

2001



# ВІСНИК

АКАДЕМІЇ  
ПРАВОВИХ  
НАУК  
УКРАЇНИ

3

(26)

# ВІСНИК

## АКАДЕМІЇ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ

№ 3 (26)

*Заснований у 1993 році*



Харків  
2001

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

**Засновник** — Президія Академії правових наук України  
**Видавець** — Академія правових наук України

**Редакційна колегія:** *В. Я. Тацій* (головний редактор), *М. В. Цвік* (заступник головного редактора), *М. І. Бажанов*, *Л. К. Воронова*, *Ю. М. Грошевий*, *І. М. Даньшин*, *В. В. Комаров*, *В. О. Коновалова*, *В. В. Копсичиков*, *В. В. Луць*, *В. К. Мамутов*, *М. І. Панов*, *О. В. Петришин*, *О. А. Підпригора*, *М. Я. Сегай*, *М. М. Сібільов*, *В. Ф. Сіренко*, *В. В. Сташис*, *В. П. Тихий*, *Ю. М. Тодика*, *Ю. С. Шемшученко*.

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

# ЗАГАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ

---

*В. Тацій*, президент АПрН України,  
академік НАН України

## Значення юридичної науки у формуванні правової системи України\*

В історії народу бувають події, які кардинально визначають напрямки майбутнього розвитку держави і суспільства. Такою подією в історії української нації стало прийняття 28 червня 1996 року Конституції України як Основного Закону незалежної, суверенної держави. Тисячолітня історія державотворення нашого народу знайшла вираження у документі, який визначає шлях до демократії та свободи, оновлення політичної, економічної та правової систем на нових засадах входження України до європейського і світового політико-правового простору.

На базі Конституції йде поступальний розвиток політичної, економічної та ідеологічної багатоманітності, становлення багатопартійності, складається ґрунтовна правова база не тільки для організації та діяльності державного механізму, а й для формування структур громадянського суспільства. Конституція України стала істотним фактором вирішення складних проблем, які десятиріччями накопичувалися у нашій державі. На основі її приписів до структури державного механізму ввійшли нові інституції, які сьогодні визначають стратегію і тактику перетворень у політико-правовій сфері, економіці, духовному житті.

Основоположне значення має закріплення на конституційному рівні положення про те, що **Україна є правовою, демо-**

---

\* З доповіді на науковій конференції «Конституція України — основа модернізації держави та суспільства» (м. Харків, 21–22 червня 2001 р.). Матеріали цієї конференції вийшли у видавництві «Право» Академії правових наук України.



**кратичною, соціальною державою.** Зрозуміло, що до реального втілення цього ідеалу нам треба ще йти і йти. Але важливо, що він є, і на його втілення в життя повинні працювати як держава, так і інститути громадянського суспільства.

Конституція — основоположний нормативно-правовий акт, де всі її складові частини та норми чітко взаємопов'язані. Разом з цим є приписи, які визначають саму філософію та ідеологію Основного Закону.

До них насамперед слід віднести **статтю 3 Конституції**, в якій встановлено, що людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю, що права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави, що держава відповідає перед людиною за свою діяльність.

Уперше в історії українського конституціоналізму на рівні Основного Закону держави встановлюється **пріоритет людини**, змінюється сама світоглядна основа взаємовідносин між державою і особою — не особа для держави, а держава для особи, для її добробуту. Зрозуміло, що спрямування практичної діяльності державних інститутів у цьому напрямку вимагає послідовного реформування, часу та копіткої роботи, але найважливішими тут є визначення чітких пріоритетів і поступовий, але невідворотний рух до поставленої мети.

Конституція чітко закріплює положення щодо **рівності громадян, природності та невід'ємності прав і свобод людини**. Все це політико-правові орієнтири для розвитку правової та політичної системи України на сучасному етапі. В основі всього національного законодавства повинні бути права людини і громадянина, в усіх галузях права — конституційному, адміністративному, цивільному, кримінальному тощо. Правова реформа, яка відбувається в нашій Україні (парламентська, адміністративна, судово-правова, муніципальна), має бути зорієнтованою передусім на забезпечення та гарантування прав і свобод людини і громадянина. Це чітко впливає з вимог Конституції — акта, який у правовій системі України має найвищу юридичну силу і норми якого є нормами прямої дії.

Конституція заклала підвалини **міжнародно-правового статусу України як суверенної держави**, визначила роль і місце міжнародних договорів і угод у національній правовій системі. На сьогодні вдосконалення правової системи України, прове-

дення правової реформи безпосередньо пов'язані з імплементацією норм міжнародного права.

Конституція вперше в історії конституційного будівництва в нашій країні закріплює **принцип верховенства права** як основоположний політико-правовий принцип конституційного устрою України. Він означає насамперед те, що всі державні інституції повинні діяти в межах Конституції і законів, що правова система має складатися із правових законів, які мусять бути демократичними, гуманними, справедливими, спрямованими на забезпечення прав людини, не інтересів певних прошарків населення, а всього народу.

Конституція має **надзвичайну соціальну цінність**, і це повинно чітко усвідомлюватися нашими державними і недержавними інституціями, пересічними громадянами. Її особлива цінність впливає передусім із того, що конституційні норми системно впливають на весь комплекс суспільних відносин, є базою поточного законодавства.

Конституція є нормативно-правовим актом, який має найвищу юридичну силу, визначає демократичний вектор розвитку держави і суспільства, правової системи; в її приписах втілено загально визнані цінності та ідеали світового конституціоналізму.

Конституція встановлює основоположні межі втручання держави в особисте і асоційоване життя громадян, є інструментом забезпечення балансу соціальних інтересів різних груп і прошарків населення, консолідує українське суспільство на сучасному етапі його розвитку.

Як нормативний акт Конституція є документом перехідного періоду, виступає основою модернізації правової системи, державності та суспільства, фактором демократизації соціуму. Істотне значення має й те, що Конституція є політико-правовою базою стабільності державного і суспільного ладу, конституційно-правового статусу особи.

Потенціал Конституції запрацює тоді, коли її будуть знати, **правильно тлумачити її положення**. На сьогодні потенціал багатьох конституційних норм у повному обсязі не використовується, існує чимало конфліктів у сфері їх дії. Проблема тлумачення Конституції України на сьогодні є однією з найбільш актуальних, оскільки вона безпосередньо пов'язана з реалізацією конституційних приписів, можливостями впливу

Конституції на суспільні відносини, гарантуванням прав людини і громадянина, забезпеченням стабільності конституційного устрою.

Велике значення в цьому аспекті має діяльність **Конституційного Суду України** по офіційному тлумаченню Конституції та законів України. Його рішення істотно впливають на застосування конституційних норм, формування правової доктрини.

Конституція України закріпила основи переходу від тоталітаризму до демократії, відіграла і продовжує відігравати величезну роль у розвитку нашого суспільства, становленні нової державності.

Проте до **реформування Конституції** слід підходити обережно, керуючись при цьому принципом «Не нашкодь!». За умов співвідношення політичних сил на сучасному етапі розвитку українського суспільства це вимагає не тільки великої підготовчої роботи, а й визначення основних напрямків конституційного реформування.

Перш за все доцільно зайнятися структуруванням органів держави в рамках проведення адміністративної реформи, поліпшенням взаємостосунків Президента, парламенту, уряду, вирішувати питання про вдосконалення правового статусу глав адміністрацій, активізувати державний контроль. Наукового обґрунтування потребує реформування самоврядування з урахуванням відомих у країнах розвинутої демократії моделей організації місцевої влади, слід обговорити актуальне питання про адміністративно-територіальний устрій нашої держави.

Є необхідність у більш чіткому визначенні конституційних принципів економічної системи, ролі держави у формуванні ринкових відносин, економічному розвитку країни, в основі якого лежить соціально орієнтована економіка. Мають рацію американські дослідники, які вважають, що «ніде у світі немає абсолютно нерегульованої, безконтрольної ринкової економіки».

Слід у повному обсязі використовувати потенціал конституційного законодавства для реформування діючої політичної системи. На це спрямовано Концепцію реформи політичної системи України, яка сьогодні активно обговорюється науковцями.

Необхідно посилити контроль за виконанням прийнятих рішень, передусім рішень на рівні держави. Наочним прикладом невиконання вже прийнятих рішень, навіть щодо найва-

жливіших питань суспільного і державного життя, є затримка з реалізацією **результатів Всенародного референдуму від 16 квітня 2000 року**. Юридична наука має виробити рекомендації щодо подолання цієї конституційної колізії, втілити в життя народну волю, яка виражена на референдумі. Прийнятним виходом із цієї ситуації тут може бути винесення на референдум проекту нової редакції Конституції України з урахуванням рішень, які були прийняті на референдумі.

Процес **формування Конституції та законодавства незалежної України** відбувався в основному на оригінальній основі, на базі нових принципів. Наступність стосовно попереднього конституційного та іншого законодавства була обмеженою. Деякі спроби новелізувати Конституцію 1978 р. не мали успіху. Головними джерелами конституційного і поточного законодавства стали Декларація про державний суверенітет України, опертя на національні традиції та загальнолюдські принципи гуманізму, свободи, рівності, справедливості. Враховувалися конституційний досвід країн розвинутої демократії, міжнародно-правові документи, в першу чергу ті, що стосуються прав людини.

Проте в процесі реалізації конституційної моделі на шляху підвищення ролі закону поряд з безумовними досягненнями залишається багато невирішених завдань. Якщо в УРСР щорічно видавалося не більше двох-трьох законів, то внаслідок перетворення парламенту на постійно діючий орган і державного курсу на підвищення ролі закону за роки незалежності їх кількість наближається до 1800.

Досі діє частина нормативних актів, які дісталися Україні у спадок від радянських часів, що заважає реформуванню правової системи, порушує системність законодавства. **Не прийнято низку найважливіших кодексів** — Цивільний, Бюджетний, Податковий, Кримінально-процесуальний та Цивільно-процесуальний, а також закони про судоустрій, про Регламент Верховної Ради України, про парламентську більшість та опозицію, не оновлено закони про вибори і багато інших. У законодавчій роботі є й інші численні недоліки. Чимало норм окремих законодавчих актів неефективні. Не збалансовано співвідношення темпів розвитку різних галузей законодавства. Порівняно з конституційним і кримінальним занадто повільно розвивається цивільне і трудове законодавство.

Відсутня належна **стабільність законів**. Внесення за короткий час численних змін до окремих законів свідчить про істотні вади в їх змісті, про необхідність докорінного поліпшення законотворчої роботи.

Незважаючи на збільшення кількості законів, все ще незадовільним є їх **співвідношення з підзаконними, особливо відомчими, актами**. Прийняття останніх нерідко призводить до порушення принципу верховенства закону, до збільшення колізій в законодавстві. Взагалі законодавчі колізії — ієрархічні, темпоральні, змістовні — стали поширеним явищем.

У законодавстві України є чимало **прогалин, недоліків** законодавчої техніки. Конче необхідним є нормативне врегулювання процесу законотворення шляхом прийняття Закону України про нормативно-правові акти. Це сприяло б забезпеченню наукової обґрунтованості законів, формуванню чітких правил щодо законодавчої техніки, ієрархічній супідрядності (співвідношенню) нормативних актів, подоланню негативного впливу на стан законодавства, що випливає з протистояння різних гілок державної влади.

Необхідне наукове прогнозування спрямованості правової політики, що неможливо без всебічного врахування економічних, політичних, соціальних, психологічних факторів, котрі впливають на розвиток законодавства.

Доцільним є проведення обов'язкової **наукової експертизи** безпосередньо перед передачею законопроектів на розгляд Верховної Ради. Корисно було б також створити систему обліку наукових рекомендацій щодо вдосконалення законодавства та їх використання. З метою урахування громадської думки необхідно запровадити **практику попередньої публікації найважливіших законопроектів у засобах масової інформації**. Подальшого вдосконалення потребують узгоджувальні процедури прийняття законів.

Одним із пріоритетних напрямків державно-правового будівництва є реформування системи державного управління в Україні, яке відбувається на основі положень **Концепції адміністративної реформи в Україні**, Указу Президента України «Про заходи щодо впровадження Концепції адміністративної реформи в Україні» та роздумів, висловлених главою держави в його виступах.

Як відомо, метою адміністративної реформи є радикальне вдосконалення системи державного управління всіма сферами

суспільного життя, перетворення її на один із визначальних факторів проведення економічних і соціальних реформ.

Практичне здійснення адміністративної реформи в Україні розпочалося після президентських виборів 1999 р. з підписання у грудні цього року главою держави низки указів про реформування органів державної виконавчої влади. Відповідно до цього впорядковано систему центральних органів виконавчої влади, визначено типи органів, що її складають, — міністерства, державні комітети (державні служби) та центральні органи виконавчої влади зі спеціальним статусом, здійснено консолідацію центральних органів виконавчої влади, їх кількість зменшено майже вдвічі, істотно змінено статус деяких органів.

Істотним питанням політики реформування органів виконавчої влади є забезпечення дійовості виконавчої вертикалі, завдяки якій досягається ефективна реалізація рішень цих органів. Запроваджено інститут державних секретарів Кабінету Міністрів України та міністерств з метою розподілу політичних і виконавчих функцій, забезпечення стабільності виконавчої влади, що, до речі, відповідає міжнародним стандартам організації системи управління.

Президент України в своїх виступах неодноразово відмічав, що адміністративна реформа проводиться для забезпечення дієздатності держави в поглибленні демократичних процесів, побудови цивілізованого, громадянського суспільства, впорядкування взаємовідносин між різними гілками влади, ринкових відносин та їх впливу на економіку, її конкурентоспроможність, вирішення питань соціального захисту населення.

Суб'єктивні та об'єктивні причини перешкоджають своєчасному і ефективному здійсненню передбачених Конституцією та відповідними указами Президента України заходів щодо проведення адміністративної реформи. В зв'язку з цим потрібно повернутися до перегляду етапів проведення адміністративної реформи, уточнити їх, визначити конкретні строки їх виконання, врахувати реалії сьогодення, організаційні, фінансові та матеріальні можливості.

Де кілька слів щодо актуальної наукової проблеми, яка зараз активно обговорюється, стосовно послуг, що надаються державними органами місцевого самоврядування населенню, або, як їх іноді називають, управлінських послуг. Нормативно-правового акта, який би регламентував ці проблеми, немає.

Разом з тим слід звернути увагу на те, що значна кількість таких послуг сьогодні надається державними структурами за плату. Хіба це нормально? Населення вже в податках оплатило ці послуги.

Стратегічна орієнтація України на загальновизнані гуманітарні цінності, визначення пріоритетної ролі людини як найвищої соціальної цінності, демократичні стандарти суспільного і державного життя обумовлюють головні напрями розвитку української правової науки, яка покликана робити **все більш вагомий внесок у розбудову національної державності, формування сучасних правових інститутів.**

Особливого значення в цьому процесі набуває **теорія держави і права** — фундаментальна дисципліна в системі правових наук, яка має розробляти сучасні методологічні підходи до дослідження державно-правових явищ, їх оцінки та прогнозування, оптимальних критеріїв урегулювання суспільних відносин в умовах модернізації держави та суспільства на тернистому шляху до ідеалів демократії та правової державності.

Не викликає сумнівів, що на початку ХХІ століття **методологія вітчизняного правознавства** потребує істотного оновлення, значних зрушень у напрямку наближення до найбільш вагомих загальновизнаних досягнень європейської та світової філософської та соціологічної думки. Українська правова наука має твердо і безповоротно стати на гуманістичні та демократичні позиції, визначені Конституцією України. Цьому процесу покликані істотно сприяти прийняття та введення в дію основоположних кодексів, які відповідають новим реаліям життя.

Нагальною є потреба наукового обґрунтування процесу **запровадження у вітчизняну правову систему міжнародно-правових стандартів**, насамперед щодо утвердження, забезпечення та захисту прав і свобод людини та громадянина, дослідження можливостей їх адаптації в Україні з урахуванням умов перехідного періоду, національних традицій та менталітету, позитивних напрацювань українських вчених-юристів. У цьому процесі чільне місце належить новому напрямку вітчизняної правової науки — **порівняльному правознавству**, яке поступово стає необхідним елементом всебічного дослідження проблематики будь-якої юридичної дисципліни, обов'язковим критерієм її обґрунтованості та належної якості. Тому не є випад-

ковим утворення останнім часом в Україні спеціалізованих наукових установ, які покликані професійно займатися проблемами порівняльного правознавства. Зокрема, у структурі Академії правових наук України було б доцільним утворити наукову лабораторію **порівняльних досліджень проблем державного будівництва та місцевого самоврядування**.

Правознавство, всі його галузеві підрозділи покликані більш ґрунтовно **впливати на становлення сучасної правової системи України**, розвиток законодавства, підвищення ефективності діяльності судових і правоохоронних органів, зміцнення законності та правопорядку. Результатом таких досліджень має стати всебічне обґрунтування особливостей національної правової системи, концептуальне бачення її основних параметрів, структури, складових елементів, формування української правової науки у повному розумінні цього слова.

Визначення структури та механізмів функціонування національної правової системи має спонукати науковців приділити значну увагу питанню **системи нормативно-правових актів**, їх співвідношенню, визначенню регулятивного потенціалу та ефективності їх застосування. В умовах формування засад правової державності в Україні особливого значення набуває теоретичне висвітлення проблематики законодавства як основного джерела національного права, проблем нормотворчої техніки як невід'ємної складової якості його змісту.

Галузеві підрозділи юридичної науки повинні рішуче повернутись до конкретних **потреб і запитів законотворчої та правозастосовчої діяльності**, аналізу конкретних проблем удосконалення законодавства, правових форм діяльності органів державної влади, інших суб'єктів правовідносин.

Прийняття Конституції України зумовило бурхливий розвиток проблематики **науки конституційного права**, яка в сучасних умовах набуває надзвичайно високого авторитету, поступово стає універсальним джерелом міжгалузевого юридичного наукового спілкування. Головними напрямками розвитку цієї науки стає дослідження проблем запровадження в державно-правову практику верховенства права, Конституції та законів, реалізації конституційних принципів щодо визнання людини найвищою соціальною цінністю, народного суверенітету, поділу влади, ідеологічної, економічної та політичної багатоманітності, безпосередньої реалізації конституційних



норм. Першочерговими завданнями цієї юридичної науки є визначення оптимальних параметрів організації та функціонування системи органів державної влади і органів місцевого самоврядування, розробка пропозицій щодо запровадження дієвих механізмів взаємодії владних структур на різних ієрархічних і територіальних рівнях.

Конституційні засади модернізації держави і суспільства знаходять своє відображення також у визначенні та вирішенні актуальних проблем **цивільно-правової науки**. Сьогодні Україна стоїть на порозі прийняття нового акта кодифікації цивільного законодавства — Цивільного кодексу, який має стати своєрідним соціальним договором усіх верств суспільства, базовим законодавчим актом у сфері регулювання приватноправових відносин. Важливо, що в його основу покладено принципи свободи та рівності всіх форм власності, вільного формування і виконання договірних відносин, універсалізму регулювання майнових і особистих немайнових відносин, відшкодування майнової та немайнової шкоди у повному обсязі, різноманітності форм і засобів захисту цивільних прав тощо. Основними питаннями цивільно-правової науки, які повинні стати об'єктом дослідження, є: об'єктивний характер і нові аспекти функціонування і розвитку майнових та особистих немайнових відносин, що складають сферу цивільно-правового регулювання; актуальні питання визначення обсягу і меж саморегулювання та самозахисту цивільно-правових відносин, напрямів і меж втручання держави у регулювання цивільно-правових відносин; нові підходи до правового регулювання відносин власності, правові механізми його встановлення та функціонування, тенденції розширення правомочностей власника як за кількістю, та і за можливостями їх використання, а також цивільно-правових засобів захисту цих відносин тощо.

Україна освоює власну модель **аграрної політики**. Це дається нелегко, але іншого шляху немає: попри всю повагу до найкращого світового досвіду формування і здійснення аграрної політики, обґрунтованими є не копіювання його, а опрацювання та практична реалізація наукою аграрного права власної методології та практики переведення сільського господарства, всього аграрно-промислового виробництва на принципово нові засади розвитку. В питаннях реформування аграрно-промислового комплексу найгострішою є проблема **приско-**

рення проведення земельної реформи. Потрібно довести до логічного завершення основний принцип реформування земельних відносин — земля має належати тим, хто її обробляє. Цьому процесу покликаний сприяти Указ Президента України «Про основні напрями земельної реформи в Україні на 2001–2005 роки». Указ Президента України «Про невідкладні заходи щодо прискорення реформування аграрного сектору економіки» створив вагомі передумови для істотного прискорення ринкових перетворень на селі, завершення реформування громадського сектору сільськогосподарського виробництва на основі приватної власності.

Розвиток науки **екологічного права** зумовлений переходом економіки України на ринкові умови. За останні роки було істотно оновлено екологічне законодавство. Верховною Радою прийняті закони, які комплексно регулюють відносини у сфері екології. На підставі цих законів прийнято цілий масив підзаконних нормативних актів, які конкретизують їх положення. Ця правотворча діяльність сама по собі є позитивною, оскільки її результатом є створення певної правової основи екологічних відносин. Проте для науки екологічного права нагальною є розробка концепції **Екологічного кодексу України**. Цей Кодекс має стати комплексним, змістовним і основоположним. До нього слід включити основоположні правові приписи, які б системно регулювали екологічні відносини.

Одним із головних завдань науки **трудового права** є розробка нового **Трудового кодексу**, який повинен стати нормативним актом нинішнього покоління. В ньому мають поєднатися інтереси як найманих працівників, так і власників підприємств. Кодекс повинен сприяти ринковим перетворенням в економіці, відтворювати баланс між виробничою і захисною функціями трудових правовідносин. Сучасне правове регулювання складного комплексу відносин, пов'язаних із застосуванням організованої праці, поєднує законодавче забезпечення основних трудових прав (мінімальних соціальних гарантій) з договірним регулюванням умов праці та реалізацією законних інтересів працівників. Перед наукою трудового права стоїть важлива проблема наукового обґрунтування поєднання ринкових засад організації праці із забезпеченням основних соціально-економічних прав громадян. Необхідно створити правовий механізм регулювання трудових відносин, при якому власникові було б

вигідно стимулювати працівника до високопродуктивної праці, а працівник був би не менше від власника зацікавлений у загальних результатах діяльності підприємства.

**Наука міжнародного права** покликана відігравати більш значну роль у відстоюванні національних інтересів України на міжнародній арені, особливо щодо проблем національної безпеки в широкому її розумінні, юридичного забезпечення механізмів взаємовигідного співробітництва України з іншими державами світу, захисту суверенітету України на міжнародній арені. Важливе завдання науки міжнародного права полягає у дослідженні проблем, пов'язаних з конкретною діяльністю України в процесі здійснення нею свого державного суверенітету, наповнення його міжнародно-правовим змістом.

Процес інтеграції України у світову та європейську правові системи обумовлює необхідність наукової розробки принципово **нових підходів до співвідношення міжнародного та внутрішнього права**. У зв'язку з цим важливими є дослідження комплексу питань, пов'язаних з дією у національному законодавстві України міжнародного договірної та міжнародного звичаєвого права, імплементації багатосторонніх міжнародних договорів і норм міжнародного звичаєвого права до національного законодавства. Необхідно всебічно дослідити процес виконання міжнародних зобов'язань України щодо стандартів Європейської конвенції про захист прав людини.

Гарантії захисту конституційних прав і свобод людини та громадянина, а загалом держави і суспільства набувають сьогодні особливої актуальності, оскільки ще неподоланими залишаються негативні **тенденції злочинності в Україні**. Динаміка злочинності в Україні, попри певні загальні позитивні показники за останні роки, не дає підстав для оптимізму оцінок і сприятливих прогнозів. У 2000 р. кількість зареєстрованих злочинів становила десь близько 554 тис., що перевищує її рівневі показники за минулий рік.

Але якщо уважніше придивитися до динаміки окремих видів злочинів, то картина стає зовсім невтішною. Зростає кількість умисних вбивств, фактично не зменшуються такі особливо небезпечні злочини, як бандитизм, розбої, грабежі, розкрадання державного, колективного майна, крадіжки індивідуального майна, що становить 1/5 від усіх статистично зафіксованих злочинів, транспортні злочини, злочини, пов'я-

зані з наркотичними і психотропними речовинами. Зростають організована, професійна і рецидивна злочинність, злочинність неповнолітніх і молоді, контрабанда, транснаціональна і прикордонна злочинність, зухвалі шахрайства з валютними цінностями тощо.

Невід'ємними атрибутами сучасної організованої злочинності стають корупція, рекет, вбивства на замовлення. Корупція — це сила, що руйнує фундамент держави і суспільства. Статистичні дані, кримінологічні дослідження, матеріали правоохоронних органів та інших відомств, засоби масової інформації свідчать про те, що масштабність злочинності, особливо її латентної частини, досягає такого рівня, що ставиться під загрозу подальше нормальне функціонування економіки країни.

Це повинні усвідомлювати держава і суспільство. Часу на роздуми немає, необхідно вживати рішучих заходів боротьби зі злочинністю саме як з сучасним небезпечним явищем, а не як з деякою сукупністю злочинів.

Актуальним завданням є встановлення жорсткого соціального контролю над злочинністю. Останній передбачає посилення державного контролю (професійна робота відповідних органів), громадський контроль (контроль громадськості за діяльністю всіх державних інститутів влади) і законодавчий контроль (розробка і прийняття відповідних законів, підвищення їх ефективності).

Відомо, що злочинність — це складне соціальне явище, тому заходи боротьби з нею не можна звести до якогось одного напрямку. Проте стратегічним напрямком має стати підвищення розкриття злочинів.

Підвищення розкриваності злочинів є завданням не тільки практичним, а й науковим, що вимагає зусиль представників багатьох наукових дисциплін. Його вирішення повинно відбуватися за кількома напрямками: підвищення професіоналізму осіб, що беруть участь у роботі з розкриття злочинів; диференціація і спеціалізація слідчих органів; удосконалення взаємодії між слідчими, оперативно-розшуковими і транспортними службами; удосконалення кримінально-процесуального режиму доказування і правової бази боротьби зі злочинністю; поліпшення матеріально-технічного забезпечення роботи з розкриття і розслідування злочинів; підвищення довіри

населення до правоохоронних органів. У дослідження цієї проблеми повинні включитися вчені-криміналісти, процесуалісти, судові експертологи.

**Прийняття нового Кримінального кодексу**, який відповідає вимогам світових стандартів, є непересічною подією в політичному, економічному та суспільному житті України. Істотно змінено пріоритети в кримінально-правовому захисті певних відносин, інтересів, прав, свобод людини та громадянина.

Значним кроком вперед є урахування в Кримінальному кодексі багатьох міжнародних угод, конвенцій, які підписані Україною, внесення до нього нових злочинів проти загальнолюдських інтересів соціального розвитку всього світового співтовариства. Злочинами визнані тероризм, катування, створення злочинної організації, відмивання коштів, одержаних незаконним шляхом, та ін.

Завдання збереження довкілля, боротьби з негативним впливом людської діяльності на екологію викликало серйозну увагу в Кримінальному кодексі до системи екологічних злочинів. Виділено самостійний розділ VIII — «Злочини проти довкілля», в якому передбачені як загальна норма про порушення правил екологічної безпеки, так і широке коло конкретних норм. Створено міцний захист від будь-яких посягань на об'єкти навколишнього світу.

Важливою особливістю нового Кримінального кодексу у сфері охорони господарської діяльності є приведення його положень у відповідність із завданнями розвитку ринкової економіки.

Значним надбанням нового Кримінального кодексу є чітка спрямованість на декриміналізацію діянь, які не становлять значної суспільної небезпечності, та поглиблення норм про індивідуалізацію кримінальної відповідальності. Ідея гуманізації та максимальної індивідуалізації відповідальності і покарання викликала низку принципово нових норм. Уперше в історії кримінального законодавства України проводиться чітка класифікація злочинів залежно від ступеня їх тяжкості (ступеня суспільної небезпечності).

Кримінальний кодекс передбачає низку нових видів звільнення від кримінальної відповідальності осіб, які вчинили злочини невеликої або середньої тяжкості, а саме: дійове каяття та примирення винного з потерпілим. Широкий розвиток

одержали так звані заохочувальні норми кримінального права. Це норми, що заохочують: правомірну поведінку (необхідна оборона, затримання злочинця), добровільну відмову особи від продовження злочинної діяльності, дійове каєття, посткримінальну поведінку особи, яка відбуває покарання.

Новий Кримінальний кодекс широко враховує досягнення науки кримінального права не тільки в Україні, а й в іноземних державах. У Кримінальному кодексі враховано проблеми та складні питання практики боротьби зі злочинністю кримінально-правовими заходами. Це позначилося на вдосконаленні багатьох норм Кримінального кодексу.

Все це свідчить про необхідність серйозної повсякденної роботи з вивчення нових положень Кримінального кодексу, з'ясування їх змісту, проведення науково-практичних семінарів за участю науковців і представників різних відомчих органів. Науковці покликані надавати допомогу практичним працівникам у з'ясуванні та правильному застосуванні норм нового Кримінального кодексу, розробити відповідні обґрунтовані рекомендації.

