпредметного прокурорського нагляду бути не може¹. Серед дослідників питання прокурорського нагляду наявні два підходи до визначення понять і співвідношення об'єкта і предмета прокурорського нагляду. Так, Г. І. Бровін, О. Ю. Шубіна, В. В. Долежан, М. І. Мичко та ін. вважають, що предмет і об'єкт у науці та прокурорській практиці — поняття рівнозначні, однак при цьому висловлюють сумніви щодо необхідності існування двох термінів. М. П. Курило, О. Р. Михайленко, В. В. Гаврилов та ін. визнають ці поняття самостійними або відносно самостійними.

Зокрема, М. П. Курило вважає, що поняття предмета нагляду слід використовувати як таке, що конкретизує об'єкт нагляду у випадках, коли необхідно підкреслити ті дії та акти, законність яких оцінюється. Визначаючи предмет нагляду, М. П. Курило звертається до положень ст. 44 Закону України «Про прокуратуру», тобто під предметом розуміє додержання законності, встановленого кримінально-виконавчим законодавством порядку і умов відбування покарань, додержання їх прав і виконання ними своїх обов'язків².

О. Р. Михайленко зазначає про те, що «предмет» та «об'єкт» мають умовний характер, а нерідко розуміються як тотожні поняття, але у той

¹ Даєв В. Г. Основы теории прокурорского надзора / В. Г. Даєв, М. Н. Маршунов. – Л. : Изд-во Ленингр. ун-та, 1990. – С. 63.

² Курило М. П. Прокурорський нагляд за додержанням прав та законних інтересів засуджених до позбавлення волі : дис.... канд. юрид. наук: 12.00.10 / М. П. Курило ; Нац. юрид. акад. України. – Х., 1998. – С. 18–19.

же час вони створюють можливість краще з'ясувати правові витоки прокурорського нагляду та його межі¹.

В. В. Гаврилов як предмет прокурорського нагляду називає: 1) виконання законів, тобто відповідність: а) нормативних актів, що видаються піднаглядними прокуратурі органами і посадовими особами; б) дій цих органів і осіб — Конституції, законам тощо; 2) дотримання законів громадянами; 3) прийняття піднаглядними органами і особами заходів щодо попередження порушень законів. Об'єктом прокурорського нагляду є міністерства та відомства, підприємства, установи та організації, установи виконання покарань тощо, а також їх посадові особи, громадяни².

М. В. Косюта, розглядаючи питання щодо визначення предмета нагляду за додержанням законів при виконанні судових рішень у кримінальних справах, формулює його як додержання і застосування кримінально-виконавчого законодавства та інших законів, які регулюють порядок виконання судових рішень у кримінальних справах; затримання осіб і застосування до них інших заходів примусового характеру уповноваженими на це законом державними органами³.

Узагальнюючи наведені теоретичні підходи, вважаємо, що спеціальними об'єктами прокурорського нагляду за додержанням законів при виконанні кримінальних покарань, не пов'язаних з позбавленням волі, є власне ті органи й установи, які ці покарання виконують. Масамо уточнити перелік видів кримінальних покарань, які належать до таких, що не пов'язані з позбавленням волі, а також суб'єктів, які їх виконують.

Так, відповідно до ст. 51 Кримінального кодексу України до покарань, не пов'язаних з позбавленням волі, належать: штраф; позбавлення військового, спеціального звання, рангу, чину або кваліфікаційного класу; позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю; громадські роботи; виправні роботи; службові обмеження для військовослужбовців; конфіскація майна. Досить великий перелік покарань, не пов'язаних з позбавленням волі, став причиною створення значного кола органів і установ, які їх виконують. Саме через ши-

¹ Михайленко А. Р. Расследование преступлений: законность и обеспечение прав граждан / А. Р. Михайленко. – Киев : Юринком-Интер, 1999. – С. 176.

² Гаврилов В. В. Сущность прокурорского надзора в СССР / В. В. Гаврилов. – Саратов : Изд-во Саратов. ун-та, 1984. – С. 6, 58.

³ Косюта М. В. Прокуратура України : навч. посіб. / М. В. Косюта. – 2-ге вид., переробл. і допов. – К. : Знання, 2010. – С. 113.

рокий суб'єктний склад й визначається специфіка роботи прокуратури щодо нагляду за додержанням законів при виконанні покарань, не пов'язаних з позбавленням волі.

При цьому прокуророві слід враховувати, що виконання деяких кримінальних покарань, не пов'язаних з позбавленням волі, здійснюють Державна виконавча служба, військові частини, гауптвахти і дисциплінарний батальйон (ч. 6 ст. 11 Кримінально-виконавчого кодексу України (далі — КВК)). При цьому ст. 12 КВК передбачається, що Державна виконавча служба виконує покарання у виді штрафу і конфіскації майна у випадках та в порядку, передбачених КВК та законами України, а ст. 14 КВК — що військові частини, гауптвахти виконують покарання у виді позбавлення військового, спеціального звання, рангу, чину або кваліфікаційного класу, службового обмеження для військовослужбовців, засуджених за злочини невеликої тяжкості, арешту з утриманням засуджених на гауптвахтах, а також здійснюють контроль за поведінкою засуджених військовослужбовців, звільнених від відбування покарання з випробуванням. Статтею 17 КВК передбачається, що дисциплінарний батальйон виконує покарання у виді тримання в дисциплінарному батальйоні засуджених військовослужбовців строкової служби.

Крім цих органів та установ, органами виконання покарань відповідно до ст. 11 КВК є: Державна пенітенціарна служба України, її територіальні органи управління, кримінально-виконавча інспекція. При цьому ст. 13 КВК передбачає, що кримінально-виконавча інспекція виконує покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю, громадських робіт, виправних робіт. Вона також здійснює контроль за поведінкою осіб, звільнених від відбування покарання з випробуванням, а також звільнених від відбування покарання вагітних жінок і жінок, які мають дітей віком до трьох років. Державна пенітенціарна служба України та її територіальні органи управління здійснюють передусім контрольні-управлінські функції всередині пенітенціарної системи. Разом з тим вони також входять до складу об'єктів прокурорського нагляду.

Визначаючи об'єкти прокурорського нагляду у цій сфері, необхідно враховувати, що їм кореспондують відповідні суб'єкти нагляду — тобто органи прокуратури і їх посадові особи, які здійснюють нагляд за додержанням законів в установах виконання покарань.

Суб'єкти нагляду визначаються галузевим наказом Генерального прокурора України № 7 гн від 02.04.2012 р. «Про організацію прокурорського нагляду за додержанням законів при виконанні судових рішень у кримінальних справах, а також при застосуванні інших заходів примусового характеру, пов'язаних з обмеженням особистої свободи громадян»¹. Відповідно до п. 3 цього наказу Головному управлінню нагляду за додержанням законів при виконанні судових рішень у кримінальних справах та інших примусових заходів Генеральної прокуратури України необхідно здійснювати безпосередній нагляд за додержанням законів у центральних органах виконавчої влади, відповідальних за організацію виконання судових рішень у кримінальних справах, зокрема: Державній пенітенціарній службі України та Державній виконавчій службі України — щодо організації виконання покарання у виді конфіскації майна.

На рівні обласних прокуратур суб'єктами нагляду, відповідно до п. 4 цього наказу, виступають відділи нагляду за додержанням законів при виконанні судових рішень у кримінальних справах, а також при застосуванні інших заходів примусового характеру, пов'язаних з обмеженням особистої свободи громадян (старші помічники і помічники прокурорів з цих питань).

Від районних, міських, міжрайонних прокурорів вимагається наглядову діяльність здійснювати: у підрозділах кримінально-виконавчої інспекції Державної кримінально-виконавчої служби України, в органах Державної виконавчої служби України щодо додержання законів при виконанні кримінального покарання у виді конфіскації майна тощо (п. 6 наказу № 7 гн). Крім того, районним, міським, міжрайонним прокурорам приписується здійснювати вивчення повноти виконання кримінального покарання у виді штрафу (п. 6.1 наказу).

Предмет прокурорського нагляду у зазначеній сфері можна визначити, враховуючи положення статей 1, 44 Закону України «Про прокуратуру», а саме ним є додержання і правильне застосування законів (ст. 1); додержання законності (ст. 44).

¹ Про організацію прокурорського нагляду за додержанням законів при виконанні судових рішень у кримінальних справах, а також при застосуванні інших заходів примусового характеру, пов'язаних з обмеженням особистої свободи громадян [Електронний ресурс] : наказ Генерального прокурора України № 7 гн від 02.04.2012. – Режим доступу: http://www.gp.gov.ua/ua/gl.html?_m=publications&_t=rec&id=94102. – Заголовок з екрана.

У зв'язку з цим необхідно зазначити, що в теорії прокурорського нагляду протягом багатьох років залишається невизначеним поняття «законність» та «закон». Прихильники класичного розуміння предмета прокурорського нагляду вважають за доцільне виключити із сфери прокурорського впливу підзаконні акти¹. Інші — навпаки, розширюють коло нормативно-правових актів, нагляд за виконанням яких покликаний здійснювати прокурор за рахунок підзаконних актів. Зокрема, російська дослідниця О. В. Сопнева, виходячи із аналізу теоретичного та практичного матеріалу, доходить висновку, що до предмета прокурорської діяльності входять чинні закони і відомчі акти, оскільки, якщо закон закріплює норму як правило поведінки, то у відомчому акті вона деталізується, уточнюється стосовно різних відносин². Зазначимо, що відомчими документами на сьогодні регулюється чимало питань виконання покарань, не пов'язаних з позбавленням волі, і основний об'єкт нагляду за законністю в нормотворчості органів виконання покарань припадає на перевірку відповідності інструкцій положенням законів.

Слід звернути увагу на те, що законодавець обмежився загальним формулюванням «додержання законності», повністю не розкривши, що безпосередньо мається на увазі. Спроба вирішити це питання, на наш погляд, зроблена у згаданому вище галузевому наказі Генерального прокурора України № 7 гн. Відповідно до п. 2 цього наказу прокурори наглядають за додержанням: законодавства, спрямованого на запобігання катуванням та іншому жорсткому поводженню із затриманими, взятими під варту та засудженими; законів під час провадження оперативно-розшукової діяльності в установах Державної кримінально-виконавчої служби України; законів при виконанні покарань, не пов'язаних з позбавленням волі; законів у сфері запобігання та протидії корупції у піднаглядних органах та установах; законодавства про звернення громадян, забезпечення гарантій належного розгляду та вирішення скарг ув'язнених і засуджених. Разом з тим в тексті наказу ці положення згадуються в контексті визначення пріоритетних напрямів нагляду, а не його предмета. Отже, проблема правильного розумін-

¹ Ястребов В. Б. Прокурорский надзор / В. Б. Ястребов. – М. : Городец, 2001. – С. 168–169.

² Сопнева Е. В. Актуальные проблемы прокурорского надзора и расследования преступлений в местах лишения свободы : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09 / Е. В. Сопнева; Моск. гос. ун-т им. М. В. Ломоносова. – М., 2000. – С. 17, 19.

ня змісту предмета нагляду у зазначеній галузі залишається до кінця не розв'язаною і потребує подальшого вирішення.

Таким чином, на наш погляд, спеціальним предметом нагляду за додержанням законів при виконанні кримінальних покарань, не пов'язаних з позбавленням волі, є додержання органами і установами, уповноваженими на виконання таких покарань, положень Конституції України, КВК, інших законодавчих актів, а також відомчих документів ДПтСУ (прийнятих з метою реалізації законодавчих положень і відповідно до них), міжнародно-правових договорів та угод, учасником яких є Україна.

На підставі викладеного можна зробити висновок, що сутність прокурорського нагляду за додержанням законів при виконанні кримінальних покарань, не пов'язаних із позбавленням волі, повинна бути конкретизована за рахунок чіткого законодавчого визначення його предмета та об'єктів, а також їх деталізації на рівні відповідного галузевого наказу Генерального прокурора України.

Прищепя В. Правовая природа прокурорского надзора за соблюдением законов при исполнении наказаний, не связанных с лишением свободы

Статья посвящена исследованию проблем прокурорского надзора за соблюдением законов при исполнении наказаний, не связанных с лишением свободы. Рассматриваются вопросы относительно предмета и объектов, а также субъектов данного прокурорского надзора. Выявляются проблемы его законодательного урегулирования и предлагаются пути их преодоления.

Ключевые слова: прокурор, прокурорский надзор, соблюдение законов, наказания, не связанные с лишением свободы.

Pryshchepa V. Legal nature of the prosecutor's supervision after the observance of laws at execution of punishments unconnected with imprisonment

The article is dedicated to research of problems of directorate of public prosecutions after the observance of laws at execution of punishments unconnected with imprisonment. Questions are examined in relation to an object and subjects of this prosecutor's supervision. The problems of his legislative settlement come to light and the ways of their overcoming are offered.

Keywords: prosecutor, prosecutor's supervision, observance of laws, execution of punishments unconnected with imprisonment.

УДК 343.1

В. Трофименко, кандидат юридичних наук, доцент кафедри кримінального процесу Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Диференціація процесуальної форми як пріоритетний напрямок реформування кримінального судочинства України

У період реформування кримінально-процесуального законодавства, прийняття нового Кримінального процесуального кодексу України особливої актуальності набувають питання, які пов'язані із визначенням процесуальної форми кримінального судочинства, його системи, що дозволить ефективно вирішувати відповідні функціональні завдання з найменшими економічними, ресурсними та часовими затратами. Сучасні уявлення щодо системності соціально-правових явищ дозволяють підійти до наукового аналізу цих питань з урахуванням функціональної спрямованості кримінального процесу в цілому та його окремих складових, які, перебуваючи у тісному зв'язку один з одним, надають тієї інтегративної якості, якою у цій сфері можна вважати захист прав, свобод і законних інтересів усіх учасників кримінально-процесуальних відносин, інтересів держави та суспільства.

Доктринальні підходи до вирішення проблеми єдності та диференціації кримінально-процесуальної форми, які достатньо широко представлені в науці кримінального процесу, свідчать про її дискусійний характер, про неоднаковість наукової думки як із питання стосовно самої суті диференціації, так і вибору критеріїв, за якими вона має здійснюватися. Важко погодитися з точкою зору, що процесуальна форма має бути уніфікована у всіх справах. Такий підхід не відповідає тим сучасним реаліям, які спостерігаються у процесі удосконалення нормативно-правового регулювання кримінально-процесуальної діяльності, а також концептуальним підходам до розв'язання проблеми створення оптимальної моделі кримінального судочинства. Водночас не виглядає достатньо обґрунтованим і твердження про те, що диференціацію слід зробити домінуючою тенденцією розвитку форми

кримінального процесу, адже єдність останньої має важливе значення як в аспекті дотримання прав і законних інтересів учасників кримінально-процесуальних відносин, так і забезпечення законності кримінального провадження.

Між уніфікацією і диференціацією процесуальної форми, уявляється, існує тісний зв'язок, оскільки диференціація є можливою лише за умови існування уніфікованої форми. Уніфікація ж процесуальної форми є своєрідним результатом диференціації більш широкого явища, яким виступає юридичний процес у цілому. Саме в результаті його диференціації свого часу виникли кримінальний, цивільний, адміністративний процеси.

Ураховуючи наведене, не потребує аргументації теза про те, що проблема диференціації кримінально-процесуальної форми є достатньо складною та багатопланою, а її вирішення має здійснюватися за відповідними критеріями, що забезпечать оптимальність, темпоральність та ефективність кримінального провадження, а тому й вирішення його завдань.

Дослідженням проблеми диференціації кримінально-процесуальної форми опікувалися науковці радянського періоду, а саме: Г. З. Анашкін, В. Д. Арсеньєв, А. П. Гуляєв, В. З. Лукашевич, П. Ф. Пашкевич, І. Л. Петрухін, В. А. Стрёмовський, М. С. Строгович, П. С. Єлькінд, М. Л. Якуб та ін. Не зникає до неї інтерес і в сучасний період; більше того, вона отримує нові форми вирішення, які із часом доводять користність диференційованого порядку кримінального судочинства, виникнення особливих проваджень як результату переходу кількісних змін законодавчого регулювання кримінально-процесуальної діяльності до якісних, що і детермінують їх існування та подальший розвиток як відносно автономних у системі кримінального процесу. Різні аспекти цієї проблематики досліджено у роботах Ю. М. Грошевого, В. В. Дорошкова, Ю. А. Іванова, К. Б. Калиновського, А. В. Ленського, Є. Г. Лук'янової, Н. С. Манової, Х. У. Рустомова, О. В. Рябцевої, О. В. Смирнова, Т. В. Трубнікової, С. С. Циганенко, Ю. К. Якимовича та інших вчених. У період реформування кримінально-процесуального законодавства актуальність цієї теми зростає, адже розвиток сучасного законодавства України здійснюється в напрямі не уніфікації, а навпаки, подальшої диференціації кримінально-процесуальної форми, розширення застосування процедур, які в силу своїх специфічних рис суттєво відрізняються від загального порядку здійснення кримі-

нального провадження. На сучасному етапі розвитку кримінально-процесуального законодавства диференціація процесуальних форм виступає одним із пріоритетних умов раціонального використання процесуальних засобів, досягнення більшої результативності кримінального провадження з одночасною процесуальною економією.

На необхідності диференціації процесуальної форми наголошується й у міжнародних документах у галузі кримінального судочинства, зокрема в Рекомендації Комітету міністрів Ради Європи № R(87) 18 від 17.09.1987 р. щодо спрощення кримінального правосуддя¹.

Ознайомлення із науковими підходами до визначення сутності диференціації кримінально-процесуальної форми дозволяє констатувати їх неоднозначність, що можна пояснити наявністю різних критеріїв, які беруться дослідниками за основу. Так, за визначенням О. В. Смирнова та К. Б. Калиновського, диференціація кримінально-процесуальної форми являє собою таку будову судочинства, при якій поряд із звичайним порядком мають місце процесуальні форми, які передбачають як спрощення процедури у нескладних справах, так і її ускладнення щодо найбільш небезпечних злочинів або справ, що потребують особливої процесуальної захищеності законних інтересів обвинуваченого або інших учасників судочинства². Ця точка зору поділяється фахівцями не тільки у галузі кримінального процесу, а й загальної теорії права³. Наведене визначення дає підстави виділяти такі прояви диференціації кримінально-процесуальної форми, як особливості провадження у справах неповнолітніх, провадження по застосуванню примусових заходів медичного характеру тощо⁴.

Якщо критерієм диференціації кримінально-процесуальної форми обрати ступінь суспільної небезпеки злочину і тяжкість міри покарання⁵, то законом передбачаються особливості провадження у справах приватного обвинувачення та відповідно до нового КПК України провадження про кримінальні проступки.

¹ Рос. юстиція. – 1997. – № 8. – С. 3–5.

² Смирнов А. В. Уголовный процесс : учеб. для вузов / А. В. Смирнов, К. Б. Калиновский. – СПб. : Питер, 2004. – С. 645.

³ Див.: Лукьянова Е. Г. Теория процессуального права / Е. Г. Лукьянова. – М. : Норма, 2003. – С. 147–148.

⁴ Кримінально-процесуальне право України : підручник / за заг. ред. Ю. П. Алєніна. – Х. : Одиссей, 2009. – С. 745–786.

⁵ Див.: Якуб М. Л. Процессуальная форма в советском уголовном судопроизводстве / М. Л. Якуб. – М. : Юрид. лит., 1981. – С. 104.

Специфіка суб'єкта, який вчинив суспільно небезпечне діяння, викликає необхідність диференціювання процедури кримінального судочинства на звичайне провадження та таке, що містить додаткові гарантії забезпечення прав його учасників, а тому і є ускладненим порівняно із звичайним порядком (провадження у справах неповнолітніх, провадження по застосуванню примусових заходів медичного або виховного характеру, провадження щодо окремих категорій осіб (за новим КПК України)).

Ще одним критерієм диференціації кримінально-процесуальної форми є співвідношення у провадженні державно-владного начала та диспозитивності¹. Здається, що в умовах чинного законодавства та прийнятого Верховною Радою України нового Кримінального процесуального кодексу він має всі підстави для існування, оскільки зміни та доповнення КПК, які були прийняті законодавцем останнім часом, суттєво розширили диспозитивність у кримінальному судочинстві. І якщо в сучасних умовах диференціація кримінально-процесуальної форми за цим критерієм перш за все виявляється в існуванні двох порядків кримінального провадження, які суттєво відрізняються один від одного, — провадження у справах публічного і приватного обвинувачення, то новим Кодексом запроваджено процедури, які є невідомими чинному законодавству і у яких досить сильним виступає саме приватне начало, а тому й забезпечується реалізація диспозитивності, зокрема, угоди про визнання винуватості, угоди про примирення підозрюваного, обвинуваченого із потерпілим тощо. В основі цих особливих проваджень лежить ідея розумного компромісу, яка і визначає в даному випадку вектор нормативно-правового регулювання.

Критерій, який пов'язаний із необхідністю прояву поваги суверенітету іноземної держави, покладено в основу процедури надання/отримання міжнародної правової допомоги у кримінальних справах, яка, на нашу думку, також є проявом диференціації кримінально-процесуальної форми. Цим пояснюється впровадження в чинний КПК і передбачення в новому Кодексі специфічних правил взаємодії у цій галузі, які суттєво відрізняються від загального порядку здійснення кримінального провадження.

Останній приклад достатньо впевнено підтверджує тезу про те, що не лише у спрощених або целерантних та, навпаки, таких, що усклад-

¹ Див.: Якимович Ю. К. Дифференциация уголовного процесса / Ю. К. Якимович, А. В. Ленский, Т. В. Трубникова. – Томск : Изд-во Томск. ун-та, 2001. – С. 16–17.

нують порядок і містять додаткові гарантії захисту інтересів учасників кримінального судочинства, провадженнях знаходить вияв диференціація кримінально-процесуальної форми. За висловом Ю. К. Якимовича, диференціація означає також те, що кримінальне судочинство не обмежується лише провадженням у кримінальній справі, є в ньому й інші провадження (самостійні та полістадійні), які ніяк не можна віднести до проваджень у кримінальних справах хоча б тому, що в них не вирішуються основні питання кримінальної справи: винуватості та покарання. Їх спрямованість зовсім інша. Вони або доповнюють кримінальний процес (додаткові провадження), або в їх межах застосовуються матеріально-правові норми, які не належать до норм кримінального права (особливі провадження)¹.

У зв'язку із цим у науці запропоноване й інше поняття диференціації кримінально-процесуальної форми, під якою розуміють існування самостійних проваджень, які характеризуються наявністю певної матеріально-правової бази, що об'єктивно потребує відмінностей у законодавчому регулюванні, комплексністю і наявністю суттєвих відмінностей порівняно зі звичайним порядком провадження, що приводять у кінцевому підсумку до зміни форм діяльності у таких справах². У цьому контексті обґрунтованою уявляється точка зору про те, що система кримінального процесу може бути представлена не лише як сукупність стадій, а й як сукупність окремих проваджень, які розрізняються за своєю спрямованістю. Провадження, що здійснюється у загальному порядку, пов'язане із вирішенням питань стосовно винуватості особи у вчиненні злочину, притягнення її до кримінальної відповідальності, відшкодування завданої злочином шкоди тощо, тобто призначене для реалізації норм кримінального права і встановлення наявності чи відсутності кримінально-правових відносин, пов'язаних із вчиненням злочину. Крім цього, до системи кримінального процесу також входять й інші окремі провадження, які є об'єктивно необхідними в силу існування основного провадження, що тісно пов'язані з ним, проте суттєво відрізняються від нього своєю спрямованістю, а отже, і специфікою правового регулювання. Одні з них також

¹ Див.: Якимович Ю. К. Необходимость и содержание дифференциации уголовного процесса / Ю. К. Якимович // Правовые проблемы укрепления российской государственности. – Томск, 2001. – Вып. 7. – С. 7–9.