Після прийняття Кримінального кодексу процес приведення галузевого законодавства у відповідність із Конституцією України ще далеко не завершився. Навпаки, зазначений факт слугує імпульсом для подальшого вдосконалення законодавства кримінального циклу. Новий Кримінальний кодекс, зокрема, потребує від **науки кримінально-виконавчого права** вирішення завдання розробки методологічних основ нового кримінально-виконавчого законодавства і насамперед нового Кримінально-виконавчого кодексу.

На сьогодні необхідним є об'єднання зусиль практиків і науковців для створення кримінально-виконавчого законодавства, яке б дозволило вирішувати проблеми, що виникатимуть після прийняття нового Кримінального кодексу.

Нове кримінально-виконавче законодавство покликане закласти тенденцію реорганізації кримінально-виконавчої системи відповідно до міжнародних стандартів поводження із засудженими. Реформування кримінально-виконавчої системи передусім потребує залучення наукових знань у галузі кримінально-виконавчого права, адже для успішної нормотворчої діяльності у сфері виконання покарань **необхідні розробка фундаментальних основ теорії виконання покарань, створен-**

ня позбавленої суперечностей доктрини, яка б слугувала теоретичною базою нового кримінально-виконавчого законодавства та вдосконалення практики виконання покарань.

В Україні за останнє десятиріччя виникли проблеми з підготовкою докторів наук у галузі кримінально-виконавчого права, оскільки жодної докторської дисертації з цієї спеціальності не було захищено. За часи існування незалежної України опубліковано лише одну монографію, де досліджуються проблеми виконання покарань. Такий стан речей не може не викликати занепокоєння з приводу належної теоретичної розробки підвалин нового кримінально-виконавчого законодавства.

Сьогодні суспільству і державі конче необхідна **Національна судово-правова реформа**. Те, що робиться в цьому відношенні, істотно відстає від життя і в практичному плані мало допомагає здійсненню економічних та інших перетворень. Судова практика стикається з суперечливою і багато в чому недостатньою нормативною базою з істотним переважанням відомчої нормотворчості навіть у тих випадках, коли Верховною Радою України прийнято закони.

Найважливішою умовою ефективності правосуддя завжди були і залишаються актуалізація судової влади як головного гаранта захисту прав і свобод людини, добре розвинуте судочинне і процесуальне законодавство, наявність кодексів та уніфікованих правових актів, вільних від суперечностей, анахронізмів і двозначностей. Стабільні закони та налагоджене правосуддя — точка опори, на якій базується довіра громадян до державної влади. Для реалізації цих найважливіших завдань вчені-юристи повинні виробити **теорію судової влади**, яка передбачає насамперед визначення принципів питань: поняття, ознак, функцій судової влади, статусу її носія, механізму взаємодії з іншими гілками влади.

**В науці судового права** актуальним слід визнати дослідження судового права як галузі права, так і галузі законодавства, концепції та принципів судового права, зокрема принципів доступності правосуддя, неупередженості та незалежності суддів, права кожного на судовий захист тощо, а також статусу суддів та правової природи їх відповідальності.

Неподілена судова влада існує переважно в країнах англо-американської системи права (Велика Британія, США, Канада тощо), а в країнах романо-германської системи пра-

ва органи судової влади не становлять собою єдину судову систему, а утворюють декілька підсистем, що організаційно не замикаються на єдиному вищому судовому органі країни (Франція, Німеччина та ін.). Видається, що в сучасних умовах розвитку української державності доцільно зберегти **єдність судової системи**.

Немає потреби доводити, що до того, як суди не витлумачили правову норму, не застосували її щодо конкретної справи, вона нерідко становить собою декларацію. Вже саме по собі тлумачення судом законів, підзаконних актів і Конституції України стає своєрідним джерелом права, оскільки воно є роз'ясненням смислу правової норми, її деталізацією, конкретизацією. Звідси виникає проблема не тільки специфіки судового тлумачення, а й самої судової практики як джерела права і в тих країнах, законодавство яких не передбачає так званого судового прецеденту. На жаль, межі судового тлумачення і умови, за наявності яких можна говорити про судову практику як джерело права, достатньо повно не розроблені в юридичній літературі, значна частина якої належить до часу, коли суд не виконував контролюючу функцію, не був головною контролюючою інстанцією. Особливо актуальними ці проблеми стають тоді, коли суд діє в умовах прогалинної і досить суперечливої нормативної бази.

Вчені-процесуалісти повинні зосередити увагу на становищі особи в усіх галузях процесуального законодавства, на проблемах, пов'язаних з підвищенням ролі правозахисних механізмів у системі процесуальної діяльності, ролі суду як гаранта додержання прав і законних інтересів людини і громадянина, повного здійснення принципів правосуддя, закріплених у Конституції України, що, природно, обумовлює подальшу реорганізацію всієї системи правоохоронних органів — органів дізнання, досудового слідства, адвокатури, прокуратури.

Кінцева мета **судової реформи** полягає в тому, щоб забезпечити найбільш сприятливі умови та надійні процесуальні засоби для правосудного вирішення справ. Тому критерій оцінки судової реформи — здатність судової установи бути правосудною, а суддів — неупередженими. Стрижнем судової реформи є створення судової системи на основі єдності системи судів загальної юрисдикції, територіальності та спеціалізації; доступності, відкритості та гласності правосуддя,



участі населення в його здійсненні та самостійності судів і незалежності суддів; колегіального і одноособового розгляду справ, а також суворого додержання принципів здійснення правосуддя, закріплених у ст. 129 Конституції України.

Перспективними напрямками розвитку **криміналістики** є: розробка і впровадження новітніх науково-технічних засобів, інформаційних технологій в практику правоохоронних органів; дослідження нових видів злочинів з метою вироблення рекомендації та методики щодо їх виявлення, протидії, профілактики та розслідування; розробка типових методик розслідування злочинів у сфері економіки та насильницьких злочинів; розробка криміналістичних засобів попередження вчинення злочинів.

Для підвищення професійної зацікавленості та службової активності слідчих необхідно передбачити і втілити у практику цілісну систему різних форм стимулювання їх трудової діяльності.

Відповідальні завдання щодо реалізації Конституції України стоять перед **кримінологічною наукою**. В руслі розвитку інституцій громадянського суспільства створена та розгортає свою роботу Кримінологічна асоціація України. В листопаді 2000 р. відбувся Перший всеукраїнський з'їзд кримінологів. Багато ініціатив проявляє Координаційне бюро з проблем кримінології Академії правових наук України.

У світлі обговорюваної сьогодні головної теми є підстави і потреба зосередити увагу кримінологів на проблемі кримінологічного забезпечення безпеки держави від злочинних та інших небезпечних протиправних посягань. Ця проблема має стати однією з провідних для кримінології. У цьому контексті особливо актуальним є дослідження застосування правоохоронними органами кримінально-правових засобів при одержанні інформації про злочинні посягання на права і свободи людини. Тим самим має бути не тільки сформовано об'єктивне уявлення про стан злочинності в країні, а й створені наукові рекомендації щодо недопущення нехтування правами та свободами громадянина у процесі протидії злочинним посяганням.

Вчені-кримінологи і практики повинні більше працювати у напрямку реалізації прогностичної функції кримінологічної науки. Аналіз і прогноз, соціально-профілактичне проектуван-

ня мають стати обов'язковими елементами кримінологічного дослідження, в тому числі стосовно додержання конституційних прав і свобод людини та громадянина, забезпечення їх захисту, зокрема кримінологічними засобами.

Кримінологічна наука в Україні покликана значною мірою виконувати прикладну функцію. Певний доробок у цьому кримінологи України вже мають. Це насамперед кримінологічна експертиза законопроектів та інших нормативно-правових актів. Важливою є аналітична робота щодо відповідності правоохоронної практики, передусім з протидії злочинності, духу і настановам Конституції, захисту гарантованих нею прав і свобод громадян, а також розробки рекомендацій, що їх з цих питань практика має одержати від кримінологічної науки.

Для підвищення ролі правової науки у вирішенні державо-творчих проблем необхідна розробка загальнодержавної **Концепції розвитку юридичної науки в Україні** як в цілому, так і щодо основних її напрямів: теоретико-історичного, державно-правового, цивільно-правового, кримінально-правового з визначенням в їх межах найбільш актуальних фундаментальних і конкретних проблем. При одержанні відповідного доручення таку Концепцію могла б розробити Академія правових наук України, яка має найбільший науковий потенціал, виконує координаційні функції щодо організації та проведення фундаментальних і прикладних юридичних досліджень. З цією ж метою, з нашої точки зору, доцільно запровадити під патронатом Академії загальнодержавне видання **«Щорічника українського права»**, яке б акумулювало результати найбільш значних наукових досліджень українських правників.

Побудова правової держави, реформа політичної та судово-правової систем вимагають проведення невідкладних заходів щодо розвитку **юридичної освіти в Україні**. Існуюча система юридичної освіти не повною мірою відповідає сучасним вимогам. До останнього часу в плануванні потреб, організації та розвитку юридичної освіти були відсутні науково обґрунтований підхід, гнучкість, урахування вимог життя, недооцінювалася роль юристів у сучасному суспільстві. Насиченість країни юристами залишається диспропорційною.

Набула поширення практика створення нових юридичних вузів. Почали організовуватися юридичні факультети в технічних, сільськогосподарських та інших навчальних закла-

дах. Зараз функціонують близько 200 юридичних навчальних закладів (до 1991 р. було 6), з них близько 50 — приватні. Загальний ліцензований обсяг прийому становить майже 30 тис. 80,9% вакантних місць належать вищим навчальним закладам державної форми власності. Мережа за ліцензованим обсягом забезпечує 4 вакантних місця на 10 тис. населення України, з них 3,5 припадає на вищі навчальні заклади державної форми власності.

Значне збільшення кількості юридичних навчальних закладів не тільки не поліпшило ситуацію в системі юридичної освіти, а й негативно позначилося на рівні підготовки фахівців-юристів узагалі. Бурхливий процес підготовки юридичних кадрів у новостворених вузах, які неспроможні забезпечити належний рівень навчання, може підірвати і дискредитувати професію юриста, призвести до тяжких несприятливих наслідків для держави і громадян.

Серйозні недоліки є в забезпеченні системи юридичної освіти професорсько-викладацькими кадрами. Обсяги підготовки цих кадрів відстають від потреб сьогодення і не в змозі забезпечити розширення мережі юридичних навчальних закладів. У країні є юридичні факультети, на яких працює один кандидат наук. Не налагоджено періодичне підвищення кваліфікації професорсько-викладацького складу вищих юридичних навчальних закладів, а також кадрів правової служби підприємств, установ, організацій, органів державної влади та управління.

Подолання цих недоліків потребує вдосконалення вищої юридичної школи, підготовки, підвищення кваліфікації та перепідготовки юридичних кадрів. Юридичні навчальні заклади покликані забезпечити наявність корпусу юристів, який зможе сприяти перетворенням, що відбуваються в усіх сферах життя суспільства.

У зв'язку з цим Президентом України було дано доручення Кабінету Міністрів України розробити Програму розвитку вищої юридичної освіти. 10 квітня 2001 р. Кабінет Міністрів затвердив цю Програму на період до 2005 року. Сподіваємося, що вона буде реалізована, і вища юридична школа сформує більш потужний інтелектуальний потенціал, покликаний забезпечити функціонування правової держави.

В. Селіванов, член-кореспондент  
АПрН України

## Наступність у процесі розроблення Концепції розвитку вітчизняної юридичної науки\*

Одним із послідовників марксизму в Росії, прихильників класової концепції права і критиків рейснерівських ідей був І. Подволоцький, який у 1925 р. опублікував працю «Марксистська теорія права», що являла собою реферат, прочитаний автором на науковому соціологічному семінарі, який вів М. Бухарін у Свердловському університеті. З позиції пролетарської ідеології та ортодоксального марксизму І. Подволоцький зводив право до закону, юридичної норми, яка видається державою, і визначав право як *«класовий інтерес, а правосвідомість як тільки вид класової свідомості»*<sup>1</sup>. Звідси він робив висновок, що *«будь-яке право як складова частина даної системи відносин служить її збереженню і відтворенню, тобто збереженню панування класу. І теоретично воно не може бути ні чим іншим, як тільки відображенням інтересів пануючого класу»*<sup>2</sup>. *«Не може бути держави без права, ані права без держави»* — одне із основних тверджень І. Подволоцького. При цьому право визначалося як система примусових соціальних норм, що санкціоновані державою і регулюють суспільні відносини в інтересах пануючого класу.

На відміну від М. Рейснера І. Подволоцький вважав, що право може бути правом тільки одного класу в суспільстві, а саме економічно і політично владарюючого класу. Розглядаючи право як елемент надбудови, який, на його думку, залежав лише від економіки, І. Подволоцький все ж справедливо наголошував, що право має і свою внутрішню логіку розвитку, а також може справляти зворотний вплив на економіку<sup>3</sup>.

Що ж до тенденції розвитку права, то, розглядаючи останнє як класовий інститут, як політичний інструмент класового

\* Початок див. у «Віснику Академії правових наук України» № 2 (25) за 2001 р.

<sup>1</sup> Подволоцкий И. Марксистская теория права. Очерк. — М., 1925. — С. 48.

<sup>2</sup> Там само. — С. 50.

<sup>3</sup> Див: Подволоцкий И. Вказ. праця. — С. 162.

придушення, дослідник доходить висновку про його неодмінне відмирання разом з відмиранням класового суспільства, інтересів пануючого соціального класу, які уособлюються в державі. В умовах же перехідного періоду, коли пролетаріат, зайнявши панівні висоти в народному господарстві, вже придушив класовий опір буржуазії, але ще не довів розвиток суспільних відносин до зникнення класів і суспільних антагонізмів, він, на думку прибічників марксистської юриспруденції, повинен був мати і розвивати своє право, яке санкціонувало б не тільки його політичне панування, а й державну організацію господарювання та управління економікою. І в цьому плані, як писав І. Подволоцький, «...пролетарська система права ставить собі завдання закріпити панування пролетаріату тільки для того, щоб викоренити будь-яке класове панування взагалі, а разом з тим зробити непотрібним і саме право»<sup>1</sup>.

Плановість як організаційний засіб функціонування соціалістичного суспільного ладу поступово витісняла ідею права як явища начебто суто буржуазного. Це відчувалося і в теорії, і в практиці радянського будівництва та господарювання, становлення в суспільстві соціалістичного права. Початок розвитку радянської організації державної влади класу пролетаріату пов'язувався із розумінням права як результату розвитку буржуазного суспільства, після якого здавався неможливим будь-який новий тип права. З визнанням же необхідності розвитку соціалістичної держави прийшло визнання необхідності розвитку соціалістичного радянського права. Представником такої позиції, зокрема, був відомий правознавець (до того ж професійний революціонер) Є. Пашуканіс. Його роль і значення в процесі розвитку радянської правової доктрини, як і інших учених-правників того часу, необхідно розглядати у тісному зв'язку з соціально-політичною ситуацією, правовою дійсністю, тенденціями правового розвитку радянського суспільства, специфікою класових відносин та ідейної атмосфери суспільства тих років. Так, визначаючи на початку 20-х років ХХ ст. завдання загальної теорії права, Є. Пашуканіс писав, що загальна теорія права — це по суті розвиток основних, тобто найабстрактніших, юридичних понять: «юридична норма», «юридичне відношення», «суб'єкт права» тощо. «Завдя-

<sup>1</sup> Див: Подволоцький І. Вказ. праця. — С. 171.

ки своїй абстрактній природі ці поняття однаково можуть бути застосовані до будь-якої галузі права, їх логічне і систематичне значення залишається тим самим незалежно від того, до якого конкретного змісту вони застосовуються»<sup>1</sup>.

На відміну від прибічників нового праворозуміння (революційного, пролетарського тощо), котрі, критикуючи позицію Є. Пашуканіса, твердили про неприйнятність застосування загальних абстрактних категорій права до «пролетарського права», теорія і практика якого мали ґрунтуватися на інших узагальнюючих поняттях, Є. Пашуканіс відстоював необхідність розвитку загальної теорії права, а вимоги своїх опонентів вважав непорозумінням. «Вимагаючи для пролетарського права своїх нових узагальнюючих понять, — писав він, — цей напрям є начебто революційним *par excellence*. Проте, він насправді проklamує безсмертя форми права, бо намагається вирвати цю форму з тих певних історичних умов, які забезпечили їй повний розквіт, і проголосити її здатною до постійного оновлення. Відмирання категорій (саме категорій, а не тих чи інших приписів) буржуазного права зовсім не означає заміну їх новими категоріями пролетарського права, як і відмирання категорій цінності, капіталу, прибутку тощо при переході до розгорнутого соціалізму не означатиме появу нових пролетарських категорій цінності, капіталу, ренти тощо»<sup>2</sup>.

Є. Пашуканіс підходив до загальної теорії права як до системи у певному розумінні загальних визначень права. «...Право, взяте в його загальних визначеннях, право, як форма, існує не тільки в головах і теоріях учених юристів. Воно має паралельно реальну історію, котра розгортається не як система думок, а як особлива система відносин, в яку люди вступають не тому, що вони її свідомо обрали, а тому, що до цього їх примушують умови виробництва. Людина перетворюється на юридичного суб'єкта внаслідок тієї ж необхідності, через яку натуральний продукт перетворюється на товар з його загадковою властивістю цінності»<sup>3</sup>. На думку вченого, діалектичний розвиток понять відповідає діалектичному розвитку самого історичного процесу. «Історична еволюція несе з собою не

<sup>1</sup> Пашуканіс Е. Общая теория права и марксизм (Опыт критики основных юридических понятий). — М., 1924. — С 3.

<sup>2</sup> Там само. — С.15–16.

<sup>3</sup> Там само. — С 24–25.

тільки зміну змісту норм і зміну інститутів права, а й розвиток правової форми як такої»<sup>1</sup>. Загальна теорія права має досягати право «не як належність абстрактного людського суспільства, але як історичну категорію, що відповідає певному суспільному середовищу, побудованому на протилежності приватних інтересів»<sup>2</sup>.

Важливого методологічного значення Є. Пашуканіс надавав сходженню від простого до складного та від абстрактного до конкретного. За вихідний пункт юридичного аналізу правив тут найпростіший елемент правової дійсності — юридичне відношення — «первинна клітина» правової тканини, як наголошував учений, в якій право здійснює свій реальний рух. Право як сукупність норм, вважав він, «є не більш ніж застиглою абстракцією»<sup>3</sup>. Юридичне відношення, писав Є. Пашуканіс, не тільки дає нам право в його реальному русі, а й виявляє найбільш характерні особливості права як логічної категорії<sup>4</sup>. Юридичне відношення розумілося ученим як відношення між певними суб'єктами. Суб'єкт — це атом «...юридичної теорії, найпростіший, нерозкладний далі елемент»<sup>5</sup>. Виходячи з цієї методологічної позиції, Є. Пашуканіс критично оцінював нормативістську точку зору Кельзена щодо права і юридичного відношення як ставлення до існуючого правопорядку або всередині правопорядку, але не фактичного відношення між суб'єктами, які реально протистоять правопорядку. Тобто, Є. Пашуканіс не підтримував поширену позицію, згідно з якою за основу правової дійсності як реальний факт береться позитивне (об'єктивне) право або юридична норма, яка начебто й породжує певне правовідношення<sup>6</sup>. «Якби жоден боржник не повертав боргу, — зазначав він — то відповідне правило доведлося б визнати реально неіснуючим...»<sup>7</sup> Право, на його думку, як об'єктивне соціальне явище не може вичерпуватися нор-

<sup>1</sup> Пашуканіс Е. Общая теория права и марксизм. — С 28.

<sup>2</sup> Там само — С. 28.

<sup>3</sup> Там само. — С. 43.

<sup>4</sup> Там само. — С. 62.

<sup>5</sup> Там само. — С. 69.

<sup>6</sup> Так, Г. Шершеневич вважав, що «не тому існує норма про право вимагати повернення боргу, що кредитори звичайно вимагають, а, навпаки, кредитори вимагають свій борг, тому що існує така норма» (Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. Философия права. — М, 1911. — Т. 1. — С. 274—275).

<sup>7</sup> Пашуканіс Е. Общая теория права и марксизм. — С. 44.

мою або правилом, все одно, записаним чи незаписаним. «Не можна сказати, що відношення між кредитором та боржником *породжується* існуючим в даній державі примусовим порядком стягнення боргів. Цей об'єктивно існуючий порядок *забезпечує, гарантує*, але аж ніяк *не породжує* відношення»<sup>1</sup>.

Проте слід зазначити, що Є. Пашуканіс не відмовлявся повністю від визнання активної ролі ні класової волі як чинника розвитку, ні планомірного втручання в рух суспільного розвитку. «Політичний революційний захід може зробити дуже багато, — наголошував Є. Пашуканіс, — він може здійснити на завтра те, що не існує сьогодні, але він не спроможний зробити існуючим те, чого насправді в минулому не існувало. З іншого боку, якщо ми стверджуємо, що намір звести будинок і навіть план цього будинку ще не є дійсним будинком, то звідси зовсім не випливає, начебто для будівництва будинку не потрібні ні намір, ні план»<sup>2</sup>.

На початку 20-х років ХХ ст., коли Є. Пашуканіс розробляв марксистську загальну теорію права, він визнавав спрощеним підхід до права як результату боротьби класових інтересів, як прояву державного примусу. «Багатьом товаришам марксистам, — писав він, — видавалося достатнім внести в... теорію момент класової боротьби, щоб одержати справжню матеріалістичну, марксистську теорію права»<sup>3</sup>. «Відмовляючись від аналізу основних юридичних понять, — продовжував він, — ми отримуємо лише теорію, що пояснює нам виникнення правового регулювання з матеріальних потреб суспільства, а отже, відповідність правових норм матеріальним інтересам тих чи інших суспільних класів. Але саме правове регулювання, незалежно від багатства історичного змісту, який ми вкладаємо в це поняття, залишиться неаналізованим, як форма. Замість повноти внутрішніх розмежувань і зв'язків ми вимушені будемо користуватися убогими і приблизно накресленими контурами юридичного, наскільки приблизними, що межа, яка відокремлює сферу юридичного від суміжних сфер, майже стирається»<sup>4</sup>. Учений був переконаний, що марксистська теорія повинна не тільки досліджувати матеріальний зміст право-

<sup>1</sup> Пашуканіс Е. Общая теория права и марксизм. — С. 47.

<sup>2</sup> Там само. — С. 46.

<sup>3</sup> Там само. — С. 6–7.

<sup>4</sup> Там само. — С. 7–8.



вого регулювання в різні історичні епохи, а й давати матеріалістичне тлумачення самому правовому регулюванню як певній історичній формі.

Проте поступово в судженнях Є. Пашуканіса, як і багатьох інших радянських учених-юристів, з'являється ще більше ознак пристосування свого праворозуміння для виправдання юридичних відносин, інститутів, норм, існуючих в умовах соціалістичного будівництва і зміцнення диктатури пролетаріату як форми пролетарської держави. Він починає визнавати наявність післяреволюційного «радянського права» з «особливою, специфічною природою»<sup>1</sup>. В середині 30-х років ХХ ст. він уже підтримує і обґрунтовує концепцію «соціалістичного права», відмежовуючись від своєї колишньої позиції визнання «буржуазним» будь-якого права як «антимарксистської плутанини».

Спробам виробити єдину «правильну» партійну лінію в питаннях радянського праворозуміння, надати розвиткові радянської юридичної науки політичного напрямку були присвячені перший Загальносоюзний з'їзд марксистів-державників і правників (1931 р.) та перша нарада з питань науки радянської держави і права (1938 р.). Особливе значення для подальшого розвитку правової думки в країні набула нарада, організатором і основним керівником якої був тодішній директор Інституту права Академії наук і одночасно Генеральний прокурор СРСР, надійний провідник ідей Сталіна на «правовому фронті» академік А. Вишинський. Ця нарада мала неабиякий розголос завдяки обговоренню не стільки актуальних наукових проблем радянської юриспруденції, скільки проблем, пов'язаних з визначенням напрямку правової політики радянської держави, її юридичної ідеології. Насамперед йшлося про «викривання» теоретичних положень «троцькістсько-бухарінської банди» на чолі з Є. Пашуканісом, М. Криленком та іншими відомими правниками. Якщо в 1931 р. у резолюції першого Загальносоюзного з'їзду марксистів-державників і правників Є. Пашуканіс і П. Стучка були охарактеризовані

---

<sup>1</sup> Пашуканіс Е. Марксистская теория права и строительства социализма // Избранные произведения по общей теории права и государства. – М., 1980. – С. 188, 189.

(хоча визнавалися деякі їх теоретичні хиби) найзначнішими представниками марксистсько-ленінської теорії права, то в липні 1938 р. їх було оголошено зрадниками марксистської ідеї та справи побудови комунізму. Перша Загальносоюзна нарада співробітників науково-дослідних інститутів, вузів, усіх працівників радянського права мала насамперед своєю головною метою, за словами А. Вишинського, підбити підсумки вже пройденого шляху щодо очищення від ворогів, шкідників, від зрадників, підбити перші підсумки очищення радянської правової теорії від будь-яких «антимарксистських, антиленінських, ворожих поглядів і перекурень»<sup>1</sup>.

«Очищення» партійних, військових, ідеологічних, наукових тощо лав радянської громадськості ставало одним із основних методів репресивної практики радянського тоталітаризму протягом усього шляху функціонування радянської державності. Тоталітарна організація радянської державної влади завжди розправлятиметься зі своїми ідеологічними антирадянськими супротивниками методом паплюження тих постулатів, які у свій час визнавалися як істинні, а через певний проміжок часу були вже об'єктивно неспроможні обґрунтувати сучасну політику, державні управлінські рішення. Замість своєчасного, критичного аналізу причин відставання теоретичних положень від політичної, юридичної, управлінської тощо практики розробників і послідовників тих чи інших теоретичних концепцій публічно оголошували «провокаторами», «фальсифікаторами», «зрадниками», «агентами буржуазії», «ворогами народу» тощо. Так було зі Стучкою, Рейснером, Пашуканісом, Бергманом, самим Вишинським та багатьма іншими ученими-юристами.

Радянське суспільство в процесі свого руху і тоталітарного зміцнення поступово перетворювалося на суспільство «ворогів народу та їх родичів». В такому суспільстві державна влада базувалася головним чином на державній моноідеології, яка не тільки була відірвана від науки, а й обумовлювала і обґрунтовувала разом з марксистсько-ленінською філософією державну політику в різних сферах життєдіяльності суспіль-

<sup>1</sup> *Вышинский А. Я.* Основные задачи науки советского социалистического права // *Вопросы теории государства и права.* – М., 1949. – С. 54.

ства, насамперед правову політику<sup>1</sup>. Державна ідеологія монополізувала духовну сферу суспільства. Саме тому, зокрема, лише ідеологічно декларувалася роль науки, теорії<sup>2</sup>, серед неї юридичної, як сили, що забезпечує орієнтацію «в практичній справі будівництва соціалізму»<sup>3</sup>, хоча насправді реальні можливості радянської юридичної науки завжди були значно нижчі, ніж це декларувалося. Не наука, а ідеологія забезпечувала орієнтацію державної політики суспільного руху, в тому числі і руху наукових досліджень. Це стосувалося розроблення, зокрема, таких проблем, як відмирання права і держави в

<sup>1</sup> Моноідеологічний розвиток колишнього радянського суспільства певним чином спричинив той факт, що у листопаді 1992 р. у Києві з метою концептуального перегляду ідейно-теоретичного змісту філософського мислення, ролі та місця вітчизняної філософії в суспільному житті суверенної України було організовано і проведено Перший Всеукраїнський конгрес філософів. На цьому форумі було зроблено своєрідну спробу «переоцінки філософських цінностей», визначення наявних філософських проблем та ідей, зокрема ідеї плюралізму філософських позицій, напрямів, підходів, що має стати підґрунтям сучасної методології вітчизняних суспільних наук. «Прийняття філософського плюралізму як принципу духовного життя, — наголошувалося у постанові конгресу, — буде означати, що і прибічники філософії марксизму також можуть відкрито відстоювати свої погляди. Проте для нас абсолютно неприйнятні будь-які претензії на духовну монополію, тиск на «інакомислячих». Під стягом монополії на істину діяла система нечуваного політичного і духовного замкнення (у прямому і переносному значенні слова), повної уніфікації мислення, спотворення і ліквідації кращих національних традицій... Не впадаючи у самоприниження, ми повинні в той же час беззастережно визнати, що тодішня офіційно затверджена філософія була апологією режиму насилля і брехні» (Постановление Первого Всеукраинского конгресса философов // *Философская и социологическая мысль*. — 1992. — № 1. — С. 172).

<sup>2</sup> Дійсно, наприклад, Сталін стверджував, що тільки теорія «...може надати рухові впевненість, силу орієнтування і усвідомлення внутрішнього зв'язку навколишніх подій, бо вона, і тільки вона може допомогти практиці зрозуміти не тільки те, як і куди рухаються класи в теперішньому, а й те, як і куди повинні прямувати вони у найближчому майбутньому» (*Сталин И. Вопросы ленинизма*. — 11-е изд. — Л., 1952. — С. 14).

Таке розуміння було на рівні «ідеології», а насправді був примат волюнтаристської практики (партійно-державної) над теорією і насамперед у тому розумінні, що не теорія була підґрунтям державних рішень, державного управління, а «здоровий глузд» «практиків».

<sup>3</sup> *Вышинский А. Я. Основные задачи науки советского социалистического права*. — С. 62, 66.