² Див.: Якимович Ю. К. Дифференциация уголовного процесса / Ю. К. Якимович, А. В. Ленский, Т. В. Трубникова. – Томск : Изд-во Томск. ун-та, 2001. – С. 15.

призначені для реалізації норм кримінального та кримінально-виконавчого права, оскільки їх суть пов'язана із вирішенням питань, що виникають при звільненні особи від кримінальної відповідальності з nereабілітуючих підстав та виконанні судових рішень¹. Інші — регулюють відносини, які виникають у зв'язку зі здійсненням основного провадження, проте не пов'язані безпосередньо із вирішенням питання кримінальної відповідальності особи, яка вчинила злочин, а відіграють щодо нього певну допоміжну роль, будучи спрямованими на створення належних умов для його здійснення у суворій відповідності до вимог закону та дотримання прав людини.

Наявність у системі кримінального процесу окремих процесуальних проваджень досить повно відображена у позиції, відповідно до якої існують провадження двох типів, що мають специфічне призначення: провадження по кримінальних справах, обумовлені матеріальним характером правових відносин як свій предмет, та спеціальні кримінально-процесуальні провадження². На підтримку також заслуговує і точка зору про те, що диференціація кримінально-процесуальної форми здійснюється на рівні окремих процесуальних проваджень тоді, коли виникають суттєві відмінності за ступенем складності процесуальної форми одного й того ж провадження, що приводять до конструювання самостійної процесуальної процедури. Відмінності, які існують у сучасних процедурах слідчої і судової діяльності в окремих категоріях кримінальних справ, як правило, являють собою одиничні особливості, що не можуть розглядатися як прояви диференціації основної форми відповідного провадження³.

Останнім часом російськими науковцями, які досліджують проблему диференціації кримінально-процесуальної форми, запроваджено в науковий обіг терміни первинної та вторинної диференціації. При цьому під первинною диференціацією пропонується розуміти процес зборки нової кримінально-процесуальної форми. Про первинну диференціацію можна вести мову тоді, коли виділений у результаті диференціації фрагмент (сукупність елементів) починає оформлювати свою

¹ Див.: Шило О. До питання щодо диференціації кримінально-процесуальної форми / О. Шило // Право України. – 2010. – № 9. – С. 180–187.

² Цыганенко С. С. Общий и дифференцированный порядки уголовного судопроизводства : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / С. С. Цыганенко. – СПб., 2004. – С. 16–17.

³ Манова Н. С. Теоретические проблемы уголовно-процессуальных производств и дифференциация их форм : дис. ... д-ра юрид. наук / Н. С. Манова. – М., 2005. – С. 14.

системну єдність, звертаючись до принципу уніфікації. Первинна диференціація, наприклад, може бути спрямована на виокремлення особливого провадження з метою створення уніфікації (у своєму сегменті) процесуальної форми. Вторинна диференціація — це процес поділу уніфікованої форми¹. Ця точка зору уявляється досить плідною, адже в концентрованому вигляді відображає ті нормотворчі процеси, що останнім часом відбуваються у галузі правового регулювання кримінально-процесуальної діяльності. У цьому зв'язку доречно звернутися до порядку здійснення особливого провадження по розгляду судом подань органу дізнання, слідчого та прокурора про проведення слідчих дій, які обмежують конституційні права людини, та застосування до підозрюваного, обвинуваченого запобіжних заходів у вигляді взяття під варту і застави, а також інших заходів кримінально-процесуального примусу. Його виокремлення у відносно автономне утворення в системі кримінального процесу свідчить про те, що відбулася первинна диференціація процесуальної форми досудового розслідування злочинів. Утім подальший розвиток законодавства в цій частині дозволяє констатувати і наявність вторинної диференціації, адже законом передбачено різний порядок розгляду судом подань органів досудового розслідування у межах фактично уніфікованого окремого провадження, що обумовлюється прагненням законодавця передбачити оптимальну процедуру, яка дозволить вирішувати завдання кримінального процесу при неухильному дотриманні конституційних прав людини. Так, наприклад, подання органу дізнання, слідчого про зняття інформації з каналів зв'язку і накладення арешту на кореспонденцію розглядається головою апеляційного суду або його заступником у порядку та за умов, що забезпечують таємницю досудового слідства, подання про проведення обшуку, огляду житла та іншого володіння особи, примусової виїмки із житла та іншого володіння особи, поміщення обвинуваченого до стаціонару для проведення судово-медичної або судово-психіатричної експертизи, а також деяких інших слідчих дій розглядаються суддею місцевого суду у порядку, що забезпечує таємницю досудового слідства. Подання ж про взяття підозрюваного, обвинуваченого під варту, продовження його строку, застосування застави, обмеження строку ознайомлення обвинуваченого та його за-

¹ Див.: Сычев А. А. Дифференциация уголовно-процессуальной формы производства по делам несовершеннолетних : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / А. А. Сычев. – Н. Новгород, 2009.

хисника з матеріалами кримінальної справи по закінченні досудового слідства розглядаються суддею місцевого суду в змагальній процедурі, що надає можливість сторонам відстоювати свої позиції і захищати законні інтереси.

У основі диференціації процесуальної форми у зазначених випадках лежать правові відносини, пов'язані із забезпеченням прав і свобод людини при проведенні слідчих дій і застосуванні заходів кримінально-процесуального примусу, які обмежують конституційні права. Це обумовило необхідність первинної диференціації кримінально-процесуальної форми і виокремлення особливого судового провадження на досудовій стадії кримінального процесу. Втім специфіка процесуальних дій, про наявність підстав для проведення яких має висловитися суд, викликала потребу у вторинній диференціації і встановленні різного порядку розгляду та вирішення судом подань органів досудового розслідування.

Підтримуючи позицію прихильників диференціації кримінально-процесуальної форми, можна навести такі аргументи на її обґрунтування. Наявність різних форм кримінального провадження, по-перше, створює реальні передумови для ефективного захисту прав і законних інтересів учасників процесу; по-друге, забезпечує ресурсну економію; по-третє, раціоналізує та оптимізує провадження; по-четверте, в окремих випадках сприяє нормалізації психологічної обстановки, врегулюванню кримінально-правового конфлікту.

Наприкінці доцільно зазначити, що ідея диференціації кримінально-процесуальної форми набула досить широкого втілення у новому Кримінальному процесуальному кодексі України, прийнятому Верховною Радою України 13.04.2012 р. Узагальнення його положень дає змогу констатувати такі критерії, які покладено розробниками законопроекту до визначення процесуальних форм: суспільна небезпечність правопорушення; специфіка суб'єкта суспільно небезпечного діяння; повага до суверенітету іноземної держави; необхідність оперативного забезпечення судовим захистом права, свободи і законні інтереси учасників кримінально-процесуальних відносин; співвідношення у кримінальному провадженні державно-владного начала і диспозитивності.

Відповідно до зазначених критеріїв новий КПК України передбачає таку диференціацію кримінально-процесуальних форм, як-то: провадження про кримінальні проступки; особливі порядки кримінального провадження: угода між прокурором та підозрюваним, обвинуваченим

про визнання винуватості; угода про примирення між потерпілим та підозрюваним, обвинуваченим; кримінальне провадження у формі приватного обвинувачення; кримінальне провадження, яке містить державну таємницю; судові провадження по розгляду слідчим суддею подань слідчого, прокурора про проведення слідчих дій і застосування заходів забезпечення кримінального провадження, а також розгляду скарг учасників кримінального процесу на дії та рішення слідчого і прокурора; скорочене судове слідство; міжнародна правова допомога при проведенні процесуальних дій; провадження у суді присяжних тощо.

Ефективність такої законодавчої моделі може бути оцінена лише із впливом певного часу та напрацюванням нової правозастосовної практики. Утім наукова розробка концептуальних основ диференціації кримінально-процесуальної форми залишається надзвичайно актуальною і в умовах новітнього законодавства, оскільки дозволить виявити ті прогалини та суперечності, які перешкоджають вирішенню поставлених завдань, проте притаманні будь-яким реформаційним процесам.

Трофименко В. Дифференциация процессуальной формы как приоритетное направление реформирования уголовного судопроизводства Украины

Статья посвящена анализу дифференциации процессуальной формы, ее сущности и выбору критериев, по которым она должна осуществляться. Определены концептуальные основы дифференциации уголовно-процессуальной формы в условиях современного законодательства.

Ключевые слова: процессуальная форма, уголовный процесс, уголовно-процессуальная форма, судопроизводство.

Trofimenko V. The differentiation of the procedural form as a priority reformation tendency of the Ukrainian criminal proceedings

The article is dedicated to the differentiation of the legal procedural form, to its essence and to the choosing criterions of this differentiation. The article defines conceptual foundations of the differentiation of criminal procedural form in the condition of modern legislation.

Keywords: procedural form, criminal proceeding, criminal procedural form, legal proceedings.

УДК 343.1

І. Тітко, кандидат юридичних наук, асистент кафедри правосуддя Полтавського юридичного інституту Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Приватні засади у кримінально-процесуальному праві: постановка питання

Кримінально-процесуальна діяльність є доволі специфічною, оскільки спрямована на захист прав і відновлення законних інтересів громадян, порушених найбільш суспільно небезпечним різновидом правових деліктів — кримінально караними діяннями. Ураховуючи це, держава бере на себе практично в усіх випадках обов'язок безпосередньо захищати права та законні інтереси осіб, у тому числі учасників процесу без узгодження своєї діяльності з їх волею та бажанням¹, оскільки задоволення інтересу суспільства у подоланні злочинності є умовою і гарантією його нормального функціонування і розвитку². Отже, віднесення кримінально-процесуального права до числа публічних галузей у юриспруденції можна вважати аксіомою.

Поряд з цим розвиток юридичної науки змушує сприймати зазначене аксіоматичне положення з деякими застереженнями. Так, якщо за радянських часів знаними науковцями зазначалось, що весь кримінальний процес підпорядкований лише принципу публічності, тобто завданню служити інтересам держави і суспільства, і заперечувалася наявність будь-яких відхилень від вказаного принципу³, то на сьогодні не менш авторитетними правниками доводиться, що перебільшення значення принципу публічності лише зовні має гуманний характер, хоча насправді є неповагою до особи, з волевиявленням якої перестають рахуватися начебто в її ж інтересах⁴.

¹ Артамонова Е. А. Частное начало в российском уголовном судопроизводстве / Е. А. Артамонова. – Саратов : ГОУ ВПО «Сарат. гос. акад. права», 2004. – С. 5.

² Лобойко Л. М. Кримінально-процесуальна компетенція : монографія / Л. М. Лобойко. – Д. : Дніпропетр. держ. ун-т внутр. справ, 2006. – С. 24.

³ Див.: Полянский Н. Н. Вопросы теории советского уголовного процесса / Н. Н. Полянский. – М. : Изд-во Моск. ун-та, 1956. – С. 84.

⁴ Див.: Петрухин И. Л. Правосудие: время реформ / И. Л. Петрухин. – М. : Наука, 1991. – С. 165.

Відповідно сучасна правова наука все більше уваги зосереджує на приватноправових елементах регулювання суспільних відносин. Яскравою ілюстрацією даної тези може служити позиція В. Ф. Яковлева, який зазначав, що питання співвідношення у законодавстві та судовій практиці публічного і приватного права — це питання номер один. Як на початку двадцятого століття було здійснено перехід від дуалістичної правової системи, яка поєднує публічне і приватне право, по суті до абсолютної переваги публічного права, так зараз відбувається історичний перехід до «нормальної» правової системи, що складається з публічного і приватного права, із наданням пріоритету саме останньому¹.

Значною мірою вказаний підхід є справедливим і для кримінального судочинства. Визнавши принцип публічності панівним у провадженні по кримінальних справах, усе ж складно заперечувати існування у цій сфері цілої низки інститутів, де рушійною силою — юридичним фактом, на підставі якого виникають, змінюються, припиняються правовідносини, є не законодавчо закріплений обов'язок державних органів діяти визначеним чином, а волевиявлення приватних суб'єктів. Тим більше, що про подальше розширення приватноправових елементів у кримінальному процесі свідчать і законотворчі тенденції².

Питання приватних засад у кримінальному судочинстві неодноразово привертало увагу правників. Воно порушувалося у роботах процесуалістів дореволюційного періоду: А. К. Резона³, Л. Я. Таубера⁴ та ін. За часів Радянського Союзу (як вбачається з огляду на пропаганду на загальнодержавному рівні ідеї тотального контролю за суспільством у цілому і кожним окремим його членом зокрема) питання приватних засад у кримінальному судочинстві на значний пе-

¹ Верховенство права и проблемы его обеспечения в правоприменительной практике : междунар. кол. моногр. – М. : Статут, 2009. – С. 201, 204.

² Див., наприклад: Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності : Закон України від 15 листоп. 2011 р. № 4025-VI // Офіц. вісн. України. – 2011. – № 98. – Ст. 3570; Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13 квіт. 2012 р. № 4651 // Офіц. вісн. України. – 2012. – № 37. – Ст. 1370.

³ Резон А. К. О преступлениях, наказываемых по жалобе потерпевшего по русскому праву / А. К. Резон. – СПб., 1883.

⁴ Таубер Л. Я. Жалоба потерпевшего при преступлениях неофициальных / Л. Я. Таубер, прив.-доц. Харьк. ун-та. – Харьков : Тип. и лит. М. Зильберберг и с-вья, 1909. – 413 с.

ріод було забуто. Відновлення інтересу до зазначеної проблематики відбулося у 50–70-х роках минулого століття, коли різні аспекти цього правового феномену почали розглядати С. А. Альперт¹, К. Ф. Гуценко², В. П. Бож'єв³, І. М. Гальперін⁴, С. І. Катькало, В. З. Лукашевич⁵, Л. Д. Кокорев⁶ та ін.

Серед значної кількості сучасних робіт, присвячених реалізації приватних засад у кримінальному процесі, слід згадати принаймні праці дисертаційного (монографічного) рівня таких науковців, як О. О. Артамонова⁷, Ф. Н. Багаутдінов⁸, О. В. Белов⁹, О. В. Биковська¹⁰, О. С. Головачук¹¹, О. В. Губерман¹², С. В. Давиденко¹³, В. В. Дорошков¹⁴,

¹ Альперт С. А. Потерпевший в советском уголовном процессе : дис. ... канд. юрид. наук / Альперт Семен Аронович. – Х., 1951. – 288 с.

² Гуценко К. Ф. Частное обвинение в советском уголовном процессе : дис. ... канд. юрид. наук / Гуценко Константин Федорович. – М., 1958. – 214 с.

³ Бож'єв В. П. Потерпевший в советском уголовном процессе : дис. ... канд. юрид. наук / Бож'єв Вячеслав Петрович. – М., 1963. – 243 с.

⁴ Гальперин И. М. Об уголовном преследовании, осуществляемом потерпевшим в советском уголовном процессе / И. М. Гальперин // Сов. государство и право. – 1957. – № 10. – С. 45–54.

⁵ Катькало С. И. Судопроизводство по делам частного обвинения / С. И. Катькало, В. З. Лукашевич. – Л. : Изд-во Ленингр. ун-та, 1972. – 208 с.

⁶ Кокорев Л. Д. Потерпевший от преступления в советском уголовном процессе / Л. Д. Кокорев. – Воронеж : Изд-во Воронеж. ун-та, 1964. – 138 с.

⁷ Артамонова Е. А. Частное начало в российском уголовном судопроизводстве / Е. А. Артамонова. – Саратов : ГОУ ВПО «Сарат. гос. акад. права», 2004. – 164 с.

⁸ Багаутдинов Ф. Н. Публичные и личные интересы в российском уголовном судопроизводстве и гарантии их обеспечения на предварительном следствии : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.09 / Багаутдинов Флер Нургалиевич. – М., 2004. – 499 с.

⁹ Белов А. В. Уголовно-процессуальные аспекты участия прокурора в системе частного уголовного преследования : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Белов Александр Васильевич. – Воронеж, 2010. – 215 с.

¹⁰ Биковская Е. В. Уголовное судопроизводство по делам частного обвинения: проблемы правовой регламентации и их решение : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Биковская Елена Васильевна. – М., 2006. – 219 с.

¹¹ Головачук О. С. Частное обвинение в уголовном процессе : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Головачук Ольга Сергеевна. – Екатеринбург, 2001. – 177 с.

¹² Губерман О. В. Производство у мирового судьи: особенности собирания доказательств по делам частного обвинения : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Губерман Олег Владиславович. – Н.-Новгород, 2008. – 246 с.

¹³ Давиденко С. В. Потерпілий як суб'єкт кримінально-процесуального доказування : монографія / С. В. Давиденко. – Х. : Фінн, 2008. – 296 с.

¹⁴ Дорошков В. В. Руководство для мировых судей. Дела частного обвинения / В. В. Дорошков. – М. : Норма, 2001. – 272 с.

О. В. Колузакова¹, Н. В. Малярчук², О. Б. Мізуліна³, Т. Н. Мухтасіпова⁴, Ю. Є. Петухов⁵, О. О. Седаш⁶, З. З. Талинєва⁷, О. В. Ухова⁸, О. В. Шпотаківська⁹, В. М. Юрчишин¹⁰ та ін.

Проте безпосереднім предметом досліджень у більшості випадків стали окремі елементи цього явища, як-от: провадження у справах приватного та приватно-публічного обвинувачення, статус потерпілого, інститут цивільного позову тощо. Окрім цього, якщо вести мову про дослідження науковців дореволюційного і радянського періоду, то слід вказати, що вони базувалися на зовсім іншій, відмінній від панівної сьогодні, парадигмі взаємовідносин держави і людини¹¹. На сьогодні

¹ Козалукова Е. В. Участие потерпевшего, его представителя в уголовном преследовании по делам частного обвинения : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Козалукова Елена Владимировна. – Н.-Новгород, 2008. – 210 с.

² Малярчук Н. В. Приватне обвинувачення як диференціація кримінально-процесуальної форми : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Малярчук Назар Вікторович. – К., 2010. – 212 с.

³ Мизулина Е. Б. Уголовный процесс: Концепция самоограничения государства : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.09 / Мизулина Елена Борисовна. – Ярославль, 1991. – 269 с.

⁴ Мухтасіпова Т. Н. Механизм реализации функции частного обвинения в российском уголовном судопроизводстве : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Мухтасіпова Татьяна Николаевна. – Оренбург, 2004. – 143 с.

⁵ Петухов Ю. Е. Соотношение публичного и частного обвинения в уголовном процессе : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Петухов Юрий Евгеньевич. – М., 1996. – 183 с.

⁶ Седаш Е. А. Частное начало в российском уголовном судопроизводстве : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Седан Елена Александровна. – Саратов, 2000. – 183 с.

⁷ Талынева З. З. Особенности уголовного судопроизводства по делам частного обвинения : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Талынева Земфира Зинуровна. – Уфа, 2008. – 182 с.

⁸ Ухова Е. В. Институт частного обвинения в уголовном судопроизводстве : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Ухова Елена Викторовна. – М., 2004. – 208 с.

⁹ Шпотаківська О. В. Суспільні та особисті інтереси у кримінальному судочинстві : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Шпотаківська Олена Володимирівна. – К., 2005. – 193 с.

¹⁰ Юрчишин В. М. Проблеми державного та приватного обвинувачення у судах України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Юрчишин Василь Миколайович. – К., 2004. – 167 с.

¹¹ Доволі ілюстративним із приводу зміни парадигми є спостереження, зроблене Л. М. Лобойком. Як зазначає науковець, «якщо в 1968 р. метр кримінально-процесуальної науки радянського періоду М. С. Строгович у визначенні поняття принципів кримінального процесу робив акцент на тому, що ці найважливіші і визначальні правові положення характеризують процес як дійовий засіб боротьби проти злочинних посягань на державу і правопорядок, то в порадянський період основна увага під час аналізу принципів кримінального процесу зосереджується вченими на забезпеченні прав і свобод людини і громадянина під час провадження у кримінальних справах» (Див.: Лобойко Л. М. Принцип диспозитивності в кримінальному процесі України : монографія / Л. М. Лобойко. – Д. : Юрид. акад. М-ва внутр. справ; Ліра лтд., 2004. – С. 14–15).

ні ж законодавче визнання та реалізацію приватних засад у деяких випадках навіть відносять до числа принципів кримінального процесу¹. Тож для сучасної юридичної науки актуальним завданням залишається дослідження приватних засад у кримінальному судочинстві на більш загальному теоретичному рівні та з урахуванням реалій сьогодення, тенденцій загальнодержавного розвитку і політики у сфері нормативної регламентації кримінального судочинства.

Метою цієї статті є викладення бачення автора щодо найбільш загальних методологічних питань дослідження приватних засад у кримінально-процесуальному праві, які, сподіваємось, зможуть служити певною базою для здійснення подальших досліджень у вказаному напрямі.

1. Перш за все вважаємо за необхідне торкнутися питання «чистоти» приватних засад як юридичного феномену у сфері нормативної регламентації кримінально-процесуальних правовідносин. На наш погляд, вдалою ввідною у цьому може послужити підхід, висловлений російською дослідницею К. В. Родіоною щодо співвідношення соціальної і юридичної відповідальності. Зазначеним автором було вказано, що, з одного боку, регулювання суспільних відносин передбачає існування певних соціальних контрольно-забезпечувальних механізмів, а з другого — соціальний контроль є немислимим без формалізованих і гарантованих державою засобів впливу на правомірну поведінку, якими і є юридична відповідальність².

Убачається, що цю ідею можна перенести і на феномен приватних засад у кримінально-процесуальному праві. Існування передбачених у кримінальному судочинстві приватних засад, безумовно, потребує нормативно-закріплених механізмів їх реалізації. Так, якщо у справах приватного обвинувачення вирішення питання про ініціювання провадження повністю залежить від приватної особи (потерпілого), то вже

¹ Зокрема, відповідно до програмних документів, одним із принципів реформування кримінальної юстиції в Україні є поєднання захисту прав особи і забезпечення публічних інтересів (Див.: Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 15 лют. 2008 року «Про хід реформування системи кримінальної юстиції та правоохоронних органів» [Електронний ресурс] : Указ Президента України від 8 квіт. 2008 р. № 311/2008 // Законодавство України : офіц. сайт Верхов. Ради України. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua>. – Заголовок з екрана).

² Родіонова Е. В. Юридическая ответственность как разновидность социальной ответственности: современные проблемы : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве» / Е. В. Родіонова. – М., 2007. – С. 7.

можливість здійснення нею даного права має забезпечити держава шляхом застосування публічних важелів: покладення на суддю обов'язків прийняти заяву, порушити кримінальну справу, призначити її до судового розгляду, розглянути, постановити рішення тощо. Та й саме визнання за потерпілим подібного права на рівні закону спрямоване на задоволення загальнодержавних потреб і є актом державної (публічної) волі. Отже, ставши об'єктом державного регулювання, по суті будь-який приватний інтерес набуває елементів публічності. Тож убачається можливим зробити висновок про певну умовність юридичної чистоти феномену приватних засад у кримінально-процесуальному праві та його нерозривний зв'язок з елементами публічності.

2. Цікавим при постановці питання про місце і значення приватних засад у кримінальному судочинстві може виявитися аспект співвідношення приватного інтересу і дискреційних повноважень державних органів¹. Зміст компетенції правоохоронних органів становлять повноваження — певні права та обов'язки. В одних випадках зміст прав та обов'язків (право діяти чи утримуватися від певних дій) чітко визначені правовою нормою. В інших — правоохоронним органам надається свобода діяти на свій розсуд, залежно від обставин, що склалися, обирати один із кількох варіантів дій (або утриматися від дій) чи один із варіантів можливих рішень². Саме в таких випадках ведуть мову про наявність дискреційних повноважень. Дискреція у найбільш широкому розумінні інтерпретується як можливість вирішення посадовою особою або державним органом певного питання за власним розсудом³. Більш детальні дослідження дають можливість науковцям визначати дискрецію як спосіб вирішення посадовою особою або державним органом питань, що не мають однозначного, повного нормативного регулювання⁴. Відповідно дискреційні повноваження є правом посадової особи, яка ними наділена, діяти тим або іншим чином з метою

¹ Зауважимо, що в такій площині це питання вже розглядалося окремими російськими науковцями (Див.: Шестакова С. Д. Публичные, частные и дискреционные начала в уголовном процессе России и США: сравнительно-правовой анализ / С. Д. Шестакова // Рос. следователь. – 2003. – № 7. – С. 47–48).

² Ботнарченко О. М. Дискреція та оціночні поняття в кримінальному судочинстві / О. М. Ботнарченко // Адвокат. – 2009. – № 4. – С. 18.

³ Большой экономический словарь. 24 800 терминов / под ред. А. Н. Азрилиян. – М.: Ин-т прав. экономики, 2002. – С. 195–196.

⁴ Ботнарченко О. М. Дискреція та оціночні поняття в кримінальному судочинстві / О. М. Ботнарченко // Адвокат. – 2009. – № 4. – С. 19.

найбільш успішного та ефективного виконання покладених на неї функцій¹.

На наш погляд, певною базовою конструкцією для подальшого наукового дослідження взаємозв'язку приватного інтересу і дискреційних повноважень державних органів може служити підхід, висвітлений у роботі О. О. Артамонової, яка вказує, що залежно від характеру і ступеня передбаченого кримінально-процесуальним законом впливу волевиявлення конкретної особи на кримінальне судочинство, його умовно можна поділити на три сфери, де: 1) кримінально-процесуальна діяльність неможлива без волевиявлення особи, на якому вона заснована; 2) волевиявлення особи враховується у визначених законом випадках при прийнятті рішень по кримінальних справах; 3) правозастосувач не пов'язаний волевиявленням особи при провадженні по кримінальній справі².

Екстраполяція даної тези на питання співвідношення приватного інтересу та дискреції дає можливість висловити думку про існування обернено пропорційного зв'язку між приватними засадами і дискреційними повноваженнями посадових осіб при поєднанні їх у межах одного кримінально-процесуального інституту. Тобто розширення ролі приватного волевиявлення як рушійного чинника для початку, зміни або припинення певних правовідносин передбачає звуження правозастосовної дискреції.

Відповідно існує можливість виокремити ряд варіантів співвідношення приватних засад і дискреційних повноважень у нормативному регулюванні кримінально-процесуальних правовідносин.

Перший варіант передбачає повне панування приватного інтересу, що виключає можливість дискреції (розсуду) з боку державних органів. Серед прикладів вказаного можна назвати:

– примирення сторін (*вияв приватного інтересу*) у справі приватного обвинувачення як безумовна (*без наявності дискреційних повноважень*) підстава для закриття кримінальної справи (п. 6 ч. 1 ст. 6 чинного Кримінально-процесуального кодексу України (далі — КПК));

– клопотання підсудного, якому загрожує покарання у виді позбавлення волі на строк більше десяти років, про розгляд його справи ко-

¹ Шестакова С. Д. Публичные, частные и дискреционные начала в уголовном процессе России и США: сравнительно-правовой анализ / С. Д. Шестакова // Рос. следователь. – 2003. – № 7. – С. 47.

² Артамонова Е. А. Частное начало в российском уголовном судопроизводстве / Е. А. Артамонова. – Саратов : ГОУ ВПО «Сарат. гос. акад. права», 2004. – С. 60.

легіальним складом суду як підстава для слухання справи судом у складі трьох суддів (ч. 2 ст. 17 КПК);

– обов'язок державних органів продовжити провадження щодо особи померлого на вимогу близьких родичів або громадських організацій з метою його реабілітації (п. 8 ч. 1 ст. 6, ч. 3 ст. 215 КПК);

– обов'язок суду дослідити надані учасниками процесу докази, якщо вони є належними і допустимими (ч. 3 ст. 253 КПК);

– відмова потерпілого підтримувати обвинувачення у справах публічного обвинувачення (якщо прокурор відмовився від обвинувачення) як юридичний факт, що зобов'язує суд закрити справу (ч. 2 ст. 282 КПК).

Другий варіант поєднання приватних засад із дискреційними повноваженнями передбачає наявність певного паритету — рішення не може бути прийняте без відповідного волевиявлення приватної особи, але при цьому врахувати це волевиявлення чи відхилити його за недоцільністю — право державного органу. Мабуть, найбільш яскравим прикладом подібної ситуації є передбачена Кримінальним процесуальним кодексом України¹ (далі — новий КПК) конструкція угоди про визнання винуватості. Зокрема, дана угода може бути укладена з ініціативи підозрюваного, обвинуваченого (або принаймні за його згоди) (ст. 469 нового КПК). Поряд з цим подібний прояв приватного інтересу ще не гарантує укладення угоди, оскільки законодавчий припис передбачає, що прокурор повинен прийняти рішення з урахуванням доцільності укладення такої угоди для інтересів судочинства, зокрема зважаючи на: 1) ступінь та характер сприяння особи у проведенні кримінального провадження щодо неї або інших осіб; 2) характер і тяжкість обвинувачення; 3) наявність суспільного інтересу в забезпеченні більш швидшого досудового розслідування і судового провадження, викритті більшої кількості кримінальних правопорушень; 4) наявність суспільного інтересу в запобіганні, виявленні чи припиненні більшої кількості кримінальних правопорушень або інших більш тяжких кримінальних правопорушень (ст. 470 нового КПК). Тож укладення угоди про визнання винуватості потребує, з одного боку, обов'язковості прояву приватного інтересу, а з другого — залишає простір для правозастосовної дискреції.

¹ Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651 // Офіц. вісн. України. – 2012. – № 37. – Ст. 1370.

Третій варіант співвідношення приватного інтересу з дискреційними повноваженнями знаходить вияв у випадках, коли правозастосувач не пов'язаний волевиявленням приватної особи і може приймати рішення виходячи з власного уявлення про доцільність тієї або іншої процесуальної дії. Так, наприклад, лише слідчий, керуючись своїм баченням справи і незалежно від заявлених клопотань, наділений правом прийняти рішення про дозвіл захисникові брати участь у слідчих діях, які проводяться без участі підзахисного та не за його клопотанням або клопотанням захисника (п. 4 ч. 2 ст. 48 КПК).

3. При дослідженні приватних засад у кримінальному процесі доволі складно оминати питання диспозитивності. Наявність тісного взаємозв'язку між цими поняттями спричинила появу підходів, відповідно до яких зазначені категорії розглядаються як:

1) протилежні до кримінально-процесуального принципу публічності, а відтак синонімічні¹;

2) частина і ціле, де приватні засади є одним із проявів диспозитивності².

Убачається, що серед причин існування подібної ситуації (зокрема на рівні вітчизняних наукових праць) слід назвати відсутність будь-яких законодавчих орієнтирів щодо розуміння понять «приватні засади» та «диспозитивність» (хоча останнє і вживається у тексті закону). Так, чинний КПК містить ст. 16¹ «Змагальність і диспозитивність», проте, як цілком справедливо зауважує Л. М. Лобойко, «законодавець не утруднив себе наведенням легального визначення цього принципу (*принципу дис-*

¹ Див., наприклад: Деревянкін С. Л. Публічність та диспозитивність у кримінальному процесі : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Деревянкін Сергій Леонідович. – Х., 2005. – 226 с.; Малярєнко В. Про публічність і диспозитивність у кримінальному судочинстві України та їх значення / В. Малярєнко // Голос України. – 2004. – № 212. – С. 8–9; Масленникова Л. Н. Публичное и диспозитивное начала в уголовном судопроизводстве России : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.09 / Масленникова Лариса Николаевна. – М., 2000. – 555 с.; Хатуаева В. В. Реализация частного (диспозитивного) начала в уголовном судопроизводстве : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.09 / Хатуаева Виктория Владимировна. – М., 2006. – 367 с.

² Див., наприклад: Беспалько І. Л. Система принципів кримінального процесу та проблеми їх класифікації : монографія / І. Л. Беспалько. – Х. : ФІНН, 2011. – С. 138; Седаш Е. А. Частное начало в российском уголовном судопроизводстве : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Седаш Елена Александровна. – Саратов, 2000. – С. 21; Тензина Е. Ф. Производство по делам частного обвинения как форма диспозитивности : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Тензина Елена Фанавиевна. – Ижевск, 2004. – 192 с.

позитивності — уточнення авт.)»¹, що дослідники пояснюють новизною поняття «диспозитивність» у кримінальному процесі України, для якого протягом не одного століття головним залишався принцип публічності діяльності органів слідства, прокуратури і суду².

Дійсно, аналіз викладених у ст. 16¹ КПК приписів дає можливість констатувати, що всі вони стосуються змагальності, а отже, вказана стаття, незважаючи на анонсоване у назві, не дає жодного уявлення про нормативне навантаження терміна «диспозитивність».

Спробу просунути вперед у цьому питанні здійснено розробниками проєктів КПК, проте аналіз останніх не вносить ясності (а швидше, навпаки) у питання розмежування понять «приватні засади» і «диспозитивність».

Так, парламентський проєкт³ містив ст. 20 із назвою, аналогічною до ст. 16¹ КПК. Перші три частини вказаної статті присвячені положенням змагальності і лише четверта вказує, що «диспозитивність у кримінальному провадженні визначає можливість сторін вільно використовувати свої права в межах їх повноважень, визначених цим Кодексом». Подібний підхід до визначення диспозитивності як свободи розпорядження сторонами своїми правами нашттовхує лише на думку про неспівпадіння обсягів понять «диспозитивність» і «приватні засади» (оскільки поняттям «сторони» охоплюються і державновладні суб'єкти), проте не дає можливості дійти висновку про співвідношення вказаних категорій.

Протилежне уявлення про питання, що розглядається, надає ознайомлення зі ст. 21 «Диспозитивність у кримінальному провадженні» проєкту КПК, запропонованого свого часу Кабінетом Міністрів України спільно з Національною комісією зі зміцнення демократії та утвердження верховенства права⁴. Указана стаття містить такі положення:

¹ Лобойко Л. М. Принцип диспозитивності в кримінальному процесі України : монографія / Л. М. Лобойко. – Д. : Юрид. акад. М-ва внутр. справ ; Ліра лтд., 2004. – С. 14.

² Див.: Беспалько І. Л. Система принципів кримінального процесу та проблеми їх класифікації : монографія / І. Л. Беспалько. – Х. : ФІНН, 2011. – С. 135.

³ Кримінально-процесуальний кодекс України [Електронний ресурс] : проєкт Закону України від 13 груд. 2007 р. реєстр. № 1233 внес. нар. деп. України Мойсиком В. Р., Вернидубовим І. В., Ківаловим С. В., Кармазіним Ю. А. (знято з розгляду 13 січн. 2012 р.). – Режим доступу: <http://gska2.rada.gov.ua>. – Заголовок з екрана.

⁴ Проєкт Кримінально-процесуального кодексу України, розроблений Кабінетом Міністрів України (був винесений на всенародне обговорення 14 жовтня 2009 р. шляхом розміщення на офіційному Інтернет-порталі Міністерства юстиції України (Див.: <http://www.minjust.gov.ua>).

«Відмова державного обвинувача від підтримання обвинувачення є підставою для закриття кримінального провадження, за винятком випадків, передбачених цим Кодексом. Суд у кримінальному провадженні вирішує лише ті питання, що винесені на його розгляд сторонами та віднесені до його компетенції цим Кодексом. Кримінальне провадження у формі приватного обвинувачення розпочинається лише на підставі заяви особи. Відмова потерпілого, а у передбачених цим Кодексом випадках — його представника, від обвинувачення є безумовною підставою для закриття кримінального провадження». При такому погляді на проблему доходимо висновку про те, що нормативним наповненням поняття «диспозитивність» є законодавчо встановлені випадки вирішального значення ініціативи приватних осіб у кримінально-процесуальному провадженні: тобто поняття «диспозитивність» і «приватні засади» є тотожними.

Новий КПК¹ містить ст. 26 «Диспозитивність», яка, повторюючи текстуально ті самі положення, що й ст. 21 вищеаналізованого проекту, принципово відрізняється лише одним: перед викладенням нормативних приписів щодо ролі ініціативи приватних суб'єктів у провадженні у кримінальній справі, викладено загальне положення, відповідно до якого «сторони кримінального провадження є вільними у використанні своїх прав у межах та у спосіб, передбачених цим Кодексом». Тож приватні засади розглядаються як частина, окремий прояв диспозитивності у кримінальному процесі. Проте вбачається, що такий законодавчий підхід також не зовсім коректно передає співвідношення зазначених явищ.

Подібна нечіткість формулювань у чинному законодавстві та очевидна плутанина в поняттях при законопроектній роботі, безумовно, свідчать про потребу розробки і деталізації цього питання на науково-теоретичному рівні.

Диспозитивність (від лат. *dispositivus*) — той, що розпоряджається (дослівно) — у правовому розумінні означає право учасників договору або судового процесу діяти за власним розсудом². Екстраполяція цього поняття на сферу кримінально-процесуальних відносин призвела до його розуміння в зазначеній галузі як можливості вільно розпоря-

¹ Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651 // Офіц. вісн. України. – 2012. – № 37. – Ст. 1370.

² Див.: Словарь иностранных слов. – 11-е изд., стереотип. – М. : Рус. яз., 1984. – С. 169.

джатися своїми процесуальними правами¹. На наш погляд, подібний підхід має бути дещо уточненим. Певні сумніви викликає коректність формулювання «свобода розпорядження своїми правами». Вбачається, що вільне розпорядження апіорі є сутнісною ознакою суб'єктивного права як закріпленої в законі міри можливої (а не обов'язкової) поведінки особи. Відсутність цієї ознаки, тобто зобов'язаність особи реалізувати своє «право», перетворює дане право на обов'язок².

Отже, слід вести мову не про диспозитивність як можливість вільного розпорядження своїми правами, а про наявність у тій чи іншій галузі диспозитивного методу правового регулювання. Про існування ж останнього, зокрема, може свідчити надання широкого кола прав, а значить можливість діяти за власним розсудом.

На наш погляд, закріплення суб'єктивних процесуальних прав (диспозитивний метод регулювання) та розпорядження ними у кримінально-процесуальних відносинах має місце при реалізації як приватних, так і публічних засад у кримінальному процесі³. Проте у публічній сфері кримінального процесу законодавець, надавши приватним учасникам провадження доволі широкий спектр прав і забезпечивши можливість діяти за власним розсудом, не в усіх випадках ставить виникнення, зміну, припинення правовідносин (або відсутність цих процесів) у безпосередню залежність від ініціативи зазначених суб'єктів. Наприклад, потерпілий має право заявляти клопотання про проведення конкретних слідчих дій і є абсолютно вільним у реалізації цього права — тобто наявний прояв диспозитив-

¹ Див., наприклад: Строгович М. С. Курс советского уголовного процесса / М. С. Строгович. – М. : Наука, 1968. – Т. 1 : Основные положения уголовного процесса. – С. 154–155; Цыпкин А. Л. О диспозитивности в советском уголовном процессе / А. Л. Цыпкин // Сов. государство и право. – 1958. – №3. – С. 133.

² Цікавою і значною мірою такою, що деталізує зазначену тезу, є позиція, висловлена в роботі Е. Ф. Куцевої, про те, що правам державних органів властива обов'язковість їх використання, яка визначається відповідними вимогами закону: тобто особа, яка провадить дізнання, слідчий, прокурор і суд повинні застосовувати свої права в кожному випадку, коли це може сприяти встановленню істини та забезпеченню прав і законних інтересів громадян (Див.: Куцева Э. Ф. Гарантии прав личности в советском уголовном процессе (предмет, цель, содержание) / Э. Ф. Куцева. – М. : Юрид. лит., 1973. – С. 186–187).

³ Аналогічна думка вже висловлювалась у роботах окремих правників (див., наприклад: Малярчук Н. В. Приватне обвинувачення як диференціація кримінально-процесуальної форми : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність» / Н. В. Малярчук. – К., 2010. – С. 8).

ності як вибору юридично значимої форми поведінки. Проте зазначені дії можуть бути проведені і без клопотання (або навіть при запереченні) зі сторони потерпілого, оскільки у цій ситуації пріоритет надано загальносуспільним інтересам (боротьбі зі злочинністю) і превалюючою є засада публічності. З другого боку, реалізація приватних засад у кримінальному процесі також передбачає «свободу розпорядження правами». Проте у цьому випадку факт подібного розпорядження є чинником, який змушує державні органи діяти чітко визначеним у законі способом, а нерозпорядження позбавляє державно-владних суб'єктів можливості скерувати хід кримінального процесу за власним розсудом.

Тож, убачається, що плутанина у розглядуваних поняттях пов'язана з методологічною помилкою, яка полягає у змішуванні (а) свободи розпорядження своїми правами (що лежить у площині дихотомічної пари «імперативність — диспозитивність») з (б) юридично значимими для ходу кримінального процесу результатами такого розпорядження (описується дихотомічною парою «публічні засади — приватні засади»). Тому сама постановка питання про співвідношення понять «диспозитивність» і «приватні засади» є некоректною, оскільки стосується категорій, які розкривають сутність кримінально-процесуальних правовідносин у різних площинах.

«Диспозитивність», будучи однопорядковою (але протилежною) категорією з поняттям «імперативність» (обов'язок діяти чітко визначеним у законі способом), означає можливість діяти за власним розсудом і виявляється в кримінальному процесі у сферах, де превалюють як публічні¹, так і приватні інтереси. У свою чергу, поняття «приватні засади» утворює дихотомічну пару з категорією «публічність» і передбачає законодавчо врегульовані випадки, у яких рушійною силою до початку, зміни або припинення правовідносин є виражений зовні інтерес приватної особи.

Відповідно вживання термінів «диспозитивність» і «приватні засади» передбачає різну розстановку змістових акцентів. Диспозитивність надає учаснику процесу право діяти за власним розсудом. Приватні засади у кримінальному процесі як правомірні волевиявлення конкретної особи, що тягнуть виникнення, зміну або припинення правовідносин, не дозволяють учаснику процесу діяти за

¹ Таке твердження слід розглядати з поправкою на вже згадувану позицію, що висловлена в роботі Е. Ф. Куцевої.

власним розсудом при провадженні у кримінальній справі, а служать тим чинником, який примушує діяти в інтересах заявника відповідні державні органи¹. Отже, очевидним є висновок, що, незважаючи на взаємопов'язаність і значною мірою взаємозумовленість, поняття «диспозитивність» і «приватні засади» служать для описання різних правових феноменів у сфері регламентації кримінально-процесуальних правовідносин.

Титко И. Частные начала в уголовно-процессуальном праве: постановка вопроса

В статье изложено авторское видение наиболее общих методологических вопросов исследования частных начал в уголовно-процессуальном праве. Высказана авторская позиция относительно существующих на сегодня проблем и возможных путей их решения.

Ключевые слова: частные начала, принцип публичности, интерес.

Titko I. Private elements in the criminal-proceeding law: formulation of the issue

The article contains the author's viewpoint of the general methodological issues of study private elements in the criminal proceeding. The author's position about some problems and means of its solution has been suggested.

Keywords: private elements, the principle of publicity, interest.

¹ Артамонова Е. А. Частное начало в российском уголовном судопроизводстве / Е. А. Артамонова. – Саратов : ГОУ ВПО «Сарат. гос. акад. права», 2004. – С. 16.

УДК 343.9:343.851

М. Колодяжний, кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник сектору дослідження проблем запобігання злочинності Інституту вивчення проблем злочинності НАПрН України, асистент кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Світова практика участі громадськості у протидії злочинності

Злочинність, як невиліковна «хвороба» соціального організму, заважає його функціонуванню та розвитку вже багато століть. Історія людства показала, що мета у вигляді ліквідації та остаточної нейтралізації злочинності, повного усунення корінних чинників чи причин і умов, що породжують та обумовлюють її різні види, є утопічною та, мабуть, назавжди об'єктивно недосяжною для будь-якої держави й суспільства. Тому залишається одне: тримати кількісні та якісні показники злочинності на більш-менш безпечному для країни рівні, максимально зменшуючи при цьому її шкідливі наслідки шляхом скорочення найбільш суспільно небезпечних та тяжких її проявів.

І, як показує кримінологічна теорія та прогресивна світова практика протидії злочинності, у наборі засобів цієї діяльності не останнє місце займає саме громадськість як суб'єкт запобігання злочинності, що відіграє дуже важливу роль у справі обмеження злочинності, зменшення її «ціни» та рівня криміногенного потенціалу суспільства. Це питання особливо гостро стоїть для сучасної України, коли, за великим рахунком, окрім існування декларативного Закону України «Про участь громадян в охороні громадського порядку і державного кордону» від 2000 р. здобутки громадськості у справі протидії злочинності та правопорушенням є незначними¹.

¹ Колодяжний М. Г. Щодо участі громадськості у запобіганні злочинності / М. Г. Колодяжний // Вісн. Кримінол. асоц. України : Актуальні сучасні проблеми кримінального права та кримінології у світлі реформування кримінальної юстиції : матеріали Всеукр. наук.-практ. конф. (м. Харків, 12 трав. 2012 р.) : МВС України ; Харк. нац. ун-т внутр. справ ; Кримінол. асоц. України. – Т. 1. – Х. : Золота миля, 2012. – С. 99–102.

Звісно, з приводу цього можна перелічувати факти, що заперечують цю тезу, на кшталт роботи громадських наглядових рад при різних центральних органах виконавчої влади, широкого обговорення представниками громадськості законопроектів у сфері запобігання злочинності, участі на території деяких адміністративно-територіальних одиниць України громадських формувань, загонів із профілактики правопорушень, передбачення штату громадських помічників міліції. Однак цього недостатньо для ефективної протидії злочинності в нашій державі, доказом чому є збільшення протягом 2007–2011 рр. лише офіційного рівня злочинності майже на 44 %. Тому на тлі обмежених фінансових, кадрових, матеріально-технічних та інших можливостей правоохоронних органів у запобіганні злочинності ініціювання активізації процесу залучення громадськості до профілактики злочинів розглядається вчасним та обгрунтованим кроком.

Оптимізувати й удосконалити вітчизняну практику участі населення у справі протидії злочинності можна за допомогою вивчення найкращого та найпрогресивнішого досвіду інших країн світу. Допомогти в цьому може вивчення та узагальнення міжнародно-правових документів, присвячених цій проблематиці. Одними із таких є конгреси ООН із запобігання злочинності і кримінального правосуддя, що відбуваються кожні п'ять років у різних країнах світу починаючи з 1955 р. Конгреси становлять універсальні форуми, на яких не тільки підсумовують співробітництво держав світу у сфері запобігання злочинності, а й пропонують нові стратегії запобігання різним її проявам, у тому числі шляхом участі громадськості¹. Проаналізуємо найбільш актуальні та кримінологічно значущі матеріали цих документів у хронологічному порядку, що дозволить простежити еволюцію стратегій і загальних підходів світової спільноти щодо використання можливостей громадського (нерепресивного) впливу на злочинність.