процесі розвитку безкласового суспільства, правових форм шляхом витіснення буржуазно-ринкових відносин соціалізмом, як заміна цивільного права «господарським правом», що, по суті, перетворювало людину на господарську «одиницю», тощо. Це стосувалося і проблем формування загальних і найпростіших юридичних понять як результату свідомої творчості та логічного оброблення фактів правової дійсності, серед них норм позитивного права тощо.

Слід визнати, що плутанина та юридичний ідеологізм багатьох юридичних понять і концепцій як у буржуазній науці права, так і в радянській юриспруденції на всьому шляху її становлення і функціонування були обумовлені і знаходили своє вираження в такому найважливішому методологічному питанні, як праворозуміння. По-перше, йдеться про визначення права, що походило виключно з поняття держави, по-друге, коли право ототожнювалося із законом, юридичною формою діяльності держави, позитивним правом.

Безумовно мав рацію А. Вишинський, коли, кажучи про право, в цьому разі — позитивне право як реалізацію будь-яких вимог держави, зазначав, що необхідно з'ясувати, «...ким висуваються ці вимоги, в ім'я якого блага, кого це благо торкається, які інтереси це благо зачіпає, і т. д., і т. ін. Без відповіді на ці питання немає й відповіді на питання, що таке право»<sup>1</sup>. Для нього утопізмом було уявлення щодо можливості за умови диктатури пролетаріату обійтися без права. «Право ще необхідне. Право перехідного періоду, принципово відмінне від «буржуазного права», — хоча і має з ним дещо спільне, що пояснює зв'язок історичного походження або історичного розвитку, — саме це підкреслюють Маркс і Ленін, говорячи про право перехідного періоду, як ще про «буржуазне право», — відіграє велику творчо-організуючу роль. Це вже нове право — право перехідного періоду, соціалістичне право, народжене пролетарською диктатурою»<sup>2</sup>. Визнаючи диктатуру пролетаріату як форму організації державної влади, що вирішує завдання пролетарської революції і за допомогою позитивного права, і через заходи, які визнаються законом, через ад-

<sup>1</sup> *Вышинский А. Я.* Основные задачи науки советского социалистического права. — С. 74.

<sup>2</sup> *Вышинский А. Я.* Вопросы права и государства у Маркса // Вопросы теории государства и права. — С. 14.

міністративні органи та через судові органи, А. Вишинський вважав, з одного боку, що «диктатура пролетаріату є владою, не обмеженою ніякими законами», а з іншого — що вона створює власні закони, керується законами, вимагає додержання законів, карає за порушення законів. Диктатура пролетаріату, зазначав він, не означає анархії та безладдя, навпаки, вона означає суворий порядок і міцну владу, яка діє на суворо принципових основах, що викладені в Основному законі пролетарської держави — в Радянській Конституції<sup>1</sup>.

Слід зазначити, що коли А. Вишинський заперечував, що загальна теорія права є лише «логічним обробленням норм позитивного права»<sup>2</sup>, які можуть розглядатися як її об'єкт, він мав рацію. Але, як здається, внаслідок політичних умов не була конкретною його точка зору на те, що теорія права є лише «системою правових принципів, на підставі яких будується вся наука права, усі галузі науки незалежно від їх конкретного змісту»<sup>3</sup>. Крім принципів права (гуманізму, демократизму, рівноправності, наступності, поєднання законності та доцільності, законності та справедливості тощо) теорія права, як видається, включає у свій зміст (предмет) знання (у формі наукового, понятійного апарату) щодо внутрішніх зв'язків права як самостійного соціального феномена (його сутності, змісту, форми); щодо закономірностей його зовнішніх зв'язків з іншими соціальними (влада, держава, політика, економіка, ідеологія тощо) і природними явищами; щодо закономірностей пізнання права.

Можна також погодитися з твердженнями А. Вишинського, що не слід зводити право до економіки або до політики. «І в тому, і в іншому випадках, — зазначав він, — ми знищуємо специфічний характер права, як сукупності встановлених державою і захищуваних у примусовому порядку державною владою правил поведінки, звичаїв і правил співжиття»<sup>4</sup>. «Балаканина про радянське право як просту форму політики провокує таке уявлення про радянські закони, про радянську юстицію, про

<sup>1</sup> Див.: *Вышинский А. Я.* Вопросы права и государства у Маркса // Вопросы теории государства и права. — С. 16.

<sup>2</sup> Там само. — С. 76, 72.

<sup>3</sup> Там само.

<sup>4</sup> *Вышинский А. Я.* Основные задачи науки советского социалистического права. — С. 76.

діяльність радянських судів, відповідно до якого сила закону і сила права були поставлені у залежне становище від політичних вимог держави»<sup>1</sup>. Проте А. Вишинський визнавав, що позитивне право — це категорія політична, бо в його основі, зокрема в основі радянського права, знаходяться політичні і економічні інтереси робітників і селян, які це право покликане захищати. Водночас він застерігав про хибність механістичного зведення права до політики, наголошував на необхідності «визначити особливості права, як форми політики, його специфіку, якщо навіть визнати, що право — форма політики»<sup>2</sup>. Політика розумілася тут як цілі та завдання, яких прагнуть суспільні класи в їх боротьбі за свої інтереси, як методи і засоби, за допомогою котрих ці інтереси захищаються.

Визнаючи право політичною категорією, А. Вишинський теоретично все ж не зводив його до політики пануючого класу, зазначаючи, що це було б спотвореним уявленням про право. «Зведення права тільки до політики означало б ігнорування таких завдань, що стоять перед правом, як правовий захист особистих, майнових, родинних, спадкових тощо прав та інтересів»<sup>3</sup>.

Однак, праворозуміння, яке було запропоноване А. Вишинським і лягло в основу загального визначення (після остаточного редагування) права за рішенням Народи 1938 р., ґрунтувалося фактично на ототоженні «права» та «законодавства» («чинного», «позитивного права» або, якщо узагальнено, «юридичного закону»). «Право, — відповідно до ухвалені формули визначалося як — сукупність правил поведінки, що виражають волю пануючого класу, які встановлені в законодавчому порядку, а також звичаїв і правил співжиття, санкціонованих державною владою, застосування яких забезпечується примусовою силою держави, з метою охорони, закріплення і розвитку суспільних відносин і порядків, корисних та бажаних для пануючого класу»<sup>4</sup>. А. Вишинський визнавав, що право не є системою суспільних відносин, не є формою виробничих відносин, воно є сукупністю правил поведінки або норм, але не тільки юридичних норм, а й звичаїв і правил співжиття, санк-

<sup>1</sup> *Вышинский А. Я.* Основные задачи науки советского социалистического права.

<sup>2</sup> Там само.

<sup>3</sup> Там само. — С. 77.

<sup>4</sup> Там само. — С. 83.

ціонованих державною владою та захищуваних нею у примусовому порядку. «Радянське право, — наголошував він у доповіді на засіданні Відділення суспільних наук АН СРСР 27 квітня 1938 р. — ...це соціалістичне право, покликане слугувати завданням боротьби з ворогами соціалізму і справі побудови соціалістичного суспільства»<sup>1</sup>. Справедливості заради слід зазначити, що А. Вишинський попереджав стосовно запропонованого визначення права, що то «лише перше наближення до визначення»<sup>2</sup>. На жаль, «наближення», ухвалене Народою 1938 р., на багато років стало ідеологічною основою примусового «праворозуміння» як офіційною загальнообов'язковою (партійною) настановою для радянської юридичної науки, державознавства і правознавства.

Головним у підході А. Вишинського до праворозуміння, що виявилось в рішеннях Народи, було тлумачення права як політичного знаряддя примусу, засобу в руках державної влади для здійснення диктатури (пролетаріату) шляхом відповідного регулювання поведінки людей. Характеризуючи право як «регулятор суспільних відносин», він зазначав: «Наше визначення походить з відносин панування та підкорення, які відбиваються у праві». А. Вишинський підкреслював «повну відповідність» визначення права марксистсько-ленінській методології та правовій доктрині того часу, коли право розглядалось як команда, наказ, заборона, обмеження. За А. Вишинським, нове «радянське соціалістичне право», що йшло на зміну буржуазному праву, складала декрети та інші владні акти диктатури пролетаріату.

Що ж до завдання побудови системи радянського соціалістичного права, її окремих галузей, то воно мало вирішуватися саме на основі запропонованого праворозуміння, згідно з яким право зводилося до юридичної норми, владно-примусового характеру, в найкращому разі до закону. Відповідно до такого праворозуміння соціальний аспект, зміст, вимір права повністю поглинався політичним. Це, по суті, призводило і породжувало нечіткість, плутанину у визначенні предмета, змісту, обсягу як радянського права в цілому, так і окремих його

<sup>1</sup> *Вишинський А. Я.* Вопросы права и государства у Маркса. — С. 40.

<sup>2</sup> *Вишинський А. Я.* Основные задачи науки советского социалистического права. — С. 83.

галузей. Особливо це позначилося на розвитку галузі цивільного права. З одного боку, офіційно визнавалася істинною позиція В. Леніна, який протиставляв буржуазному праву з його *corpus juris romani* радянське право з його соціалістичною правосвідомістю, що не повинна була визнавати нічого «приватного», тобто приватноправового. Основна хиба радянських цивілістів полягає в тому, наголошував А. Вишинський, що «...вони все ж не навчилися розглядати питання цивільних правових відносин і цивільного права в цілому, спираючись на марксистсько-ленінську методологію, яка не визнає у галузі господарства нічого «приватного»<sup>1</sup>. Відповідно до такої методології «не римське право, що спирається на приватну власність на знаряддя і засоби виробництва, виступає основою права і правових систем експлуататорського суспільства та зводить приватноправове начало у пануючий правовий принцип, а публічно-правове начало є підґрунтям радянського права і зокрема радянського соціалістичного цивільного права»<sup>2</sup>.

З іншого боку, причиною повного «...нерозуміння і ігнорування живих людей з їх живими інтересами, правами, з їх волею, бажаннями і прагненнями»<sup>3</sup>, тобто, як бачимо, йдеться саме про «приватне», висувався факт, що «до останнього часу радянське цивільне право, як особлива юридична дисципліна, не існувало внаслідок шкідницької роботи ворогів народу, які ліквідували цивільне право і на його місце поставили так зване «господарське право», як суміш троцькістсько-бухарінських вигадувань у галузі права, поєднаних із заходами, прямо запозиченими у найбільш реакційних буржуазних юристів»<sup>4</sup>. До того ж, позиція прибічників «господарського права» критикувалася як така, що спотворено тлумачила «...всі найважливіші проблеми цивільно-правового будівництва, розглядаючи цивільні правовідносини в радянському суспільстві не з точки зору захисту прав радянських громадян, радянських державних і громадських установ і підприємств, а лише з точки зору тих чи інших організаційно-господарських заходів»<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> *Вишинский А. Я.* Основные задачи науки советского социалистического права. — С. 100.

<sup>2</sup> Там само. — С. 99.

<sup>3</sup> Там само. — С. 101.

<sup>4</sup> Там само.

<sup>5</sup> Там само. — С. 100.



Звідси формулювалася мета радянського соціалістичного цивільного права, зокрема, захист, зміцнення і розвиток особистих і родинних відносин громадян, майнових прав громадян, установ, підприємств і організацій у відповідності з *інтересами соціалістичного будівництва* (виділено мною — В. С.)<sup>1</sup>. Тобто, зверніть увагу, начебто турбота про «живих людей з їх живими інтересами, правами, з їх волею, бажаннями і прагненнями», начебто про «приватне», але лише відповідно до інтересів соціалістичного будівництва.

А. Вишинський добре розумів органічний зв'язок загального культурного піднесення країни і подальшого розвитку юридичної науки, юридичної освіти, юридичної практики, зокрема застосування. Так, виступаючи на Нараді юристів з обговорення макетів підручників з теорії держави і права 18 травня 1948 р. (майже рівно через 10 років з часу першої наради наукових співробітників права 1938 р.), він зазначав: «Подальший розвиток юридичних наук, радянського права може і повинен сприяти загальному культурному піднесенню країни, яка йде угору, до того ж — семимильними кроками»<sup>2</sup>.

Юридична освіта і правове виховання, що передбачають відповідний високий рівень (моральний та інтелектуальний) розвитку правознавства і державознавства, — це велика підмога у справі державного будівництва, яке не менш потребує юристів, ніж інженерів, лікарів, педагогів та інших фахівців. Але під впливом політики розвитку і зміцнення радянської державності, підґрунтям якої була ідеологія пріоритету державних інтересів, по суті, ідеологія панування держави над людиною, де людині відводилася пасивна функція об'єкта управління, а правовий статус зводився фактично до певного кола обов'язків людини перед державою, юридична наука і юридична освіта були підкорені реалізації цієї ідеології. Тому, запропоноване А. Вишинським і ухвалене Загальносоюзною нарадою 1938 р. тлумачення «права» по суті не тільки збереглося, а й активно використовувалося в радянській юридичній теорії та практиці аж до 90-х років ХХ ст. і має своїх прибічників навіть сьогодні, вже в умовах державного суверенітету кра-

<sup>1</sup> Див.: *Вышинский А. Я.* Основные задачи науки советского социалистического права.

<sup>2</sup> Там само. — С. 398.

їн, колишніх союзних республік. Безумовно, це одна з причин, що обумовлює необхідність розроблення сучасної Концепції розвитку вітчизняної юридичної науки, а в її межах — сучасного праворозуміння.

Надійшла до редколегії 10.04.01

*І. Яковюк*, доцент НЮА України

## Соціальна держава: до визначення змісту поняття

Проблема тлумачення змісту поняття «соціальна держава» одержала певне відображення у сучасній науковій літературі. Проте досі не досягнуто консенсусу щодо визначення цього феномена. Її розглядають і як принцип конституційного устрою<sup>1</sup>, і як тип організації державного життя<sup>2</sup>, і як державу, що виконує соціальну функцію<sup>3</sup>, і як характеристику правової держави<sup>4</sup>. Характерно, що при цьому одні автори використовують термін «соціальна держава»<sup>5</sup>, другі — «соціальна правава»<sup>6</sup>, треті — «державна соціально-демократичної орієнтації»<sup>7</sup>. Аналіз наведених інтерпретацій дає підстави визнати, що хоча використовуються й різні терміни, але за своїм змістом вони майже не відрізняються один від одного.

Серед підходів до організації дослідження соціальної держави перевага може бути віддана позиції тих авторів, які роз-

<sup>1</sup> Див.: *Тодька Ю. Н.* Основы конституционного строя Украины. — Х., 1999. — С. 15, 42.

<sup>2</sup> Див.: *Якушик В. М.* Проблеми типології правової держави // Філософська соціологічна думка. — 1993. — № 9–10. — С. 179.

<sup>3</sup> Див.: *Рабінович П. М.* Соціальна держава // Мала енциклопедія етнодержавознавства / НАНУ, ІДП ім. В. М. Корецького. — К., 1996. — С. 374.

<sup>4</sup> Див.: *Государственное право Германии: В 2 т.* — М., 1994. — Т. 1. — С. 17, 32.

<sup>5</sup> Див.: *Рабінович П. М.* Соціальна держава. — С. 374.

<sup>6</sup> Див.: *Хессе К.* Основы конституционного права ФРГ / Пер. с нем. — М., 1981. — С. 108.

<sup>7</sup> Див.: *Рабінович П. М.* Основы заглавной теории права і держави: Вид. 3-є, зі змін. і доп. — К., 1995. — С. 45–46.

глядають її як специфічну модель у рамках концепції «держави соціально-демократичної орієнтації», розробником якої в Україні є П. Рабінович. Цей підхід, якого дотримуємося й ми, дозволяє дати найбільше повне тлумачення змісту означеного поняття.

Відомо, що хоча існують спільні для країн Заходу історичні передумови виникнення соціально орієнтованої державності, однак мають місце і певні інституціональні відмінності. З огляду на останні узагальнюючі судження щодо її сутності та змісту часто виявляються неконструктивними. Є підстави визнати, що єдиної концепції соціальної держави не існує. Насправді ж їх цілий комплекс: «welfare state» у Великій Британії, «Estado sociale» в Іспанії, «socialstaat» у Німеччині тощо. Вони супроводжуються дещо різними типами організації і спираються на національні політичні традиції. Це породжує проблему щодо їх співвідношення та визначення того, яке з конкуруючих понять слід розглядати як узагальнююче.

Проблема тлумачення означеного поняття має й інший аспект. Демократичні процеси у постсоціалістичних країнах дали поштовх розбудові і в них соціальної правової державності. Це дозволило визнати факт виокремлення в межах вчення про дану державу двох традицій, які слід розглядати крізь призму розвитку таких процесів, як еволюції демократії, формування громадянського суспільства і правової держави, еволюції власне соціальної державності.

Перша традиція, започаткована на Заході у XIX ст., причини формування і розвитку соціальної держави вбачає у змінах, які відбуваються в шкалі цінностей і пріоритетів громадянського суспільства. Теорія і практика соціальної держави виявляються затребуваними в міру усвідомлення суспільством необхідності перегляду місця і ролі держави в процесі її функціонування. Виявлення нездатності таких ліберальних інститутів, як політична демократія і ринкова економіка, створювати моральні цінності, що забезпечують існування і розвиток соціальних зв'язків, поза якими ні людина, ні демократія, ні ринкова економіка існувати не можуть, мало наслідком обрання головним засобом оновлення зруйнованих зв'язків, піднесення моральності, досягнення громадянського миру і злагоди соціальної держави, який наповнив демократичну правову державність ніби «соціальною плотьтю й кров'ю».

Це дало підстави, по-перше, для визначення правомірності висновку про те, що теорія соціальної держави і заснована на ній практика повинні розглядатися як актуальна конкретизація змісту правової держави стосовно вимог, як поставили перед суспільством Заходу наприкінці ХІХ ст. По-друге, для висунення припущення про те, що спроба теоретичного осягнення соціальної держави без урахування її єдності з ліберальними і демократичними традиціями може завершуватися надуманим, догматичними висновками, а отже, заважатиме пошуку наукової істини.

Поява іншої традиції пов'язана з обранням постсоціалістичними країнами принципів демократичної, соціальної правової держави як концептуальних засад державного будівництва, що обумовлює специфіку їх співвідношення і функціонування. Йдеться про таке. Якщо у країнах Заходу соціальна держава традиційно виникає як характеристика правової, що знаменує собою початок якісно нового етапу в процесі розвитку останньої, то в цих країнах становлення демократичної, правової державності відбувається в умовах, коли соціальні засади вже набули сталого характеру, однак потребують істотного оновлення.

На тлі згаданих проблем використання поняття «держава соціально-демократичної орієнтації», що символізує історично новий тип державності, дозволяє певною мірою вирішити деякі з них. Зокрема, знімається проблема конкуренції між різними термінами за право виступати узагальнюючим поняттям, а відтак, і питання про час і місце започаткування відповідної теорії і практики. Як наслідок цього, «соціальну державу» і «державу добробуту» розглядають як специфічні моделі в межах означеного типу. Відповідно перша модель започатковується Німеччиною, а засновницею другої виступає Велика Британія. Крім того, в рамках концепції «держави соціально-демократичної орієнтації» набагато легше пояснити існування двох досить різних традицій започаткування соціальної державності.

Соціальна держава, і в цьому полягає її специфіка, у другій половині ХХ ст. конститується як одна із стрижневих засад державності і справедливо вважається одним із фундаментальних елементів системи цінностей, властивій європейській політико-правовій культурі. До її найбільш змістовних ознак відносять такі: 1) соціальна держава є закономірним продук-

том еволюції громадянського суспільства в напрямку до громадянського суспільства соціальної демократії; 2) вона завжди є якісною характеристикою правової держави; 3) проголошення держави соціальною виступає важливою конституційною гарантією забезпечення і захисту соціальних прав людини; 4) оскільки як мета діяльності, так і сама діяльність (соціальна політика) цієї держави визначається правовими рішеннями, то її функціонування передбачає наявність розвинутого соціального законодавства; 5) соціальна держава слугує забезпеченню громадянського миру і злагоди в суспільстві; 6) утвердження соціальної державності сприяє трансформації ринкової економіки на соціальну ринкову, служінню власності інтересам як власника, так і суспільства.

Проте, враховуючи ту напругу, яку спричиняє закріплення соціальної держави на конституційному рівні, вона позбавляється властивостей самодостатності, самодії та саморегулювання. Хоча як конституційний принцип вона і має відносну самостійність, однак не може бути усвідомлена поза їх системою. Внаслідок цього сучасні теорія і практика конституціоналізму вимагають розгляду принципу соціальної держави як елемента дескриптивної концепції демократичної, соціальної, правової державності.

Ця концепція поєднує ідеї про права людини, демократію, соціальну правову державність у систему, в якій вони узгоджуються між собою. При цьому внаслідок дифузії з'являється те нове, чого не існувало в жодному з елементів, які утворили систему, що не може бути представлено як адитивна сума властивостей елементів. Саме тому стає можливим обговорення ідеї щодо економічної та соціальної демократії або розгляд факту примирення лібералізму і демократії, демократії і правової держави, а також визнання того, що заснований правовою державою лад є ладом соціальної правової державності.

Заснування такої досить складної і внутрішньо напруженої форми існування обумовлено, як правило, бажанням окремих держав компенсувати слабкі історичні традиції лібералізму і демократії. Україна, як свого часу Німеччина та Іспанія, створюється як демократична, правова держава. Проте в процесі розбудови вона має подолати наслідки тоталітаризму. У зв'язку з цим в умовах соціально-політичної нестабільності конституційне закріплення принципів демократії, правової

держави виявляється недостатньою гарантією розвитку в проголошеному напрямку. Важливою опорою для стабілізації політичної системи виступає ефективно функціонуюча ринкова економіка. Однак вона не здатна автоматично стабілізувати політичну систему, а тому виникає потреба у створенні між економікою і політикою сфери «переведення» економічних досягнень у політичний позитив<sup>1</sup>. У такій якості в ХХ ст. традиційно розглядали соціальну державу.

Пропозиція щодо розгляду соціальної держави в означеному контексті визначає її місце і ролі у сучасній теорії державотворення.

Перш за все слід звернути увагу на існування безпосереднього зв'язку між демократичною і соціальною державністю. Демократія є продуктом суспільного розвитку. Саме зміни в громадянському суспільстві визначають темпи, форми і методи змін у державі і пов'язаних з нею явищ. На момент свого становлення для неї пріоритетною була політико-правова сфера. Відповідно утверджується політична демократія. На межі ХІХ—ХХ століть актуальності набуває проблема зростання соціальної та культурної нерівності — як наслідок, виникає друга, після демократизації політичної сфери, фаза демократичної революції — утверджується поняття соціальної та економічної демократії. Заважаючи перетворенню свободи на завершеність, демократія шляхом визнання соціально-економічних прав сприяє утвердженню соціальної державності. Відповідно функціонування останньої в умовах демократії вимагає, аби соціальні програми, в яких втілюється це конституційне положення, приймалися і реалізовувалися у межах демократичних процесів і за допомогою демократичних механізмів. Отже, вимоги демократії перешкоджають виникненню ситуації, при якій ідея про соціальну відповідальність держави використовуватиметься для тотального маніпулювання масами.

Попри існуючу неузгодженість в окремих моментах, слід визнати, що ідея поєднання демократії з теорією соціальної держави виявилась плідною. На теоретичному рівні вона відображує процес переходу соціальної демократії до громадян-

<sup>1</sup> Див.: Пивоваров Ю. С. Социальная политика как момент истины в идеологии германских консерваторов и либералов // Либерализм, консерватизм, марксизм. — М., 1998. — С. 63, 64.

ського суспільства і відповідно формування нового соціально-правового типу державності.

Для становлення змісту і закономірностей розвитку соціальної державності її дослідження важливо здійснювати в контексті розгляду еволюції вчення про правову державу. В певному розумінні «правова держава» є поняттям ідеологічним, яке втілюється переважно у понятійні конструкції програмного характеру. Через цю властивість її зміст зазнає певних змін залежно від того, які чинники визнаються особливо значущими у політичному відношенні в певні періоди історії. Прикладом цього є трансформація ліберально-правової державності в соціально-правову. На сьогодні вже існує достатньо підстав визнати, що соціальна державність безпосередньо пов'язана з ліберальною правовою. Цей висновок важливий з декількох причин.

По-перше, він вимагає відмовитися від традиції протиставляти ліберальну і соціальну державність. Останню можна розглядати як антитезу ліберальній за умови, що таке протиставлення використовують для ілюстрації відмінності різних етапів у процесі розвитку правової держави. Однак воно втрачає сенс, якщо обговорюється правова природа цих держав, оскільки обидві вони існують у межах одного «ідеального» типу — правової держави. Соціальна державність генетично походить з ліберальної правової. Тому важко заперечити як факт започаткування соціальної державності в межах ліберальної політичної доктрини, так і те, що сучасна соціальна державність залишається ліберальною у політичній сфері.

По-друге, розгляд соціальної держави в межах типології правової держави сприяє її розмежуванню з соціалістичною державою, котра, як відомо, належить до іншого «ідеального» типу.

У більш ніж десяти країнах Європи конституції прямо проголошують держави соціальними правовими. Їх розробники традиційно вважають, що мета прийняття конституції повинна полягати у заснуванні парламентської демократії, соціальної правової держави, закріпленні її форм, але не у формулюванні деталізованої концепції державності. Як наслідок цього, законодавець відмовляється від визначення соціальної держави, оскільки сутність такого нормативного регулювання повинна бути розкрита на практиці. Це пояснюється тим, що означене поняття важко вивести із сукупності конститу-

ційних норм, бо воно має передувати їм, визначаючи їх зміст як ключовий принцип конституційного устрою. Однак це не виключає необхідності здійснення реконструкції поняття шляхом його тлумачення, що сприятиме виявленню змістовних і функціональних зв'язків, заповненню прогалин конституційного тексту<sup>1</sup>.

Звернімося до конституційної практики. Конституція Німеччини проголошує її демократичною, соціальною правовою державою, а Конституція Франції визначає останню як демократичну і соціальну Республіку. У наведених прикладах інтерес становить спосіб викладення положення про соціальну державу. Так, країна, яка визначається соціальною, одночасно характеризується і як демократична. Ця закономірність пояснюється тим, що поєднання цих засад знаменує собою становлення держави нового типу, політика, правопорядок і управління якої формуються державним ладом з цілями і засобами втручання, що окреслені в конституції. Разом з тим поняття «соціальна держава» вживається в сполученні і з іншими характеристиками держави — «федеративна», «республіка», але найчастіше — з правовою державою, чим «підкреслюється функціональна єдність формальних і матеріальних елементів, що стосуються принципів організації держави»<sup>2</sup>.

Все це дає підстави погодитися з тим, що соціальна держава не може бути визнана ні формою держави, ні метою її діяльності, хоча на підставі її визнання як соціальної постає питання про мету, до якої вона прагне. Вважаємо, що соціальна держава має розглядатися як якісна характеристика правової держави.

У деяких конституціях (Франції, Хорватії) термін «соціальна держава» вживається без посилянь на правову. Виникає питання: а чи можливе її існування інакше, крім як характеристика правової держави? Відомо, що правова держава належить до принципів, які набувають конкретизації у низці конституційних норм. Тому, якщо конституція прямо не вказує на цей принцип, то це ще не означає, що він не може діяти на рівні сукупності норм — існувати як збірне поняття. З огляду на таке припущення і на підставі аналізу текстів конституцій можна

<sup>1</sup> Див.: Государственное право Германии. — С. 9.

<sup>2</sup> Рабінович П. М. Соціальна держава. — С. 374.



стверджувати, що принцип правової держави в них ніби «розчинений» у відповідних нормах і може бути реконструйований за їх допомогою. Отже, і в цих випадках соціальна держава повинна бути визначена як характеристика правової.

Співвідношення соціальної держави з традиційними конституційними принципами надає нам підстави визнати, що законодавець закріплює її як принцип, аналогічний іншим засадам державного ладу. Тим самим він окреслює ті межі, в яких вона повинна діяти, аби не суперечити вимогам демократичної, правової державності, за допомогою яких забезпечуються політична єдність і правильне розуміння завдань, поставлених суспільством перед державою.

Внаслідок цього проголошення держави соціальною не потребує істотних змін в організації влади, яка передбачена демократичною, правовою державою. Виходячи з цього, логічно зробити висновок про те, що оскільки соціальна держава є ознакою правової, котра розглядається як форма організації громадянського суспільства, то вона закономірно повинна бути визнана продуктом останнього.

Конституційна невизначеність соціальної держави дозволяє громадянському суспільству залежно від потреб і матеріальних можливостей за допомогою демократичної процедури виборів істотно впливати на напрямки і обсяги її діяльності. Саме позиція професійних груп, громадських організацій, верств населення, суспільства в цілому створює той клімат, в якому відбувається прийняття рішення щодо долі соціальної держави, та соціальних програм, в яких вона одержує свій безпосередній прояв. Це пов'язано з тим, що громадськість не сприймає соціальну державу як щось неподільне ціле. Вона підтримує не принципи, покладені в її основу, а певні соціальні програми та інститути.