Уперше на високому міжнародному рівні при обговоренні представниками кількох десятків країн світу проблема участі громадськості у протидії злочинності була розглянута на Третньому конгресі ООН

¹ Голіна В. В. Конгреси ООН: перспективи використання їх рекомендацій у плануванні та здійсненні заходів запобігання злочинності в Україні / В. В. Голіна, М. Г. Колодяжний // Проблеми законності : республік. міжвід. наук. зб. / відп. ред. В. Я. Тацій. – Х. : Нац. юрид. акад. України, 2010. – Вип. 108. – С. 169–177.

із запобігання злочинам і режимів для злочинців¹ (Стокгольм, 9–18 серпня 1965 р.). У документі «Соціальні чинники та запобігання злочинності (із зверненням особливої уваги на роль громадськості, сім'ї, можливостей отримання освіти і роботи)» відзначалось, що у справі протидії злочинності використання можливостей громадськості є обмеженим, оскільки основний акцент у цій справі зроблено на роботі судових і правоохоронних органів. Крім цього, підкреслювалося, що:

– історично громада завжди розглядала запобігання злочинності своїм правом, що призводило до підміни справедливості жадобою помсти, розуму — ритуальними заборонами, неупередженості — нетерпимістю. Тому її прагнення мають реалізовуватись відповідно до правових меж конкретної держави;

– уряди країн мають максимально популяризувати соціальний вектор власної політики з метою заслужити у громадськості авторитет й вироблення її бажання участі у заходах щодо запобігання злочинності.

Крім цього, конгрес містить конкретні позитивні приклади деяких країн світу у сфері протидії злочинності шляхом залучення населення до цього процесу. У деяких африканських країнах мала місце висока довіра місцевої громади до органів правосуддя через наявність місцевих судових установ. На цьому континенті у 60-х роках ХХ ст. близько 90 % кримінальних справ розглядали саме місцеві суди². Подібні приклади існували й в інших державах. Так, сільські ради у вигляді панчаят в Індії та гансабхав на Цейлоні мали право судити осіб за вчинення незначних правопорушень. При цьому довіра до цих судів із боку як винних, так і місцевого населення, була на досить високому рівні.

Інший метод розширення меж громадського впливу на злочинність тісно пов'язаний із первинним чи загальносоціальним запобіганням злочинності. Він полягає у включенні пунктів програм соціального захисту населення у проекти міського та сільського комунального розвитку. Іншими словами, позитивні соціально-економічні зміни у країні відбиваються на способі життя місцевої громади, а отже, сприяють зацікавленості останньої суспільними проблемами та активізації у протидії злочинності.

¹ Протягом останніх 60 років назва конгресів неодноразово змінювалась. Тому у цій статті вона буде наводитись, враховуючи її редакцію на конкретний історичний період.

² Read J. S. Criminal law in Africa of today and tomorrow / J. S. Read // Journal of African Law. – 1963. – Т. 7, № 1. – Р. 15, 16.

У Голландії та Японії, за матеріалами цього конгресу, гідні поваги добровільні працівники беруть на поруки кілька осіб, достроково звільнених з місць позбавлення волі. У Великій Британії та країнах Британської співдружності (Канада, Австралія) працюють комітети тюремної інспекції, що наглядають за діяльністю виправних установ. У Індії існують гуртожитки для колишніх засуджених, що засновуються та контролюються громадськістю.

Окремо на Третньому конгресі було зазначено позитивний досвід СРСР у використанні сил громадськості щодо запобігання злочинності. Зокрема, виділялось положення відповідного Пленуму Верховного Суду СРСР до судових органів про недопустимість ігнорування громадського впливу, підміняючи його каральними заходами, спрямованими на позбавлення винних волі. Однак історія показала, що це була, звичайно, декларація, що не мала нічого спільного із станом радянської судової практики та принципами роботи кримінально-виконавчої системи СРСР.

Цього не скажеш про досить активну діяльність товариських судів, які зарекомендували себе у колишньому СРСР із найкращого боку та позитивні показники роботи яких відзначались фахівцями інших країн. Нагадаємо, що ці суди були громадськими органами, члени яких обирались колективами робочих, селян, студентів. Вони розглядали справи про вчинення деяких проступків і мали право обирати покарання у вигляді публічного вибачення, догани, штрафу, пониження у посаді тощо¹. Узагалі у літературі стан справ із запобігання злочинності засобами залучення населення у СРСР дуже високо відзначались спеціалістами. І цей рівень запобігання є навряд чи досяжним у наш час, зважаючи на відмінні сучасні політичні та соціально-економічні умови, що не сприяють цій меті. До того ж має місце незацікавленість людей займатись чужими проблемами, психологічна й соціальна автономність та ізольованість, дотримання переважною більшістю українців життєвого принципу «моя хата скраю».

Четвертий конгрес ООН із запобігання злочинності та поведження із правопорушниками (Киото, 17–26 серпня 1970 р.) розвинув ідеї попереднього форуму в документі «Участь громадськості у запобіганні

¹ А/CONF. 26/2 // Робочий документ Третнього конгресу ООН із запобігання злочинам і режимів для злочинців «Соціальні чинники та запобігання злочинам (із зверненням особливої уваги на роль громадськості, сім'ї, можливостей отримання освіти і роботи)» (Стокгольм, 9–18 серп. 1965 р.). – 16 с.

і боротьбі зі злочинністю, включаючи злочинність неповнолітніх». Важлива його теза зводилась до того, що активна діяльність громадськості не завжди свідчить про успіхи у справі протидії злочинності, оскільки групові забобони можуть бути соціально небезпечними і призвести до порушення прав людини. Доказом цьому може бути суд Лінча, що також був формою «участі громадськості». Тому в цьому конгресі наголошується на необхідності вироблення фундаментальних положень щодо поняття участі громадськості у запобіганні злочинності, її форм, видів та ін.

Рекомендовано поняття «участь громадськості у запобіганні злочинності» розглядати у широкому та вузькому розумінні. Згідно із першою інтерпретацією це поняття включає всі види діяльності, за допомогою яких групи населення надають державним органам влади допомогу щодо запобігання злочинності. Це поняття у вузькому його розумінні зводиться до громадської підтримки, співробітництва громади та окремих громадян, перш за все із органами кримінальної юстиції, органами місцевого самоврядування, щодо реалізації програм соціального захисту населення та реалізації окремих напрямів діяльності із запобігання злочинності чи профілактики окремих правопорушень.

Серед видів участі громадськості у цьому контексті названо:

1) політичну підтримку програм соціального захисту (у Нідерландах, Великій Британії, Швеції — це кампанії щодо формування суспільної думки через проведення виставок, випуску фільмів; у США — це діяльність Національної ради, що співпрацює із громадськими радами штатів із прийняття нових законів, програм підготовки поліцейських, наймання соціальних працівників та ін.);

2) участь громадськості у здійсненні зазначених програм (асоціації запобігання злочинності при поліцейських відділках в Японії; народні судді Польщі, які на громадських засадах розглядають справи неповнолітніх);

3) делегування громадськості виконання деяких елементів указаних програм (робота ДНД та бригад сприяння міліції колишнього СРСР; діяльність згаданих панчаят в Індії);

4) розробку громадськими групами автономних програм соціального захисту (наприклад, робота приватних служб безпеки житлових організацій).

Не можна оминати ще одне важливе положення цього конгресу, відповідно до якого слід урахувувати рівень громадської організації та різні шляхи соціального розвитку, оскільки у складному, індустріалі-

зованому, перенаселеному, знеособленому місті участь громадськості у протидії злочинності матиме відмінні риси порівняно із менш складним, аграрним, малонаселеним й патріархальним селом. Також оптимальні рівні такої участі населення можуть бути різними залежно від традиційних, культурних, соціальних, економічних та демографічних особливостей народів¹.

П'ятий конгрес ООН із запобігання злочинності і поводження із правопорушниками (Торонто, 1–12 вересня 1975 р.) у своїх матеріалах підсумував положення двох попередніх форумів і в ньому ще раз було обґрунтовано, що громадськість є перспективною і малодослідженою формою соціального контролю злочинності².

Достатньо багато питань щодо участі населення й різних форм громадських об'єднань у протидії злочинності було розглянуто на Сьомому конгресі із запобігання злочинності та поводженню із правопорушниками (Мілан, 26 серпня — 6 вересня 1985 р.), який став, без перебільшення, знаковим для світової практики запобігання злочинності. Це пов'язано з тим, що в одному з його робочих документів «Нові форми злочинності і запобігання злочинності у контексті розвитку: майбутні завдання» було закріплено практику протидії злочинності шляхом реалізації спеціальних стратегій, що базувалась на опитуванні 44 країн світу. І одне з центральних місць відводилось саме громадському впливу на злочинність.

У цілому всі виділені стратегії можна розподілити на дві великі групи. Перша, непряма, стратегія містить такі напрями роботи, як підвищення рівня життя, надання відповідної освіти, створення умов для конструктивного проведення дозвілля, боротьба із безробіттям, вирішення питань житлового будівництва та господарства, допомога у сфері соціального забезпечення.

Прямі стратегії включають: втручання у кризові ситуації, зменшення можливостей для вчинення злочинів, патрулювання, різні пропагандистські кампанії, відвідування установ виконання покарань та ін.

¹ A/CONF. 43/2 // Робочий документ Четвертого конгресу ООН із запобігання злочинності та поводження із правопорушниками «Участь громадськості у запобіганні і боротьбі зі злочинністю, включаючи злочинність неповнолітніх» (Кіото, 17–26 серп. 1970 р.). – 29 с.

² A/CONF. 56/4 // Робочий документ П'ятого конгресу ООН із запобігання злочинності та поводження із правопорушниками «Роль кримінального законодавства, відправлення правосуддя та інших форм громадського контролю у запобіганні злочинності» (Торонто, 1–12 верес. 1975 р.). – 39 с.

Як бачимо, відповідно до української кримінологічної теорії, всі стратегії цілком охоплюються заходами загальносоціального та спеціально-кримінологічного спрямування.

І окремо в цьому документі було вказано стратегію щодо участі громад у запобіганні злочинності. Світову практику із діяльності громадських асоціацій щодо запобігання злочинності було запропоновано класифікувати на три групи залежно від їх складу та функцій роботи: а) органи, що здійснювали виключно профілактичні функції (комітети, ради із профілактики злочинності); б) неофіційні асоціації із вирішення спорів (у одних країнах це сільські ради, у інших — комісії із вирішення спорів); в) громадські організації, що займаються патрулюванням.

Виділення такої стратегії в окрему ланку загальної структури цих напрямів діяльності із протидії злочинності доводить особливе значення громадського впливу на злочинність, а отже, — його не до кінця використані можливості у царині запобігання злочинності та її окремим проявам¹.

На наступних аналогічних форумах також наголошувалось на тому, що потенціал використання громадського впливу на так звані фактори ризику або докорінні чинники певних видів злочинності не вичерпав себе і досі є актуальним. Зокрема, у матеріалах Дев'ятого конгресу ООН із запобігання злочинності та поведження із правопорушниками (Каїр, 29 квітня — 8 травня 1995 р.) підкреслювалось значення архітектурного будівництва у запобіганні злочинності², тобто діяльності, що охоплюється поняттям «топографія злочинності». У західній кримінології з приводу цього були навіть розроблені спеціальні теорії на кшталт теорії розбитих вікон. Вона була сформульована у 80-х роках ХХ ст. вченими Д. Уілсоном та Д. Келлінгом, які теоретично та експериментально довели, що ознаки безладу та недотримання людьми прийнятних норм поведінки провокують у оточуючих аналогічну

¹ A/CONF. 121/18 // Робочий документ Сьомого конгресу ООН із запобігання злочинності та поведження із правопорушниками «Нові форми злочинності і запобігання злочинності у контексті розвитку: майбутні задачі» (Мілан, 26 серп. – 6 верес. 1985 р.). – 35 с.

² A/CONF. 169/7 // Робочий документ Дев'ятого конгресу ООН із запобігання злочинності та поведження із правопорушниками «Стратегії в області запобігання злочинності, зокрема відносно злочинів у міських районах і злочинності серед неповнолітніх, та злочинів із застосуванням насильства, включаючи питання про потерпілих: оцінка й нові перспективи» (Каїр, 29 квіт. – 8 трав. 1995 р.). – 49 с.

форму поведінки («графіті» на стінах, розбиті вікна будинків, сміття на тротуарах тощо)¹. До речі, на пострадянському просторі є вдалі приклади реалізації цієї теорії, зокрема у Грузії, де комплексний державний благоустрій став, окрім іншого, наслідком значного скорочення злочинності².

Отже, участь громадськості у протидії злочинності відіграє значну роль, оскільки має у своєму арсеналі можливості із надання допомоги щодо відновлення зруйнованих будинків і споруд, участі у благоустрої місць загального користування та ін.

Ювілейний Десятий конгрес ООН із запобігання злочинності та поводження із правопорушниками (Відень, 10–17 квітня 2000 р.) не оминув проблему світової практики участі громадськості у протидії злочинності. У його матеріалах відзначалось, що сучасний досвід залучення населення до впливу на злочинність не обмежується тими видами співробітництва громадськості та державних органів влади, що розглядалися вище. У деяких країнах зарекомендували себе форми роботи, що спираються на партнерські відносини не лише поліції з місцевими органами влади, а й із представниками місцевих ділових кіл, які можуть брати участь у фінансуванні діяльності із протидії злочинності на території громади³.

Зрозуміло, що в межах цієї статті об'єктивно неможливо висвітлити основні положення матеріалів зазначених конгресів, які стосуються участі громадськості у протидії злочинності. Залишились нерозглянутими стратегії щодо залучення населення та місцевих громад до запобігання окремим видам та групам злочинності, наприклад, злочинності неповнолітніх або так званої міської злочинності. Так, фундаментальні міжнародні нормативно-правові документи у сфері запобігання злочинності неповнолітніх, вироблені на Сьомому та Восьмому конгресах ООН, до яких належать Пекінські правила та Ер-рядські принципи, серед головних суб'єктів виділяють саме громадськість.

¹ Теория разбитых окон [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://ru.wikipedia.org/wiki/Теория_разбитых_окон – Заголовок з екрана.

² Теория разбитых окон или снова о Грузии [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://nikinform.com/stati/128-stati/1134-teoriya-razbityx-okon-ili-snova-o-gruzii.html> – Заголовок з екрана.

³ A/CONF. 187/7 // Робочий документ Десятого конгресу ООН із запобігання злочинності та поводження із правопорушниками «Ефективне запобігання злочинності: у ногу із новітніми досягненнями» (Відень, 10–17 квіт. 2000 р.). – 13 с.

Таким чином, ураховуючи вищевикладене, можна дійти висновку, що громадськість має потужний антикриміногенний потенціал, використання якого є вкрай актуальним для сучасної України. За умов мудрої державної політики, поступових та виважених кроків із боку органів кримінальної юстиції цілком можливо змінити акценти у бік значущості профілактичної діяльності різних суб'єктів запобігання злочинності. Головною метою такого процесу (через що свого часу пройшли провідні країни світу) має бути суттєве зниження рівня злочинності в Україні шляхом запобігання злочинності громадськістю як основним суб'єктом такої діяльності. При цьому скоротяться бюджетні витрати на утримання судових і правоохоронних органів та відповідно зросте участь та особиста відповідальність кожного громадянина у загальній справі протидії злочинності.

Колодяжний М. Мировая практика участия общественности в противодействии преступности

На основе изучения материалов конгрессов ООН по предупреждению преступности и уголовному правосудию, прошедших в период 1955–2010 гг., дано обобщение мирового опыта противодействия преступности с участием общественности.

Ключевые слова: предупреждение преступности, противодействие преступности, ООН, конгрессы ООН по предупреждению преступности и уголовному правосудию, общественность.

Kolodyazhny M. The world practice of participation of public in counteraction criminality

On the basis of study of materials of congresses of UN on prevention of crime and criminal justice, passing during 1955–2010, generalization of world experience of prevention of crime is given with participation public.

Keywords: prevention of crime, counteraction criminality, UN, congresses of UN on prevention of crime and criminal justice, public.

НА ПОЧАТКУ ТВОРЧОГО ШЛЯХУ

УДК 340.12

А. Перепелюк, аспірантка відділу теорії держави і права Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

Механізм правозастосування: структура та принципи організації

Правозастосування є однією з важливих сторін функціонування держави та державного апарату. Це складний процес реалізації матеріального права в процесуальній формі, у результаті якого виникають, змінюються чи припиняються правовідносини. Швидкоплинні процеси в суспільному житті зумовили необхідність подальшого проведення досліджень у сфері правозастосування та формування нових підходів, які необхідні для більш ефективного використання теоретичних розробок у практичній діяльності. Поліструктурність та стадійність механізму правозастосування надає можливість говорити про наявність спеціального механізму цього різновиду юридичної діяльності.

Аналіз правозастосування як особливий механізм не отримав у науці належної уваги. На жаль, серед наукових доробок українських вчених це питання майже зовсім не досліджено, на відміну від російського досвіду наукового аналізу цієї категорії у галузі теорії держави і права. Зокрема, питання аналізу правозастосування як самостійного механізму реалізації норм права досліджено: Ю. Н. Бро, Л. С. Зусем, О. С. Категов, І. П. Левченко, І. Л. Невзоровим, А. В. Старостюк, Т. І. Тарахоніч, Ю. О. Тихомировим, О. А. Чвановим, В. А. Юсуповим.

Метою цієї публікації є аналіз закономірностей механізму правозастосування, його складу, форм прояву та принципів організації. Досягнення поставленої мети потребує з'ясування категорії «механізм» в аспекті її змісту та походження.

У науковій літературі під поняттям «механізм» розуміють спосіб функціонування, систему засобів впливу¹. Механізм (від. грец.

¹ Общая теория государства и права. Академический курс в трех томах / отв. ред. М. Н. Марченко. – 3-е изд., перераб. и доп. – М. : Норма, 2007. – С. 97.

mechane — зняряддя, машина) — це засіб для передачі та зміни рухів, які формують систему тіл (елементів), в якому рух одного або декількох тіл (провідних) викликає достатньо визначений рух інших тіл системи¹.

Досить вдало, на нашу думку, сформулював бачення правового механізму К. В. Шундіков, який зазначив, що правовий механізм являє собою необхідний та достатній для досягнення конкретної юридичної цілі системний комплекс юридичних засобів, що організовані послідовно і діють поетапно, відповідно до нормативно заданої схеми (процедури)².

Указане свідчить, що правовий механізм — це певна конструкція, яка передбачає дію послідовно організованих юридичних засобів, які дають можливість досягти конкретної юридичної цілі з дотриманням відповідної процедури. Кожна ланка такого механізму є самостійним комплексом юридичних засобів. Правові механізми притаманні як теорії держави і права, так і галузевим наукам. Так, у конституційному праві є правовий механізм проведення виборів, у цивільно-процесуальному праві механізм розгляду цивільних справ тощо³. Найбільш дослідженим у сучасній науці є механізм правового регулювання.

Під правовим регулюванням розуміється спеціально-юридичний вплив об'єктивного та суб'єктивного права, всієї сукупності правових засобів на суспільні відносини з метою досягнення відповідних результатів⁴. Характеристика механізму правового регулювання здійснюється через правові засоби, як інструменти результативного впливу на суспільні відносини, взяті в єдності та взаємодії, які складають цілісний механізм правового регулювання. Тобто у даному випадку інструментальний підхід є домінуючим при розгляді цієї юридичної категорії.

Під інструментальним підходом розуміється спосіб правового пізнання, який надає можливість визначити набір гарантованих державною владою, правовою системою та всією сукупністю панівних від-

¹ Словарь иностранных слов. – М., 1980. – С. 316.

² Шундикова К. В. Механизм правового регулирования : учеб. пособие / К. В. Шундикова ; под ред. Малько. – Саратов : СГАП, 2001. – С. 42.

³ Тарахонич Т. І. Механізм дії права, механізм правового регулювання, механізм реалізації права: особливості взаємодії / Т. І. Тарахонич // Держава і право. – 2010. – Вип. 50. – С. 42–46.

⁴ Алексеев С. С. Правовые средства: постановка проблемы, понятие, классификация // СГП. – 1987. – № 6. – С. 289.

носин юридичних засобів, які пропонуються законом адресатам правових установок для досягнення соціально значимого результату¹.

Правові засоби при інструментальному підході до права складають його сутність, у різних площинах соціально-правової дійсності утворюють відповідні зв'язки, комплекси, своєрідні юридичні механізми. Тобто правові засоби об'єднуються у блоки, які, у свою чергу, створюють у механізмі правового регулювання відносно самостійні юридичні механізми, так звані «зв'язки», «зчеплення», визначаючи особливості «роботи» права на окремих ділянках правового регулювання.

У площині нормативного регулювання правові засоби виокремлюються в правові інститути, субінститути, правові утворення, категорії, для кожного із яких характерний свій набір правових засобів. Під час реалізації права ці засоби формують адекватний йому механізм. Цей механізм також вимагає використання в різноманітних ситуаціях конкретних правових засобів, які в подальшому можуть бути виокремлені у відповідні категорії юридичних справ (інститут приватної власності, інститут опіки та піклування).

Отже, правові засоби — це інституційні утворення правової дійсності, використання яких у спеціально-правовій сфері приводить до досягнення відповідних результатів у вирішенні соціально-економічних, політичних завдань та проблем, які постають перед суспільством та державою².

Із точки зору функцій та змісту основних елементів, механізм правозастосування виступає як особлива підсистема механізму правового регулювання, за допомогою якої об'єктивне та суб'єктивне право реалізується у фактичній поведінці суб'єктів, втілюється у життя. Якщо механізм правового регулювання — це взята в єдності система правових засобів, за допомогою якої забезпечується владний вплив на суспільні відносини, то механізм правозастосування виступає як система правових засобів, що здатні забезпечити такий вплив та контроль із боку держави.

Цілком очевидно є наявність спільних рис механізму правового регулювання та механізму правозастосування. Механізм правового

¹ Гойман-Калинский И. В. Элементарные начала общей теории права : учеб. пособие для вузов / И. В. Гойман-Калинский, Г. И. Иванец, В. И. Червонюк ; под общ. ред. В. И. Червонюка // Право и закон. – М. : КолосС, 2003. – С. 27.

² Сапун В. А. Деятельность по использованию правовых средств в реализации советского права / В. А. Сапун // Проблемы реализации права : межвуз. сб. науч. тр. – Свердловск, 1990. – С. 10.

регулювання проходить стадію загальної дії правових норм (на якій відбувається регламентація поведінки суб'єктів), стадію виникнення суб'єктивних прав та юридичних обов'язків (коли виникають правовідносини), яка, у свою чергу, переходить у стадію реалізації прав та обов'язків¹. Остання передбачає перетворення в життя прав та обов'язків, їх трансформацію у фактичну поведінку суб'єктів. Дія, функціонування механізму правозастосування збігається з двома останніми стадіями і здійснюється на готовій, діючій нормативній базі. Тобто у відповідний момент «режими» функціонування цих механізмів збігаються.