Однак помилково вважати, що оскільки існування соціальної держави полягає в обслуговуванні інтересів громадянського суспільства, то їй відведено пасивну роль. Імперативом для соціальної держави є вимога служіння громадянському суспільству, сприяння його функціонуванню. Що ж стосується визначення пріоритетів у межах цього завдання, прийомів і засобів його реалізації, то в цьому держава має бути достатньо самостійною і незалежною, при умові додержання нею рамочних угод, які створює формула «демократична, соціаль-

на правова держава». Тому держава як представник всього суспільства не повинна допускати ототожнення інтересів окремих груп з інтересами суспільства в цілому. Додержання цієї вимоги є обов'язковим для соціальної держави.

На тлі викладеного постає питання про визначення соціальної держави. Внаслідок орієнтації на певні аспекти сутності об'єкта дослідження в науковій літературі представлена низка дефініцій соціальної держави<sup>1</sup>. На підставі власних висновків, аналізу існуючих дефініцій, а також виходячи з того, що досліджувана держава залишається власне державою, яка має загальні родові ознаки, однак набуває в процесі свого функціонування специфічних ознак, пропонується підхід до визначення соціальної держави як моделі «держави соціально-демократичної орієнтації», специфіка якої полягає в тому, що в ній йдеться про функціональну єдність конституційних принципів демократичної, правової та соціальної державності.

*Як демократична* така держава слугує свободі як вищій цінності, сприяє її піднесенню до рівного доступу до власності, рівних виборів, рівності прав на участь у здійсненні політичної влади, забезпечення багатоманітності політичного і культурного життя. *Як правова* вона забезпечує організацію суспільного і державного життя на принципах права, гарантує правопорядок, сприяє досягненню особистістю самостійності та відповідальності, раціональну обґрунтованість юридичних рішень, стабільність правової системи. *Як соціальна* ця держава визнає людину найвищою соціальною цінністю, надає соціальну допомогу індивідам, які перебувають у важкій життєвій ситуації, з метою забезпечення кожному гідного рівня життя, перерозподіляє економічні блага згідно з принципом соціальної справедливості і своє призначення вбачає в забезпеченні громадянського миру і злагоди в суспільстві.

Отже, слід визнати, що втілення принципів демократичної, правової держави створює певні передумови для досягнення соціальної рівності, тоді як реалізацію положень соціальної держави можна розглядати як діяльність, що у підсумку сприяє попередженню руйнації демократичних, правових

<sup>1</sup> Див.: Політологічний енциклопедичний словник. — 1997. — С. 330; Рабінович П. М. Соціальна держава. — С. 374.; Большой юридический словарь / Под ред. А. Сухарева, В. Зорькина, В. Крутских. — М., 1998. — С. 647.

цінностей, розмиванню правової державності внаслідок зростання радикалізму в суспільстві.

Соціальна держава, безумовно, є гранично загальною категорією, теоретичний зміст якої важко визначити у вигляді однозначної дефініції, оскільки текст конституцій не надає для цього необхідного понятійного матеріалу. Це ускладнює з'ясування її змісту, оскільки сфера її дії виявляється не захищеною спеціальними конституційними нормами. В процесі осягнення феномена соціальної держави необхідно звертатися до норм законодавства, судової практики та аналізу існуючих традицій. Тому формування її моделі відбувається в процесі руху від висунення загального поняття соціальної держави і далі, через аналіз позитивно-правової конкретики.

Однак поточне законодавство порівняно з конституційними нормами є менш стабільним. Це породжує додаткові труднощі, бо якщо допустити досить вільний та гнучкий підхід до інтерпретації матеріального змісту соціальної держави, то це неодмінно негативно позначиться на здатності принципу здійснювати свої регулюючі функції. Отже, необхідно визнати, що існує потреба у визначенні певного мінімального змісту цього поняття, який би зв'язував як законодавчу, так і виконавчу владу в їх діяльності.

У контексті обговорюваної проблеми складним є таке питання: принцип соціальної держави є збірним поняттям, але утворюється з положень, закріплених у поточному законодавстві, чи він є автономним принципом із власним змістом?

Слід погодитися з думкою М. Арагона, про те, що якщо б конституції не містили відповідного визначення, юридична сила соціальної держави як конституційного принципу, наявність якого лише припускається, не впливала без сумніву з інших правових приписів<sup>1</sup>. Тільки пряме визнання держави соціальною дозволяє стверджувати, що конституційному устрою певної країни притаманний принцип соціальної держави, через що він набуває вищої імперативної сили і стає загальнозначущим.

Разом з тим, оскільки соціальна держава не являє собою специфічної форми буття держави і її зміст на конституційному рівні не конкретизовано, посилання на цю норму-принцип

<sup>1</sup> Див.: *Aragon M. Los problemas del Estado social // Sistema. — Madrid, 1994. — № 118–119. — P. 24.*

як на норму має пряму дію, в судовій практиці використовується рідко. При вирішенні конкретних справ перевага має віддаватися конкретним конституційним нормам, якщо такі мають місце, а також нормам, які містяться у відповідних законах.

Проте і за цих умов не всі проблеми знаходять своє вирішення. Так, залишається відкритим питання: а чи відповідають змісту принципу соціальної держави норми поточного законодавства і ті заходи влади, які вона спрямовує на його реалізацію? У процесі перевірки як критерій повинні обиратися принципи соціальної держави, які відображують закономірності її розвитку і функціонування, притаманні саме соціальній державі, а тому нехарактерні для інших держав, хоча останні і виконують певні соціальні функції. До них належать принципи: людської гідності, соціальної справедливості, солідарності, автономії суспільних відносин і процесів субсидіарності і соціальних зобов'язань<sup>1</sup>. На жаль, слід визнати, що вчення про принципи як частину теорії соціальної держави на сьогодні все ще перебуває в процесі становлення. Проблема визначення їх змісту залишається в цілому поза увагою науковців. Наявність такої прогалини потребує її якнайшвидшого заповнення. Цього ж вимагає і практика державного будівництва.

*Надійшла до редколегії 10.03.01*

*Ю. Римаренко*, член-кореспондент  
АПрН України,

*Ю. Волошин*, аспірант Інституту  
держави і права ім. В. М. Корецького  
НАН України

## **Концептуальні засади законопроекту «Про національно-культурну автономію в Україні»**

Розробка окремого профільного закону, який би регулював процеси національно-культурної самоорганізації національ-

<sup>1</sup> Див.: Яковюк І. В. Про обсяг поняття «соціальна держава» (на основі порівняльного аналізу моделей ФРН і України // Право України. – 1998. – № 11. – С. 26–28.

них меншин, обумовлена причинами як юридичного, так і політичного характеру. Це вкрай важливо тому, що законодавче декларування інституту «національно-культурної автономії» (ст. 6 Закону «Про національні меншини в Україні») не знайшло свого адекватного відображення в профільному законодавстві, що безумовно гальмує процеси самоорганізації національних меншин та породжує певні правові колізії.

Щоб виправити таке становище, на сучасному етапі конче потрібна розробка окремого Закону «Про національно-культурну автономію в Україні»<sup>1</sup>, який би враховував вітчизняний та світовий досвід регулювання міжнародних відносин і відповідав міжнародно-правовим документам. Такий Закон, на наш погляд, має стати складовою частиною консти-

<sup>1</sup> При розробці законопроекту «Про національно-культурну автономію» нами були використані матеріали як вітчизняних, так і зарубіжних фахівців з цього питання, а саме: *Никитин В.* Широкие полномочия, гарантированная поддержка // Жизнь национальностей. — 1996. — № 6. — С. 18–19; *Абдулатипов Р.* Национально-культурная автономия: у нее большое будущее // Жизнь национальностей. — 1999. — № 1. — С. 3–11; *Андриченко Л. В., Белусова Е. В.* Основы правового статуса национальных меньшинств в Российской Федерации. — М., 1995. — С. 57–78; *Зорин В. Ю., Аманжарова Д. А., Кулешов С. В.* Национальный вопрос в государственных думах России (опыт законотворчества). — М., 1999. — С. 305–320. При розробці законопроекту також використані деякі законодавчі положення таких правових актів: Закон Венгерской Республики № LXXVII 1993 г. «О правах национальных и этнических меньшинств» // Россия на пороге XXI века (Современные проблемы национально-государственного строительства Российской Федерации) — М., 1996. — С.297–301; Федеральный закон «О гарантиях прав коренных малочисленных народов Российской Федерации» // Собрание законодательства Российской Федерации. — 1999. — № 18. — Ст. 2208; Федеральный Закон «О национально-культурной автономии» // Собрание законодательства Российской Федерации. — 1996. — № 25. — Ст. 2965; Федеральный Закон о национально-культурном объединении граждан: Проект // Национально-культурные автономии и объединения. Историография. Политика. Практика: Антология: В 3-х т. — Т. 2. Сер.: Национальные движения в СССР и в постсоветском пространстве. — М., 1995. — С.213–226; Закон Латвийской Республики «О свободном развитии национальных и этнических групп Латвии и их праве на культурную автономию» // Сборник законодательных актов государств СНГ и Балтии по вопросам миграции, гражданства и связанными с ними аспектам. — С. 166–168; Закон Эстонской Республики «О культурной автономии национального меньшинства» // Сборник законодательных актов государств СНГ и Балтии по вопросам миграции, гражданства и связанными с ними аспектами. — С. 426–432.

туційно-правової доктрини національно-культурної автономії в Україні на сучасному етапі.

Ми цілком поділяємо думку про те, що Закон України «Про об'єднання громадян» повинен залишатися основним, базовим для спеціальних законів, які регламентують специфіку діяльності конкретних видів громадських організацій<sup>1</sup>. При цьому національно-культурну автономію треба розглядати як специфічне громадське об'єднання з особливим статусом.

Отже, як уже зазначалося, організаційно-правовою формою національно-культурної автономії в Україні виступають товариства, земляцтва, центри. При тому національно-культурна автономія і національно-культурні товариства — різні за своєю сутністю поняття. Якщо національно-культурні товариства є лише об'єднаннями громадян, які ставлять за мету задоволення національно-культурних потреб своїх членів, то національно-культурна автономія — це система ієрархованих між собою громадських об'єднань певної національності, форма національно-культурного самовизначення певного етнічного колективу. Вона передусім виступає як родове поняття, відображуючи в цілому внутрішню структурованість процесу самоорганізації та самоврядування національних меншин. При цьому національно-культурна автономія є найбільш глибокою і діючою формою реалізації як на колективному, так і на індивідуальному рівнях прав та інтересів національностей, що проживають в єдиній державі<sup>2</sup>.

Майбутній Закон «Про національно-культурну автономію національних меншин в Україні», на наш погляд, став би заснованою на Конституції України моделлю правового регулювання відносин між державою та особою, зокрема у галузі національно-культурного розвитку. Головна спрямованість цього законопроекту полягає у послідовній реалізації індивідуальних та колективних прав і свобод людини, пов'язаних з її національною належністю. В першу чергу в такому Законі слід звернути увагу на встановлення прав і гарантій щодо здійснення громадянами права на національно-культурну автономію. Причому захист національних меншин має розглядатися

<sup>1</sup> Див.: *Гасва Н. П.* Об'єднання громадян: деякі питання теорії та правового регулювання їх діяльності // *Правова держава.* — К., 1994. — Вип. 5. — С. 115.

<sup>2</sup> Див.: *Тишков В. А.* Стратегия и механизмы национальной политики // *Национальная политика Российской Федерации.* — М., 1993. — С. 32.

як забезпечення реальної рівноправності осіб, що належать до них. Така норма за своїм змістом не повинна встановлювати яких-небудь пільг на підставі національної належності особи.

Метою такого нормативно-правового акта є забезпечення реальної рівноправності осіб, які належать до національних меншин, послідовна реалізація прав і свобод людини, пов'язаних з її національною належністю, встановлення гарантій на національно-культурне самовизначення кожної національної меншини, що у свою чергу забезпечує реалізацію їх конституційних прав. Звичайно, Закон повинен створити умови, за яких реалізація національно-культурних інтересів не суперечила б існуючому конституційному ладу, більш того, доповняла його, не зачіпаючи таких болючих проблем, як територіальне питання, перерозподіл владних повноважень.

Одним із суб'єктів права на національно-культурну автономію є громадянин. Саме йому надано право на вільну добровільну самоорганізацію в національно-культурне об'єднання. Водночас законопроект спрямований на захист суб'єктивних прав громадян, пов'язаних з їх національною належністю. У свою чергу суб'єктами права на національно-культурну автономію виступають і етнічні колективи — національні меншини. Саме при такому підході можливо реалізувати ідею національно-культурної автономії та подолати обмежені можливості унітарного устрою.

На нашу думку, у Законі мають знайти своє відображення реалізація та конкретизація низки конституційних норм, передбачених ст.ст. 10, 11, 24, 34–37, 53 Конституції України, реалізація положень Декларації прав національностей, законів України «Про національні меншини в Україні», «Про освіту», «Про друковані засоби масової інформації», Основ законодавства про культуру тощо.

Разом з тим проект Закону повинен передбачати шляхи реалізації міжнародних зобов'язань України щодо захисту національних меншин відповідно до міжнародних норм і зобов'язань, що були прийняті Україною у зв'язку зі вступом до Ради Європи.

На наш погляд, цей Закон повинен мати комплексний характер і охоплювати низку галузей права. Саме тому його підготовка, з урахуванням специфічного характеру цього акта, потребує об'єднання зусиль не тільки фахівців різних галузей

юридичної науки, а й представників інших сфер — етнополітологів, етнодержавознавців, етнологів, культурознавців, освітян тощо.

Структура цього законопроекту має бути спрямована на послідовне вирішення основних проблем, пов'язаних з організаційно-правовим оформленням національно-культурної автономії. До законопроекту пропонується включити такі розділи:

Загальні положення;

Права громадських об'єднань у сфері національно-культурної автономії;

Система національно-культурної автономії. Порядок формування та реєстрації;

Право на використання рідної мови, її збереження та розвиток;

Забезпечення права на одержання освіти рідною мовою;

Забезпечення права на збереження і розвиток національної культури;

Фінансове забезпечення національно-культурної автономії.

До змісту розділу «Загальні положення» доцільно включити постатейні норми, насамперед такі, що стосуються поняття, мети національно-культурної автономії, прав та їх гарантій щодо реалізації права на національно-культурну автономію, принципи, на яких вона базується.

При цьому національно-культурна автономія може бути визначена як спосіб організації розвитку особи, а через неї всього суспільства чи певного етнічного колективу і розглядатися як одна із форм самоорганізації та самоврядування громадян України. Такій підхід, на нашу думку, забезпечить збереження національно-культурної самобутності на засадах урахування загальних культурних інтересів і використання індивідуальних та колективних потенцій при задоволенні специфічних культурних потреб і особливостей розвитку окремих громадян, що відрізняються за національними, мовними та культурними характеристиками. Дефініція поняття національно-культурної автономії може виглядати так — це форма національно-культурного самовизначення, яка являє собою систему громадських об'єднань, утворених громадянами України, які відносять себе до певної національної меншини і створюються на засадах добровільної самоорганізації з метою



самостійного вирішення питань розвитку та збереження національно-культурної самобутності. Наведене визначення акумулює характерні ознаки національно-культурної автономії<sup>1</sup> та за умовою його закріплення не тільки носитиме концептуальне навантаження, а й матиме стратегічне значення для архітекτονіки всього Закону.

Метою національно-культурної автономії є сприяння гармонізації національних інтересів, задоволення специфічних інтересів осіб кожної національності, культурних і духовних запитів усіх громадян незалежно від їх національної належності.

Разом з тим реалізація права на національно-культурну автономію не повинна завдавати шкоди українській нації, не повинна здійснюватися з метою порушення єдності та унітарності Української держави. Окремою нормою мусять бути положення, які містять пряму заборону на відродження звичаїв, обрядів та традицій, що становлять загрозу фізичному і моральному стану людини чи порушують суспільний порядок, встановлений у державі.

Серед принципів, на яких повинна утворюватися національно-культурна автономія, можна виділити: визнання вищої цінності людини, її прав і свобод; закріплення обов'язків держави щодо визнання і захисту прав людини; додержання вимог Конституції України щодо визнання за кожним громадянином України рівних прав і свобод, а також покладання на нього рівних обов'язків; право кожного вільно визначати і вказувати свою національну належність; право вибору відповідної національної культури і реалізації своїх культурних запитів та інтересів; принцип самоорганізації та самоврядування; принцип поваги до мови, культури, традицій та звичаїв усіх національностей, що проживають в Україні; принцип самофінансування і часткової державної підтримки.

---

<sup>1</sup> Характерними ознаками національно-культурної автономії чи національно-культурних об'єднань громадян, на нашу думку, є: 1) щодо членства — вільний вибір національної належності громадянина чи особи, що вступає до об'єднання; 2) щодо мети та завдань — збереження самобутності, розвиток мови, освіти, національної культури; 3) щодо відносин з державою — підтримка з боку держави програм національно-культурного розвитку через фінансування із державного і місцевого бюджетів; 4) щодо внутрішньої структури — національна специфіка установи та організації як вид громадського об'єднання.

Найважливішою частиною цього розділу є питання про визначення прав національно-культурної автономії. На нашу думку, права національно-культурної автономії можна окреслити таким чином:

- представляти свої національно-культурні інтереси в органах державної влади та місцевого самоврядування;
- відроджувати національні традиції та звичаї;
- мати вільний доступ до національних культурних цінностей;
- створювати засоби масової інформації, одержувати та розповсюджувати інформацію рідною мовою;
- створювати культурні, освітянські та наукові заклади і управляти ними.

При визначенні прав слід зазначити, що участь чи неучасть у діяльності національно-культурної автономії не може бути підставою для обмеження прав громадян, так само як і національна належність може бути підставою для обмеження їх участі чи неучасті у діяльності національно-культурної автономії. Особливо треба підкреслити, що право на національно-культурну автономію не є правом на національно-територіальне самовизначення.

Надзвичайно важливим є розділ про систему (структуру) національно-культурної автономії та порядок формування і реєстрації. На наш погляд, структуру національно-культурної автономії доцільно встановлювати з урахуванням специфіки розселення національних меншин та статусів національно-культурних автономій. За своїм статусом національно-культурні автономії можуть бути місцевими (міськими, районними, сільськими, селищними) та всеукраїнськими. При цьому місцева національно-культурна автономія може створюватися на загальних зборах делегатами національно-культурних об'єднань. Всеукраїнські національно-культурні автономії формуються місцевими національно-культурними автономіями. Національно-культурні автономії можуть самостійно утворювати органи внутрішнього управління, встановлювати порядок їх формування, склад. Функції таких органів визначаються національно-культурними автономіями відповідно до чинного законодавства.

Найбільш складним за змістом є розділ законопроекту «Право на використання рідної мови, її збереження та розвитку». Першочергово тут повинні знайти своє відображення

мовні гарантії для національних меншин, зокрема забезпечення особам, що не володіють державною мовою, можливості звернення до державних органів рідною мовою, у сфері зв'язку, транспорту тощо. До цього також слід віднести встановлення можливості обслуговування осіб з числа національних меншин у місцях їх компактного проживання рідною мовою, закріплення обов'язків державних органів на території компактного проживання національних меншин щодо визначення переліку населених пунктів, інших географічних назв, державних та інших установ, найменування яких повинні оформлятися як державною мовою, так і мовою відповідної національної меншини. Одним з положень цього розділу повинно стати закріплення права на одержання інформації рідною мовою.

Найважливішим засобом національно-культурного розвитку є національна школа, якій присвячується окремий розділ розгляданого законопроекту. Під нею розуміються система і організація освіти дітей та підлітків, що будується на засадах включення їх у рідне етнокультурне середовище з метою становлення нових поколінь на основі повного володіння рідною мовою. З точки зору змісту і методів освіти розвиток національної школи має будуватися на безумовній відмові від етнопонаціональної ізоляції та замкненості. В першу чергу національна освіта, її організація та діяльність повинні мати за мету забезпечення духовно-культурного відродження певної національності, виховання етнокультурної толерантності, не допускати розвитку крайнього етнічного націоналізму, сприяти через зміст освіти формуванню менталітету громадян багатонаціональної держави.

У законопроекті треба передбачити також різні форми національних шкіл та навчальних установ, дошкільних і дитячих організацій, встановити варіативність навчальних планів і програм. У зв'язку з цим Закон про національно-культурну автономію може закріпити можливість утворення різних типів шкіл: з навчанням рідною мовою, з навчанням державною мовою, з навчанням двома чи трьома рідними мовами, з диференційним навчанням. У цьому нормативно-правовому акті повинно знайти визнання право національно-культурної автономії на утворення навчальних установ, у тому числі вищих навчальних закладів, навчання в яких здійснювалося б з урахуванням потреб певної національності. При цьому контроль за відповідністю навчання загальноосвітнім стандартам слід

покласти на державні органи освіти, які повинні забезпечити в усіх навчальних закладах єдиний рівень освіти та її якість, принаймні не нижче встановлених стандартів. Разом з тим до Закону доцільно ввести норму про право органів національно-культурної автономії брати участь у розробці програм і планів навчання, підготовці навчальних посібників мовою певної національності.

Наступний розділ «Про забезпечення права на збереження та розвиток національної культури» також має велике значення, адже саме національно-культурна автономія надає можливість етнічним колективам зберегти свою унікальну культуру, забезпечити її захист і подальший розвиток. Водночас збереження і розвиток національними меншинами своєї культури не повинні стати основою для культурного ізоляціонізму. Розглядаючи культуру в контексті прав національних меншин на культурну автономію, в цьому розділі законопроекту доцільно закріпити обов'язки держави щодо визнання гарантій підтримки і збереження культури національних меншин, забезпечення її розвитку разом з культурами інших національностей, надання кожній людині і громадянину незалежно від його національної належності рівного доступу до досягнень культури і мистецтва. З метою збереження національних пам'яток, історичних музеїв, бібліотек тощо до Закону доцільно було б включити норму щодо відповідальності державних органів, посадових осіб та громадян за заподіяння шкоди об'єктам етнонаціональної культури, закріпити обов'язок органів державної влади та місцевого самоврядування на врахування національно-культурних інтересів національних меншин при розробці державних програм.

Важливе значення для діяльності національно-культурної автономії має певна самостійність у питанні фінансів. Звичайно, її бюджет може формуватися за рахунок вступних і членських внесків та пожертвувань, з доходів підприємницької, господарської діяльності тощо. Для успішного функціонування культурної автономії необхідно її належне фінансування з боку держави. У зв'язку з цим у розділі законопроекту, присвяченому цьому питанню, закріплюється обов'язок органів державної влади та місцевого самоврядування надавати фінансову та іншу матеріальну підтримку. Окремою статтею можна передбачити норму щодо пільгового оподаткування системи

культурної автономії згідно з чинним законодавством. Отже, фінансове забезпечення національно-культурної автономії повинно здійснюватися за рахунок коштів: національно-культурної автономії, приватних осіб, державного та місцевих бюджетів. Можна передбачити також утворення спеціальних фондів, які б акумулювали державні та громадські кошти, інші фінансові надходження, в тому числі від іноземних держав, міжнародних організацій та приватних осіб.

Звичайно, деякі положення цієї концепції у подальшому можуть і повинні вдосконалюватися. Але важко заперечувати, що цей законопроект конче потрібний значній частині громадян України для задоволення їх прав на національно-культурне самовизначення у певних організаційно-правових формах.

Наприкінці слід зазначити, що громадянське суспільство неможливо уявити поза системою добровільних об'єднань, які безпосередньо забезпечують самореалізацію особи та колективів. Конституційне право на об'єднання (самоорганізацію) поряд з іншими природними правами має велике соціально-політичне і юридичне значення та посідає важливе місце у людській діяльності щодо реалізації життєвих потреб у цілому та національно-культурних зокрема.

*Надійшла до редколегії 25.03.01*

**В. Гайворонський**, професор НЮА  
України

## **Джерела права**

За традицією в системі окремих галузевих наук, навчальних курсів розглядається питання про джерела права. В літературі здавна звертається увага на багатозначність і нечіткість цього поняття, а також численність джерел права. Однак у радянській правовій системі джерелом права здебільшого визнавалися нормативно-правові акти. Не змінилися погляди правників із цього приводу і зараз. У нещодавно виданому посібнику з господарського права читаємо типову формулу: «Основними

джерелами господарського права є саме закони та інші нормативні акти»<sup>1</sup>.

Отож, джерела права в багатьох випадках ототожнюються з його формами. Так, В. Шаповал зазначає, що формами існування будь-якої галузі національного права є нормативно-правові акти, які належать до формальних джерел права<sup>2</sup>. Ту ж саму ідею проводять і автори підручників з теорії держави і права, які визнають юридичні джерела (форми) або соціально-спеціальні джерела офіційно-документальними форми вираження і закріплення норм права, що виходять від держави і надають їм юридичне, загальнообов'язкове значення (нормативно-правові акти, правові прецеденти, правові договори, правові звичаї, правові доктрини, релігійно-правові норми, міжнародно-правові акти).

До загальносоціальних джерел права відносять економічні, соціальні, політичні, морально-культурні та інші фактори, що породжують або об'єктивно обумовлюють виникнення правових норм. Тут уже про форму не йдеться<sup>3</sup>.

В російській літературі зустрічається ще більша градація. Розрізняють матеріальні, ідеальні та юридичні джерела права. Матеріальні джерела, як зазначається в одному з підручників з теорії держави і права, кореняться насамперед у системі об'єктивних потреб суспільного розвитку, своєрідності даного способу виробництва. Вони мають бути усвідомлені і скориговані законодавцем відповідно до рівня його правосвідомості та політичної орієнтації. Останні обставини у своїй сукупності складають джерела права в ідеальному розумінні.

Результат ідеологічного усвідомлення об'єктивних потреб суспільного розвитку через низку правотворчих процедур одержує об'єктивоване вираження в юридичних актах, які є юридичним джерелом права. В цьому разі джерела права в юридичному розумінні та форми права збігаються за своїм змістом<sup>4</sup>.

Але в деяких виданнях поняття «джерела права» і «форми права» не ототожнюються. Вони, за твердженням авторів, ті-

<sup>1</sup> Щербина В. С. Господарське право України. — К., 1999. — С. 3.

<sup>2</sup> Див.: В. Шаповал. Конституція як форма (джерело) конституційного права України (питання теорії) // Право України. — 1999. — № 6. — С. 5.

<sup>3</sup> Див., напр.: Скаун О. Ф. Теория государства и права. — Х., 2000. — С. 334.

<sup>4</sup> Див.: Теория государства и права. М., 1997. — С. 330.

сно взаємопов'язані, але не збігаються. Якщо «форми права» показують, як зміст права організовано і виражено зовні, то «джерела права» — це витoki формування права, система факторів, що визначають його зміст і форми вираження<sup>1</sup>.

За давнішньою традицією в германо-романській правовій системі основним джерелом права визнавалось писане право — нормативні акти. В юридичній літературі дореволюційної Росії переважала думка, що саме ці форми об'єктивування юридичних норм, які слугували визнанням їх обов'язковості, звуться джерелами права<sup>2</sup>.

Однак і в ті часи такий підхід до розуміння джерел права викликав заперечення. Так, Л. Петражицький на запитання: «Що таке джерела права?» відповідав, що за загальновизнаним розумінням до них належить законне право (чи закони) та звичаєве право. За існуючою, хоч і не загальновизнаною думкою, сюди слід віднести також право судової практики. Різноманітність поглядів на джерела права Л. Петражицький вбачав у тому, що одні дослідники визначають джерела права як форму створення права, другі — як підставу виникнення права, треті — як фактори, що обґрунтовують право в об'єктивному розумінні, четверті — як ознаки обов'язковості юридичних норм, п'яті — як різні форми вираження права, тобто загальної волі і т. д. Відповідно до цього, підсумовує автор, теперішнє вчення про «джерела права» слід перейменувати на вчення про позитивне право та його різновиди<sup>3</sup>.

Думка про те, що поняття «джерела права» і «форми права» мають різне значення і не можуть ототожнюватися, висловлювалась і видатним українським правником С. Дністрянським. Він вважав, що право має свої джерела (суспільні зв'язки), соціальні основи (звичаї, авторитет суспільного зв'я-

<sup>1</sup> Див.: Теория государства и права / Под ред. Н. М. Матузова, А. В. Малько. — М., 1997. — С. 329.

<sup>2</sup> Див.: Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. — СПб., 1983. — С. 283. Аналогічно пояснювали поняття джерел (форм) права і деякі інші правники. Г. Ф. Шершеневич віддавав перевагу терміну «форми права» і він мав рацію, бо форма — це спосіб існування і зовнішнього вираження змісту, а джерела — це те, від чого виникає, походить щось. Отже, законодавство — це форма права, а не його джерело.

<sup>3</sup> Див.: Петражицький Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. — СПб., 1910. — Т. II. — С. 512–513.

зку, воля членів останнього) та певні соціальні форми (звичайне право, закони, «право юристів», судове право)<sup>1</sup>.

Деякі автори, наприклад А. Федоров, до джерел права, зокрема торгового та цивільного, відносили крім позитивного чи писаного права також звичаї, судову практику та, умовно, науку. Аргументи при цьому такі.

Торгові звичаї спочатку були головним джерелом торгового права, але з розвитком законодавчої діяльності і внесенням до кодексів найбільш поширених звичаїв, вони стали відходити на другий план порівняно з писаним правом. Що стосується судової практики — вона може слугувати лише посередницьким джерелом права, впливаючи на виникнення норм позитивного або звичаєвого права<sup>2</sup>.

Наука може вважатися джерелом права також лише умовно: вона роз'яснює чинне право, тлумачить його, на цій підставі іноді сприяє подальшому його розвитку, деколи виробляючи, з метою заповнення прогалин, нові правові положення у зв'язку з вивченням життєвих явищ. Здобуті ж наукою правові положення, у свою чергу, подібно до положень судової практики, можуть стати підставою вироблення норм звичаєвого або позитивного права, що є вже безпосереднім джерелом права.

Висновок згаданого автора: як судова практика, так і наука мають особливо велике значення у нас, з огляду, з одного боку, незадовільності нашого торгового законодавства, а з іншого — нерозробленості нашого звичаєвого права<sup>3</sup>.

Ми можемо повністю погодитись із цим висновком, маючи на увазі сучасне українське законодавство взагалі і господарське зокрема. З огляду на те, що за радянської влади юридична наука традиційно обмежувалася лише роз'ясненням, тлумаченням, апологетикою радянського законодавства, важливо підняти її на якісно новий рівень, використовуючи набути, одержані за роки незалежності нашої держави.

<sup>1</sup> Див.: *Возний В.* Правова концепція С. Дністрянського // *Право України.* — 1999. — № 6. — С. 116.

<sup>2</sup> Див.: *Федоров А. Ф.* Торговое право. — Одесса, 1911. — С. 112, 117, 124.

<sup>3</sup> Див.: Там само. — С. 125. Щодо українського звичаєвого права, значну складову частину якого становило «козацьке право», то його роль, як відомо, у XVI — XVIII ст. була досить великою. Особливо високого рівня розвитку воно досягло в період Нової Січі, але надалі, з втратою Україною державно-правової автономії, було втрачене і звичаєве право.



Щодо розбіжностей у питанні про джерела права, то вони існують, як зауважив свого часу Л. Петражицький, і на підставі нез'ясованості питання про те, що таке право<sup>1</sup>. В наш час, коли і в Конституції України проголошене верховенство права (ст. 8), а не закону, не залишається підстав для їх ототожнення. Принцип верховенства права, зазначається у новітній юридичній літературі, має сенс лише у разі, якщо право розуміється не як сукупність норм, встановлених державою, а як сукупність правил належного, правил поведінки (масштабу, міри), корпусу правил, які легітимовані суспільством, базуються на історично досягнутому рівні соціальної етики<sup>2</sup>.

Таке розуміння права має формуватися, на наш погляд, на поєднанні «раціональних зерен» концепції природного права та урахуванні принципу історизму. Згідно з ними право і закон розмежовуються, першість належить праву як нормативному закріпленню справедливості, що базується на природних правах людини, які є невід'ємними внаслідок її народження, а закон розглядається як його форма, покликана відповідати праву як його змісту<sup>3</sup>.

При зростаючому ускладненні суспільних відносин право все більше привертає увагу юристів, які є представниками і виразниками професійної правової свідомості і формулюють його відповідно до своїх переконань, заснованих на аналізі суспільної думки, запитів практики, досвіду правозастосування.

На жаль, у деяких підручниках з теорії держави і права, навіть шойно виданих, право і досі визначається як система норм (правил поведінки) і принципів, що встановлені або визнані державою як регулятори суспільних відносин і формально закріплюють міру свободи, рівності і справедливості<sup>4</sup>. Виходить, держава має дозувати не тільки свободу, рівність, а й справедливість.

<sup>1</sup> Див.: *Петражицький Л. И.* Вказ. праця. — С. 616.

<sup>2</sup> Див.: *Заєць А.* Принципи верховенства права (теоретико-методичне обґрунтування) // Вісник Академії правових наук України. — 1998. — № 1. — С. 3.

<sup>3</sup> В радянський період вважалося, що таке розуміння права є негативним явищем, не характерним для соціалізму. За словами Р. Халфіної, відмінність права і закону, за якою право розглядається як щось більш високе, що стоїть над законом, і є критерієм справедливості, може бути цілком застосоване в умовах експлуататорського суспільства (див.: *Халфіна Р. О.* Что есть право: понятие и определение // Сов. государство и право. — 1984. — № 11. — С. 23).

<sup>4</sup> Див.: *Скакун О. Ф.* Вказ. праця. — Х., 2000. — С. 235.

Та й авторам, які розуміють право не просто як сукупність норм, встановлених державою, теж бракує послідовності. Так, А. Заєць, конкретизуючи принцип вищості, верховенства права, стверджує, що він включає в себе і принцип верховенства Конституції та законів України<sup>1</sup>. Тим часом принцип верховенства права характеризує первинність права перед державою, що не можна плутати з верховенством його «формальних джерел» — конституції та законів над іншими нормами права.

Яскравим прикладом розбіжності права і законодавства є Нюрнберзький процес, де підсудні, захищаючись, висували, зокрема, такі аргументи: на якій підставі їх судять? Як громадяни німецької держави вони виконували її закони, а отже, діяли правомірно. Однак відомо, що самі ці акти були несправедливими, антиправовими, оскільки суперечили природним правам людини, народів, людства — насамперед правам на життя, мир, свободу<sup>2</sup>.

Отож давня, дореволюційна традиція, збережена в Радянському Союзі, дається взнаки і зараз, коли настав час переосмислення віддиференціювання, які з методологічно значущих положень цього періоду: а) лишаються й нині слухними і зберігають значні евристичні потенції; б) спростовані суспільною практикою як такі, що вже первісно були помилковими; в) були правильними за певних історичних умов, але внаслідок зміни останніх втратили свою обґрунтованість<sup>3</sup>.

Такий підхід уявляється необхідним передусім до фундаментальних положень юридичної науки, якими є поняття права та його джерел. Визначення права як волі панівного класу, піднесеної до закону, безумовно викликає заперечення. Але ж і при такому його розумінні не закон, а воля панівного класу є джерелом права, яка лише набуває форми закону. Отже, закони та інші нормативні акти — це форма права. А щоб форма (закон) відповідала змісту (праву), слід виходити із стародавнього, але непорушного положення: *jus est ars boni et aequi* — право є наука про те, що добре і справедливо. Але

<sup>1</sup> Див.: Заєць А. Принцип верховенства права. — С. 4.

<sup>2</sup> Див.: Рабінович П. Загальна декларація прав людини — вселюдський ідеал гуманізму (до 50-річчя прийняття) // Право України. — 1998. — № 12. — С. 8–9.

<sup>3</sup> Див.: Рабінович П. М. Методологія правознавства: проблеми плюралізації // Вісник Академії правових наук України. — 1998. — № 3. — С. 82.

при цьому треба мати на увазі, що уявлення про одвічну справедливість змінюється. Це положення лишається і нині слушним і зберігає свій загальнозначущий характер завдяки постійному змінюванню<sup>1</sup> під впливом тих факторів, які в цитованих вище виданнях визначаються як матеріальні джерела права — системи об'єктивних потреб суспільного розвитку, своєрідності даного способу виробництва та внутрішніх суперечностей у суспільстві, що полягають, зокрема, у протилежності між новим соціальним господарством і старим правовим устроєм<sup>2</sup>.

Це, так би мовити, «глибинні» джерела права. Люди, усвідомлюючи їх, «намагаються усунути суперечності, що випливають із безпосереднього переведення економічних відносин в юридичні принципи, і установити гармонійну правову систему<sup>3</sup>». Але практика законотворення останнього часу особливо яскраво свідчить про те, що неможливо створити окремий закон, а тим більше галузь чи цілу систему законодавства, яка б відповідала сучасним вимогам справедливості, без ґрунтовної наукової розробки її концепції. Законодавство має формуватися на підставі ретельно виважених та апробованих світовою практикою наукових висновків, а не відповідно до уявлень та прагнень окремих осіб чи угруповань.

Щодо світової практики, то, за свідченням Рене Давида, протягом тривалого часу основним джерелом права в романо-германській правовій сім'ї була доктрина. Саме в університетах були головним чином відпрацьовані у період XIII–XIX ст.ст. основні принципи права. І лише порівняно недавно первинність доктрини було замінено первинністю закону. Це має сенс лише якщо припустити (як це робила думка, що панувала у Франції у XIX ст.), що все право виявляється у правових нормах, які виходять від публічної влади. Однак така думка суперечить всій романо-германській правовій традиції і уявляється неприйнятною<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Див.: *Фридрих Август фон Хайек*. Пагубная самонадеянность. Ошибки социализма. — М., 1992. — С. 257.

<sup>2</sup> Див.: *Штаммлер Рудольф*. Хозяйство и право с точки зрения материалистического понимания истории. — СПб., 1907. — Т. 2. — С. 73.

<sup>3</sup> *Маркс К, Энгельс Ф.* Твори. — Т. 37. — С. 395.

<sup>4</sup> Див.: *Рене Давид, Камилла Жоффри-Спинози*. Основные правовые системы современности. — М., 1998. — С. 105, 106.

Традиція ця своїм корінням сягає ще Давнього Риму. Юстиніанівські тексти, зазначають американські правники Г. Дж. Берман і Ч. Дж. Рейд, здебільшого не були законами і не були придатними для прямого застосування. Однак, вони були джерелом позитивного права, насамперед канонічного, а також інших правових систем<sup>1</sup>.

Для тих, хто зважає на реальність і має більш широкий і, з нашої точки зору, пише Рене Давид, більш правильний погляд на право, доктрина в наші дні, так само як і в минулому, становить дуже важливе і вельми життєве джерело права. Ця її роль виявляється у тому, що саме доктрина створює словник і правові поняття, якими користується законодавець. Важлива роль доктрини в установленні тих методів, за допомогою яких відкривають право і тлумачать закони. Додамо до цього вплив, який доктрина може мати на самого законодавця, останній часто лише висловлює ті тенденції, що усталилися в доктрині, і сприймає підготовлені нею пропозиції. І було б важко, не спотворюючи дійсність, заперечувати за нею якість джерела права<sup>2</sup>.

Закон як форма права внаслідок суворості його викладення уявляється кращим технічним способом закріплення чітких норм в епоху, коли складність суспільних відносин висуває на перший план точність і ясність їх формулювання. Закон як форма права може відповідати чи не відповідати змісту — праву. Бо саме по собі право, за Рене Давидом, це дещо більше, ніж тільки закон і воно підкоряється велінням справедливості у тому вигляді, як остання розуміється в певну епоху і певний момент<sup>3</sup>.

Однобічне позитивістське поняття права піддається критиці й іншими правниками. За словами німецького філософа права О. Хоффе, це поняття знає лише юридичну норму і нічого не хоче знати про інший вимір права, який називається легітимністю на відміну від легальності<sup>4</sup>.

Отже, доктрину слід віднести до джерел права в дійсному значенні цього поняття як правоутворюючу силу.

<sup>1</sup> Див.: Берман Г. Дж., Рейд Ч. Дж. Римское право и общее право Европы // Государство и право. — 1994. — № 12. — С. 105.

<sup>2</sup> Див.: Рене Давид, Камилла Жоффе-Спинози. Вказ. праця. — С. 106.

<sup>3</sup> Див.: Там само. — С. 77, 78, 108.

<sup>4</sup> Див.: Хоффе О. Политика. Право. Справедливость. Основоположения критической философии права и государства. — М., 1994. — С. 77.

Що стосується судової практики, що теж багатьма вважається джерелом права, то вона, за Рене Давидом, відіграє творчу роль тією мірою, якою у кожній країні можливо в цьому процесі віддалятися від простого тлумачення<sup>1</sup>. Наприклад у таких країнах, як Франція чи ФРН, судова практика в деяких сферах відіграє провідну роль у розвитку права, де доктринальні твори часто є нічим іншим, як викладенням і узагальненням судової практики.

Та й кожне рішення суду, за визначенням Федерального конституційного суду ФРН, має містити результати його творчості, а не бути простим застосуванням закону. Право не тотожне закону, сказано в одному з його рішень. На противагу позитивним приписам державної влади може існувати право і поза ними, яке здатне корегувати писані закони; завдання правосуддя — відшукати це право і фіксувати у рішеннях<sup>2</sup>. В цьому аспекті судова практика може виконувати роль форми права.

В Англії, де вплив університетів і доктрини був значно слабшим, ніж на континенті, а загальний перегляд права ніколи не здійснювався законодавцем у формі кодифікації, пізнання його джерел, за словами Рене Давида, слід розпочати саме з вивчення судової практики<sup>3</sup>.

Якщо судова практика у країнах «писаного права» відіграє другорядну роль, судові рішення можуть мати певний авторитет, однак вони не розглядаються, крім надзвичайних випадків, як фіксація норм права, то зовсім інше становище в країнах англосаксонської системи. Судова практика в цих країнах не тільки застосовує, а й постійно створює норми права. Правила, що містяться в судових рішеннях, мають застосовуватися і надалі<sup>4</sup>.

Правда, обов'язкові прецеденти створюють тільки рішення, що надходять від високих суддів, тобто Верховного суду і Палати лордів. Рішення інших суддів та квазісудових органів можуть слугувати прикладом, але не створюють обов'язкового прецеденту. Отже, рішення судів, які є прецедентами, — це не джерела права, а його форма, бо вони фіксують норми права.

<sup>1</sup> Див.: Рене Давид, Камілла ЖофFRE-Спинози. Вказ. праця. — С. 96, 97.

<sup>2</sup> Цит. за: Четвернин В. А. Современные концепции естественного права. — М., 1988. — С. 28.

<sup>3</sup> Див.: Рене Давид, Камілла ЖофFRE-Спинози. Вказ. праця. — С. 248.

<sup>4</sup> Див.: Там само. — С. 256.

Розглядаючи звичай як джерела права, той же Рене Давид зазначає, що його роль, у всякому разі зовні, дуже обмежена, якщо він в принципі і не заперечується доктриною. Отже, підсумовує автор, за рідкими винятками звичай втратив у наших очах характер самостійного джерела права. Точнішим уявлення про роль звичаю стане тоді, коли відродять традицію і перестануть ототожнювати право і закон. Звичай, однак, не має значення сам по собі. Він важливий лише у тій мірі, в якій слугує знаходженню справедливого рішення<sup>1</sup>.

З цим висновком важко не погодитися. Проте, знову таки, звичаї, хоча вони в більшості випадків набувають усної або навіть мовчазної форми, — це теж форма, а не джерело права.

Джерела права за різних часів і в різних країнах визначалися по-різному. А в Англії, як у Франції, при всій відмінності шляхів формування права завжди існувала одна і та ж концепція: вважалося, що основою права є перш за все розум. Ця концепція була відкинута на континенті у ХІХ ст. з перемогою доктрини правового позитивізму, коли злили воедино поняття «право» і «закон».

Але в наші дні спостерігається тенденція до її відродження. В Англії ця концепція зберігається, бо там право вважається плодом розуму і його відрізняють від закону. Нам хотілося б акцентувати ідею позанаціонального права, що ґрунтується на розумі.

Отже, як для вітчизняного, так і позанаціонального права важливим його джерелом у наш час стає наука. Саме вона покликана досягти відповідності форми права (законодавства) його змісту — праву, його сутності. Саме тому слід підвищити роль юридичної науки як джерела права, правотворчої сили, що визначає вибір напрямків у правовому регулюванні суспільних відносин, впливає на характер їх розвитку. В законодавчому процесі саме вона має забезпечувати правовий характер законів при їх підготовці, експертній оцінці, виявленні, усуненні прогалин, колізій у праві та запобіганні їм.

*Надійшла до редколегії 15.08.01*

<sup>1</sup> Див.: Рене Давид, Камілла ЖофFRE-Спинози. Вказ. праця. — С. 95.

# ПИТАННЯ ІСТОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

---

*А. Довгерт*, член-кореспондент  
АПрН України

## До історії сучасної кодифікації міжнародного приватного права в Україні

**1. Концептуальні підходи щодо кодифікації міжнародного приватного права України на початку 90-х років.** Концептуальні підходи щодо кодифікації міжнародного приватного права (МПрП) України стали формуватися на початку 90-х років ХХ ст. під впливом законопроектних робіт, що розпочалися ще за часів «перебудови». В 1986–1991 рр. виникає та втілюється ідея нової кодифікації цивільного права СРСР та республік, частиною якої стала систематизація норм МПрП. У 1991 р. приймаються нові Основи цивільного законодавства (Основи 1991 р.), які містили значно оновлену порівняно з Основами цивільного законодавства 1963 р. систему колізійних правил та інших положень МПрП.

Наприкінці 80-х років у юридичних колах СРСР обговорювалась також ідея прийняття окремого закону про МПрП. З'явився навіть його проект<sup>1</sup>. Між цими подіями є тісний зв'язок, тому що багато новел проекту закону про МПрП увійшло до Основ 1991 р.

Важливі положення кодифікації МПрП у 1986–1991 рр., що знайшли своє відображення як в Основах, так і в проекті закону про МПрП, віддзеркалювали перш за все відомі вітчизняній доктрині положення<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Див.: Труды ВНИИ советского государственного строительства и законодательства. – М., 1991. – № 49. – С.123–148.

<sup>2</sup> Слід відзначити, що доктрина МПрП у СРСР на відміну від законодавства, що існувало, та потреб реального обороту, завдяки таким талановитим вченим ХХ ст., як А. Макаров, С. Крилов, І. Перетерський, В. Корецький, Л. Лунц, О. Садіков та ін., була надзвичайно розвинутою та навряд чи відрізнялась за рівнем від західної науки МПрП.

По-перше, в Основах 1991 р. закріплювалися хоча і не всі, але важливі правила загальної частини колізійного права: підстави застосування іноземного права; встановлення змісту іноземного права та більш детальні правила *ordre public* (ст.ст. 156, 157, 158)<sup>1</sup>. Ці правила були тотожні відповідним положенням проекту закону про МПрП. Вони, зокрема, передбачали, що іноземне право застосовується до цивільних відносин у випадках, передбачених внутрішнім законодавством, міжнародними договорами СРСР, міжнародними звичаями та угодою сторін («автономія волі»).

Зміст норм іноземного права встановлювався згідно з їх офіційним тлумаченням, практикою застосування та доктриною відповідної іноземної держави. У встановленні змісту іноземних норм приймалася також допомога як від Міністерства юстиції СРСР, інших органів, експертів, так і осіб, що беруть участь у справі. Якщо зміст норм іноземного права за допомогою всіх передбачених законом засобів установити не вдавалося, то застосовувалось радянське право.

Обмеження у застосуванні іноземного права зберігалось і у разі суперечності такого застосування *ordre public*. У цьому випадку застосовувалось радянське право. Новими моментами категорії *ordre public* були, по-перше, введення до закону терміна «публічний порядок», під яким стали розуміти основи правопорядку на відміну від основ радянського ладу за попереднім законодавством. По-друге, виходячи з умов сучасних міжнародних відносин, спеціально відзначалось, що відмова не може бути заснована лише на відмінності політичних та економічних систем СРСР та іноземних держав.

Абсолютно новим моментом стала увага до захисту особистих немайнових прав, що відповідало сучасним тенденціям надання широкого правового захисту особі засобами цивільного права. В ст. 163 Основ 1991 р. потерпілій від порушення особі надавалась можливість вибору між правом країни, де трапилось таке порушення, та правом країни, в якій потерпіла особа має своє постійне місце проживання.

<sup>1</sup> В Основи 1991 р. не було включено запропоновані в проекті закону про МПрП правила щодо взаємності, зворотного відсилання (відсилання до права третьої країни), застосування права країни з множинністю правових систем, наслідків обходу закону, дії імперативних положень внутрішнього права.



Стосовно регулювання відносин власності з'явилися нові норми щодо визначення права країни, яке застосовувалося до права власності на транспортний засіб (право країни місця його реєстрації) та до захисту права власності (на вибір особи, яка поставила речеві вимоги, могли бути застосовані такі правила: *lex rei sitae*, *lex fori* або закон країни місця реєстрації).

Наступні концептуальні нововведення стосувалися зобов'язального права. Тут слід відзначити появу раніше відсутнього загального правила для визначення прав і обов'язків із правочину. Раніше у нас було лише правило для зовнішньоекономічного правочину (ст. 568 чинного ЦК України), відповідно до якого права і обов'язки сторін щодо зовнішньоторговельної угоди визначалися за законом місця її укладання, якщо інше не встановлено погодженням сторін. Це правило було поширене на всі правочини. Далі, для договірних зобов'язань було вибрано сучасну колізійну прив'язку — право країни де заснована, має місце проживання або основне місце діяльності сторона, яка здійснила виконання, що має вирішальне значення для змісту такого договору. Ця прив'язка конкретизувалася до окремих видів договорів: купівлі-продажу, майнового найму тощо. Нарешті, вводилася колізійна норма про безпідставне збагачення, що відображало наявність в Основах 1991 р. матеріальних норм значно оновленого недоговірних зобов'язань. До цих зобов'язань застосовувалося право країни місця збагачення.

Отже, законодавство СРСР про МПрП зазнало значної новачії щодо загальних положень колізійного права, особистих немайнових прав і зобов'язального права. При цьому використовувалися рішення, що містяться в міжнародних конвенціях, новітніх законодавчих актах про МПрП ФРН, Швейцарії та колишніх соціалістичних країн (НДР, Угорщина, Польща, Чехословаччина). Проект закону про МПрП пропонував іти далі і реформувати або скорегувати сімейне і трудове колізійне право та правила міжнародного цивільного процесу. Проте обсяг колізійних правил Основ 1991 р. було обмежено обсягом матеріальних правил цього документа, тому зазначені правові сфери до розпаду СРСР не було по-новому скодифіковано.

Основи 1991 р. вводилися в дію з 1 січня 1992 р. Але в грудні 1991 р. СРСР припинив існування. Тому в Україні до-

сягнення кодифікації МПрП 1986–1991 рр. не знайшли застосування<sup>1</sup>.

Після розпаду СРСР у всіх його колишніх республіках розпочалася робота над новою кодифікацією приватного права, що включало також кодифікацію МПрП. З одного боку, це було логічним продовженням кодифікації цивільного права колишнього СРСР на рівні Основ, а з іншого — віддзеркаленням нової політичної та економічної ситуації (незалежність, ринкові орієнтири тощо).

Вже у травні 1992 р. в Києві відбулася наукова конференція, де обговорювалися проблеми кодифікації цивільного права України<sup>2</sup>. За розпорядженням Кабінету Міністрів України у березні 1992 р. створювалася Робоча група з опрацювання нового ЦК України (Робоча група). Влітку 1993 р. Міністерством юстиції України було затверджено склад Робочої групи з 12 фахівців<sup>3</sup>. З самого початку роботи над новою кодифікацією цивільного права України передбачалося включити до нового ЦК норми МПрП. Проте їх обсяг та зміст на цей час ще не було визначено.

Наприкінці 1993 р. в Україні робиться спроба провести кодифікацію МПрП у повному обсязі (включаючи й міжнародний цивільний процес) через прийняття окремого закону. У Верховній Раді України першого скликання з'являється проект Закону України «Про вирішення колізій із законодавством інших країн щодо цивільних, сімейних і трудових питань»<sup>4</sup>. В основу цього проекту було покладено Основи 1991 р. та проект закону про МПрП СРСР. Однак він містив цілу низку відмінностей. Зокрема, в ньому були положення щодо «правової кваліфікації», вводилося поняття «особистого закону фізичної та юридичної особи», на підставі якого пропонувалося вирі-

<sup>1</sup> У деяких країнах колишнього СРСР Основи 1991 р. все ж таки були введені в дію і застосовувалися до прийняття нових цивільних кодексів. У Росії розділ Основ 1991 р. про МПрП продовжує діяти і сьогодні.

<sup>2</sup> Див.: Матеріали науково-практичної конференції «Концептуальні питання створення нового Цивільного кодексу України». — К., 1992.

<sup>3</sup> Див.: *Довгерт А., Калакура В.* Про підготовку проекту Цивільного кодексу України // *Українське право.* — 1997. — № 1. — С. 108–114.

<sup>4</sup> Див.: Додаток до Листа Голови Комісії з питань економічної реформи та управління народним господарством Верховної Ради України від 20 грудня 1993 р. № 06-3/8-1257.

шувати питання правоздатності та дієздатності осіб. В українському проекті на відміну від Основ 1991 р. та проекту закону містилися положення про визначення права країни щодо майнових прав пасажера на предмети особистого користування (ст. 19), щодо ситуації з примусовим переходом прав власності (ст. 20), набувальної давності (ст. 21) та заставного майна (ст. 23). Особливо багато новел було у сфері сімейних і трудових відносин. Вводився спеціальний розділ про захист прав інтелектуальної власності. Розділ про міжнародний цивільний процес також було модифіковано.

Український проект закону «Про вирішення колізій із законодавством інших країн щодо цивільних, сімейних і трудових питань» не було розглянуто Верховною Радою першого скликання, повноваження якої закінчилися навесні 1994 р. Парламент наступних скликань вже не повертався до його розгляду в зв'язку з розпочатими роботами з кодифікації цивільного права. Разом з тим цей проект брався Робочою групою до уваги. Проте через велику кількість недоліків і відсталість від сучасних світових тенденцій МПрП цей проект не могло бути покладено в основу кодифікації МПрП України в рамках підготовки проекту нового ЦК.

У цей період перед Робочою групою стояло теоретичне питання як про обсяг кодифікації МПрП, так і більш широке питання про спосіб кодифікації<sup>1</sup>.

Щодо способу кодифікації Робочою групою розглядалися такі три варіанти. Перший — зберегти існуючий підхід до джерел МПрП і провести кодифікацію МПрП, розмістивши матеріал відповідно у трьох нових кодексах Цивільному, Сімейному та Цивільному процесуальному. Другий — здійснити кодифікацію МПрП через прийняття спеціального закону та

---

<sup>1</sup> Основні правила МПрП України були сконцентровано у двох джерелах: ЦК і Кодексі про шлюб та сім'ю. Правила міжнародного цивільного процесу містилися у ЦПК. За період з 1991 по 1995 рр. з'явилися нові закони України (про зовнішньоекономічну діяльність, про заставу, Кодекс торгового мореплавства тощо), які містили певну кількість колізійних правил, частина яких фактично заміняла деякі правила чинного ЦК. На міжнародному рівні з'явилися такі документи в рамках СНД, як Угода про порядок вирішення спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності (1992 р.), Конвенція про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах (1993 р.)

продовжити працю над існуючим проектом. Третій — кодифікація МПрП у рамках нового ЦК України.

В доктринах МПрП СРСР, а потім нових незалежних держав наприкінці 80-х — на початку 90-х років переважала ідея кодифікації МПП у рамках спеціального закону<sup>1</sup>. Але Основи 1991 р. продемонстрували збереження старого підходу до розміщення колізійних правил. Санкт-Петербурзька конференція експертів СНД у лютому 1994 р. також засвідчила про необхідність включити колізійні правила до нових цивільних кодексів, але в обсязі, що не виходив за межі регулювання цивільних відносин у вузькому їх розумінні<sup>2</sup>.

Якою ж була світова практика кодифікації МПрП у XIX—XX ст.ст.? Починаючи з Кодексу Наполеона (1804 р.), положення МПрП включалися переважно до цивільно-правових кодифікацій. У французькому ЦК містилося ще дуже мало таких правил. За судами зберігалася основна роль у створенні норм МПрП<sup>3</sup>. У німецькому BGB, який приймався майже через століття, вже містилося значно більше норм МПрП<sup>4</sup>. В італійському ЦК 1942 р. у Загальних положеннях щодо права (цей структурний розділ передує Книзі першій «Особи та сім'я») і в інших частинах кодексу колізійне регулювання було наведено ще в більшому обсязі<sup>5</sup>.

У другій половині XX ст. процес глобалізації життя у всіх його сферах вимагав створення відповідних правових засад. Поруч з міжнародною уніфікацією матеріальних і колізійних правил, що регулюють міжнародні приватні відносини, модифікувалися національні колізійно-правові масиви. Способи, якими це робилося, були різними.

Так, у Німеччині в 1986 р. МПрП модифікували через відповідні зміни до Цивільного уложення<sup>6</sup>. Канадська провінція

<sup>1</sup> Див.: Семенов Н. П. О целесообразности подготовки закона о международном частном праве // Сов. государство и право. — 1990. — № 1. — С. 10.

<sup>2</sup> Див.: Довгерт А. Цивільні кодекси країн співдружності. Гармонізація та моделювання // Правничі вісті. — 1994. — № 4.

<sup>3</sup> Див.: Луц Л. А. Курс международного частного права. Общая часть. — М., 1975. — С. 85.

<sup>4</sup> Див.: Луц Л. А. Вказ. праця. — С. 86—87.

<sup>5</sup> Див.: G. De Nova. Codice civile e leggi collegate. — Milano, 2000. — P. 79—80.

<sup>6</sup> Див.: Германское право. Часть I. Гражданское уложение: Пер. с нем. — М., 1996. — С. 501—515.

Квебек при створенні нового ЦК останню Книгу (10), яка включала і норми міжнародного цивільного процесу, присвятила МПрП<sup>1</sup>. Такі ж плани є і в нідерландській цивільно-правовій кодифікації, яка триває вже більше 50 років<sup>2</sup>. Австрія і Швейцарія прийняли спеціальні закони про МПрП<sup>3</sup>. Італія підготувала спеціальний закон про МПрП, який було прийнято у 1995 р., при цьому відповідні статті ЦК було скасовано<sup>4</sup>.