Найбільш повне визначення «механізму правозастосування» було надано Л. Б. Зусем. На його думку, це «система правових актів, діянь, рішень компетентних органів та осіб, унаслідок яких з'являються, виявляються та перетворюються в життя організаційна та правозабезпечувальна функції правозастосування»².

Характеризуючи правозастосування як відповідну форму реалізації права, Ю. Н. Бро зазначає, що воно являє собою державно-правовий метод перетворення приписів права в життя. У цьому значенні правозастосування стає ніби спеціальним «механізмом», який пов'язує норму права, що застосовується, з її повною реалізацією у поведінці суб'єктів права. Цей механізм передбачає обов'язкову участь компетентних органів, наділених владними повноваженнями, а це, у свою чергу, і забезпечує приведення до життя вимог норм права³.

О. А. Чванов вважає, що в механізмі правозастосування норма права не тільки конкретизується, а й «оживає», діє, тобто реалізується. Це здійснюється шляхом роздвоєння єдиного (норма права) на «протилежності» (суб'єктивне право та юридичні обов'язки)⁴.

У межах інструментального підходу під *механізмом правозастосування* варто розуміти сукупність взаємообумовлених та взаємопов'язаних правових засобів, які використовуються державою,

¹ Алексеев С. С. Механизм правового регулирования в социалистическом государстве / С. С. Алексеев. – М. : Юрид. лит., 1966. – С. 34.

² Зусь Л. Б. Правоприменение: его механизм, понятие / Л. Б. Зусь // Проблемы обеспечения законности в механизме правоприменения. – Волгоград, 1991. – С. 9–13.

³ Бро Ю. М. Проблемы применения советского права / Ю. М. Бро. – Иркутск, 1980. – С. 13.

⁴ Чванов В. А. Механизм правоприменения : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / В. А. Чванов. – Саратов, 1995. – С. 90.

її органами та посадовими особами з метою забезпечення законного, справедливого та обґрунтованого застосування права відповідно до волі законодавця. Завдяки цим елементам забезпечується своєчасний розвиток правозастосовчого процесу у відповідних законодавчих межах, долаються різноманітні перешкоди, виникають та розвиваються нові зв'язки і відносини.

Проте механізм правозастосування є комплексним правовим утворенням та найбільш об'ємною ланкою в механізмі правового регулювання. Тому, досліджуючи цю юридичну категорію, потрібно найбільш повно враховувати весь спектр зв'язків та компонентів, що входять до її складу. Принагідно варто використати саме системний підхід у дослідженні механізму правозастосування, в основі якого лежить розгляд об'єктів як систем, які орієнтують дослідження на розкриття цілісності об'єкта, на вияв у ньому багатоманітних типів зв'язків і зведення їх у єдину теоретичну картину¹.

За таких обставин механізм правозастосування є динамічною, функціонально складною системою, до якої належать відповідні правові засоби, правовідносини, які виникають між суб'єктами та учасниками правозастосування, різноманітні види діяльності, які супроводжують процес застосування правових норм, а також юридично значимі результати цієї діяльності.

Ураховуючи зазначене, механізм застосування права є складним структурним утворенням, внутрішня будова якого включає в себе його основні елементи, їх взаємозв'язок та взаємодію. Відповідні елементи присутні в кожному випадку застосування юридичних норм, до них можна віднести:

по-перше, того, хто застосовує норму права: суб'єкта, який володіє владними повноваженнями, до компетенції якого входять такі дії;

по-друге, того, до кого застосовується нормативний припис: це суб'єкт, який займає в даних відносинах підпорядковане місце, його правосуб'єктність;

по-третє, яким чином відбувається застосування норми права: тут мають на увазі процедуру правозастосування, стадійність та технологію цього процесу, послідовність діянь; при цьому ураховується весь набір юридичних засобів, які забезпечують ефективне, своєчасне та послідовне застосування;

¹ Енгибарян Р. В. Теория государства и права : учеб. пособие / Р. В. Енгибарян, Ю. К. Краснов. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : Норма, 2007. – С. 31.

по-четверте, те, що застосовується: безпосередньо норма права, а у випадку аналогії закону чи права застосовуються або загальні принципи, або подібний закон;

по-п'яте, результат (підсумок) застосування нормативних положень: індивідуально-правовий акт, який вже, у свою чергу, регулює конкретно визначену життєву ситуацію.

Механізм правозастосування починає діяти за наявності юридичного факту, правомочності та об'єкта правового впливу. Тільки за таких умов цей механізм починає взаємодіяти з фізичними та юридичними особами, виникає система взаємозв'язків, відносин, реалізація правових норм та методів, які опосередковують правозастосування. Сам механізм набуває якісно нового стану. Його функціональними завданнями є, по-перше, забезпечення суб'єктів суспільних відносин можливістю набувати прав та обов'язків; по-друге, дослідження умов (подій, фактів, передбачених гіпотезою правової норми), тобто юридичних фактів. По-третє, з появою таких умов виникає взаємозв'язок між суб'єктами права — правовідносини. По-четверте, усі названі завдання постають для досягнення головної мети — вирішення конфліктної життєвої ситуації, розгляд юридичної справи, наслідком якої є обґрунтоване індивідуальне рішення.

Механізм застосування норм права можливо розглядати у статичці та динаміці. Статичний підхід акцентує увагу на нормативній базі застосування права, а також на структурі та організації установ, що здійснюють застосування правових норм. Динамічний — дає можливість досліджувати зв'язки, відносини, процес функціонування в межах цього механізму¹. Як наслідок, можливо виокремити три основних блоки механізму застосування норм права: нормативний, інституціональний та процесуальний.

Нормативний блок — це матеріально-правовий зміст, який опосередковує застосування права. До його складу входять нормативні акти національного та міжнародного права, а також акти, що закріплюють ціннісні пріоритети, цільові установки, інститути та принципи правозастосування.

Інституціональний блок — це система державних юридичних установ та посадових осіб, а також недержавні установи (органи місцевого самоврядування) та посадові особи недержавних установ,

¹ Старостюк А. В. Застосування норм права : навч. посіб. / А. В. Старостюк. – Ірпінь : Нац. акад. ДПСУ України, 2007. – С. 17.

які діють у межах існуючого правового поля. Сюди також належать норми права, які регламентують порядок їх діяльності, повноваження та компетенцію.

Процесуальний блок — це необхідні юридичні засоби, за допомогою яких реалізується матеріально-правовий зміст (об'єкт правового регулювання, правомочність, юридичний факт). Саме завдяки цій складовій механізм правозастосування починає взаємодіяти з фізичними та юридичними особами, виникає система зв'язків, відносин, реалізуються правові норми, методи, які опосередковують правозастосування.

До кожного з блоків у різноманітних модифікаціях входять регулятивні, охоронні та процесуально-процедурні правові засоби, причому останні визначають порядок, форму діяльності по використанню перших двох, способи їх оформлення та фіксації, стадії здійснення.

У механізмі правозастосування правові засоби володіють особливим змістовним значенням та навантаженням, а зв'язок блоків, груп правових засобів має природу чіткої закономірності. Це пояснюється тим, що від правильного вибору правових засобів для вирішення конкретних завдань залежать надійність та ефективність не тільки процесу правозастосування, а ще й правового регулювання суспільних відносин.

Важливою визначальною складовою механізму правозастосування є його принципи організації, що служать надійними юридичними орієнтирами, які спрямовують діяльність правозастосовчих органів. Їх дотримання гарантує неприпустимість порушення законності, забезпечує необхідну диференціацію правового регулювання, послідовне утвердження соціальної справедливості, стабільність юридичної практики, сприяє підвищенню ефективності та якості правозастосування.

Принципи організації механізму правозастосування можливо визначити як основні засади, вихідні положення, ідеї, які є орієнтирами, вимогами її здійснення та відображають сутнісні властивості права.

Ці принципи є об'єднуючими зв'язками, ідеологічною основою виникнення, становлення та функціонування механізму правозастосування як правового явища. Вони визначають основи правозастосовної діяльності, координують функціонування механізму правозастосування, є критерієм оцінки ефективності цієї діяльності, формують правове мислення та правову культуру.

Перш за все принципи механізму правозастосування є похідними від принципів права, конкретизують та деталізують їх. Механізм правозастосування повинен відповідати та забезпечувати реалізацію основних принципів права, зокрема, таких як: гуманізм, справедливість, рівність, верховенство права.

Принципи організації механізму правозастосування, у свою чергу, конкретизують принципи права та у концентрованому вигляді визначають основні властивості організації правозастосовної діяльності. Говорячи про якісну характеристику механізму правозастосування, важливо зазначити, що його структура та організація повинні відповідати принципам законності, справедливості, об'єктивності, рівності суб'єктів перед законом, неупередженості, незалежності юриста при веденні юридичної справи від власного інтересу та зовнішнього тиску, обґрунтованості рішень, професіоналізму, поваги до суб'єктів правовідносин і до права в цілому, в поєднанні гласності та конфіденційності, чесності та порядності у веденні юридичної справи¹. Фундаментальне значення в цьому механізмі займає принцип законності, він становить основу, базу та пронизує весь процес дії права, реалізації суб'єктивного права та юридичного обов'язку.

Отже, *механізм правозастосування* — це система взаємопов'язаних та взаємообумовлених елементів, наявних у кожному випадку застосування права, які становлять зміст цієї специфічної юридичної діяльності, що відрізняється владним характером та забезпечує чітку й ефективну реалізацію волі законодавця. З точки зору функції та змісту основних елементів механізм правозастосування характеризується як особлива підсистема механізму правового регулювання, блок регулятивних та охоронних правових засобів різного рівня, за допомогою яких об'єктивне та суб'єктивне право перетворюється в життя, втілюється у фактичній поведінці суб'єктів, які забезпечують правову активність та правореалізаційну діяльність.

Механізм правозастосування є складним структурним утворенням, який включає в себе: суб'єкт правозастосування, об'єкт, правозастосовчу процедуру, підстави застосування права, результат правозастосовчої діяльності (правозастосовчий акт).

Діяльність суб'єкта правозастосування повинна сприяти, примусити до реалізації правових норм, покласти відповідальність у випад-

¹ Гусарев С. Д. Юридична деонтологія (основи юридичної діяльності) : навч. посіб. / С. Д. Гусарев, О. Д. Тихомиров. – К. : Знання, 2005. – С. 238.

ку порушення правових вимог¹. При цьому правозастосовчий суб'єкт повинен керуватися не тільки нормативно-правовими актами, які встановлюють його компетенцію, а й основоположними принципами права, що повинні бути визначальними орієнтирами при винесенні будь-якого рішення. В ідеалі правозастосовчий механізм передбачений для задоволення потреб та інтересів усього суспільства.

Перепелюк А. Механізм правоприменения: структура и принципы организации

В статье раскрыто понятие механизма правоприменения, проанализированы его структура и принципы организации. Механизм применения права характеризуется как особая подсистема механизма правового регулирования.

Ключевые слова: механизм правоприменения, правовые средства, принципы организации механизма правоприменения.

Perepelyk A. Mechanism of law application: structure and principles of organization

In the article revealed the concept of mechanism of law application; analyzed its structure and principles of organization. The mechanism of law application is characterized as special subsystem of legal regulation.

Keywords: mechanism of law application, legal tools, principles of organization of law application.

¹ Лазарев В. В. Применение советских правовых норм / В. В. Лазарев. – Казань, 1972. – С. 33.

УДК 342.9.03

Я. Калмикова, аспірантка кафедри адміністративного права Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Сутнісні аспекти письмових засобів доказування в адміністративному судочинстві

Важливу роль у адміністративному судочинстві під час дослідження обставин справи мають відігравати письмові докази. Загальним дослідженням у цій царині приділяють увагу такі вчені-процесуалісти, як В. Д. Арсен'єв, В. В. Баранкова, В. А. Бігун, О. Т. Боннер, С. В. Васильєв, В. В. Гордєєв, Г. Ф. Горський, Е. В. Додін, І. М. Дородін, П. С. Елькінд, Н. В. Жогін, В. О. Зігура, С. В. Ківалов, Л. Д. Кокорев, В. І. Коломищев, В. К. Колпаков, В. В. Комаров, А. В. Кудрявцева, Л. М. Ніколенко, В. Г. Перепелюк, І. В. Решетнікова, М. К. Треушніков, Ф. Н. Фаткуллін, С. Я. Фурса, М. А. Чельцов, М. Й. Штефан, К. С. Юдельсон та інші, праці яких склали теоретичну основу цієї статті. При цьому ми виходимо з концепції єдиного розуміння доказів та їх видів у судочинстві (В. М. Протесов, І. В. Решетнікова, А. В. Кудрявцева, В. М. Горшеньов). Утім в адміністративному судочинстві ці питання майже не досліджувалися, що потребує вивчення сутності та значення таких поширених джерел доказування, як письмові та речові докази. Метою цієї статті є з'ясування та уточнення сутнісних характеристик письмових засобів доказування в адміністративному судочинстві, які визначаються як документи (у тому числі електронні), акти, листи, телеграми, будь-які інші письмові записи, що містять у собі відомості про обставини, які мають значення для справи (ст. 79 КАСУ).

Серед науковців існують різні підходи щодо розуміння письмових доказів, зокрема, йдеться про: 1) *предмети* (матеріальна (об'єктивна) форма вираження думок людини за допомогою знаків, об'єднаних у відповідну систему та структуру) (В. В. Комаров, С. Я. Фурса, К. С. Юдельсон)¹; 2) *джерела* (дані про фактичні обставини, що по-

¹ Див.: Коломищев В. И. Письменные доказательства по гражданским делам / В. И. Коломищев. – М. : Юрид. лит., 1978. – С. 6; Цивільний процес України: академічний курс : підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. / за ред. С. Я. Фурси. – К. :

ходять від осіб, які їх склали) (М. Й. Штефан)¹; 3) *відомості про обставини* (зміст яких міститься у договорах, актах, довідках, діловій кореспонденції, інших документах, які виконані в цифровій формі, графічних записах або ін.) (Р. О. Куйбіда); 4) *матеріали* (закріплена на матеріальному носії певна інформація) (С. В. Васильєв, Л. М. Ніколенко)²; 5) *документи* (діловий папір, що виданий за підписом уповноваженої особи, який має визначені реквізити та викладений у письмовій формі) (В. В. Гордєєв, Е. В. Додін, В. К. Колпаков, Р. О. Куйбіда, М. К. Треушніков, М. А. Чельцов). Ми підтримуємо точку зору тих вчених, які ототожнюють письмові докази із документами, з огляду на таке.

У *документознавстві* документ визначається як: 1) поєднання (комбінація) носія та інформації, яка записана на ньому й може використовуватись у разі необхідності; 2) записана інформація, незалежно від її форми або носія, яка створюється організацією або певною особою³. Якщо звернутися до зарубіжного досвіду, то в доказовому праві США та Англії під документами розуміють, власне, письмові документи, карти, плани, графіки, фотознімки, диски, записи та ін.⁴ Бельгійський вчений П. Отле визначав поняття «документ» як будь-яке джерело інформації, відтворення людської думки, знань незалежно від того, чи втілене воно в матеріальній (фіксованій) формі або є провідником (передавачем) інформації в часі⁵.

У вітчизняній науковій літературі існують різні підходи до визначення поняття «документ», при цьому важливе значення надається таким його ознакам, як характер відомостей, які знаходяться в документі, їх призначення, письмова форма та ін. В. Д. Арсенєв, Н. В. Жо-

Вид. Фурса С. Я. : КНТ, 2009. – С. 349; Комаров В. В. Доказування та докази в цивільному судочинстві : текст лекцій / В. В. Комаров. – Х. : Укр. юрид. акад., 1991. – С. 24; Юдельсон К. С. Судебные доказательства и практика их использования в советском гражданском процессе / К. С. Юдельсон. – М. : Госюриздат, 1956. – С. 195; Курс цивільного процесу : підручник / В. В. Комаров, В. А. Бігун, В. В. Баранкова та ін. ; за ред. В. В. Комарова. – Х. : Право, 2011. – С. 503.

¹ Штефан М. Й. Цивільний процес : підруч. для юрид. спец. вищ. закл. освіти / М. Й. Штефан. – К. : Ін Юре, 1997. – С. 265.

² Васильєв С. В. Доказування та докази у господарському процесі України : монографія / С. В. Васильєв, Л. М. Ніколенко – Х. : Еспада, 2004. – С. 43–44.

³ Палеха Ю. І. Загальне документознавство : навч. посіб. : 2-ге вид., допов. і переробл. / Ю. І. Палеха, Н. О. Леміш. – К. : Ліра-К, 2009. – С. 113, 114.

⁴ Решетникова И. В. Доказательственное право Англии и США / И. В. Решетникова. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : Городец, 1999. – С. 152.

⁵ Палеха Ю. І. Загальне документознавство : навч. посіб. : 2-ге вид., допов. і переробл. / Ю. І. Палеха, Н. О. Леміш. – К. : Ліра-К, 2009. – С. 116.

гін, М. К. Треушніков наголошують, що документ є предметом матеріального світу, в якому уповноважена особа або громадянин загальноприйнятим способом фіксує відомості (інформацію) про обставини, які мають значення для правильного вирішення справи¹. Майже тожого погляду дотримуються Г. Ф. Горський, В. М. Тертишник, Ф. Н. Фаткуллін щодо визначення документа як письмового акта або іншого матеріального об'єкта, який пов'язаний з особою (протоколи судових дій та документи, оформлені іншим способом)². Особливий погляд має Е. В. Додін, який вважає документ результатом відображення фактів, подій, явищ об'єктивної реальності та розумової діяльності людини на матеріальному об'єкті письмово, графічно, за допомогою фотографії, звукозапису або іншим способом³. Ми підтримуємо традиційний підхід до визначення поняття «документ» як предмет матеріального світу, створений відповідним органом або особою (В. Д. Арсенєв, Н. В. Жогін, М. К. Треушніков), оскільки саме таке розуміння найбільш повно характеризує його сутнісні ознаки.

Значені теоретичні підходи щодо визначення документа як письмового доказу потребує виокремлення його матеріальних та процесуальних ознак. До *матеріальних*, зокрема, належать: 1) об'єктивна (матеріальна) форма вираження; 2) втілення думок людини (суб'єктивний аспект); 3) вплив особистих якостей людини на формування (освіта, спеціальність, вік, спостережливність та ін.); 4) відображення у вигляді сукупності знаків (букв, цифр, ієрогліфів і т. ін.); 5) джерелом походження виступає відповідний орган, організація чи конкретна особа; 6) є носієм певної інформації про обставини події; 7) наявність відповідних реквізитів (анонімний лист не може розглядатися як доказ або документ, який хоча і містить потрібні реквізити,

¹ Теория доказательств в советском уголовном процессе / отв. ред. Н. В. Жогин. – 2-е изд., исправл. и доп. – М. : Юрид. лит., 1973. – С. 664; Арбитражный процесс : учебник / под ред. проф. М. К. Треушникова. – М. : ООО «Городец-издат», 2003. – С. 208; Арсенев В. Д. Вопросы общей теории судебных доказательств в советском уголовном процессе / В. Д. Арсенев. – М. : Юрид. лит., 1964. – С. 117.

² Горский Г. Ф. Проблемы доказательств в советском уголовном процессе / Г. Ф. Горский, Л. Д. Кокорев, П. С. Элькин. – Воронеж : Изд-во Воронеж. гос. ун-та, 1978. – С. 193; Фаткуллин Ф. Н. Общие проблемы процессуального доказывания / Ф. Н. Фаткуллин. – 2-е изд., доп. – Казань : Изд-во Казан. ун-та, 1976. – С. 149–151; Тертышник В. М. Доказательства и доказывание в советском уголовном процессе / В. М. Тертышник. – Харьков : ХИВД, 1992. – С. 56–57.

³ Додин Е. В. Доказательства в административном процессе / Е. В. Додин – М. : Юрид. лит., 1973. – С. 144.

але в ньому знаходиться інформація, яка не підлягає перевірці)¹; 8) є носієм інформації про обставини справи, які підлягають доказуванню. Тож, йдеться про змістові характеристики документа та його формалізацію. *Процесуальними* ознаками документа є: 1) набуття значення доказу шляхом додержання процесуальної форми; 2) витребування його судом у порядку забезпечення доказів з урахуванням вимог статей 78–80 КАСУ; 3) шляхом ухвалення відповідної постанови та 4) надання такого доказу безпосередньо до суду; 5) подальше повернення оригіналу письмового доказу власнику документа після розгляду справи судом як доказу по справі.

Документи як особливі засоби доказування в адміністративному судочинстві можуть бути класифіковані за: 1) суб'єктом формування; 2) характером змісту; 3) формою вираження; 4) характером джерел формування; 5) способом їх сприйняття та відтворення; 6) способом створення; 7) характером знакових засобів фіксації інформації.

Зокрема, *за суб'єктом формування* документи поділяють на офіційні та неофіційні (приватні). Під *офіційними* розуміють документи та акти, які видаються державними органами, органами місцевого самоврядування, державними підприємствами та установами, громадськими організаціями та посадовими особами (до них також належать ділові листи)². Особливостями офіційних документів є те, що вони: а) походять від державних, громадських організацій, посадовців³; б) складаються у процесі реалізації службових або громадських повноважень; в) мають високий ступінь достовірності⁴; г) потребують визначеної форми, порядку видання, складання, наявності необхідних реквізитів. Зазначимо, що серед офіційних документів переважне значення мають документи, видані управлінським органом у процесі виконавчо-розпорядчої діяльності. Утім документи виконавчого характеру можуть бути у формі: 1) протоколу (документ, що фіксує записи про проведену роботу та прийняття рішень колегіальних органів чи

¹ Додин Е. В. Доказательства в административном процессе / Е. В. Додин. – М. : Юрид. лит., 1973. – С. 145–146.

² У англо-американській правовій системі такі докази називаються публічними (Див.: Решетникова І. В. Доказательственное право Англии и США / И. В. Решетникова. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : Городец, 1999. – С. 153).

³ Див.: Коломыщев В. И. Письменные доказательства по гражданским делам / В. И. Коломыщев. – М. : Юрид. лит., 1978. – С. 127.

⁴ Див.: Дородін І. М. Документи як вид доказів у кримінальному процесі України : монографія. – К. : Вид. ПАЛИВОДА А. В., 2006. – С. 23.

окремих осіб); 2) акта (діловий папір, складений уповноваженою на це особою (особами), у якому зафіксовано вчинення певної події (дій) та їх результати (акт ревізії, акт перевірки, акт приймання-передачі тощо)¹; 3) наказу (документ, що засвідчує обов'язок виконання певної роботи, застосування заходів заохочення чи стягнення); 4) письмової доповіді (містить інформацію про конкретне питання, а також пропозиції та висновки); 5) листа (будь-яке повідомлення однієї особи, адресоване іншій особі, передане поштою, кур'єром, факсом, електронною поштою, у ньому містяться відомості необхідні для організації взаємовідносин між суб'єктами управлінської діяльності)²; 6) циркуляру (містять відомості, які уточнюють інформацію, що повідомлена в інших документах); 7) довідки (відомості описового характеру); 8) посвідчення (інформація про наявність у особи або органу певних повноважень); 9) диплому (відомості про набуту спеціальність та закінчення вищого навчального закладу тощо); 10) характеристики (зокрема, відомості про діяльність у різних сферах працівника); 11) рішення та інформації (відомості довідково-інформаційного характеру); 12) телеграми (повідомлення, передбаченої засобами телеграфного зв'язку та ін.)³. Прикладом дослідження в суді документів виконавчого характеру є така справа. Харківська міськрада звернулася до голови Харківської облдержадміністрації (Особа-1), першого заступника голови Харківської обласної державної адміністрації (Особа-2), третя особа, що не заявляє самостійних вимог (Харківська облдержадміністрація), з адміністративним позовом про визнання протиправним та скасування розпорядження голови Харківської обласної державної адміністрації «Про створення комісії». Суд, дослідивши матеріали справи та заслухавши пояснення представників сторін, встановив таке. Юридична особа ТОВ «Таміра» звернулося з листом до Міністерства регіонального розвитку та будівництва України з приводу надання дозволів на будівництво, а також повідомлялося про деякі порушення закону з боку державних органів. Проведення перевірки цього листа доручалося Харківській облдержадміністрації, яка на виконання зазначеного листа в особі свого керів-

¹ Кодекс адміністративного судочинства України : наук.-прак. комент. / за заг. ред. Р. О. Куйбіди. – 3-тє вид., допов. – К. : Юстиніан, 2009. – С. 364.