Отже, практика іноземних держав показувала три основні шляхи кодифікації та модифікації МПрП: 1) включення цього масиву до цивільних кодексів. Слід зазначити, що цей спосіб кодифікації домінував протягом останніх двох століть; 2) створення спеціальних законів про МПрП у ситуації, коли цивільні кодекси не достатньою мірою регулювали відповідні відносини (Австрія, Швейцарія, Туреччина та деякі інші країни<sup>5</sup>); 3) скасування колізійних правил цивільних кодексів через створення спеціального закону про МПрП (Італія).

На підставі аналізу правової ситуації в Україні, її правової історії та світової практики кодифікації МПрП Робоча група взяла за основу ідею кодифікації та новелізації українського МПрП у рамках підготовки проекту нового ЦК України, в якому спеціальний розділ мало бути присвячено МПрП.

На початку 1994 р. Робоча група визначилася також з **обсягом** кодифікації МПрП. Зокрема, передбачалося включити до неї не тільки норми в галузі міжнародних цивільних відносин у вузькому їх розумінні, а й колізійні правила сімейного і трудового права, а також норми міжнародного цивільного процесу. Фактично йшлося про створення спеціального закону про МПрП у рамках нового ЦК.

Якими ж були аргументи на користь такого рішення? На думку членів Робочої групи, при такому підході, по-перше,

<sup>1</sup> Див.: Гражданский кодекс Квебека. – М., 1999. – С.450–464.

<sup>2</sup> Див.: *Hartkamp A. Civil Code Revision in the Netherlands 1947–1992 // New Netherlands Civil Code. – Deventor/Boston. – 1990.*

<sup>3</sup> Див.: *Switzerland's Private International Law Statute of December 18, 1987. – Deventor/Boston. – 1989.*

<sup>4</sup> Див.: *Reform of Italian System of Conflict of Laws (Law № 218/1995 and amendments) // The Italian Civil Code and Complementary Legislation. – № 4, 1996.*

<sup>5</sup> Див.: *Богуславский М. М. Международное частное право. – М., 1998. – С. 64–70.*

ліквідовувався надмірний плюралізм у внутрішніх джерелах колізійних правил в Україні. Сам же ЦК мав би завершений вигляд, тому що відривати колізійні правила від матеріальних норм, що в ньому містяться, видається недоцільним. Поява ж окремих законів про МПрП у деяких країнах є скоріше винятком із загальних правил вміщення колізійного масиву до цивільних кодексів у ситуації, коли в цих країнах, як правило, не відбувалися нові цивільно-правові кодифікації.

По-друге, включення правил МПрП у повному обсязі до складу ЦК значно підвищує як його роль у регулюванні приватних відносин, так і вагу самих правил МПрП.

По-третє, можливість включення колізійних норм щодо сімейного права, матеріальні норми яких на той час не було включено до складу проекту ЦК, а також трудового права, давав загальний підхід, відповідно до якого ЦК розглядався як кодифікація всього приватного права, а його норми підлягали застосуванню до всіх цивільних (приватних) відносин, у тому числі й до тих, які складаються у сфері сім'ї та праці при відсутності спеціальних правил у цих галузях.

Що ж до питання про включення норм міжнародного цивільного процесу до складу проекту ЦК, то канадський експеримент переконав у можливості такого поєднання. Цей прийом гарантував ефективну дію українського МПрП, тому що залишення процесуальних питань на цивільно-процесуальну кодифікацію загрожувало значним звуженням застосування правил МПрП. Цей прийом знімав також питання стосовно створення у майбутньому спеціального закону про МПрП, що, на думку розробників, є загрозою прямому застосуванню норм нового ЦК.

Вагомим аргументом на користь включення правил міжнародного цивільного процесу є також специфічна ситуація в Україні, коли існує конкуренція між арбітражними і загальними судами щодо розгляду справ з іноземним елементом. Причому процесуальні кодекси по-різному вирішують питання компетенції та підсудності. Сподіватися на те, що ці правила буде синхронізовано або буде прийнято єдиний ЦПК для всіх судів загальної юрисдикції, сьогодні не доводиться.

До уваги брався також той факт, що в МПрП немає чіткої межі між матеріальним і процесуальним правом. Так, деякі правові інститути (наприклад, інститут позовної давності),

які в континентальному праві вважаються інститутами матеріального права, в країнах «загального права» належать до інститутів процесуального права.

Наведена вище концепція кодифікації МПрП сформувалася в першій половині 1994 р. і була викладена на міжнародному засіданні Робочої групи за участю голландських, німецьких та російських експертів у червні 1994 р.<sup>1</sup> Вона була закріплена при формуванні змісту останнього розділу першого варіанту проекту ЦК наприкінці 1994 р. Зокрема, там передбачалася така структура: загальні положення (гл. 51); правове становище осіб (гл. 52); колізійні правила речевого права (гл. 53); колізійні норми зобов'язального права (гл. 54); право інтелектуальної власності у міжнародному спілкуванні (гл. 55); колізійні норми спадкового права (гл. 56); міжнародний цивільний процес (гл. 57)<sup>2</sup>. Детальну розробку цього розділу було вже тісно пов'язано з роботою над відповідним розділом Моделі Цивільного кодексу для країн СНД.

**2. Робота над кодифікацією МПрП у рамках Моделі Цивільного кодексу для країн СНД.** У липні 1995 р. на засіданні групи експертів СНД у Нідерландах було продовжено роботу над підготовкою Моделі Цивільного кодексу. На цій сесії створювались такі його частини, як спадкове право, право інтелектуальної власності та міжнародне приватне право.

Для розробки тексту розділу МПрП було створено підкомісію на чолі з проф. А. Довгертом, до якої увійшли вчені та практики з України, Казахстану, Грузії, Киргизстану, Молдови, Росії, Узбекистану<sup>3</sup>. До комісії надійшли як робочі документи проекти кодифікацій МПрП Росії, Казахстану, Грузії, Республіки Беларусь, України, які були зведені до порівняльної таблиці<sup>4</sup>.

Робота експертів спочатку зосередилася на опрацюванні концепції кодифікації МПрП. Після ознайомлення з поданими проектами виявилось, що в їх основу переважно були по-

<sup>1</sup> Див.: Стенограма Першої міжнародної робочої сесії з проекту Цивільного кодексу України. – 11–15 червня 1994 р. // Архів УПФ.

<sup>2</sup> Див.: Гражданский кодекс Украины. – К., 1995. – С. 4.

<sup>3</sup> Склад підкомісії: проф. Ю. Басін, проф. Н. Кузнецова, проф. М. Сулейменов, проф. Л. Чантурія, доц. О. Жильцов, доц. В. Перемиєнко, доц. З. Убайдулаєв, Н. Бейшеналієва.

<sup>4</sup> Див.: Сравнительная таблица, подготовленная Научно-консультационным центром частного права.

кладені відповідні правила Основ 1991 р. і деякі положення проекту закону 1989 р. (зворотне відсилання і відсилання до права третьої країни, обхід закону, реєстрація актів громадського стану за кордоном; визнання документів, виданих органами іноземних держав, опіка та піклування). На думку експертів, основні недоліки цих проектів полягали в такому. По-перше, в них було дуже багато прогалин у колізійному регулюванні порівняно з сучасними актами країн Європи. Зокрема, були відсутні правила щодо правової кваліфікації, застосування імперативних норм, застосування права країни з множинністю правових систем. По-друге, залишками протекціоністського мислення було безпідставне превалювання односторонніх колізійних норм. По-третє, базові інститути сучасного колізійного права — автономія волі та принцип найбільш тісного зв'язку — не знайшли належного відтворення. Нарешті, в багатьох випадках застосовувалися застарілі колізійні прив'язки, що не відповідали правилам міжнародних конвенцій та сучасним зарубіжним кодифікаціям.

На підставі аналізу поданих проектів експерти накреслили такі принципи підготовки проекту кодифікації норм МПрП як складової частини Моделі ЦК:

кодифікація за обсягом повинна включати всі основні правові рішення колізійного регулювання, відомі сучасній світовій законодавчій практиці та доктрині;

кодифікація мусить іти далі тих досягнень, що втілені в Основах 1991 р., проекті закону про МПрП 1990 р. і національних проектах, поданих делегаціями. З цією метою слід відмовитися від широкого застосування односторонніх колізійних норм, віднайти сучасні колізійні прив'язки та більш повно застосовувати такі базові для сучасного МПрП категорії, як автономія волі та принцип найбільш тісного зв'язку;

кодифікація повинна спиратися на доктрину МПрП (у тому числі й на досить ґрунтовно розроблену за останні півтора століття вітчизняну доктрину), сучасні кодифікації МПрП на національному (Австрія, Італія, Швейцарія, ФРН, Канада, Нідерланди) та міжнародному (конвенції Гаазької конференції з МПрП, Європейського Союзу, країн СНД тощо) рівнях.

Формулюючи перший принцип кодифікації (за обсягом), члени підкомісії на підставі доповіді її Голови вирішили провести широку кодифікацію, яка б включала колізійні норми у



сферах сімейного і трудового права, а також норми міжнародного цивільного процесу. Аргументація такого рішення була такою ж, як і при опрацюванні структури українського ЦК. Крім того, включити цей матеріал дозволяла Стаття 1 Моделі ЦК, яка встановлювала, що сімейні та трудові відносини регулюються цивільним законодавством, якщо законодавством про шлюб та сім'ю і трудовим законодавством не передбачалося іншого. Але такий підхід не знайшов підтримки у більшості експертів країн СНД. На спеціально скликаній нараді всіх експертів, що були присутні на робочій зустрічі в Лейдені, було вирішено, що обсяг колізійного регулювання в Моделі не повинен виходити за обсяг матеріально-правового масиву, що містився в Моделі.

Відповідно до вищенаведених концептуальних положень кодифікації МПрП було створено текст статей Розділу VII «Міжнародне приватне право» Моделі ЦК. Він обговорювався на пленарних засіданнях експертів за участю західних фахівців. Іноземну експертизу проекту проводили професори Ю. Скоулс (США), С. Рейнольдс (США) та М. Полак (Нідерланди)<sup>1</sup>. Пленарні засідання проводилися також у Гаазькій конференції з міжнародного приватного права за участю Секретаря цієї міжнародної організації Я. Луна та інших фахівців. Після незначних доопрацювань тексту цього Розділу на робочій зустрічі експертів у Лейдені у грудні 1995 р. він був прийнятий на сьомому пленарному засіданні Міжпарламентської Асамблеї держав-учасниць СНД 17 лютого 1996 р. як рекомендаційний законодавчий акт для Співдружності незалежних держав<sup>2</sup>.

Кодифікований матеріал було розміщено у 43 статтях (ст.ст. 1194–1235) Розділу VII Моделі ЦК, які були згруповані у дві глави — «Загальні положення» та «Колізійні норми». Друга глава складалася з восьми параграфів, які відповідали структурі матеріально-правової частини Моделі: особи; осо-

<sup>1</sup> Ю. Скоулс — професор Орегонського університету, автор ґрунтовної праці з МПрП (*Scoles E., Hay P. Conflict of Laws. — St. Paul, Minn. — 1992*), С. Рейнольдс — викладач права в Гарвардській школі права, М. Полак — професор з міжнародного приватного права Лейденського університету, автор фундаментальної праці *Private International Law in the Netherlands. — Deventor/Antwerpen. — 1987*.

<sup>2</sup> Див.: Гражданский кодекс. Часть третья. Модель // Приложение к Информационному бюллетеню. — 1996. — № 10.

бисті немайнові права; правочини, представництво, позовна давність; речеві права; договірні зобов'язання; недоговірні зобов'язання; інтелектуальна власність та спадкове право.

Що було зроблено нового в цій кодифікації порівняно з національними проектами кодифікації МПрП і відповідними положеннями Основ 1991 р.? У загальній частині вперше або у більш повному обсязі було представлено основні принципи сучасного МПрП. Уже в першій статті (ст. 1194) закріплювалися такі важливі засади МПрП, як автономія волі та принцип найбільш тісного зв'язку. Питання про правову кваліфікацію юридичних понять пропонувалося вирішувати на підставі *lex fori*, а в деяких випадках (наприклад, коли юридичні поняття невідомі праву країни суду) дозволялося застосовувати право іноземної держави. Дія колізійних правил не зачіпала дію імперативних норм права як національних, так і іноземних, якщо останні мають тісний зв'язок з відносинами (ст. 1201). У такий спосіб була дана відповідь на сучасне питання МПрП. Втім застосування норм іноземного права не повинно бути обмежене лише на тій підставі, що ця норма має публічно-правовий характер (п. 4 ст. 1194). Для випадку, коли застосовуване право країни мало декілька територіальних або інших правових систем (множинність правових систем), то відповідна правова система вибиралася згідно з правом цієї країни (ст. 1202).

Крім наведених, у Моделі були більш точно та повно розкриті й інші принципи і правила МПрП: встановлення змісту норм іноземного права (ст. 1196), зворотне відсилання (ст. 1197), обхід закону (ст. 1198), взаємність (ст. 1199), застереження про публічний порядок (ст. 1200), реторсії (ст. 1203).

У другій главі «Колізійні норми» нововведення торкнулися всіх інститутів колізійного права. Так, колізійні норми щодо осіб уже мали двосторонній характер. Цьому також сприяло введення базового поняття «особистого закону» не тільки для фізичних, а й для юридичних осіб (ст. 1211). Вводилася колізійна прив'язка *lex personalis* для визначення права, що застосовується не тільки до дієздатності фізичної особи, а й до її правоздатності (ст. 1205). До міжнародних цивільних відносин за участю держави застосовувалися ті самі колізійні правила, що і до інших осіб, якщо інше не передбачене законом (ст. 1214).

Новели щодо речевого права полягали в тому, що вводилися правила про правову кваліфікацію майна. Вона здійснюва-

лася на основі колізійної прив'язки *lex rei sitae* (ст. 1219). Для визначення права країни щодо питань виникнення та припинення речевих прав на майно, яке є предметом правочину, пропонувалося змінити колізійну прив'язку *lex loci contractus* на *lex causae*, а для виникнення права власності на майно внаслідок набувальної давності пропонувалося *lex rei sitae* в момент припинення строку набувальної давності (п. 2, 3 ст. 1220).

Як відомо, *lex voluntatis* при визначенні права країни найбільш широко застосовується в договірних зобов'язаннях. У параграфі про договірні зобов'язання знайшло відображення розширення змісту *lex voluntatis*. Зокрема, впроваджувалося правило про те, що сторони договору можуть вибрати право як для договору в цілому, так і для окремих його частин (ст. 1224). Право країни, яке застосовується до договору, охоплює не тільки права і обов'язки сторін, а й такі питання, як тлумачення договору, виконання договору, наслідки невиконання договору, його припинення, уступка вимог і перевід боргу, наслідки нікчемності або недійсності договору (ст. 1227). Тут також ліквідувався різний підхід у колізійному регулюванні зовнішньоекономічних та всіх інших договорів. Застосування права країни сторони, яка здійснює виконання, що має вирішальне значення для змісту такого договору, стало універсальною колізійною прив'язкою для всіх договорів.

Серед колізійних правил, що застосовуються до недоговірних зобов'язань, з'явилися нові колізійні норми щодо зобов'язань із односторонніх дій (публічна обіцянка винагороди, діяльність у чужому інтересі без доручення тощо) та спеціальні колізійні норми щодо вимог споживача про відшкодування шкоди у зв'язку із купівлею товару та наданням послуг (ст.ст. 1228, 1230).

В інституті спадкового права з'явилася можливість обмеженого застосування *lex voluntatis* при складанні заповіту (ст.ст. 1233, 1235).

Отже, кодифікація колізійного права в Моделі ЦК значно просунула вперед законодавчу практику МПрП у країнах колишнього СРСР, яка в багатьох своїх аспектах відповідала світовому досвіду та світовим тенденціям розвитку МПрП. Модель кодифікації МПрП майже повністю знайшла втілення в нових цивільних кодексах Беларусі (1999), Вірменії (1998), Казахстану (1999), Киргизстану (1999), Узбекистану (1996). Модель також було покладено в основу підготовки проектів відповідних частин цивільних кодексів Росії та України.

**3. Створення та вдосконалення кодифікації МПрП як складової частини проекту ЦК України у 1996-2000 рр.** 3 січня по березень 1996 р. Робоча група завершувала роботу над проектом ЦК України для передачі його до Верховної Ради України. Саме в цей період було вирішено включити до проекту ЦК доопрацьований та узгоджений з ним проект Сімейного кодексу, який до цього розробляла окрема група фахівців<sup>1</sup>. 20 березня 1996 р. роботу над цим варіантом проекту ЦК України було завершено. До Книги восьмої «Міжнародне приватне право» увійшли норми модельної кодифікації МПрП, а також колізійні норми сімейного права та правила міжнародного цивільного процесу. Проте проект ЦК в частині МПрП було значно перероблено під час його доопрацювання влітку 1996 р. з урахуванням положень нової Конституції України. Німецьким фондом міжнародного правового співробітництва було проведено міжнародну експертизу Книги восьмої, яку виконав доктор Хайнрих Дернер<sup>2</sup>.

Так з'явився проект ЦК від 25 серпня 1996 р., який і було прийнято Верховною Радою України в першому читанні 5 червня 1997 р.<sup>3</sup>

На відміну від чинного ЦК України та інших внутрішніх джерел МПрП проект пропонував повніше колізійне регулювання міжнародних приватних відносин, що, на думку його розробників, забезпечуватиме ефективну взаємодію української правової системи з правовими системами світу і тим самим сприятиме розвитку міжнародних економічних та інших відносин. Серед новел слід відзначити загальні норми колізійного права (правова кваліфікація, встановлення змісту норм іноземного права, зворотне відсилання, обхід закону, взаємність, публічний порядок, застосування імперативних норм тощо). Більшість із цих положень раніше формулювалися лише у правовій доктрині.

У проекті пропонувалося побудувати систему колізійного права України на таких загальноновизнаних у світі засадах міжнародного приватного права, як автономія волі сторін правовідношення, можливість широкого та повного застосу-

<sup>1</sup> Див.: Довгерт А., Калакура В. Вказ. праця. — С. 108—114.

<sup>2</sup> Х. Дернер — професор кафедри цивільного права, міжнародного приватного та порівняльного права університету Генріха Гейне у Дюссельдорфі.

<sup>3</sup> Текст проекту див.: Українське право. — 1996. — № 2.

вання іноземного права, максимально повного урахування інтересів фізичної особи щодо її особистого та сімейного статусу, застосування до правовідносин права країни, що має з ними більш тісний зв'язок, надання суду або іншому органу можливості творчо застосувати колізійне право.

На відміну від чинного колізійного права, де можливість вибору права країни сторонами правовідношення обмежувалася в основному сферою зовнішньоекономічних угод, у проекті ЦК цьому колізійному правилу надається виключне значення, що повністю відповідає основним засадам приватного права з його свободою волі приватних осіб. По-перше, значно розширилася сфера правовідносин, де допускається вибір права країни. Крім договірної права, автономія волі передбачалася для всіх правочинів, деяких питань права власності, а в обмеженому вигляді — для деліктів, сімейного права (загальні юридичні наслідки шлюбу, майнові наслідки шлюбу) та спадкового права. По-друге, в проекті вперше визначено основні правила щодо самої автономії волі, зокрема: вибір права країни має бути явно виражений або прямо впливати з умов правочину чи обставин справи; вибір права країни, як правило, не обмежується колом правопорядків країн, поміж яких можливий вибір; вибір права країни або зміна раніше вибраного права можуть бути здійснені сторонами у будь-який час; явно виражений вибір права країни може бути здійснений як щодо правочину в цілому, так і для його окремих частин.

Можливість широкого, повного та точного застосування іноземного права забезпечувалася, крім правил автономії волі, іншими правовими механізмами. Так, у проекті колізійні норми формулювалися переважно як двосторонні, вводилася система сучасних колізійних прив'язок. Обмеження в застосуванні іноземного права в Україні відповідали світовій практиці. Зокрема, іноземне право не застосовується у випадках, якщо його застосування призводить до результатів, явно не сумісних з основами правопорядку (публічного порядку) України.

Повнота та точність права країни, яке підлягає застосуванню відповідно до колізійних норм, забезпечувалися перш за все тим, що під цим правом пропонувалось розуміти не тільки матеріальні приватні, а й публічні норми, а в деяких випадках — і колізійні норми. Що ж до встановлення змісту норм іноземного права, то проектом передбачалося, що при засто-

суванні іноземного права суд встановлює зміст його норм згідно з їх офіційним тлумаченням, практикою застосування і доктриною у відповідній державі. Суду надавалася можливість звернутися за роз'ясненнями до Міністерства юстиції України, а сторонам — всіляко сприяти у встановленні змісту цих норм.

Праця над змістом Книги потребувала опрацювання багатьох міжнародних угод, що уніфікують колізійні норми, серед яких слід згадати Конвенцію про правову допомогу країн СНД (1993), Конвенцію про право, що застосовується до міжнародної купівлі-продажу (1986), Римську конвенцію про право, яке застосовується до договірних зобов'язань (1980), Гаазькі конвенції з питань шлюбу, сім'ї та спадкування.

Трирічна підготовка проекту ЦК до другого читання (1997-2000 рр.) стала наступним великим етапом кодифікаційних робіт з МПрП. У цей період відбулося широке обговорення Книги восьмої на IV Всеукраїнській науково-практичній конференції з питань кодифікації законодавства України (18-20 червня 1997 р.)<sup>1</sup> та на сторінках наукових видань. Експерти Тимчасової спеціальної комісії з підготовки проекту нового ЦК двічі за цей період на своїх засіданнях (серпень-вересень 1997 р. та серпень-вересень 1999 р.) обговорювали статті Книги «Міжнародне приватне право» та пропозиції, що надійшли від народних депутатів другого та третього скликання Верховної Ради України. Дуже плідною була також робоча зустріч з питань МПрП у вересні 1997 р. з фахівцями ФРН проф. Ульріхом Дробнінгом<sup>2</sup> та доктором Х. Дернером.

15 вересня 1999 р. на засіданні Тимчасової комісії Верховної Ради було обговорено результати роботи експертів-фахівців щодо опрацювання зауважень і пропозицій до проекту ЦК та було подано до другого читання проект Порівняльної таблиці.

До Книги восьмої надійшло близько 50 пропозицій<sup>3</sup>. Більшість з них уточнювала зміст запропонованих норм, містила редакційні та термінологічні уточнення. Пропозиції щодо істотних змін окремих статей Книги було спрямовано на

<sup>1</sup> Див.: Українське право. — 1997. — № 3.

<sup>2</sup> У. Дробнінг — один із найвидатніших цивілістів Західної Європи, тривалий час був директором Інституту Макса Планка із зарубіжного приватного та міжнародного приватного права.

<sup>3</sup> Ці пропозиції див.: Українське право. — 1999. — № 1.

більш повну реалізацію сучасних принципів міжнародного приватного права.

Сутність важливих змін полягала в такому. По-перше, пропонувалося зняти деякі обмеження щодо застосування судами у передбачених законом випадках іноземного права. Зокрема, пропонувалося виключити ст. 1558 ЦК, де встановлювалося правило про взаємність при застосуванні іноземного права, а також виключити норму про те, що іноземне право не застосовується, якщо дія, що стала підставою для вимоги про відшкодування шкоди, за законодавством України не є протиправною (п. 3 ст. 1594).

З вищезгаданим питанням пов'язана і пропозиція щодо скасування правила про відмову судів України виконувати доручення іноземних судів на проведення окремих процесуальних дій, якщо відсутня взаємність у виконанні доручень у державах, з яких надійшли доручення (ст. 1619). Пропонувалося також відмовитися від правила (ст. 1621), за яким суди України виконують рішення іноземних судів тільки за наявності відповідної міжнародної угоди. Такі обмеження, на думку розробників, стримують розвиток міжнародних ділових відносин і тому давно зняті в більшості країн світу.

З урахуванням правового досвіду інших країн пропонувалося також посилити принцип диспозитивності в українському міжнародному приватному праві. Зокрема сторонам деліктних зобов'язань і зобов'язань з безпідставного збагачення надавалася можливість обирати право країни суду (ст.ст. 1593, 1595). У справах з іноземним елементом за участю тільки юридичних осіб останнім надавалася можливість вибору у зверненні чи то до арбітражних судів України, чи до інших судів України загальної юрисдикції. Основною підставою для визначення підсудності українських судів у справах з іноземним елементом пропонувалося розглядати угоду сторін у спорі про підсудність справи судам України (ст. 1616).

8 червня 2000 р. ці зміни було схвалено Верховною Радою, яка прийняла проект ЦК у другому читанні.

Підготовка проекту до третього читання відбувалася у серпні-липні 2000 р. Експерти запропонували лише кілька уточнень і доповнень до тексту Книги<sup>1</sup>. Зокрема, пропонувалося

<sup>1</sup> Див.: Порівняльна таблиця до проекту Цивільного кодексу України (третє читання) від 8 липня 2000 р.

чітко вказати на те, що правила МПрП стосуються не тільки суду чи інших держав, а також і учасників відповідних відносин (п. 4 ст. 1551).

Ось такі основні етапи історії сучасної кодифікації МПрП України. 2001 р., можливо, впише до цієї історії нові сторінки.

*Надійшла до редколегії 17.04.01*

**Є. Харитонов**, професор ОдНЮА

## **Рубежі Західної традиції приватного права**

Як кожний процес, достатньо тривалий у часі, буття Західної традиції приватного права доцільно поділити на відтинки, що характеризують основні віхи її розвитку. Найпростішим було б провести такий поділ, орієнтуючись на усталену періодизацію історії: Античність, Середньовіччя (раннє та пізнє), Новий час. Проте така періодизація лише приблизно відображує зміни, які відбувалися в історії Західного Світу. Крім того, будучи більш чи менш прийнятною для характеристики перебігу політичної історії, ця періодизація мало придатна для встановлення визначальних рубежів цивілізаційного розвитку. Тим більше вона недостатня для визначення етапів розвитку окремих елементів цивілізації (культури), кожен з яких має свій ритм.

Сказане повною мірою стосується права. Наприклад, Велика Французька революція ще не означала миттєвої і кардинальної зміни всіх правових інститутів. Створення Української Народної Республіки взагалі не супроводжувалося виникненням нової системи права.

Невідповідність ритмів розвитку держави і права (або ж політичної історії та розвитку елементів культури) особливо помітна у галузі приватного права. Якщо зміна політичного режиму незабаром тягне і зміну публічно-правових норм, що тісно пов'язані з публічною владою і є її продовженням, то їх вплив на приватне право, як правило, є менш помітним і більш віддаленим у часі.

Звичайно, можливі кардинальні рішення і у цій галузі. Наприклад, можна скасувати, як це зробила радянська влада, право приватної власності. Однак невизнання або запроваджен-



ня того чи іншого інституту, тим більше в якійсь одній державі, ще не є зміною правової системи. Це завше є швидше політичним, ніж правовим рішенням і вимагає багатьох років праці по знищенню або трансформації правової системи, що існувала в державі. Ще більше часу має пройти до того, доки ідеї у галузі приватного права, які утвердилися у праві однієї держави, зможуть справити вплив на групу правових систем (правову сім'ю), право локальної цивілізації тощо.

Щоб врахувати згадані розбіжності у темпах розвитку політичної історії, а відтак публічного і приватного права, слід удатися до такого прийому, як розрізнення періоду і етапу, позначаючи першим — суто історичне (хронологічні зміни або ж зміни у часі), а другим — логічне (якісні зміни тих чи інших соціальних, політичних, правових інституцій)<sup>1</sup>.

У такому разі, зберігаючи відносно загального політичного розвитку поділ історії Європи на Античність, Середньовіччя, Новий час, у розвитку права на Заході маємо підстави розрізнати декілька етапів, пов'язаних з урахуванням переломних моментів у розвитку права взагалі і приватного права зокрема.

Г. Берман пояснює наявність таких «зламів» характерною для Західної традиції права невідповідністю між її ідеалами і реальністю, що періодично призводило до насильницького знищення правових систем шляхом революцій<sup>2</sup>, яких називає шість: 1) папська революція 1075–1122 рр.; 2) лютеранська реформа у Німеччині XVI ст.; 3) англійська революція XVII ст.; 4) американська революція 1776 р.; 5) французька революція 1789 р.; 6) російська революція 1917 р.

Кожна з цих революцій спричинила фундаментальні, стрімкі, насильницькі і тривалі зміни у соціальній системі в цілому. Кожна шукала легітимності у фундаментальному законі, віддаленому минулому і апокаліптичному майбутньому. Кожна врешті-решт створила нову правову систему, яка втілювала деякі з основних завдань революції і змінювала Західну правову традицію, але у кінцевому результаті зберігалася у рамках цієї традиції.

<sup>1</sup> Див.: *Косарев А. И.* Римское право. — М., 1986. — С. 11.

<sup>2</sup> Революції, на його думку, це потужні вибухи, що відбувалися тоді, коли правова система застигала і не могла пристосуватися до нових умов, а відтак, сприймалася як така, що не відповідає своїм кінцевій меті і завданням (див.: *Берман Г. Дж.* Западная традиция права: эпоха формирования. — М., 1998).

Отже, в цілому правова традиція зберігалася і у дійсності оновлювалася в ході революцій<sup>1</sup>.

Погоджуючись з висновком щодо необхідності врахування значення революцій для формування та реформування права (додам від себе: і для визначення вектора розвитку приватного права), разом з тим не можу не звернути увагу на деякі істотні вади його підходу, що ставлять під сумнів життєздатність запропонованої концепції в цілому.

Перша з них полягає у надмірному розширенні, а відтак, розмиванні критеріїв поняття «Західна традиція права». Скажімо, можна погодитися з тим, що американська революція вплинула на розвиток деяких інститутів західного права<sup>2</sup>.

Однак для розвитку Західної традиції права це не було вирішальним<sup>3</sup>. Тому як суттєвий чинник формування Західної традиції права виокремлювати американську революцію наврод чи доцільно. Ще більшою мірою це стосується традиції приватного права, яка у США взагалі проявлялася опосередковано через англосаксонську систему права.

Другою вадою концепції Г. Бермана, на нашу думку, є те, що він вважає нібито Росія, Греція, Іспанія спочатку були поза впливом Західної традиції права, але пізніше стали частиною Заходу (так само як Північна і Південна Америка та інші області)<sup>4</sup>. Проте такий підхід видається методологічно некоректним, оскільки ґрунтується на ігноруванні Західної та Східної

<sup>1</sup> Див.: Берман Г. Дж. Вказ. праця. — С. 43.

<sup>2</sup> Див., напр.: Токвіль, Алексіс де. Про демократію в Америці / Пер. з франц. — К., 1999. — С. 341 та наст.

<sup>3</sup> Парадоксально, що головними адептами американських ідей у галузі права виявилися юристи-«господарники» з пострадянського простору (див., напр.: Мамутов В. І знову про загальноцивілістичний підхід // Право України. — 2000. — № 4. — С. 93. Критику див.: Харитонов Є. Антицивілістика, або Сім «неправд» так званого господарського підходу // Право України. — 2000. — № 9. — С. 90.). Можливо, це пов'язано з подібністю ситуації: спробами держави подолати хаос, що виник при зміні економічних відносин в умовах непридатності концепції права, яка існувала раніше, і неусвідомленням своєї належності до певної цивілізації.

<sup>4</sup> Див.: Берман Г. Дж. Вказ. праця. — С. 20. Оскільки Україна окремо не згадується, то можна припустити, що вона розглядається як така, що входила до складу Росії. Тим більше, що перше видання цієї праці Г. Бермана здійснене ще у 1983 р.

Європейських локальних цивілізацій і відповідно двох традицій приватного права Європи<sup>1</sup>.

Нарешті, ще однією вадою (і, можливо, найбільш істотною у запропонованій концепції) є те, що тут змішуються різнопорядкові явища, якими є Папська революція та наступні за нею.

Папська революція визначає рубіж між Європейськими хронологічними цивілізаціями раннього та пізнього Середньовіччя. Вона є граничною межею періоду конституціоналізації Західної традиції права, який розпочався у 1054 р. офіційним визнанням поділу Християнської церкви (це мало значення для всього розвитку європейської традиції права) і завершився визнанням незалежності світської та релігійної влади (що вже стало надалі істотною ознакою саме Західної традиції права і мало суттєве значення для розвитку таких частин приватного права, як право приватне і сімейне).

Що ж стосується революцій німецької Реформації, англійської і американської революцій, французької революції 1789 р. і навіть російської революції 1917 р., то всі вони мали певне і до того ж помітно виражене національне (з таким же успіхом можна вважати його етнічним) забарвлення. Вони були національними, але не у тому значенні, що були спрямовані на досягнення національно усвідомленої мети, а тому, що відображали суперечності національного характеру, особливості історичного розвитку певного етносу, народу, групи народів, а також специфіку національного (чи етнічного) підходу до вирішення проблем, які накопичилися у суспільстві.

Тому не можна погодитися з тезою про те, що втрата єдності і спільності мети західною цивілізацією, а також «переродження зв'язків раси, релігії, сім'ї, класу, сусідства, співробітництва у поверхові націоналізми», припадають на ХХ ст., а відтак, спричиняють дезінтеграцію Західної традиції права<sup>2</sup>.

Достатньо впевнено можна стверджувати, що національний вплив на єдину Західну традицію права розпочався набагато раніше — у зв'язку з формуванням європейського світогляду Нового часу і пов'язаним з цим похідним процесом

<sup>1</sup> Див.: Харитонов Є. О. Історія приватного права Європи: Східна традиція. — Одеса, 2000. — С. 7–9.

<sup>2</sup> Див.: Берман Г. Дж. — С. 16.

трансформацій культури<sup>1</sup>. Результатом цього був кластер (жмут) революцій, згаданих вище, що зумовив перехід до нового етапу розвитку Західної традиції права. Для нього характерним є формування у межах Західної традиції права відносно відокремлених правових сімей, які відображують порядок з рисами, спільними для Західної традиції права в цілому, також локальні особливості її розвитку.

Відтак, формуються блоки права нової якості: вони відображують національні традиції (точніше, коктейль із них, там де є міжнаціональна взаємодія) — звичаєве право, особливості світоглядного підґрунтя (пануюча християнська релігія вже поділена не тільки на Західну і Східну гілки, а й усередині її західного напрямку немає єдності: католики, протестанти, англіканці тощо), характер сприйняття античного спадку в галузі права та дію інших чинників.

Гадаю, що особливо треба наголосити на значенні цього етапу у розвитку Західної традиції приватного права.

Якщо від початку формування західного права до цього часу традиція приватного права або ще тільки зароджувалася (право раннього Середньовіччя), або перебувала на стадії осмислення і створення концепції, формування окремих інститутів тощо, то після кластеру революцій відбувається «прорив» у цій галузі і примат прав приватної особи стає Визначальним чинником встановлення головного вектора подальшого розвитку права. Можна сказати, що відбувається закладення підвалин сучасного (і перспективного) бачення приватного права як такого.

З урахуванням наведеного можна виокремити такі етапи розвитку Західної традиції приватного права:

1) формування західної традиції права як такої. Період від падіння Західного Риму до Папської революції 1075–1122 р. Це доба «персонального» (доприватного) права;

2) початок формування у Західній традиції права галузі приватного права. Охоплює період від Папської революції до Реформації середини XVI ст. Це доба «персональної юрисдикції» (протоприватного права).

<sup>1</sup> Деякі дослідники звертали увагу на ту обставину, що дія цих факторів була помітною ще в Античну добу (див.: *Фергюсон А. Опыт истории гражданского общества / Пер. с англ. — М., 2000. — С. 205–207, 307–327*).

3) становлення Західної традиції приватного права. Період від буржуазних революцій XVI–XVIII ст.ст. до Першої світової війни (початок XX ст. знаменує собою початок сучасного етапу розвитку Західної традиції приватного права). Це доба правових родин (сімей).

Для *першого* з цих етапів характерним є перехід від античного права до ідеї формування права західноєвропейського.

Відбувається формування такої риси Західної традиції права, як його відносна незалежність; разом з тим відбувається хаотичне запозичення норм римського права та імплементація їх у збірники варварських законів. При цьому варварське право, яке переважає, міцно сплавлене з політичним та релігійним життям, звичками та моральністю.

У Церкві до XI ст. також ще немає самостійних, систематизованих законодавчих актів і розвинутої професійної юриспруденції. Канонічне право невідривно пов'язане з теологією, і навіть сам вираз *ius canonicum* вживається не дуже часто.

Визначальним принципом, що діє у галузі приватних відносин, є підпорядкування «персональному праву», яке визначається насамперед за ознакою підданства (громадянства).

На *другому етапі* починається формування специфічних ознак Західної традиції права, а також заявляється інтерес до приватного права і формуються його характерні риси.

Ці зміни відбуваються під час Папської революції 1075–1122 рр.<sup>1</sup>, яка заклала підвалини для повторного відкриття римських текстів Юстиніана, звільнивши духовенство від імператорського, королівського та баронського володарювання і встановивши сильну папську монархію у Західній Церкві. З цією метою у Болоньї було засновано перший в Європі університет для навчання юристів і створення правової науки, а також відокремлення церковної та світської юрисдикцій, церковних та світських правових інститутів.

Церква, що була першою державою у сучасному значенні, потребувала сучасної правової системи для регулювання внутрішніх відносин, а також відносин з новими світськими державами. Держави в свою чергу з цією ж метою також потребували сучасної правової системи.

<sup>1</sup> Її також іменують «Суперечкою за інвеституру» або «Григоріанською реформою».

На цьому етапі формується концепція права як узгодженого цілого, єдина система; заявляється віра в безперервну природу права, його здатність зростати від покоління до покоління; «зростання» права на Заході набуває певної внутрішньої логіки: його зміни являють собою не просто пристосування старого до нового, але складають частку певної Загальної моделі змін<sup>1</sup>; формується віра у верховенство права над політичною владою; різні юрисдикції та різні правові системи співіснують і змагаються у одному й тому самому суспільстві. Приватне право починає формуватися в окрему галузь, зокрема завдяки ідеям Високого Відродження, розвитку ремесел і торгівлі, канонічному праву тощо. Триває засвоєння догми та систематизація римського права, набуває поширення його рецепція у формі прямого застосування норм.

Визначальним принципом регулювання відносин у приватній сфері є «персональна юрисдикція» — норми тієї чи іншої сукупності права застосовуються до певної групи суб'єктів: визначальним є не громадянство, національність, раса, стать тощо, а належність до певного соціального стану.

На *третьому етапі* під впливом ідей «природного права» відбувається формування головних ідей Західної традиції приватного права: визначення незалежного стану приватної особи, визнання за нею комплексу невід'ємних особистих і майнових прав, запровадження принципу свободи договору та ін. Характерною є всебічна рецепція римського приватного права як універсального інструменту забезпечення прав приватної особи.

З іншого боку, завдяки національним буржуазним революціям, спрямованим на подолання суперечностей внутрішнього державного та соціально-культурного розвитку, відбувається збагачення Західної традиції приватного права. Зокрема, лютеранська концепція християнської совісті сприяє розвитку і створенню оновленої системи захисту приватних договорів та майнових прав у багатьох західних країнах. Англійське пуританство сприяє розвитку основи більш незалежного судочинства, суду присяжних і зміцнює права людини — не тільки в Англії, а й у кінцевому результаті в інших країнах Західної Європи. Кодифікація цивільного права у Франції стимулює нові кодифікації в усій Європі та на інших континентах.

<sup>1</sup> Як зазначав Г. Берман, право не просто продовжується, воно має свою історію (див.: Берман Г. Вказ. праця. — С. 42).

Відбувається формування «правових родин», або ж «сімей права», а в їх рамках систем приватного права Європи, що, звісно, теж впливає на розвиток Західної традиції приватного права. Остання втрачає «станову розгалуженість» (персональну юрисдикцію), стає більш чіткою сукупністю. Але у той же час вона диференціюється відповідно до релігійно-світоглядних та національних традицій і розвивається тепер не тільки у хронологічних, а й у рівнобіжних географічних координатах.

*Надійшла до редколегії 12.05.01*

# УДОСКОНАЛЕННЯ ЮРИДИЧНОЇ ОСВІТИ

*П. Рабінович*, член-кореспондент  
АПрН України

## **Права і свободи людини: загальні принципи викладання у навчальних закладах**

Розгортання практики викладання прав людини в школах та в інших середніх навчальних закладах України, нагромадження різноманітного досвіду вчителів цього курсу зумовлює потребу у виробленні загальних засад, принципів такої діяльності. Вони «виростають» у першу чергу із всесвітньо- і регіонально-міжнародних актів з прав людини, у тому числі тих, що спеціально присвячені освіті з цих питань<sup>1</sup>. Та якими б уніфікованими, універсальними не були такі принципи, вони мають застосовуватися в Україні з урахуванням її конкретно-історичних умов, особливостей організації освіти, попереднього (зокрема негативного) досвіду, наявності кадрів учителів, навчально-методичного забезпечення тощо.

Аналіз низки згаданих актів, опублікованих та неопублікованих матеріалів практики вітчизняних вчителів відповідного курсу, а також окремих спроб визначити досліджувальні засади<sup>2</sup>, дає підставу сформулювати такі загальні принципи викладання прав людини у школі.

<sup>1</sup> Див., напр.: ст. 26 Загальної декларації прав людини; ст. 13 Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права; Рекомендації щодо виховання у дусі міжнародного взаєморозуміння, співробітництва і миру та виховання у дусі поваги прав людини й основних свобод (схвалені ЮНЕСКО у 1974 р.); п. 33, 78–82 Віденської Декларації і Програми дій Всесвітньої конференції з прав людини (1993 р.), Резолюція Комітету Міністрів Ради Європи «Про вивчення прав людини» (1978 р.); Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи про викладання і вивчення прав людини у школах (1985 р.); Документ Московської наради-конференції держав-учасниць НБСЄ з людського виміру загальноєвропейського процесу (1991 р.).

<sup>2</sup> Так, Рагозін вважає такими засадами: безперервність, міждисциплінарність, зв'язок освіти з практичною діяльністю, інтеркультурність (див.: Права человека в современном мире. — Донецк, 1995. — С. 147–158).

Віддаючи належне пріоритетності такої спроби, не можна, проте, не зауважити, що означені засади стосуються викладання будь-яких гуманітарних предметів.



**І. Забезпечення світоглядного статусу (характеру) знань щодо прав людини.** Згідно з цим принципом, учням слід прищепити розуміння того, що інститут прав людини має слугувати наріжним каменем, визначальним критерієм оцінки гуманістичності як усього соціального світу, середовища, в якому людина існує, так і кожного його складника.

Цей принцип зумовлюється тим, що таке явище, як права людини, є неодмінним, «обов'язковим» компонентом сучасного соціуму. А тому світогляд, у якому бракує достатніх знань щодо таких прав, є, вочевидь, обмеженим, можна навіть сказати — дефектним.

Об'єктивною основою розглядуваного принципу є також універсалізація прав людини — реальна тенденція сучасного розвитку цього інституту. Вона проявляється насамперед у тому, що на сьогодні абсолютна більшість держав визнали існування проблем здійснення і захисту «природних», невід'ємних прав людини та необхідність їх поступового все повнішого розв'язання; погодилися із закріпленням у Загальній декларації прав людини мінімально необхідного переліку назв прав людини як своєрідного пакета взірців, на які має орієнтуватися державна політика (одним із свідчень цього є фіксація більшості з цих прав у конституціях або в інших державних законах установчого характеру); домовилися про створення недержавних (міжнародних) органів, які ними ж уповноважені слідкувати за станом прав людини у відповідних державах, піддавати його своєму контролю та впливу, а також дали згоду на виконання рекомендацій та рішень цих органів; дійшли консенсусу щодо процедури розгляду питань (у тому числі конфліктних), пов'язаних із недотриманням, порушенням прав людини у відповідній державі.

Відображення названого принципу можна побачити у деяких фундаментальних міжнародних документах, оскільки вони так чи інакше торкаються проблем вивчення прав людини. Наприклад, у рішенні Московської наради конференції держав-учасниць НБСЕ з людського виміру загальноєвропейського процесу (1991 р.) наголошувалося, що «освіта у галузі прав людини має основоположне значення». У прийнятому ООН Міжнародному плані дій на десятиріччя освіти у галузі прав людини (1995–2000 роки) відзначалося, що одним з основних вимірів просвітниць-

ких кампаній має бути «сприяння створенню культури прав людини шляхом розвитку цінностей, переконань та світоглядних підходів, які відстоюють права людини»<sup>1</sup>.

Реалізується зазначений принцип шляхом запровадження у свідомість учнів сталого уявлення про глобальність, вселюдськість, безвинятковість прав людини, про їх органічну належність усім і кожному. Задля цього доречно, зокрема, відтворювати відповідні положення фундаментальних актів ООН, «континентальних» міжнародних актів, конституцій різних держав, а особливо ж — ті їх приписи, в яких застосовано поняття «людина» («human being»), «кожний» («everyone»), «усі» («all») і т. ін.

Особливого значення у зв'язку з цим набувають настанови міжнародних органів щодо універсальності, єдності (неподільності), невибірковості прав людини<sup>2</sup>. Так, у п. 3 частини II Віденської Декларації і Програми дій (підсумкового документу Всесвітньої конференції ООН з прав людини, ухваленого нею 25 червня 1993 р., відзначено: «Усі права людини є універсальними, неподільними, взаємопов'язаними і взаємозалежними. Міжнародне співтовариство має ставитись до прав людини глобально, на справедливій і рівній основі з однаковим підходом та увагою, хоча значення національної та регіональної специфіки та різноманітних історичних, культурних і релігійних особливостей слід мати на увазі, держави зобов'язані, незалежно від їх політичних, економічних, культурних систем, заохочувати і захищати усі права людини та основні свободи».

Далі. Реалізації розглядуваного принципу може сприяти також використання й обґрунтування поняття «правозахисний світогляд», точніше кажучи — характеристика властивостей того феномена індивідуальної свідомості, який цим поняттям відображається.

Одна з перших таких вітчизняних спроб належить, наскільки нам відомо, співголові Харківської правозахисної групи Є. Захарову. На його думку (висловлену, зокрема, на II Міжна-

<sup>1</sup> Десятилетие образования в области прав человека Организации Объединенных Наций. 1995–2000 годы // Уроки ради жизни. — Нью-Йорк — Женева, 1993. — С. 43–44.

<sup>2</sup> Див., напр.: Відозва Тегеранської міжнародної конференції ООН з прав людини (1968 р.); Декларація ООН про право на розвиток (1986 р.)

родній конференції «Освіта у галузі прав людини — основа побудови громадянського суспільства», що відбулася 1997 р. у Харкові), правозахисний світогляд повинен ґрунтуватися на уявленні про те, що між державою і громадянином завжди існує «об'єктивно зумовлений антагонізм», а тому правозахист — це передусім захист від «експансії влади», від держави.

Погоджуючись значною мірою з такою інтерпретацією правозахисного світогляду, зауважимо, що, на наш погляд, вона потребує певних коментарів і уточнень. Адже проблема полягає в тому, що держава може бути (і нерідко справді буває) не тільки головним порушником прав людини, а й головним їх захисником. Остання обставина існує не менш об'єктивно, ніж перша. На таку «правосуперечливість» природи держави звернув увагу відомий правозахисник М. Маринович.

Тому, на нашу думку, неодмінною складовою правозахисного світогляду — світогляду соціально обґрунтованого і дієвого — має бути положення про те, що порушення прав людини, ким би воно не було вчинено, мусить бути усунено й відшкодовано саме державою, її судовими органами насамперед. Тим більше, якщо ця держава оголосила себе правовою.

Якщо ж правозахисний світогляд формуватиметься на засадах абсолютного негативізму щодо держави (відомий російський юрист Л. Мамут назвав — з деяким публіцистичним перебільшенням — такий підхід «державоненависництвом»), тоді це не сприятиме ефективному використанню встановлених державою юридичних інструментів захисту прав людини.

І, нарешті, ще один аспект реалізації розглядуваного принципу. Зазвичай стрижнем правозахисного світогляду вважається, як уже зазначалось, ідея захисту прав людини від держави. Та якщо держава відображує, так чи інакше, інтереси суспільства, то ця ідея означатиме також захист людини і від суспільства.

Тим часом, як відомо, усі основні, необхідні для існування і розвитку людини блага вже здавна продукує тільки-но суспільство, і тільки «з його рук» вона їх дістає. Тому зворотною стороною світоглядної засади «суспільство (держава) для людини» має бути, вважаємо, усвідомлення людиною і того, що саме суспільство є для неї головною цінністю. Переконаність у цьому орієнтує людину на співставлення своїх особистих інтересів (потреб) з інтересами суспільства, тих або інших

його частин. Не вдаючись до такого порівняння, «зважування» інтересів, у багатьох випадках взагалі важко визначити, де «закінчуються» права людини (а безмежними вони ніколи не бувають) і чи порушені вони державою як офіційним представником суспільства

Підставність такого підходу яскраво ілюструється, наприклад, рішенням Європейського суду з прав людини, який виголошує і намагається реалізувати у своїй практиці так званий принцип пропорційності (тобто співмірності між правами людини, можливістю їх використання, з одного боку, і здійснюваним державою «у громадських інтересах», «в інтересах суспільства» обмежуванням, втручанням у здійснення таких прав). Тому значення цієї практики, як слушно відзначають її дослідники, полягає у тому, що вона сприяє з'ясуванню, яке ж саме явище відображається поняттям права, тобто, що власне є правом<sup>1</sup>.

**II. Вивчення прав людини як втілення «уособлення» загальнолюдської моралі.** Цей принцип полягає у вимозі доводити учням, що, з одного боку, неодмінним складником загальнолюдської моралі є права людини, а з іншого — останнім приたまанний суто моральний зміст.

Проявом цього принципу є аксіоматичне, можна сказати, апріорне визнання самоцінності (й рівноцінності) кожної людини як «першоджерела» її прав. Він об'єктивно зумовлюється соціальною природою прав людини. Адже це явище конститується й існує лише у зв'язках, стосунках, залежностях різноманітних суб'єктів, тобто у суспільних відносинах. А ці відносини ніколи не позбавлені моральних аспектів, властивостей, характеристик.

Органічна єдність прав людини і загальнолюдської моралі адекватно відображається поняттям «етика прав людини». І воно має застосовуватись у різноманітних навчальних ситуаціях.

Як на один з вагомих аргументів, котрі можуть використовуватись у навчальному процесі для реалізації зазначеного принципу, варто посилатися на те, що смисл, зміст прав людини (а подекуди й навіть їх назви) нерідко інтерпретуються за допомогою суто моральних категорій — насамперед таких,

<sup>1</sup> Див.: *Дженіс М., Кей Р., Бредлі Е.* Європейське право у галузі прав людини. Джерела і практика застосування. — Київ—Будапешт, 1997. — С. XI.

як «гідність» і «справедливість». Доречно нагадати, що преамбула загальної декларації прав людини вміщує таке моральне поняття, як «совість людства». За нашими підрахунками, у шести фундаментальних актах ООН з прав людини<sup>1</sup> та у двох актах ЮНЕСКО<sup>2</sup> моральні поняття вживаються 104 рази, у тому числі поняття «гідність» — 30, поняття «повага» — 28, поняття «справедливість» — 19, поняття «мораль» — 17 разів, а у присвячених правам людини основних актах Ради Європи<sup>3</sup> та актах НБСЕ<sup>4</sup> моральні поняття використовуються 57 разів, у тому числі поняття «повага» — 22, поняття «справедливість» — 15, поняття «гідність» — 9 разів.

З огляду на розглядуваний принцип вельми важливо формувати в учнів переконання у *рівноцінності*, «рівногідності» усіх людей.

Для цього можуть виявитись ефективними, скажімо, такі «сюжети»:

- моральна сутність, етична насиченість прав людини;
- небезмежність, неабсолютність прав людини, залежність «обсягу» їх використання від прав інших суб'єктів, котрі (ці права) не можна ігнорувати, ущемлювати, порушувати;
- визнання у фундаментальних міжнародних актах з прав людини того, що «моральність суспільства» може бути однією з припустимих підстав законодавчого обмеження прав людини;

<sup>1</sup> Див.: Загальна декларація прав людини; Міжнародний пакт про громадянські та політичні права; Міжнародний пакт про економічні, соціальні та культурні права; Конвенція з прав дитини; Конвенція про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок; Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або принижуючих гідність видів поводження і покарання.

<sup>2</sup> Див.: Конвенція про заходи, спрямовані на заборону та запобігання незаконному ввезенню, вивезенню та передачі права власності на культурні цінності; Конвенція про охорону всесвітньої культурної і природної спадщини.

<sup>3</sup> Див.: Європейська конвенція з прав людини; Протокол № 11 до Європейської конвенції з прав людини; Європейська соціальна хартія; Хартія регіональних і національних мов; Рамкова конвенція про захист національних меншин; Конвенція про права людини і біомедицину.

<sup>4</sup> Див.: Заключний акт НБСЕ; Підсумковий документ Віденської зустрічі представників держав-учасниць НБСЕ; Документ Копенгагенської наради-конференції держав-учасниць НБСЕ з людського виміру; Паризька хартія для нової Європи.

— наявність у кожної людини, з досягненням нею певного віку, соціальних обов'язків (незалежно від того, закріплено їх у юридичних актах чи ні), які є неодмінним засобом забезпечення прав інших суб'єктів.

Педагогічно виважене використання у навчальному процесі зазначених «сюжетів» дозволяє, зокрема, попереджати виникнення або послаблювати прояви крайнього, суспільно шкідливого індивідуалізму, ідеології та психології утриманства чи безмежного споживацтва.

Реалізація цього принципу дає можливість зробити вивчення прав людини одним з найефективніших шляхів засвоєння загальнолюдських моральних цінностей та ідеалів. Ще одним, більш конкретним, виховним результатом може бути сформованість в учня переконання у недопустимості протиставлення прав людини міркуванням моралі.

**III. Принцип ціннісного обґрунтування прав людини та формування у кожного учня активної позиції щодо їх захисту.** Змістом цього принципу є прищеплення вихованцям ставлення до своїх прав (а також до прав інших осіб) як до найвизначнішої, неперевершеної цінності. Такої цінності, яка не може бути принесена в жертву чомусь іншому (крім винятків, можливість котрих прямо передбачена фундаментальними міжнародними актами з прав людини).

Цей принцип «виростає», принаймні, нормальним «каналом» задоволення усіх основних людських потреб: реалізувати останні, як правило, неможливо, якщо не використовувати права людини, по-друге, у соціально неоднорідному суспільстві права людини у багатьох випадках не здійснюються безперешкодно, безконфліктно: адже всі люди є учасниками різноманітних соціальних спільнот, які поряд зі спільними, однаковими інтересами мають ще й інтереси специфічні, неоднозначні.

Цей принцип реалізується шляхом прищеплення учням почуття самоповаги і розкриття безпосереднього зв'язку, прямої залежності між їх щоденним існуванням й усім життям, з одного боку, та станом використання ними своїх людських прав — з іншого.

Таке ставлення суб'єкта до прав людини, якщо воно піднесене до рівня його усвідомленого стійкого переконання, здатне слугувати дієвою ідеологічною гарантією їх здійснення та захисту. Воно полегшує реалізацію другої частини розгля-

дуваного принципу — формування в учня установки, тобто діяльнісно-активної життєвої позиції щодо відстоювання своїх (а також і «чужих») прав людини. Така позиція є неодмінною духовною передумовою соціальної зрілості особи.

Акцентувати це положення потрібно, зважаючи на те, що нині в Україні значна частина молоді дистанціює себе від політики, не прагне брати участі у політичній діяльності, начеби відчужує політику від свого життя. Про це свідчать, зокрема, різноманітні соціологічні дослідження. Так, за даними всеукраїнського опитування 1500 молодих громадян віком від 15 до 28 років, проведеного у 1998 р. центром «Соціальний моніторинг» та Українським інститутом соціальних досліджень, серед цінностей, що є для них найважливішими, політику назвали лише 27% опитаних; лише 2% з них є членами громадських об'єднань, включаючи політичні партії, а для більшості (46–65%) такі об'єднання взагалі невідомі<sup>1</sup>.

Поширенню такого ставлення молоді до політики сприяло почасти те, що у численних засобах масової інформації, публіцистичних працях і виступах громадських діячів така властивість суб'єкта, як його *політизованість*, оцінюється негативно, критично.

Тим часом зацікавленість людини політикою, її обізнаність у політичних подіях, прагнення впливати на них, брати активну участь у політичному житті, невідстороненість від політики слід вважати не недоліком, а, навпаки, достоїнством особи. І це переконливо простежується якраз у зв'язку із використанням останньою її прав: людина аполітична навряд чи може розраховувати на ефективність своєї правореалізаційної та правозахисної діяльності, неодмінними засобами якої є «виготовлені» державою політико-юридичні інструменти. Одне слово, *позитивна політизованість суб'єкта* (складником якої є його принципова правозахисна позиція) є виявом його соціальної зрілості, громадянськості, його відповідальності за себе та за інших.

Ось чому й ефективна громадянська освіта неможлива без засвоєння прав людини. А сформованість морально-психологічної готовності, емоційної «настроєності» на активне використання своїх прав, їх відстоювання і захист (так само, як і на

<sup>1</sup> Див.: Високий Замок (Львів). — 1998. — 20 жовт.

захист «чужих» прав) слід вважати найбільш вагомим позитивним результатом втілення у педагогічну практику всіх зазначених принципів викладання прав людини, найбільш переконливим інтегральним показником ефективності усієї цієї навчально-виховної роботи.

Й останнє. Дослідження і формулювання основних принципів викладання у середніх навчальних закладах прав людини не є самоціллю. Адже ці принципи мають слугувати саме практичними — як методичними, так й організаційними — орієнтирами такої діяльності, саме з ними вона має узгоджуватися, звірятись<sup>1</sup>.

Проілюструємо це лише одним «прикладним» висновком, котрий впливає з першого з наведених вище принципів.