² Там само. – С. 364.

³ Там само. – С. 364.

ника видала розпорядження «Про створення комісії». Розпорядження передбачало утворення комісії з перевірки порушень, на яких наголошувало ТОВ «Таміра» та які, на думку цієї особи, мали місце. Створена міжвідомча комісія мала здійснювати перевірку. Втім оскаржуване розпорядження не містило будь-яких указівок щодо перевірки роботи Харківської міськради чи її виконавчих органів. За таких обставин суд дійшов висновку, що оскаржуване розпорядження прийнято в межах повноважень органу виконавчої влади з урахуванням обставин питання та з метою дослідження і з'ясування фактичних даних, а тому заявнику цілком обґрунтовано було відмовлено в задоволенні адміністративного позову. Отже, законність розпорядження як офіційного документа стала не тільки предметом спору, а й послужила головним засобом доказування у справі.

Окремо слід виділити класифікацію офіційних письмових доказів, запропоновану М. К. Треушніковим, щодо поділу їх на: 1) акти, в яких реалізується воля або одного суб'єкта, який наділений владними повноваженнями, у межах своєї компетенції, або декількох суб'єктів (постанови, рішення, договори); 2) документи: а) якими встановлюється наявність або відсутність юридично значущих фактів (протоколи, висновки компетентних органів); б) якими підтверджується наявність або відсутність юридично значущих фактів (мають інформаційний характер) (довідки, квитанції)¹. Іншого погляду дотримуються В. К. Колпаков та В. В. Гордєєв, розглядаючи документи-докази у вигляді: 1) протоколів судових дій (допитів, дослідження доказів); 2) інших документів (довідки, документи, які складені громадянами, заяви, пояснення, характеристики, акти ревізій та інші акти, які складені державними установами та громадськими організаціями)².

Під *неофіційними* документами розуміють письмові докази, які виходять від приватних осіб-громадян, осіб без громадянства, іноземців (листування ділового та особистого характеру, різні записи, щоденники, рукописи). Особливості неофіційних письмових доказів полягають у тому, що вони: а) мають діловий та особистий характер; б) не містять необхідних реквізитів; в) довільні за формою складання;

¹ Арбитражный процесс : учебник / под ред. проф. М. К. Треушникова. – М. : ООО «Городец-издат», 2003. – С. 208.

² Колпаков В. К. Докази та доказування в адміністративному судочинстві : монографія / В. К. Колпаков, В. В. Гордєєв. – Чернівці : Чернів. нац. ун-т, 2009. – С. 44.

г) їх дослідження припускає перевірку достовірності відомостей, які містяться в документі, або волевиявлення суб'єкта¹.

За характером змісту документи поділяють на розпорядчі та довідково-інформаційні. *Розпорядчими* є письмові докази, що містять волевиявлення уповноваженого суб'єкта, зміст яких свідчить про факти, що мають владно-розпорядчу спрямованість та характеризуються волевим критерієм. До них слід віднести: а) акти органів державної влади та місцевого самоврядування, що не мають нормативного характеру; б) акти підприємств, установ, організацій, прийняті у межах їх компетенції (постанова податкової інспекції про накладення штрафу за не своєчасне подання звітності, постанова санепідемстанції про накладення адміністративного стягнення); в) акти, видані керівниками установ, підприємств, організацій, посадових осіб, які не мають нормативного характеру (наказ про звільнення з роботи, про оголошення догани, про преміювання); г) правочини, складені особами у письмовій формі (накладні, договори). Такий різновид розпорядчих документів пояснюється особливостями статусу суб'єкта доказування та його функціями, що має враховуватися при дослідженні цих доказів².

Довідково-інформаційними є письмові документи, які несуть у собі інформацію (відомості) про наявність або відсутність певних фактів. У судовій практиці часто використовуються інформаційні письмові докази (довідки, звіти, акти, листи, повідомлення), ознаками яких є: а) інформаційний характер; б) наявність повідомлення про певні факти; в) відповідність відомостей дійсності; г) відсутність волевиявлення; д) підтвердження наявності або відсутності певних фактів.

За формою вираження документи можуть бути: простими письмовими, нотаріально посвідченими та документами, які мають кваліфіковану письмову форму. Особливостями простої письмової форми документа є: а) довільний порядок складання; б) відсутність обов'язкових реквізитів; в) наявність волевиявлення суб'єкта; г) можливість використання як доказів з урахуванням вимог їх допустимості. У такій формі можуть складатися листи, рукописи, окремі види договорів. *Нотаріально посвідченими* є документи, для яких законом передбачена обов'язкова нотаріальна форма (посвідчення певних фактів,

¹ У англо-американській правовій системі такі докази називаються особистими (Див.: Решетникова И. В. Доказательственное право Англии и США / И. В. Решетникова. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : Городец, 1999. – С. 154).

² Див.: Комаров В. В. Доказування та докази в цивільному судочинстві : текст лекцій / В. В. Комаров. – Х. : Укр. юрид. акад., 1991. – С. 26.

відображених у цих документах нотаріусами та іншими особами, які мають право вчиняти нотаріальні дії (окремі види договорів). Для документів *кваліфікованої письмової форми* за наявності необхідних реквізитів, передбачається обов'язковість форми та змісту; вони, як правило, потребують подальшої державної реєстрації (свідоцтво про народження, акт про факт каліцтва на підприємстві тощо), набуваючи таким чином офіційності.

За характером джерел формування письмові документи поділяються на оригінали та копії. *Оригінал* — це документ, який: а) є першим екземпляром; б) має більшу вірогідність; в) містить відомості про факти, що закріплюються у ньому безпосередньо особою, яка його складає. Відповідно до ч. 4 ст. 79 КАСУ оригінали письмових доказів, що є у справі, повертаються судом після їх дослідження, якщо це не зашкодить розгляду справи, або після набрання законної сили судовим рішенням у справі за клопотанням осіб, які їх надали. *Копія* документа відтворює форму та зміст оригіналу, засвідченого у певному порядку. Ознаками копії документа є: а) незначний ступінь достовірності інформації; б) буквальне відтворення оригіналу; в) обов'язковість її засвідчення у певному порядку. Розвиток нових технічних засобів, їх відтворення обумовлює диференціацію поняття «копія». Так, застосування автоматичного копіювання документації дозволяє створювати схожі копії відповідно до оригіналу, які можуть використовуватися як оригінал. У правозастосовній практиці слід розрізняти копії: 1) *авторизовані* (посвідчені автором); 2) *нотаріальні* (нотаріально посвідчені); 3) *офіційно посвідчені* (відповідність їх оригіналу підтверджується компетентними посадовими особами); 4) *просто посвідчені* (приватними особами); 5) *незавірені копії* (які не мають підтвердження згідно з оригіналом). Письмові докази, як правило, мають подаватися до суду в оригіналі, в іншому випадку суд за клопотанням осіб, які беруть участь у справі, вимагає подання його оригіналу. У процесуальному законі США та Англії передбачено, що сторона може пред'явити суду копію документа у випадках, коли оригінал: 1) втрачено або знищено; 2) знаходиться у іншій стороні¹. У вітчизняному законодавстві відсутні положення щодо визначення походження документа (у тому числі електронного) як оригіналу або як копії. Тому в судовій практиці виникає низка питань з приводу характеру джерел

¹ Див.: Решетникова И. В. Доказательственное право Англии и США / И. В. Решетникова. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : Городец, 1999. – С. 153.

формування документа. З метою подальшого удосконалення правозастосовної практики у сфері доказової діяльності пропонуємо усунути таку прогалину шляхом доповнення ст. 79 КАСУ частиною 5, де визначити поняття «оригінал документа» (документ (першоджерело), який складається органом або особою у відповідному порядку, має високий ступінь достовірності та містить відомості про факти, що підлягають встановленню), та «копія документа» (документ (авторизований, нотаріальний, офіційно посвідчений, незавірений), який точно відтворює форму та зміст оригіналу, засвідчується у певному порядку та містить відомості про факти, що підлягають встановленню). У разі виникнення розбіжностей щодо оцінки джерел документа суд має залучити експерта для надання роз'яснення безпосередньо в судовому засіданні.

За способом їх сприйняття та відтворення письмові докази поділяються на такі, що: 1) виконані на паперовому носії за допомогою знаків, доступних для сприйняття судом; 2) є технічним відтворенням (електронні документи з текстовою інформацією або статичною графічною інформацією (графіки, креслення, фотографії); 3) інші документи й матеріали, відтворення оригіналу або копії яких неможливе без використання технічних засобів — відео-, аудіодокументи). Такого виду документи належать до доказів, які виходять за межі особистих доказів, оскільки в них за допомогою технічних засобів фіксуються уповноваженими особами факти та обставини, існуючи незалежно від волі та свідомості людини, поза її психікою, у тому вигляді, в якому вони об'єктивно існують, незалежно від її суб'єктивного сприйняття¹.

За способом створення письмовий документ може бути рукописним, машинним, електронним (а також графічним, механічно друкованим, електромагнітним, цифровим та хімічним). Найбільш поширеним є *рукописний* (знаки письма наносяться від руки); *машинний* (знаки письма наносяться технічними засобами) та *електронний* (інформація зафіксована у вигляді електронних даних, включаючи обов'язкові реквізити документа) документ². На сьогодні актуальною є можливість використання електронного документа як засобу доказування. У традиційному розумінні електронний документ є сукупністю

¹ Горский Г. Ф. Проблемы доказательств в советском уголовном процессе / Г. Ф. Горский, Л. Д. Кокорев, П. С. Элькинд. – Воронеж : Изд-во Воронеж. гос. ун-та, 1978. – С. 119.

² Про електронні документи та електронний документообіг : Закон України від 22.05.2003 № 851-IV // Відом. Верхов. Ради України. – 2003. – № 6. – С. 275.

даних у пам'яті ЕОМ, призначених для сприйняття людиною за допомогою відповідних програмних і апаратних засобів. Л. Г. Данильченко цілком слушно пропонує визначати електронний документ як відомості про обставини, які підлягають встановленню у справі, що записані на перфокарту, перфоленту, магнітний, оптичний, магнітооптичний накопичувач, карту флеш-пам'яті або інший подібний носій, які отримані із дотриманням процесуального порядку їх збирання¹.

До особливостей електронного документа можна віднести: 1) подання інформації в електронно-цифровому вигляді (важливе значення відіграє саме особливість їх носія, а не їхня сутність); 2) можливість ідентифікації та аутентифікації інформації (тобто перевірка достовірності, цілісності та незмінності змісту електронного документа); 3) можливість сприйняття суб'єктом інформації та її інтерпретації (інформація, що міститься в документі, доступна для розуміння людини); 4) виконання комунікативної функції лише у формі письмового документа, розміщеного на відповідному технічному пристрої (моніторі); 5) існування інформації як візуальної копії паперового документа, а також у «розібраному» вигляді — коли окремі частини документа, поняття чи елементи даних зберігаються в різних місцях, а збираються разом лише в момент використання документа; 6) допустимість електронного документа як доказу не може заперечуватись виключно на підставі того, що він має електронну форму²; 7) наявність реквізитів, що дозволяють ідентифікувати зафіксовані на матеріальному носії відомості; 8) можливість зміни форми документованої інформації; 9) створення документа у процесі документообігу³; 10) можливість заміни фізичного носія електронного документа іншим, у тому числі таким самим або іншим технічним носієм (наприклад, одна і та сама інформація може міститися на жорсткому диску персонального комп'ютера, дискеті, карті флеш-пам'яті та іншому подібному носії, відправлена електронною поштою, зафіксована на відповідному носії мобільного телефону); 11) можливість забезпечення цілісності поданої

¹ Данильченко Л. Г. Электронные средства доказывания в арбитражном процессе / Л. Г. Данильченко // Доказательства в арбитражном процессе. Судебная практика. Биб-ка ЭЖ-Юрист. – М. : Изд. Дом «Эконом. газ.», 2004. – С. 108.

² Перепелюк В. Г. Адміністративний процес. Загальна частина : навч. посіб. / В. Г. Перепелюк. – 2-ге вид., змінене і допов. – К. : Центр навч. л-ри, 2004. – С. 224.

³ Боннер О. Науково-технічний прогрес і розвиток російського процесуального законодавства та судової практики / О. Боннер // Право України. – 2011. – № 10. – С. 47.

інформації та незмінності документа; 12) сприяння однозначності тлумачення певних положень; 13) залежність доказового значення електронного документа від можливості вивчення його в процесі оцінки (не повинні порушуватися принципи оцінки доказів: всебічність, повнота, об'єктивність, безпосередність); 14) використання як докази лог-файлів (автоматичні щоденники серверу, в яких міститься інформація про виконання з файлами на сервері дій та про осіб, які їх здійснювали)¹.

Серед науковців існує дискусія щодо можливості віднесення електронного документа до письмового доказу. Це питання вирішено на рівні Роз'яснення Вищого арбітражного суду України від 18.09.97 р. № 02-5/289 «Про деякі питання практики застосування Арбітражного процесуального кодексу України» у п. 2.1, де передбачено таке: якщо документи, що мають значення для правильного вирішення суперечки, і підписи на них виготовлені стороною за допомогою будь-яких технічних засобів, то такі документи мають прийматися судом як письмові докази, досліджуватися й оцінюватися за загальними правилами. Якщо подані копії документів викликають сумніви, суд має право зажадати оригінали цих документів². Утім, О. Т. Боннер піддає сумніву віднесення електронного документа до письмових доказів із тих причин, що одне й те саме джерело одночасно може містити двояку інформацію — відомості, що підлягають розшифруванню за допомогою відповідного коду або «знаків-ієрогліфів», наприклад текст, та інформацію у вигляді певних зорових образів, колірних та звукових відчуттів, що ускладнює його сприйняття³. До того ж у законодавчих актах, зокрема, у Законі України «Про електронні документи та електронний документообіг» від 22 травня 2003 р. такий документ не розглядається як альтернатива письмового документа⁴. Вважаємо, що питання про документи, виготовлені з використанням електронно-обчислю-

¹ Кулик Т. Доказательственные возможности электронных документов / Т. Кулик // Хоз-во и право. – 2006. – № 8. – С. 72.

² Про деякі питання практики застосування Арбітражного процесуального кодексу України [Електронний ресурс] : Роз'яснення Вищого арбітражного суду від 18.09.97 р. № 02-5/289. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/main/nreg.v_244800-92.

³ Боннер О. Науково-технічний прогрес і розвиток російського процесуального законодавства та судової практики / О. Боннер // Право України. – 2011. – № 10. – С. 46.

⁴ Про електронні документи та електронний документообіг : Закон України від 22.05.2003 № 851-IV // Відом. Верхов. Ради України. – 2003. – № 6. – С. 275.

вальної техніки, має розглядатися в двох аспектах. Перш за все як підготовка, виготовлення і передача документів з використанням комп'ютерної техніки. Комп'ютерна інформація як засіб доказування є відомостями, поданими в електронно-цифровій формі на матеріальному носії, які створюються із використанням апаратних та програмних засобів фіксації, опрацювання та передачі інформації, на підставі яких суд встановлює наявність або відсутність обставин, які підлягають доказуванню під час розгляду справи, а також інших обставин, які мають значення для справи, й отримані в установленому законом процесуальному порядку¹. Утім, на сьогодні питання закріплення комп'ютерної інформації як самостійного засобу доказування у вітчизняному законодавстві не вирішено. По-друге, як *авторизація цих документів*, тобто використання системи електронного підпису, що дозволяє надати електронному документу юридичної сили відповідно до вимог закону².

Як було зазначено, у процесуальному законодавстві відсутнє визначення оригіналу та копії документів. Це положення стосується і електронного документа, чим нівелюється його доказове значення. Утім, тільки за умови чіткого визначення всіх аспектів правового режиму електронних документів можливе забезпечення та захист законних інтересів суб'єктів, які ними оперують у правозастосовній діяльності. У цьому аспекті пропонуємо способи вирішення цієї проблеми: 1) законодавче закріплення можливості подання електронного документа на магнітному та на паперовому носіях інформації у ч. 6 ст. 79 КАСУ; 2) закріплення підстав розгляду всіх форм подання електронного документа як оригінал та доповнення ч. 4 ст. 79 КАСУ мінімальним строком зберігання документів (у тому числі електронних). Отже, враховуючи зазначене, можна зробити висновок, що електронний документ має дуалістичне значення, що дає можливість використовувати його і як письмовий, і як речовий доказ.

За характером знакових засобів фіксації інформації, що міститься у документі (знаковість є обов'язковою властивістю документа, через те, що лише в закодованій знаками формі можливо передати інформа-

¹ Зигура Н. А. Компьютерная информация как вид доказательств в уголовном процессе России : монография / Н. А. Зигура, А. В. Кудрявцева. – М. : Юрлитинформ, 2011. – С. 30.

² Про електронний цифровий підпис : Закон України від 22.05.2003 № 852-IV // Відом. Верхов. Ради України. – 2003. – № 6. – С. 276.

цію від реципієнта до комуніканта), розрізняють: текстові, іконічні, ідеографічні, звукові, матричні, цифрові та комплексні документи.

Отже, проаналізувавши зазначені характеристики документа як засобу доказування, можемо зробити висновок, що документи можуть виступати як письмовими, так і речовими доказами, тобто мають дуалістичне значення. Документ може бути речовим доказом, якщо для встановлення обставин у справі мають значення його матеріальні властивості (тип паперу, вид друкарської фарби, слід витирання чи зміни тексту тощо). Письмовими доказами є інформація, яка передається за допомогою знаків (літер, цифр тощо), схем.

У підсумку зазначимо, що в основу формулювання видів письмових засобів доказування мають бути покладені в їх єдності особливості механізму відображення формування їх інформації на матеріальному носії та особливості процесуального порядку формування цього доказу. Існування механізму подальшого перетворення інформації у докази як відображення обставин, що підлягають доведенню в адміністративному судочинстві, має забезпечувати прозорість судових процедур.

Калмыкова Я. Сущностные аспекты письменных средств доказывания в административном судопроизводстве

В данной статье устанавливаются и уточняются сущностные характеристики письменных средств доказывания в административном судопроизводстве. Рассматривается правовая природа письменных доказательств путем анализа различных подходов ученых к определению этого понятия. Автор отождествляет письменные средства доказывания с документами, определяя их материальные и процессуальные признаки. Классифицируя документы по различным критериям, автором устанавливаются проблемные вопросы и предлагаются пути их решения.

Ключевые слова: письменные доказательства, документ, электронный документ, информация, факт.

Kalmykova Ya. Essential aspects of written evidence in administrative proceedings

This provision establishes and clarifies the essential characteristics of written evidence in administrative proceedings. We consider the legal nature of written evidence by analyzing the different approaches scientists for a definition. The author identifies the written means of proof of documents, determining their physical and procedural characteristics. Classifying documents by different criteria, the author set problems and proposed solutions.

Keywords: written evidence, document, electronic document, information, fact.

УДК 343.1(477)

О. Марочкін, аспірант Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса Національної академії правових наук України

Деякі аспекти інформаційного забезпечення процесуальних рішень слідчого в світлі нового Кримінального процесуального кодексу України

Сутністю розслідування злочинів, його серцевиною є пошук інформації та робота із нею, оскільки у фундаменті пізнання події злочину, а відповідно й діяльності із його розслідування лежать інформаційні процеси¹. Стаття 65 КПК України 1960 р. поклала на слідчого обов'язок встановити наявність або відсутність суспільно небезпечного діяння, винність особи, яка вчинила це діяння, та інші обставини, що мають значення для правильного вирішення справи. Новий КПК України² (далі — КПК) більш конкретно визначає ці завдання та спрямовує діяльність слідчого на встановлення наявності чи відсутності фактів та обставин, що мають значення для кримінального провадження та підлягають доказуванню (ст. 84). Пізнаючи у відповідній процесуальній формі таку інформацію, засвідчуючи її шляхом фіксування у своїх рішеннях, слідчий досягає головної мети своєї діяльності — отримання об'єктивно істинних та достовірних висновків (знань), які відповідають фактам об'єктивної дійсності³. Тільки через таку діяльність можлива поява доказів у кримінальному процесі та прийняття слідчим законних і обґрунтованих процесуальних рішень.

Прийняття процесуальних рішень слідчим є складним інформаційним процесом, який полягає у виконанні ним взаємопов'язаних між собою процесуальних дій, що мають комплексний, ретроспективний характер та забезпечені відповідною інформацією. У процесі творчого

¹ Див.: Кузьмін А. Информационное обеспечение расследования преступлений / А. Кузьмін // Законность. – 1999. – № 6. – С. 44.

² Голос України. – 2012. – 19 трав. (№ 90–91).

³ Див.: Грошевий Ю. М. Проблеми формування суддівського переконання у кримінальному судочинстві : монографія / Ю. М. Грошевий // Вибрані праці. – Х. : Право, 2011. – С. 119.

мислення слідчого відбувається відображення дійсності події злочину — через відчуття, як засіб розкриття сутності інформації про подію злочину та її усвідомлення. Така інформація перетворюється у знання слідчого про реальні події й реальну дійсність, що в підсумку обумовлює виникнення продукту його творчої діяльності — матеріалів досудового розслідування — зібраних та систематизованих у певному порядку документів та предметів (іншими словами, зібраної та систематизованої інформації про факти та обставини, які мають значення для розслідування), що становлять зміст справи, а також документів та предметів, що надаються для ознайомлення експерту й містять вихідні дані для провадження експертних досліджень.

Характерною ознакою нового КПК України є позбавлення слідчого повноважень на монопольне збирання інформації (відомостей) під час досудового розслідування. Так, відповідно до ст. 93 КПК, слідчий збирає докази шляхом проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій, витребування та отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ та організацій, службових та фізичних осіб речей, документів, відомостей, висновків експертів, висновків ревізій та актів перевірок, проведення інших процесуальних дій, передбачених КПК. Поряд із слідчим права на інформаційне забезпечення досудового слідства також надані стороні захисту, потерпілому, які здійснюють збирання доказів шляхом: а) витребування та отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, службових та фізичних осіб речей, копій документів, відомостей, висновків експертів, висновків ревізій, актів перевірок; б) ініціювання проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій та інших процесуальних дій; в) здійснення інших дій, здатних забезпечити подання суду належних і допустимих доказів. При цьому процесуального оформлення потребує лише ініціювання стороною захисту, потерпілим проведення слідчих та розшукових дій. Такі новації актуалізують питання дослідження сутності інформаційного забезпечення досудового слідства в аспекті прийняття слідчим процесуальних рішень.

Окремі питання інформаційного забезпечення процесуальних рішень слідчого розглядалися Ю. М. Грошевим, В. С. Зеленецьким, Н. В. Глинською, Р. С. Белкіним, В. О. Образцовим, О. О. Беловим, Я. А. Посковим, Р. А. Усмановим, М. В. Салтевським, М. Г. Шурухно-

вим, З. І. Піменовою, С. В. Зуєвим та деякими іншими вченими. Поряд з тим новітні положення кримінального процесуального закону вимагають переосмислення певних наукових підходів до сутності інформаційних процесів, які відбуваються на досудовому слідстві, з огляду на рішення, які приймаються слідчим в умовах активної інформаційно-пошукової діяльності інших учасників процесу. Зазначене обумовило зміст цієї статті.

Інформація, яка збирається слідчим та іншими учасниками провадження в процесі розслідування, є достатньо цінним ресурсом, оскільки дозволяє аналізувати конкретні ситуації, що виникають на досудовому слідстві, оцінювати умови їх виникнення та ймовірний розвиток подій, розробляти процесуальні рішення та забезпечувати їх виконання. Пізнаючи обставини злочину та встановлюючи особу, яка його вчинила, слідчий стає суб'єктом пізнання як вищої форми відображення дійсності. Його діяльність спрямована на встановлення події, яка мала місце в минулому, шляхом застосування кримінально-процесуальних засобів її пізнання. Такий процес пізнання протиправної події та його результати концентруються у матеріалах досудового розслідування у вигляді інформації, яка відображає процес пізнання (доказування) на різних стадіях провадження. При цьому головним у пізнавальній діяльності слідчого є інформація, яка має значення для встановлення обставин вчиненого злочину, що становлять предмет доказування. Тому в основу розслідування злочину як пізнавальної діяльності слідчого покладені інформаційні процеси, спрямовані на пошук джерел необхідної інформації та її опрацювання.

У загальному вигляді інформація визначається як будь-які відомості та/або дані, які можуть бути збережені на матеріальних носіях або відображені в електронному вигляді (ст. 1 Закону України «Про інформацію»)¹. Також під інформацією розуміється обмін сигналами, передача ознак; повідомлення (відомості) про стан справ у будь-якій царині, про будь-які події; первинні дані, відомості про навколишній світ та процеси, що у ньому протікають, які передаються усно, письмово чи в інший спосіб та сприймаються людиною або спеціальним пристроєм².

¹ Відом. Верхов. Ради України. – 1992. – № 48. – Ст. 650 (з наст. змін.).

² Большой энциклопедический словарь. – М. : Большая Рос. Энцикл., 1999. – С. 455.

За К. Шенноном, інформація — це певна порція відомостей, переданих каналом зв'язку, що усувають невизначеність¹. Вона (інформація) по суті є ідеальним відображенням об'єктивних реалій оточуючого нас світу², сприяє обізнаності щодо стану справ³ і являє собою відомості про осіб, предмети, факти, події, явища та процеси незалежно від форми їх прояву⁴. М. І. Сетров акцентує увагу на тому, що інформація є тим змістом повідомлення, тими складниками відомостей про будь-що, тими компонентами знань, які інтерпретовані, виходячи із поставлених цілей та завдань⁵.

У кримінальному процесі та криміналістиці інформація перш за все розглядається як пояснення (наведення), відомості, дані, що стосуються розкриття та розслідування злочинів⁶. Вона має свого споживача, здатна задовольнити ту чи іншу його потребу та виконує певну кримінально-процесуальну функцію⁷. У досудовому розслідуванні інформація має відображати дані про факти та події, які відбуваються в об'єктивній дійсності, тобто йдеться про зміни, що відбуваються в середовищі. І тільки після того, як дані про ці зміни стають відомими слідчому, вони набувають статусу відомостей, що стосуються розкриття та розслідування злочину⁸. Таким чином, інформація у кримінальному процесі становить певну сукупність відомостей (повідомлень), які визначають міру знань слідчого про події, обстави-

¹ Цит. за: Салтевский М. В. Электронные документы в информационном обществе: проблемы формирования юридической концепции : науч.-практ. пособие / М. В. Салтевский, В. И. Гаенко, А. Н. Литвинов. – Харьков : Эспада, 2006. – С. 13.

² Там само. – С. 9.

³ Див.: Ожегов С. И. Словарь русского языка / С. И. Ожегов ; под ред. чл.-кор. АН СССР Н. Ю. Шведовой. – 18-е изд., стереотип. – М. : Рус. яз., 1987. – С. 217.

⁴ Див.: Даль В. И. Толковый словарь живого великорусского языка / В. И. Даль. – М., 1994. – Т. 4. – С. 155.

⁵ Сетров М. И. Информационные процессы в биологических системах / М. И. Сетров. – Л. : Наука, 1975. – С. 26.

⁶ Белкин Р. С. Криминалистическая энциклопедия / Р. С. Белкин. – 2-е изд., доп. – М. : Мегатрон XXI, 2000. – С. 57; Шурухнов Н. Г. Криминалистика : учебник / Н. Г. Шурухнов. – 2-е изд., исправл. и доп. – М. : Эксмо, 2008. – С. 75; Белов О. А. Информационное обеспечение раскрытия и расследования преступлений / О. А. Белов. – М. : Юрлитинформ, 2009. – С. 6.

⁷ Див.: Давлетов А. А. Основы уголовно-процессуального познания / А. А. Давлетов. – Екатеринбург : Изд-во Гуманит. ун-та, 1997. – С. 191.

⁸ Див.: Посков Я. А. Основы информационного обеспечения производства следственных и иных процессуальных действий / Я. А. Посков ; под ред. В. А. Шурухнова. – М. : Юрлитинформ, 2010. – С. 13.

ни і факти, стосуються кримінальної справи та у вигляді фіксованих даних становлять її зміст.

У криміналістичному аспекті розслідування злочину розглядається як процес створення певної інформаційної моделі («картини злочину») шляхом дослідження його матеріальних та ідеальних слідів. Основу цієї діяльності складає криміналістично значуща (криміналістична) інформація — будь-які відомості, отримані слідчим процесуальним і непроцесуальним шляхом під час розслідування справи, які можуть бути доказами по справі або сприяти подальшому отриманню доказів з метою розкриття та розслідування злочинів¹. Криміналістично значуща інформація має відповідати таким загальнонауковим властивостям інформації, як об'єктивність, точність, достовірність, повнота, компетентність, комплексність, цінність, своєчасність (актуальність), зрозумілість, стислість, логічність, корисність, надійність, багаторазовість використання тощо².

До спеціальних властивостей інформації, з урахуванням особливостей застосування загальної теорії інформації до теорії кримінального процесу, можна віднести такі: 1) інформація повинна мати своє джерело або свій носій; 2) інформація повинна мати свого споживача, хоча б і потенційного. Незатребувана інформація втрачає свою актуальність; 3) інформація повинна мати певну форму. Вона має сприйматися чуттєво, безпосередньо суб'єктом пізнання, для чого наділяється усною, письмовою, електронною та ін. формами; 4) інформація повинна мати властивість відносності, що визначається залежно від сутності злочинної події, що розслідується. Відносність інформації визначається, як правило, її значимістю стосовно предмета доказування; 5) інформація повинна бути значущою, тобто цінною та необхідною суб'єкту кримінально-процесуального пізнання; 6) інформація завжди є множинною та різнобарвною. Будь-яка

¹ Детальніше див.: Белов О. А. Информационное обеспечение раскрытия и расследования преступлений / О. А. Белов. – М. : Юрлитинформ, 2009. – С. 13; Пименова З. И. Криминалистические аспекты участия государственного обвинителя в рассмотрении дел об убийствах по найму / З. И. Пименова. – М. : Былина, 2005. – С. 28–29; Ефремов Д. А. Информация в деятельности по выявлению и расследованию преступлений / Д. А. Ефремов // Актуальні проблеми кримінального права, процесу та криміналістики : матеріали II Міжнар. наук.-практ. конф. – Одеса, 2010. – С. 141–144.

² Белов О. А. Информационное обеспечение раскрытия и расследования преступлений / О. А. Белов. – М. : Юрлитинформ, 2009. – С. 18.

подія, згідно із законами природи, по-перше, відображається у великій кількості оточуючих об'єктів, а по-друге, відображається у кожному з них по-своєму, різноманітно; 7) інформація може збиратися, досліджуватися, оцінюватися та використовуватися для вирішення завдань кримінального процесу. В ході такої діяльності джерела криміналістично значущої інформації необхідно виявити, зафіксувати, вилучити; 8) основним користувачем інформації є особа, у чиєму провадженні знаходяться матеріали справи; 9) інформація може бути викривлена або її джерелом, або її передачею каналами зв'язку¹. Зусилля слідчого мають бути спрямовані перш за все на аналіз та акумулювання якісних ознак інформації (як загальнонаукових, так і спеціальних).

Складниками криміналістично значущої інформації є: а) відомості, отримані процесуальним і непроцесуальним шляхом у ході розслідування конкретної кримінальної справи; б) відомості, отримані при розслідуванні різних злочинів, які можуть допомогти слідчому у вирішенні ситуації, що склалась по конкретній кримінальній справі; в) відомості, які не стосуються події злочину, але сприяють встановленню обставин, що підлягають доказуванню. Таким чином, криміналістично значущою інформацією є будь-які відомості, отримані процесуальним та непроцесуальним шляхом, які можуть бути доказами по кримінальній справі чи сприяти отриманню таких із метою розкриття та розслідування злочинів².

В орбіту слідчих та інших процесуальних дій та рішень втягується інформація двох основних видів: процесуальна та непроцесуальна. До процесуальної належить доказова і реєстраційна інформація, розшукова інформація, отримана із процесуальних джерел. Таким чином, доказовою буде вважатися така інформація, яка: 1) отримана в рамках кримінального провадження в ході виконання слідчих та інших процесуальних дій; 2) зібрана слідчим (особами, що здійснюють кримінальне судочинство); 3) оформлена протоколом слідчої чи іншої процесуальної дії відповідно до вимог, установлених КПК; 4) отримана без порушення вимог КПК; 5) відображає будь-які відомості, які в порядку, визначеному КПК, встановлюють наявність чи відсутність об-

¹ Зуев С. В. Информационное обеспечение уголовного процесса : методические рекомендации / С. В. Зуев ; Челябин. юрид. ин-т. – Челябинск, 2004. – С. 8.

² Белов О. А. Информационное обеспечение раскрытия и расследования преступлений / О. А. Белов. – М. : Юрлитинформ, 2009. – С. 15–16.

ставин, що підлягають доказуванню по кримінальній справі¹. Доказова інформація є основоположною, оскільки становить зміст доказів, служить засобом доказування, використовується для прийняття по справі найбільш важливих процесуальних рішень² та є складником криміналістично значущої інформації.

До непроцесуальної інформації належить орієнтовна, тобто відомості, отримані суб'єктами доказування із порушенням вимог закону або за допомогою дій, не передбачених законом, відомості про злочин, отримані громадянами, організаціями, у т. ч. за допомогою різних технічних засобів; інформація, яка збирається приватними розшуковими агентствами, охоронними, експертними та іншими юридичними фірмами; дані, отримані правоохоронними та правозастосовними органами в ході реалізації їх адміністративних та адміністративно-процесуальних повноважень³. Про таку інформацію, зокрема, йдеться у статтях 87, 88, 246 та ін. КПК.

Орієнтовна інформація може бути використана для висування версій, визначення напряму розслідування, планування слідчих дій та прогнозування можливої поведінки учасників розслідування⁴. На відміну від доказової, така інформація не є формалізованою, її джерела можуть бути як офіційного, так і неофіційного, і навіть інтуїтивного характеру (здогадка слідчого)⁵. У цей час як орієнтовна, зокрема, оцінюється інформація, отримана в процесі здійснення оперативно-розшукової діяльності, до тих пір, поки вона не формалізована і не набула процесуального статусу. За новим КПК, така інформація може бути одержана шляхом проведення негласних слідчих (розшукових) дій у випадках, якщо відомості про тяжкий та особливо тяжкий злочин

¹ Див.: Доля Е. А. О доказательствах, доказывании и использовании в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности / Е. А. Доля // Государство и право. – 2002. – № 10. – С. 109–117; Статкус В. Необходима процедура использования результатов оперативно-розыскной деятельности / В. Статкус // Рос. юстиция. – 2003. – № 4. – С. 36–38; Жажицкий В. И. Трудности представления результатов оперативно-розыскной деятельности властным участникам уголовного судопроизводства остаются / В. И. Жажицкий // Рос. юстиция. – 2008. – № 2. – С. 51–53.

² Зуев С. В. Информационное обеспечение уголовного процесса : методические рекомендации / С. В. Зуев ; Челяб. юрид. ин-т. – Челябинск, 2004. – С. 12.

³ Бедняков Д. И. Непроцессуальная информация и расследование преступлений / Д. И. Бедняков. – М., 1991. – С. 65–66.

⁴ Белкин Р. С. Криминалистическая энциклопедия / Р. С. Белкин. – 2-е изд., доп. – М. : Мегатрон XXI, 2000. – С. 83.

⁵ Див., напр.: Коновалова В. О. Интуиция: понятия і роль у судочинстві / В. О. Коновалова // Вісн. Акад. прав. наук України. – Х., 1999. – Вип. 1 (16). – С. 180–188.

і особу, яка його вчинила, неможливо отримати в інший спосіб (ст. 246). Їх результати оформлюються протоколом. У подальшому протокол разом із одержаними речами та документами направляється прокуратурі, а відповідна інформація оцінюється слідчим з огляду на її доказове значення по справі. Результати негласних слідчих (розшукових) дій можуть використовуватись у доказуванні на тих самих підставах, що і результати проведення інших слідчих дій під час досудового розслідування. Особи, які проводили такі дії, або були залучені до їх проведення, можуть бути допитані як свідки із додержанням правил, установлених ст. 256 КПК.

Як свідчить узагальнення практики, слідчим на всіх етапах розслідування по справі тією чи іншою мірою використовуються такі види інформації: 1) нормативно-правова (перш за все кримінально-правова та кримінально-процесуальна інформація). Кримінально-процесуальна інформація дозволяє уточнити або встановити правила провадження конкретної слідчої дії або іншої процесуальної дії, правове становище осіб, що беруть у ньому участь, характер технічних засобів, що використовуються, процедуру фіксації, визначає правове становище отриманих результатів та найголовніше — їх доказове та орієнтовне значення у розслідуванні конкретного злочину та ін.; 2) директивна (організаційно-виконавча) інформація. Вона визначає та регулює організаційні питання діяльності слідчого, його взаємовідносини з іншими правоохоронними органами та посадовими особами, порядок взаємодії, виконання окремих (конкретних) завдань, надання певних відомостей різним інстанціям та підрозділам і т. ін. До такої інформації належать окремі положення або в цілому відомчі науково-правові акти правоохоронних органів; 3) аналітична — містить аналіз конкретної протиправної діяльності. Така інформація — аналіз криміногенних чинників, що негативно впливають на процесуальне проведення слідчих дій; способи протидії розслідуванню. Аналітична інформація може містити аналіз розкриття та розслідування аналогічних злочинів, слідчих дій та ін.; перелік тактичних прийомів і т. ін.; 4) прогностична — дає прогностичні оцінки поведінки окремих підозрюваних, обвинувачених, інших осіб, що проходили по справі; 5) методична — рекомендує ті чи інші способи та прийоми найбільш ефективного провадження слідчих дій, фіксації його результатів; 6) довідкова — містить найрізноманітніші відомості довідкового допоміжного характеру, необхідні для організації проведення процесуальної дії; 7) оперативно-службова —

містить поточне листування з певних питань діяльності слідчих та стосується проведення слідчих та інших процесуальних дій, у тому числі і звітова, а також пов'язана зі скаргами та заявами громадян і т. д.; 8) навчальна — призначена для навчання слідчих, у тому числі на місці проведення конкретної слідчої чи іншої процесуальної дії¹.

Новий КПК не містить поняття матеріалів досудового розслідування, порядку їх формування та не закріплює переліку документів (лише орієнтовний), які обов'язково мають бути до них включені. Це надає слідчому певну свободу дій, обумовлену його професійним рівнем, правосвідомістю та іншими чинниками. Утім параметри інформаційно-пошукової діяльності слідчого обмежені законом. Так, відповідно до ч. 1 ст. 88 КПК, слідчий має враховувати, що докази, які стосуються судимостей підозрюваного, обвинуваченого або вчинення ним інших правопорушень, що не є предметом цього кримінального провадження, а також відомості щодо характеру або окремих рис характеру підозрюваного, обвинуваченого є недопустимими на підтвердження винуватості підозрюваного, обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення. Зазначені докази та відомості можуть бути визнані допустимими лише за умов, визнаних у ч. 2 та ч. 3 ст. 88 КПК. Тому рішення слідчого про наповнення справи такою інформацією має бути мотивованим.

Один із засновників теорії інформації Л. фон Берталанфі, характеризуючи процеси обрання «раціональних рішень», наголошував, що індивід вільний обирати серед деяких можливих способів дій і рішень та робить свій вибір з урахуванням їх наслідків, будучи поінформованим щодо них². Такі зауваження цілком слушно характеризують і діяльність слідчого.

Інформація на досудовому слідстві постійно рухається. У свою чергу, прийняте на одній інформаційній базі рішення в міру його реалізації дозволяє зібрати нову інформацію та, використовуючи її у комплексі з наявними фактичними даними, йти далі шляхом пізнання. За влучним висловом В. О. Образцова, інформація — це повітря, а інформаційні процеси — кровоносні судини вказаної діяльності. Чим чис-

¹ Посков Я. А. Основы информационного обеспечения производства следственных и иных процессуальных действий / Я. А. Посков ; под ред. В. А. Шурухнова. – М. : Юрлитинформ, 2010. – С. 69–75.

² Берталанфи Л. фон. Общая теория систем – критический обзор / Л. фон Берталанфи // Исследования по общей теории систем : сб. переводов ; общ. ред. и вст. ст. В. Н. Садовского и Э. Г. Юдина. – М. : Прогресс, 1969. – С. 73.

тіші, якісніші, насиченіші киснем інформаційні потоки, чим ширше та надійніше інформаційний масив, тим ефективніше йде процес прийняття та реалізації правильних, адекватних рішень на всіх стадіях кримінального судочинства¹.

Марочкин А. Некоторые аспекты информационного обеспечения процессуальных решений следователя в свете нового Уголовного процессуального кодекса Украины

В статье проведен анализ информационного обеспечения процессуальных решений следователя в свете нового УПК Украины, рассматриваются особенности поисково-информационной деятельности следователя на досудебном следствии.

Ключевые слова: информация; криминалистически значимая информация; информационная деятельность; процессуальные решения следователя.

Marochkin O. Some aspects of information provision of procedural decisions of the investigator in the light of the new Criminal procedure code of Ukraine

The article analyzes the information to ensure the procedural decisions of the investigator in the light of the new Criminal procedure code of Ukraine, the features of the search — information activities of the investigator at a pretrial investigation.

Keywords: information; criminalistical — significant information; information activities; procedural decisions of the investigator.

¹ Криміналістика / под ред. В. А. Образцова. – М. : Юристъ, 1997. – С. 90.

Історичне дослідження законодавства про освіту в Україні¹

В Українській державі система якісної освіти виконує низку взаємопов'язаних функцій. Зокрема, вона має служити утвердженню духовних цінностей, ідентичності українців, ефективному забезпеченню незалежності держави, бути необхідною передумовою активізації процесів дієвих демократичних перетворень у політико-правовій сфері. Відтак постійна увага гуманітарних наук, у тому числі юридичної, до теоретичних і практичних питань, пов'язаних з освітою, залишається актуальною вимогою сьогодення.

Серед багатьох наукових праць подібної орієнтації, опублікованих останнім часом, заслуговує на увагу монографія доктора юридичних наук, професора Леоніда Рябошапка і кандидата юридичних наук, старшого викладача Ганни Грабовської, які поставили за мету дослідити головні тенденції формування та розвитку конституційного законодавства про освіту впродовж тривалого історичного періоду.

Виконання цього завдання, з огляду на широкий спектр представленого матеріалу, вимагало належної структуризації дослідження, окреслення хронологічних рамок і застосування міждисциплінарного підходу. Враховуючи різні терміни державного будівництва під час національно-визвольних змагань та в УСРР — УРСР і незалежній Україні, книга формально поділена на дві частини, кожна з яких пропонує таку загальну періодизацію: 1917–1921 роки і 1917–2011 роки. Обрані засадничі принципи видання дозволили авторам науково точно й повно простежити суперечливий шлях розвитку конституційного законодавства про освіту, а також викласти факти з позицій історії і теорії держави і права та конституційного права.

Перша частина охоплює період діяльності Української Народної Республіки часів Центральної Ради, Української Держави, Західноукраїнської Народної Республіки, «другої» УНР періоду Директорії. Аналіз

¹ Рябошапка Л. Конституційне законодавство про освіту в Україні: ретроспектива та перспектива. (1917–2011 рр.): монографія / Леонід Рябошапка, Ганна Грабовська. – Львів : Край, 2011. – 469 с.

нормативних і архівних документів дозволив переконливо стверджувати: попри відсутність сталого розвитку, протидію, конфліктні ситуації й інші об'єктивні труднощі, у цілому інституції громадянського суспільства та органи державної влади закладали спільні політико-правові основи конституційного законодавства про освіту.

Найбільш важливими напрямами становлення відповідного законодавства були: активна участь громадських організацій у виробленні концептуальних засад освітянської політики, створення центральних і місцевих органів державної виконавчої влади у сфері освіти, українізація усіх ланок системи освіти, соціальний захист педагогів.

При цьому автори не обмежилися лише переліком ухваленого законодавства, а гармонійно поєднали це з практикою його реалізації: проведенням всеукраїнських учительських з'їздів і регіональних нарад; діяльністю Генерального секретаріату освіти УНР, Державного секретарства освіти та віросповідання ЗУНР у взаємодії з «Просвітою» та Всеукраїнською вчительською спілкою; відкриттям вищих навчальних закладів, зокрема, Українського народного університету, Київського державного українського університету та Кам'янець-Подільського державного українського університету.

Окрім того, привертає увагу низка різних фактів як питомої ознаки освітянської ситуації в Україні. Авторі докладно зосереджуються на аналізі поглядів С. Сірополка, А. Артимова, С. Русової, які пропагували необхідність співпраці розділеної педагогічної спільноти. Інший характерний приклад, ідея Б. Чайковського щодо розвитку української правничої освіти шляхом утворення інституту правничих наук з метою забезпечення академічного та практичного напрямів юридичної діяльності. Значна увага в монографії приділена позитивному ставленню керівництва ЗУНР та Директорії УНР до питань освіти в еміграції. Детально проаналізований створений у 1921 р. під керівництвом К. Левицького проект Основ державного устрою Галицької республіки, що містив низку положень про освіту та розглядався Радою послів країн Антанти та Радою Ліги Націй.

Висвітленню протилежного варіанта розвитку конституційного законодавства про освіту присвячена друга частина монографії. Вона охоплює значні хронологічні рамки — 1917–2011 роки. Закономірно відштовхуючись від проголошення радянської влади у 1917 р., автори поступово розкривають процес становлення та розвитку конституційного законодавства про освіту кризь призму реалізації більшовицької

ідеології в цій галузі. Такий виклад матеріалу дозволив авторам не лише описати організацію правових засад соціалістичної системи освіти, а й системно осмислити важливу роль і вагоме місце конституційного законодавства про освіту в планах РКП(б)-КП(б)У — подолати позитивні наслідки діяльності українських форм державності у сфері освіти, зміцнити радянську владу, формувати комуністичний світогляд радянської людини.

З цією метою і були здійснені численні правові заходи, скеровані на непримиренну боротьбу з релігією; запровадження інституту політичної цензури; політичне «перевиховання» національних меншин у комуністичному дусі; створення, у протывагу «Просвітам», нової системи політико-освітніх установ — хат-читалень, селянських будинків, клубів, бібліотек; використання сфери мистецтва та залучення художньої інтелігенції для співпраці з радянською владою, пропаганду її діяльності.

У кінцевому підсумку радянська система освіти була унормована у Кодексі законів про народну освіту (КЗпНО) УСРР 1922 р. Автори стисло, але змістовно характеризують цей комплексний правовий акт, який регулював усі питання, що належали до компетенції Наркомосу УСРР: організацію управління та постачання в освіті, соціальне виховання дітей, професійну та спеціально-наукову освіту, політичну освіту та виховання дорослих.

Прикметною особливістю другої частини дослідження є те, що критикуючи КЗпНО як віддзеркалення загального процесу формування тоталітарного суспільства з масштабним запровадженням комуністичної ідеології, водночас позитивно оцінюють ухвалення КЗпНО в площині самостійного розвитку правотворчості в УСРР.

Під цим кутом зору виразно окреслений подальший розвиток конституційного законодавства про освіту. Передусім йдеться про поступовий процес уніфікації системи освіти в УСРР — УРСР, приєднання території Західної України до УРСР і прищеплення комуністичного світогляду учасникам навчально-виховного процесу новоутворених радянських закладів освіти, продовження ідеологізації системи освіти через ухвалення низки правових актів 1959, 1974 і 1978 років, а також пропагандистську діяльність КПУ.

До переваг рецензованого видання слід віднести цілісно упорядковану ілюстративну частину та тексти додатків, які тематично супроводжують і завершують книгу.

Таке значне історико-правове дослідження не може не викликати окремих зауважень та уникнути спірних моментів, до яких слід віднести, по-перше, відсутність позитивних моментів у галузі освіти за радянських часів, коли були здійснені світові досягнення в різних галузях, і по-друге, заявлена в назві монографії «перспектива» розвитку законодавства про освіту залишилася не реалізованою.

Проте зазначені зауваження не впливають на загальну позитивну оцінку монографії Л. Рябошапка і Г. Грабовської. Вони здійснили розгорнутий аналіз різних аспектів конституційного законодавства про освіту в контексті українського та радянського державотворення, зробили виважені висновки, які стануть у пригоді при подальшому вдосконаленні законодавства про освіту в Україні в умовах сьогодення. Саме це дає підстави стверджувати, що нове дослідження освітньої проблематики, не ідеалізуючи систему освіти, демонструє усвідомлення потреби продовження її реформування як складової європейського поступу Української держави.

*В. О. Рум'янцев, доктор юридичних наук, професор,
Національний університет «Юридична академія
імені Ярослава Мудрого»*

**Рецензія на підручник
«Порівняльне правознавство»,
підготовлений колективом авторів кафедри
теорії держави і права Національного університету
«Юридична академія України
імені Ярослава Мудрого»**

Становлення та розвиток правової системи України, визначення її місця на правовій карті світу актуалізує проведення порівняльно-правових досліджень. Саме порівняльно-правові дослідження дозволяють зрозуміти ті явища і процеси, які відбуваються на сьогодні в національній правовій системі, а також використати позитивний досвід зарубіжних країн у вирішенні тих чи інших державно-правових проблем. У зв'язку з цим підготовлений колективом кафедри теорії держави і права Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого» підручник «Порівняльне правознавство» є вкрай своєчасним і необхідним.

Рецензований підручник «Порівняльне правознавство» є другим виданням. Перше видання цієї праці вийшло друком у 2003 р. і отримало позитивні відгуки з боку наукової громадськості та студентства. Новий підручник складається з десяти розділів, питань для самоконтролю та списку рекомендованої літератури. Зміст підручника містить систематизоване викладення відповідної навчальної дисципліни, відповідає програмі дисципліни, має високий науково-методичний рівень, містить необхідний довідковий апарат.

Розділ 1 «Порівняльне правознавство: загальна характеристика» розкриває об'єкт, предмет порівняльного правознавства, його методологію, структуру, функції та місце останнього в системі юридичних наук. Автори не обмежуються традиційним розглядом відповідних питань, а викладають їх комплексно і звертають увагу студентів на проблемні положення з відповідною аргументацією своєї позиції. Досить переконливо визначено місце порівняльного правознавства в системі юридичних наук, особливості об'єкта та предмета порівняльного правознавства, структуру порівняльного правознавства та його функції.

Розділ 2 «Правові системи та правові сім'ї як основні об'єкти порівняльного правознавства» присвячений поняттю, рисам та структу-

рі правової системи, загальній характеристиці правової карти світу, поняттю «правова сім'я», класифікації та типології правових систем, мішаним правовим системам та європейському праву.

Вагомим здобутком підручника слід вважати те, що поряд із національними правовими системами виокремлюються так звані наднаціональні правові системи — міжнародні, які поширюються на соціальні системи кількох держав (наприклад система Європейського Союзу) та релігійні правові системи, які поширюють свою дію на конкретну релігійну громаду, а також субнаціональні, які існують у межах єдиної національної системи, але водночас мають значну автономію та специфіку. Такий підхід є безперечно новим для порівняльного правознавства і дав можливість авторам по-новому підійти до характеристики правової карти світу.

Третій, четвертий, п'ятий розділи присвячено загальній характеристиці романо-германської правової сім'ї та її джерелам. У цих розділах розкрито особливості та основні етапи розвитку романо-германської правової сім'ї, її зв'язок з римським правом, відзначено вплив канонічного права на формування романо-германського права, детально розглянуто публічне і приватне право.

Шостий, сьомий та восьмий розділи підручника присвячені англо-американській правовій сім'ї та особливостям правових систем США. Особливої уваги заслуговує розгляд авторами підручника питання, пов'язаного з правовими системами країн Співдружності Націй, їх особливостей та системи джерел права. Крім того, на сьогодні в жодному вітчизняному підручнику з порівняльного правознавства ці правові системи не досліджуються на такому високому науковому рівні. Останні розділи підручника присвячені релігійним та традиційним правовим системам. Надана загальна характеристика правовим системам релігійного та традиційного типу.

Цікавим у науковому плані виявився підхід авторів до проблематики класифікації та типології правових систем, по-новому розглянуто питання об'єднання правових систем у правові сім'ї на підставі особливостей правової свідомості та правової культури суспільства. Це дало можливість авторам підручника виділити чотири правові сім'ї — романо-германську, англо-американську, релігійну та традиційну (с. 37) та зробити висновок, що ці правові сім'ї являють собою чотири універсальних типи права, які охоплюють всю правову карту світу. Всі правові системи окремих держав, державоподібних утворень чи інших соціальних суб'єктів формувались під впливом одного з цих

основних типів права або їх комбінації. Здобутком саме харківської юридичної школи є обґрунтування принципової відмінності релігійних та традиційних систем, які довгий час розглядалися складниками єдиної правової сім'ї.

Особливої уваги заслуговує розгляд авторами підручника питання, пов'язаного з правом Європейського Союзу та Ради Європи, в якому визначено вплив права цих європейських міждержавних організацій на національні правові системи їх держав-членів, а також на країни, з якими укладено угоди про асоціацію та партнерство (с. 47–49).

Не менш актуальним та науково значимим є окремий розділ, присвячений дослідженню правових систем Скандинавських країн та держав Латинської Америки. Автори у межах розділу проаналізували основні етапи становлення і розвитку правових систем Скандинавських країн та країн Латинської Америки, визначили систему джерел права, а також характерні особливості цих правових систем.

У підручнику достатньо уваги приділено питанню місця правової системи України серед правових систем сучасності, визначено історичні обставини, які обумовили самобутність вітчизняної правової системи (с. 53–55).

Підручник містить досить велику кількість рекомендованої літератури до кожного розділу, яка складається не тільки з праць класичних науковців, а й із сучасних порівняльно-правових досліджень вітчизняних та зарубіжних вчених-компаративістів.

Підручник «Порівняльне правознавство» відповідає вимогам, що ставляться Міністерством освіти і науки, молоді та спорту України до такого типу видань, має високий науково-методичний рівень, містить необхідний довідковий апарат, написаний в доступній формі, викладення матеріалу відрізняється об'єктивністю, науковістю та чіткою логічною послідовністю.

Підручник стане у пригоді студентам, викладачам навчальних закладів юридичного профілю, а також тим, хто цікавиться питаннями сучасної компаративістики.

О. В. Кресін, кандидат юридичних наук, доцент,
член-кореспондент Міжнародної академії
порівняльного права, завідувач Центру
порівняльного правознавства (Інститут держави
і права ім. В. М. Корецького НАН України)

НАШІ ЮВІЛЯРИ



Виповнилося 70 років від дня народження відомого вченого-правознавця, доктора юридичних наук, професора, члена-кореспондента Національної академії правових наук України **Олександра Миколайовича МИРОНЕНКА**, який народився 14 серпня 1942 р. у с. Покровське Веселинівського р-ну Миколаївської обл. У 1971 р. закінчив юридичний факультет Одеського державного університету ім. І. І. Мечникова. З 1965 до 1983 р. перебував на державній та партійній роботі. У 1974–1977 рр. — аспірант Академії суспільних наук при ЦК КПРС (м. Москва). З 1983 р. працює в Інституті держави і права ім. В. М. Корецького НАН України на посадах: старший науковий співробітник відділу конституційного будівництва, завідувач відділу історії держави і права України, відділу історико-політологічних досліджень держави і права України, головний науковий співробітник. З 1996 по 2005 р. — суддя Конституційного Суду України. З 2006 р. до сьогодні — головний науковий співробітник Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України.

У 1977 р. захистив дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата філософських наук на тему «Роль мирного співіснування та міжнародного співробітництва у розв’язанні глобальних проблем сучасності» (спеціальність 09.00.03), у 1988 р. — дисертацію на здобуття наукового ступеня доктора філософських наук на тему «Глобальні проблеми сучасності на межі третього тисячоліття. Соціально-політичний аспект» (спеціальність 23.00.04). Науковий ступінь доктора філософських наук присуджено у 1988 р. Вчене звання професора присвоєно у 1994 р. Був обраний членом-кореспондентом Академії правових наук України (нині — Національна академія правових наук України) у 1993 р. Підготував понад 20 докторів і кандидатів наук.

Основні напрями наукових досліджень О. М. Мироненка — історія держави і права України, історія держави і права зарубіжних країн, історія політичних і правових вчень, політологія, етнодержавознавство. Опублікував понад 2050 наукових праць, зокрема 16 індивідуальних

і 72 колективні монографії та підручники, 56 індивідуальних брошур. Значні праці останніх років: «Маловідомі сторінки: нариси з історії захисту і охорони Конституції» (2003), «Політологія» (2006), «Міжнародна поліцейська енциклопедія» (2006), «Політологічний енциклопедичний юридичний словник» (2007), «Історія світової конституційної юстиції» (2008), «Історія вчень про державу і право» (2009), «Історія вітчизняної конституційної юстиції» (2009) та інші.

О. М. Мироненко — заслужений діяч науки і техніки України (1997), лауреат Державної премії в галузі науки і техніки України (2004). Нагороджений орденом «За заслуги» III ступеня (2002), Почесною грамотою Верховної Ради України (2007), відзнакою НАН України «За підготовку наукової зміни» (2009).

Принциповість і порядність, широка ерудованість і професіоналізм, сумлінне ставлення до своїх обов'язків, високі людські якості здобули О. М. Мироненку авторитет і повагу юридичної громадськості та колег по роботі.

Президія Національної академії правових наук України та редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» щиро вітають **Олександра Миколайовича Мироненка** з його славним ювілеєм і бажають йому міцного здоров'я, творчої наснаги, благополуччя і подальших успіхів у багатогранній діяльності.

Свій ювілей відзначає провідний фахівець у галузі правової політології, доктор політологічних наук, професор, член-кореспондент Національної академії правових наук України **Ірина Олексіївна КРЕСІНА**, яка народилася 10 серпня 1952 р. у м. Києві. У 1974 р. вона закінчила Київський державний університет ім. Т. Г. Шевченка (нині — Київський національний університет ім. Тараса Шевченка). З 1974 р. перебувала на викладацькій і науково-редакційній роботі. З 1984 до 1988 р. — аспірант Київського національного університету ім. Тараса Шевченка. У 1992–1995 рр. — доцент Київського інституту сухопутних військ. Після закінчення у 1998 р. докторантури Київського національного університету будівництва і архітектури — доцент Київського інституту «Слов'янський університет». З 1999 р. працює в Інституті держави і права ім. В. М. Корецького НАН України на посаді директора видавництва «Юридична книга», а з 2002 р. — завідувач відділу правових проблем політології цього Інституту.

У 1990 р. І. О. Кресіна захистила дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата філософських наук на тему «Подолання пережитків минулого в свідомості й поведінці людей в умовах оновлення соціалізму» (спеціальність 09.00.02). Вчене звання доцента присвоєно у 1994 р. У 1999 р. захистила дисертацію на здобуття наукового ступеня доктора політичних наук на тему «Українська національна свідомість у контексті сучасних політичних процесів» (спеціальність 23.00.05 — етнополітологія та етнодержавознавство). Вчене звання професора присвоєно у 2001 р. Академік Української академії політичних наук. Обрана членом-кореспондентом Національної академії правових наук України у 2009 р.

Напрями наукової діяльності І. О. Кресіної — політико-правові проблеми державотворення в Україні, права політологія, питання національно-державного будівництва і управління, здійснення політичної і правової реформ, становлення громадянського суспільства в Україні.

І. О. Кресіна опублікувала понад 260 наукових праць, серед яких: монографія «Українська національна свідомість і сучасні політичні процеси: Політика, право і влада в контексті трансформаційних процесів в Україні» (у співавт., за ред., 2006); монографія «Держава і громадянське суспільство в Україні: проблеми взаємодії» (за ред., у співавт., 2007); монографія «Адміністративно-територіальна реформа в Україні: Політико-правові проблеми» (за ред., у співавт., 2009); монографія «Політична відповідальність: суть, ознаки, особливості» (у співавт., 2009) та ін.

І. О. Кресіна неодноразово брала участь у розробці законопроектів, зокрема, «Про концепцію державної етнонаціональної політики України», «Про сучасну модель адміністративно-територіального устрою України». У 2000–2006 рр. та з 2008 р. і дотепер — член Експертної ради ВАК України з політичних наук. Вона також є вченим секретарем Науково-експертної ради Міністерства освіти і науки, молоді та спорту України з філософії, історії та політології, членом наукової ради Державного комітету України у справах національностей та релігій, членом Міжвідомчої робочої групи з питань протидії дискримінації та нетерпимості при Держкомнацрелігій. У 2006 р. за поданням МЗС України вона обрана експертом Ради Європи від України з виконання Рамкової Конвенції про захист національних меншин.

І. О. Кресіна — заслужений діяч науки і техніки України (2006). Відмінник освіти України (2002). Нагороджена Почесною Грамотою Верховної Ради України (2002), Почесною Грамотою Кабінету Міністрів України (2009), Грамотою ВАК України (2009), Почесною відзнакою Міністерства сім'ї, молоді та спорту (2007).

Президія Національної академії правових наук України і редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» щиро вітають **Ірину Олексіївну Кресіну** з ювілеєм і бажають їй міцного здоров'я, благополуччя, творчої наснаги та подальших творчих звершень.



Виповнилося 50 років від дня народження **Віталія Леонідовича ЯРОЦЬКОГО**, члена-кореспондента НАПрН України, доктора юридичних наук, професора, провідного фахівця в галузі цивільного права, який народився 17 липня 1962 р. у м. Гайсин Вінницької обл. У 1988 р. закінчив Харківський юридичний інститут (нині — Національний університет «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»).

3 1988 до 1990 р. — стажист-дослідник цього ж ВНЗ. У 1990–1992 рр. навчався в аспірантурі, після закінчення якої обіймав посади асистента, доцента кафедри цивільного права, з 1999 р. і дотепер — завідувач кафедри цивільного права № 2 Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого».

У 1992 р. захистив дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук на тему «Юридична природа акцій як цінних паперів» (спеціальність 12.00.03), у 2007 р. — дисертацію на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук на тему «Цінні папери в механізмі правового регулювання майнових відносин» (спеціальність 12.00.03). Науковий ступінь доктора юридичних наук присуджено у 2007 р., вчене звання професора присвоєно в 2008 р. Обраний членом-кореспондентом Національної академії правових наук України у 2009 р.

Основні напрями наукової діяльності — проблеми правового режиму цінних паперів, інших об'єктів цивільних прав, специфіка механізму правового регулювання майнових відносин. Є автором понад 90 наукових праць, а саме: підручник «Сімейне право України» (у співавт., 2004), «Цінні папери в механізмі правового регулювання майнових

відносин (основи інструментальної концепції)» (2006), підручник «Цивільне право України: у 2 т.» (у співавт., 2004, 2007), підручник «Римське приватне право» (у співавт., 2008), «Юридична енциклопедія» (у співавт., 2008).

В. Л. Яроцький брав участь у складі робочої групи з підготовки постанови Пленуму Вищого господарського суду України «Про деякі питання застосування господарськими судами законодавства України при вирішенні спорів, що виникають з корпоративних відносин», у робочій групі з підготовки рішення Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку «Про момент виникнення права власності на акції», є членом редколегії Республіканського міжвідомчого наукового збірника «Проблеми законності» (м. Харків).

Принциповість і порядність, широка ерудованість і сумлінне ставлення до всіх обов'язків, відданість справі здобули В. Л. Яроцькому авторитет і повагу широкої юридичної громадськості.

Президія Національної академії правових наук України і редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» щиро вітають **Віталія Леонідовича Яроцького** з ювілеєм і бажають йому міцного здоров'я, добробуту, подальшої плідної праці та творчих звершень.

ЗАГАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОЇ НАУКИ

<i>Рабінович П.</i> Права людини і громадянина: можливості вдосконалення конституційних гарантій.....	3
<i>Дашковська О.</i> Правові дефініції як різновид нормативних приписів.....	16
<i>Ковальчук В., Іщук С.</i> Проблеми становлення правових основ інститутів громадянського суспільства в контексті прийняття Закону України «Про громадські об'єднання».....	24
<i>Прийма С.</i> Принцип розумності тлумачення норм права.....	34
<i>Вовк Д.</i> Релігійна традиція у праві: аспекти загальнотеоретичного розуміння.....	44

ПИТАННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА

<i>Гультай М.</i> Роль європейських стандартів правозахисту у конституційному судочинстві України.....	54
--	----

ПИТАННЯ ІСТОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

<i>Гончаренко В.</i> Бікамералізм у контексті конституційної реформи в Україні.....	67
---	----

ПИТАННЯ ФІЛОСОФІЇ ПРАВА

<i>Барабаш О.</i> Протестантизм у розвитку загального права Англії та США.....	78
<i>Зархіна С.</i> Право як лінгвістична конструкція у трактуванні Карла Олівекрона.....	87

ПРОБЛЕМИ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

<i>Спасибо І.</i> Можливість набуття права власності на об'єкти самочинного та незавершеного будівництва.....	101
---	-----

ПРОБЛЕМИ ГОСПОДАРСЬКОГО ПРАВА

<i>Атаманова Ю.</i> Правові проблеми комерціалізації результатів наукових досліджень вищими навчальними закладами в Україні.....	109
<i>Задихайло Д.</i> Розподіл економічної влади в механізмі економічного народовладдя в Україні.....	122
<i>Глібко С.</i> Банківська діяльність як фінансове посередництво у господарському праві України.....	135

Пашков В. Особливості цінової політики держави щодо продукції фармацевтичного виробництва.....	146
---	-----

ПИТАННЯ АГРАРНОГО ПРАВА

Батигіна О. Особливості правового регулювання оптових ринків сільськогосподарської продукції в Україні	159
Самородов А. Правове регулювання повноважень місцевих державних адміністрацій у галузі земельних відносин щодо розпорядження землями державної власності.....	168

ПИТАННЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА

Червякова О. Сутнісні ознаки та види інформаційних ресурсів як об'єктів державного управління	176
Белевцева В. Сутність та особливості адміністративно-правових режимів у сфері державної безпеки України	185
Льницький О. Характеристика правового спору з позицій концепції правовідношення.....	195

ПИТАННЯ БОРОТЬБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ

Голіна В. Зменшення можливостей вчинення злочинів як стратегія запобігання злочинності	204
Ус О. Заміна довічного позбавлення волі позбавленням волі на певний строк у разі незастосування судом давності виконання обвинувального вироку	214
Самойленко Є. Врахування обставин, що пом'якшують покарання, при застосуванні статті 69 КК України	222
Прищепя В. Правова природа прокурорського нагляду за додержанням законів при виконанні покарань, не пов'язаних з позбавленням волі	233
Трофименко В. Диференціація процесуальної форми як пріоритетний напрямок реформування кримінального судочинства України.....	242
Тітко І. Приватні засади у кримінально-процесуальному праві: постановка питання	251
Колодяжний М. Світова практика участі громадськості у протидії злочинності	265

НА ПОЧАТКУ ТВОРЧОГО ШЛЯХУ

Перепелюк А. Механізм правозастосування: структура та принципи організації.....	274
--	-----

Калмикова Я. Сутнісні аспекти письмових засобів доказування в адміністративному судочинстві.....	283
Марочкін О. Деякі аспекти інформаційного забезпечення процесуальних рішень слідчого в світлі нового Кримінального процесуального кодексу України	296

РЕЦЕНЗІЇ

Історичне дослідження законодавства про освіту в Україні (<i>В. О. Рум'янцев</i>).....	306
Рецензія на підручник «Порівняльне правознавство», підготовлений колективом авторів кафедри теорії держави і права Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого» (<i>О. В. Кресін</i>)	310

НАШІ ЮВІЛЯРИ

Мироненко О. М.	313
Кресіна І. О.	314
Яроцький В. Л.	316

Збірник наукових праць
Вісник
Академії правових наук
України

№ 3 (70)

Відповідальний за випуск
О. В. Петришин

Редактор *С. Пашинська*
Коректори: *Н. Шестьора, М. Поточняк*
Комп'ютерна верстка *О. Сенько*
Дизайн *В. Зеленька*

Підписано до друку з оригінал-макета 15.11.2012 р.
Формат 60×90 $\frac{1}{16}$. Папір офсетний. Гарнітура Times.
Ум. друк. арк. 20. Обл.-вид. арк. 18,2. Вид. № 773.
Тираж 400 прим.

Видавництво «Право» Національної академії правових наук України
та Національного університету «Юридична академія України
імені Ярослава Мудрого»
Україна, 61002, Харків, вул. Чернишевська, 80а
Тел./факс (057) 716-45-53
Сайт: www.pravo-izdat.com.ua
E-mail для авторів: proizvodstvo@pravo-izdat.com.ua
E-mail для замовлень: sales@pravo-izdat.com.ua

Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до державного реєстру видавців, виготівників і розповсюджувачів
видавничої продукції — серія ДК № 4219 від 01.12.2011 р.

Надруковано в друкарні СПДФО Коровін П. Ю.
Тел. (057) 758-35-98