*Йдеться про необхідність включити знання прав і свобод людини до загальнодержавного стандарту загальної середньої освіти.*

Цей висновок, крім іншого, відповідає тенденції гуманітаризації (іншими словами — антропологізації) освіти. *Забезпечення вивчення саме прав людини, якраз і слугуючи ефективним засобом реалізації зазначеної тенденції, має бути неодмінною складовою державної та громадської освітньо-виховної політики, обов'язковим компонентом шкільних навчальних планів і програм.*

Істотною рекомендацією є й те, що засвоєння прав людини має відбуватися протягом усього шкільного навчання — безперервно і, так би мовити, всеосяжно, «наскрізно». Задля цього воно повинно організовуватися у такий спосіб, аби:

а) бути повсюдним, здійснюватися в усіх середніх навчальних закладах, де б вони не знаходились;

б) охоплювати, так чи інакше, всіх учнів, бути різновіковим;

в) здійснюватись у всіх освітньо-виховних формах — як навчальних, так і позанавчальних (позаурочних);

г) бути поліпредметним та міжпредметним, тобто здійснюватися за допомогою не тільки спеціальної навчальної дисципліни (курс «Права людини»), а й «споріднених» предме-

<sup>1</sup> У зв'язку з цим варто нагадати, що у Прикінцевих положеннях схвалених Верховною Радою України 17 червня 1999 р. Зasad державної політики України в галузі прав людини встановлено, що положення цих Зasad (а складовою частиною останніх є якраз принципи державної політики у галузі прав людини) «є основою законотворчої діяльності» у відповідній сфері.



тів («Право на кожний день», «Основи правознавства»), а також шляхом виявлення і широкого використання міжпредметних зв'язків.

На такому шляху гуманітаризації шкільної освіти формуватиметься, як вважають, і нова культура — *культура прав людини*, стрижнем котрої є відданість фундаментальним цінностям права і демократії та готовність й уміння відстоювати їх у повсякденному житті.

*Надійшла до редколегії 06.08.2000*

# ПИТАННЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО І ФІНАНСОВОГО ПРАВА

Ю. Битяк, член-кореспондент  
АПрН України,  
О. Константиї, кандидат  
юридичних наук (НЮА України)

## Правова природа адміністративних договорів

Практика державного управління свідчить про наявність договірних елементів у діяльності органів виконавчої влади. Горизонтальні управлінські відносини набувають дедалі більшого поширення в умовах ринкової економіки. Поняття «договір» у значенні форми управлінської діяльності вжито і у чинному адміністративному законодавстві України. В ч. 5 ст. 35 Закону України «Про місцеві державні адміністрації» прямо сказано, що для здійснення спільних програм місцеві державні адміністрації та органи місцевого самоврядування можуть укладати *договори*, створювати спільні органи та організації. Стаття 14 цього Закону передбачає також передачу місцевим державним адміністраціям повноважень «інших органів», крім можливості делегування повноважень органів виконавчої влади вищого рівня і повноважень органів місцевого самоврядування. Отже, договірні форми діяльності органів державного управління сьогодні пов'язуються не тільки з їх господарським (цивільно-правовим) функціонуванням.

Договір — це згода двох чи більше суб'єктів права про встановлення, зміну або припинення суб'єктивних прав і обов'язків<sup>1</sup>. Він є універсальним засобом правового регулювання, застосовується як регулятор суспільних відносин у багатьох галузях права. Договірні відносини виконавчих органів між

<sup>1</sup> Див.: Русско-український словарь терминов по теории государства и права / Рук. авт. кол. Н. И. Панов. — Х., 1993. — С. 36.

собою та з іншими суб'єктами адміністративного права істотно відрізняються від договірних відносин приватноправового характеру (між громадянами). Учасники цивільно-правових угод є рівноправними, тоді як в управлінських відносинах завжди присутні влада і підпорядкування. Однією із сторін адміністративного договору обов'язково є представник публічної влади. Окремі ознаки домовленості іноді присутні у вертикальних відносинах. Без надання їм письмової форми (складання договору) досягнення цілей державного управління є неможливим, потребує узгодження, взаємодії і координації органів виконавчої влади.

Існування адміністративних договорів визнано у науці адміністративного права ще на початку ХХ ст. У 1917 р. А. Єлистратов писав: «На сьогодні можливість адміністративних актів договірної характеру взагалі не заперечується. Центр ваги розбіжностей переноситься на питання про те, в якій мірі поняття «договір» може знайти своє застосування в адміністративному праві... Можливість публічно-правових договорів між різними установами і між громадянами, звичайно, так чи інакше визнається. Приклади таких договорів: угоди лікарняних кас з міськими і земськими громадськими управліннями про забезпечення учасникам кас лікарняного лікування, договір про найом фабричних робітників, оскільки він нормується адміністративним правом і т. п.»<sup>1</sup>. У 1922 р. він розрізняє порядок з односторонніми і багатосторонні (договірні) адміністративні акти, присвячуючи останнім цілий параграф у своєму «Очерке административного права» (§ 15. Договорное начало в административном праве)<sup>2</sup>. В. Кобалевський, визначаючи публічно-правові договори, відносить їх до індивідуальних адміністративних актів. При цьому він пише: «Їх (публічно-правові договори) не слід плутати з такими відносинами, в яких волевиявлення іншої сторони є лише умовою дійсності адміністративного розпорядження, тобто одностороннього адміністративного акта. Такого роду акти одержали в літературі назву «актів умов» — *actes conditions*. Прикладами їх є акти призначення особи на посаду, необхідною умовою чинності

<sup>1</sup> *Елистратов А. И.* Основные начала административного права. — М., 1917. — С. 11.

<sup>2</sup> Див.: *Елистратов А. И.* Очерк административного права. — М., 1922. — С. 93–95.

яких є, зазвичай, виявлення згоди особи, що призначається, і т. п.»<sup>1</sup>.

У 60-ті роки ХХ ст. проблемами адміністративного договору займалися Ц. Ямпольська і В. Новоселов<sup>2</sup>. Далі ця тема відобразилася у працях В. Юсупова, В. Рудашевського, Б. Лазарева та ін.

Отже, слід констатувати, що питання адміністративного договору є не новим у науці адміністративного права. Однак, на жаль, його місце і природа донині залишаються остаточно не визначеними. Найбільш яскраве підтвердження цього знаходимо у підручнику з адміністративного права РФ (А. Альохін, А. Кармолицький, Ю. Козлов). На думку Ю. Козлова, «немає достатніх підстав вважати такого роду угоди реальною правовою формою реалізації виконавчої влади. Найбільш виразно вони виступають у ролі юридичних фактів особливого роду, що викликають виникнення адміністративно-правових відносин»<sup>3</sup>.

На сьогоднішній час у цілому сформовано три підходи до означеної проблеми.

У першому випадку договір розглядається як індивідуально-правовий акт, який джерелом права не є<sup>4</sup>. Але сучасний досвід свідчить про нормативність у деяких випадках договорів у сфері виконавчої влади. Так, 8 червня 1995 р. Верховна Рада і Президент України (на той час голова виконавчої влади) уклали Конституційний договір про основні засади організації та функціонування державної влади і місцевого самоврядування, який мав вищу юридичну силу (законодавство України було чинне лише в тій частині, яка йому не суперечила) і діяв до прийняття Конституції України 1996 р. Розділ другий Договору визначав повноваження Верховної Ради України, розділ третій — Президента України, розділ четвертий — Кабінету Міністрів України. Правовий статус місцевих державних адміністрацій визначався у його ст. 46.

<sup>1</sup> Кобалевский В. Советское административное право. — Х., 1929. — С. 166.

<sup>2</sup> Див.: Ямпольская Ц. А. О теории административного договора // Сов. государство и право. — 1966. — № 10; Новоселов В. И. К вопросу об административных договорах // Правоведение. — 1969. — № 3.

<sup>3</sup> Алехин А. П., Кармолицкий А. А., Козлов Ю. М. Административное право Российской Федерации. — М., 1997. — С. 262.

<sup>4</sup> Див.: Петров Г. И. Советское административное право. Часть общая. — Л., 1970. — С. 57.

Інший приклад — у діяльності Кабінету Міністрів України як вищого органу виконавчої влади в Україні існує практика укладання договорів з об'єднаннями профспілок, підприємців і промисловців. Зокрема, 6 вересня 1999 р. між ним і Конфедерацією роботодавців України та профспілковими об'єднаннями України було укладено Генеральну угоду на 1999—2000 роки. У розділі «Загальні положення» встановлено, що Угода поширюється на всіх суб'єктів незалежно від форми власності і господарювання, що свідчить про її нормативний характер. Мета прийняття Генеральної угоди — регулювання виробничих, трудових і соціально-економічних відносин та забезпечення конституційних прав і гарантій працівників і власників. Угода визначена як акт соціального партнерства, спрямований на досягнення злагоди у суспільстві. Сторони об'єднали свої зусилля у таких напрямках: формування регуляторно-податкової політики щодо діяльності суб'єктів господарювання, яка б забезпечувала стабілізацію та розширення відтворення вітчизняного виробництва; сприяння прийняттю Податкового кодексу України, в якому необхідно передбачити зниження податкового навантаження на товаровиробників; вжиття заходів щодо прийняття Верховною Радою України нормативно-правових актів, спрямованих на зменшення ставки рефінансування Національним банком України; сприяння прийняттю Закону України про державну підтримку малого підприємництва, Програми структурної перебудови економіки України на період 1999—2005 роки; вжиття заходів щодо збалансування попиту та пропозиції робочої сили, підвищення ефективності використання діючих робочих місць та створення системи нових робочих місць, збільшення мінімального розміру допомоги по безробіттю та ін.

Наведене свідчить про те, що адміністративні договори можуть містити загальнообов'язкові правила поведінки, які охороняються державою, мати нормативний характер.

Разом з тим в юридичній науці існують думки, згідно з якими кожен договір містить у собі норми права особливого виду — локальні норми, або мікронорми, тому всі види договорів є джерелами права<sup>1</sup>. Найбільш послідовно цей підхід від-

<sup>1</sup> Див.: *Курашвили Б. П.* О понятии административного договора // Договорные формы управления: постановка проблемы и пути ее решения. — М., 1981. — С. 53.

стоює Т. Кашаніна, яка вважає, що «у процесі укладання угод утворюються норми, але норми індивідуальні, тобто такі, які стосуються певних і точно визначених суб'єктів і розраховані на них»<sup>1</sup>. Вона пише про три рівні нормативності: загальнодержавний (на рівні держави), локальний (на рівні колективних суб'єктів права) та індивідуальний (на рівні індивідів). На наш погляд, положення теорії права не дають підстав визнати нормативним, наприклад, договір між громадянином і Державною службою охорони МВС про охорону його майна, або контакт про прийом на державну службу. Очевидно, що договори у сфері виконавчої влади можуть мати і індивідуальний характер, норм права не містити.

Найбільш виваженою здається третя позиція, яка допускає існування нормативних договорів поряд з індивідуальними<sup>2</sup>. Як відзначає А. Дьомін, «ідея виділення договорів нормативного характеру в наш час отримує подальший розвиток, отримує нових прихильників. Зазначена обставина пов'язана з відродженням і закріпленням позицій школи природного права»<sup>3</sup>. Далі він пише, що адміністративні договори частіше від інших мають нормативний характер, пояснюючи це їх публічно-правовою природою і функціональним призначенням. Серед ознак нормативного договору А. Дьомін називає такі. По-перше, їх правовою базою є Конституція і чинне законодавство РФ. Ці договори виконують функцію заповнення прогалів у праві, доповнюючи і конкретизуючи чинне законодавство. По-друге, в нормативному договорі однією із сторін виступає орган державної влади, при цьому чим більше місце в управлінській ієрархії посідає державний контрагент, тим вище юридична сила договору. По-третє, нормативні договори укладаються в публічних інтересах, їх цільова спрямованість — досягнення загального блага. По-четверте, нормативні договори містять правила поведінки не тільки та не стільки безпосередніх учасників договору, скільки інших колективних і індивідуальних суб'єктів. Нормативний договір, отже, не обмежується дією у системі сторін, що домовляються, а має зо-

<sup>1</sup> Кашаніна Т. В. Предпринимательство: правовые основы. — М., 1994. — С. 109.

<sup>2</sup> Див.: Алексеев С. С. Государство и право. — М., 1994. — С. 84–85.

<sup>3</sup> Демин А. В. Нормативный договор как источник административного права // Государство и право. — 1998. — № 2. — С. 15–21.

вніше юридичне вираження. По-п'яте, чисельність і невідзначеність адресатів договірних норм. По-шосте, договірні норми завжди розраховані на тривалу дію і неодноразове застосування. По-сьоме, існують сувора формальна процедура укладання нормативних договорів і спеціальний порядок вирішення спорів і конфліктів, пов'язаних з їх виконанням (Конституційний Суд РФ, конституційні (уставні) суди суб'єктів РФ або спеціальні узгоджувальні процедури). По-восьме, неможливість в односторонньому порядку змінити або відмовитися від виконання договірних умов. Форс-мажорні норми тут не застосовуються. По-дев'яте, на відміну від індивідуальних договорів, зміст яких становить комерційну таємницю, для нормативного договору характерним є його офіційне оприлюднення.

У цілому можна констатувати, що встановлені вище ознаки характерні і для нормативних договорів, які укладають органи виконавчої влади в Україні.

Нормативно-обов'язковий характер адміністративно-правових договорів відзначає і Д. Бахрах. Він пише, що є всі підстави вважати їх, поряд з адміністративними (односторонніми) актами, правовими актами виконавчої влади<sup>1</sup>. І це узгоджується з широким розумінням правових актів, що існувало у російській науці адміністративного права (А. Єлістратов). На наш погляд, така позиція є виваженою.

Отже, **адміністративний договір** — це правовий акт управління, що встановлюється на підставі норм права двома (або більше) суб'єктами адміністративного права, один з яких обов'язково є органом виконавчої влади, може містити у собі загальнообов'язкові правила поведінки (нормативний характер) або встановлювати (змінювати, припиняти) конкретні правовідносини між його учасниками (індивідуальний характер). Нормативні адміністративні договори є джерелами адміністративного права (у значенні зовнішньої форми права). Адміністративні договори у сфері управлінської діяльності можуть укладатися і органами місцевого самоврядування.

Деякі вчені вказують на правотворче значення адміністративного договору. Н. Александров відзначає наявність у реальному житті особливої категорії договорів, завдяки яким утво-

<sup>1</sup> Див.: Бахрах Д. Н. Административное право. — М., 1996. — С. 184.

рюються юридичні норми. На його думку, договір є джерелом права в тому разі, коли він зумовлює виникнення юридичної норми або групи юридичних норм силою, що створює право<sup>1</sup>.

Ю. Козлов у зв'язку з цим пише: «Адміністративні договори передують власне юридично-владній управлінській діяльності. У разі їх укладання вони потребують владного волевиявлення компетентного органу виконавчої влади, а потім відповідного оформлення — прийняття нормативно-правового акта»<sup>2</sup>. Нормативні адміністративні договори є підставою для прийняття актів управління. Так, з метою виконання рішення Ради регіонів при Президентові України від 11 лютого 1999 р. з питань соціально-економічної і суспільно-політичної ситуації в Україні Голова Харківської облдержадміністрації 26 квітня 1999 р. видав розпорядження, яким затверджені заходи з поглиблення координації зусиль і активізації взаємодії місцевих органів виконавчої влади з органами місцевого самоврядування<sup>3</sup>. 13 грудня 2000 р. Указом Президента України Раду регіонів ліквідовано і створено Національну раду з узгодження діяльності загальнодержавних і регіональних органів та місцевого самоврядування, яка є консультативно-дорадчим органом при Президенті України<sup>4</sup>.

Основними завданнями Національної ради є розгляд питань загальнодержавного та регіонального значення, розроблення і внесення пропозицій щодо стратегії забезпечення сталого розвитку та вдосконалення державного будівництва в Україні, узгодженого функціонування і взаємодії органів державної влади і органів місцевого самоврядування, раціональної побудови їх системи, здійснення кадрової політики та кадрової роботи, державної регіональної політики; основних напрямів внутрішньої і зовнішньоекономічної політики України, пріоритетів збалансованого соціально-економічного розвитку держави в цілому та регіонів; розвитку ресурсного, економічного і науково-технічного потенціалу; проектів актів за-

<sup>1</sup> Див.: *Александров Н. Г.* К вопросу о роли договора в правовом регулировании общественных отношений // Учен. зап. ВИЮН. — М., 1947. — С. 69–70.

<sup>2</sup> *Алехин А. П., Кармолицкий А. А., Козлов Ю. М.* Вказ. праця. — С. 262.

<sup>3</sup> Див.: Офіційні відомості (газета Харківської обласної державної адміністрації). — 1999. — № 18. — С. 9.

<sup>4</sup> Див.: Офіційний вісник України. — 2000. — № 51. — Ст. 2193.



конодавства, загальнодержавних програм економічного, соціального, науково-технічного, культурного розвитку України; забезпечення дотримання органами державної влади, місцевого самоврядування, їх посадовими особами Конституції та законів України, актів Президента України та Кабінету Міністрів України, що стосуються розвитку регіонів і місцевого самоврядування та ін. питань.

Отже, можна сказати, що адміністративні договори мають організаційний (нормативний) характер, є джерелами адміністративного права у правотворчому значенні (підставами для прийняття правових актів управління).

У Російській Федерації діяльність з укладання адміністративних договорів насамперед пов'язується із стосунками між органами влади Федерації та її суб'єктів. Саме на договірній основі визначаються, зокрема, виключні предмети відання і повноваження федеральних органів, у тому числі й виконавчих, а також предмети спільного відання (ст.ст. 71, 72 Конституції РФ). За взаємною згодою встановлюється правовий статус державної власності, федеральних природних ресурсів. У деяких випадках для вирішення окремих питань необхідна згода республіканських органів. Крім того передбачено, що уряд РФ може передавати на підставі договорів частину своїх повноважень урядам суб'єктів Федерації.

Н. Нижник, досліджуючи договірні відносини між суб'єктами публічної влади в Україні, відзначає їх регіональний рівень. Вона пише: «До складу суб'єктів владних структур регіонального рівня входять органи представницької і виконавчої влади Автономної Республіки Крим, областей України, міст Києва і Севастополя, органи державної влади районної ланки, а також адміністрації селищних і сільських рад. Ці суб'єкти — безпосередні учасники договірних відносин між собою по горизонталі і вертикалі управлінської системи»<sup>1</sup>. Далі до учасників договору вона відносить також органи державного сектору господарства України.

Але договори у сфері виконавчої влади в Україні можуть укладати і вищі органи держави — Верховна Рада, Президент,

<sup>1</sup> Нижник Н. Р. Договори у сфері виконавчої влади // Державна виконавча влада в Україні: формування та функціонування. — К., 2000. — Ч. 2. — С. 288.

Кабінет Міністрів України (приклади наведено вище). До того ж адміністративні договори можуть мати і міжнародний характер. Так, 19 липня 2000 р. Рада керівників прикордонних областей Республіки Беларусь, Російської Федерації та України прийняла рішення щодо організації роботи з підготовки і реалізації програм міжрегіонального та прикордонного співробітництва трьох країн. На виконання цього договору Голова Харківської облдержадміністрації 25 грудня 2000 р. видав розпорядження «Про підготовчу роботу щодо створення консорціуму «Фінансово-промисловий союз прикордонних регіонів»<sup>1</sup>.

Отже, можна констатувати, що розгляд питання адміністративних договорів у контексті джерел права є досить важливим у теоретичному і практичному аспектах, потребує подальшого визначення особливостей цієї правової форми управлінської діяльності, наукового обґрунтування.

*Надійшла до редколегії 10.06.01*

*В. Гаращук, доцент НЮА України*

## **Управлінські послуги — новий інститут чи нова помилка?**

В юридичній літературі все більше поширюється думка про необхідність запровадження в нашій державі системи надання так званих «управлінських послуг». Причому потреба у цих «послугах» обґрунтовується тим, що сучасне розуміння демократичної держави полягає в тому, що не громадяни служать державі, а вона є організацією на службі в суспільства (тут ми не заперечуємо. — В. Г.), і це, начебто, означає, що вона (державна) «не управляє громадянами, а надає їм управлінські послуги, тобто вчиняє різноманітні дії, спрямовані на створення умов для реалізації ними своїх прав та свобод»<sup>2</sup>. Але, якщо з цим погодитися, щонайменше виникне питання: хто ж тоді здійснює державне управління, об'єктом якого, як відомо, є й громадяни?

<sup>1</sup> Див.: Офіційні відомості. — 2001. — № 1. — 11 січ. — С. 8.

<sup>2</sup> Коліушко І., Тимошук В. Управлінські послуги — новий інститут адміністративного права // Право України. — 2001. — № 5. — С. 30.

І навіщо тоді увесь цей апарат державного управління, уся на-працьована теорія державного управління!?

Не відмітаючи, як то кажуть, «з порогу» саму ідею надання державою громадянам послуг у сфері державного управління (але не «управлінських послуг»!)<sup>1</sup>, заглянемо в корінь цього питання.

Навряд чи хто буде заперечувати: держава — це вища форма організації суспільства. Всі державні інститути (державний апарат, армія, поліція (міліція), суд, прокуратура, контролюючі структури) слугують суспільству. В усякому разі так повинно бути. Це положення знаходить своє відображення в нормативних актах: Конституції України, конституційних та інших законах, підзаконних актах. Зокрема, Конституція України (ст. 3) визнає людину, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпеку найвищою соціальною цінністю, а права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава за Конституцією відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави. То що ж тоді виходить: ці «головні обов'язки» держави у вигляді різноманітних дій державних службовців (службовців органів місцевого самоврядування, інших осіб, уповноважених на виконання функцій держави), які відповідно до покладених на них обов'язків ці особи виконують на користь людини (громадянина) від імені держави<sup>2</sup>, нам пропонують купувати?

Перше питання, яке щонайменше постає у зв'язку з означеною пропозицією: навіщо ми, як платники податків<sup>3</sup>, утримуємо державний апарат, професійну діяльність якого потрібні сплачувати двічі? Адже ми вже сплатили податки на його утримання саме задля його «служіння народу». То, може, податки не платити? А може, не поспішати із запровадженням так званих «платних управлінських послуг»?

Сумнівність таких «послуг» убачається і в тому, що така «купівля» практично унеможливорює (в усякому разі з погляду моралі) оскарження громадянином результатів подібних послуг.

<sup>1</sup> Чому? Про це — нижче.

<sup>2</sup> Відомо, що органам місцевого самоврядування держава делегує частину своїх повноважень.

<sup>3</sup> До речі, одних з найбільш високих у світі.

Яке ж питання про незадоволення, про їх неякісність може ставити громадянин, коли він бачив, що купував? Тобто, за основними позиціями договору купівлі-продажу (строки, якість та ін.) ці послуги його, громадянина, на момент купівлі влаштували (інакше гроші б не перераховували). Ну, то громадянин — покупець, і можеш бути вільним із своїми претензіями! Управлінська послуга — не той товар, який можна обміняти!

Що ж тут діється? А те, що держава (в особі її апарату) практично знімає з себе на майбутнє всі моральні обов'язки перед людиною (хоча, звісно, юридично це питання може бути вирішене). Це перше. Друге те, що у громадянина немає вибору щодо місця купівлі, ціни, строків та інших обов'язкових елементів ринку послуг. І третє, чи не найголовніше, запроваджуючи таку схему держава завуальовано провадить систему *торгівлі владою!* Саме так і, як то кажуть, ні на йоту менше, оскільки *предметом таких «послуг» є управлінські (тобто державно-владні) правовідносини.*

Сумнівність таких пропозицій ще чіткіше проглядається і тоді, коли ми згадаємо, що поліція (міліція), органи державної безпеки, деякі інші силові структури теж є органами державного управління. Навіть прокуратура та суди здійснюють державне управління у так званому «широкому розумінні цього слова» і в теорії права розглядаються як хоча й специфічні, але управляючі структури. То як же купувати послуги у підрозділів МВС, наприклад, по захисту особистої безпеки? А у прокуратури? А суд у нас скільки коштуватиме? Передбачаємо заперечення: «Вони і так коштують». Згодні. Але, на нашу думку, це не те, на що треба орієнтуватися і, тим паче, поширювати. Наш чиновник і так вважає, що на службу він ходить не задля служіння народові, а для одержання заробітної плати, тобто забезпечення в першу чергу своїх особистих потреб. Останнє не можна вважати чимось хибним, *але фактично віддавати чиновнику на відкуп державну владу просто небезпечно!* І небезпечно перш за все для самої держави. Навряд чи ті гроші, які держава збирає з молодих людей (які, до речі, як правило, ще не мають власного заробітку), наприклад, за одержання паспорта громадянина, покривають той моральний збиток, який вона (держава) таким чином завдає сама собі. А чи не краще було б, насамперед для держави, для підняття престижу належності до громадянства України, виділити відповідні кошти та

зобов'язати свого службовця саме у день досягнення молодою людиною 16-річного віку в урочистій обстановці, прилюдно (наприклад, перед класом у школі) вручити *безкоштовно* їй паспорт як знак поваги з боку держави до свого громадянина? Чи йдуть фінансові витрати держбюджету у будь-яке порівняння з тим позитивним, що така дія спричинить? (Щоправда, автори згаданої праці існуючий стан з видачею загальногромадянського паспорта самі не вітають. Але в цілому цей приклад із розряду належних, тобто по суті справи.) Це стосується не тільки видачі паспорта. Нам же пропонують зовсім інший варіант. Хоча прихильники «нового інституту» і зосереджують увагу на тому, що такі «послуги» повинні бути суворо окреслені, а механізм їх надання — чітко виписаний, історія вчить: чиновництво все одно знайде способи обійти ці правила та поширити у своїх інтересах коло таких «послуг»<sup>1</sup>. У цьому немає ані найменшого сумніву. Приклади? А хоча б ті «послуги», що вже надаються нашим апаратом. Їх перелік постійно зростає (до речі, як і ціна). Ось тільки якість падає... (Наприклад, для одержання дозволу на відведення земельної ділянки під забудівлю потрібно зібрати підписи понад десяти чиновників, які, звісно, самі до громадянина не йдуть. Все це мало нагадує «послуги».)

Як же можна поліпшити роботу державного апарату по розгляду звернень громадян та задоволенню їх законних інтересів без поширення оплатної форми взаємовідносин апарату та громадянина (адже сама по собі оплатна форма ще не гарантує якість)? На нашу думку, тут є два основні шляхи. По-перше, істотно скоротити сам перелік тих дій громадян, які потребують дозволу з боку держави. По-друге, максимально скоротити «дозвільний» характер одержання або реалізації відповідного права, тобто максимально запровадити характер заявний (нагадаємо класичний приклад: у Сполучених Штатах Америки права на управління транспортним засобом можна одержати поштою протягом декількох годин, зовсім не стикаючись із чиновником)<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> На таку думку нашоухують постійне зростання кількості чиновництва апарату управління (якому, зрозуміло, постійно потрібно доводити свою доцільність), ознайомлення з посадовими інструкціями службовців цього апарату, в яких їх обов'язки виписані вкрай неконкретно, «взагалі».

<sup>2</sup> Тут треба підкреслити, що у США достатньо відпрацьовано механізм особистої відповідальності людини за надані нею відомості, власні вчинки.

Усе це можливе лише тоді, коли держава довіряє людині. І для цього з її боку час настав. Держава повинна першою зробити крок назустріч своїм громадянам, адже саме вона свого часу першою почала крокувати у зворотному напрямку. Тільки тоді особа матиме підстави для того, щоб поважати владу.

Зрозуміло, чинне законодавство потрібно переглянути задля відпрацювання механізму надання якісних безоплатних послуг. Потрібно буде істотно скоротити строки розгляду та задоволення (якщо на те є підстави) звернень громадян, встановити підвищену відповідальність чиновництва за перевищення таких строків<sup>1</sup>. Доречною буде і прив'язка кількості службовців відділів та управлінь держадміністрацій, органів місцевого самоврядування до кількості населення на тій чи іншій території. Таке, до того ж, стримуватиме зростання апарату, дозволить більш правильно розподілити навантаження на державного службовця, персоніфікувати його робочу ділянку та юридичну відповідальність.

Ми не виключаємо повністю можливість надання апаратом оплатних послуг у сфері державного управління<sup>2</sup>, але така оплата, на нашу думку, повинна здійснюватися не за якість послуги (якість має бути для всіх тільки одна — висока), а, на-

Саме він дозволяє ефективно функціонувати таким правовідносинам. На нашу думку, запровадження аналогічного механізму в Україні посилить потребу громадян в юридичних знаннях, підвищить у суспільстві статус юриста (чого ми так прагнемо), сприятиме піднесенню правової культури населення що, у свою чергу, позитивно позначиться на всіх внутрісупільних стосунках.

<sup>1</sup> Тут можна скористатися пропозиціями, які висловили І. Коліушко і В. Тимошук у згаданій нами праці.

<sup>2</sup> На нашу думку, говорити можна тільки про послуги у сфері державного управління, оскільки так звані «управлінські послуги» взагалі існувати не можуть з тих причин, що управлінські правовідносини за своєю природою не можуть мати характеру «послуг». Такі ж дії, як нотаріальне завірення документів, реєстрація шлюбу та ін., які розглядаються деякими вченими як «управлінські послуги», насправді ніякого відношення до управління взагалі не мають, оскільки здійснюються поза межами сфери державного управління, хоча і виконуються державними органами, повноваження яких мають ознаки (але тільки ознаки) управління. Плутанину вносить і те, що дії цих органів, які легалізують юридичні факти, надають можливість громадянам у подальшому вступати у правовідносини в сфері державного управління. На те, що вони не «управлінські», вказує, наприклад, і наявність недержавного нотаріуса, який виконує ті ж самі дії, що й державний. Такого роду послуги, на нашу думку, повинні оплачуватися.

приклад, за швидкість. Іноді людині потрібно одержати документ протягом доби або кількох годин чи хвилин. Це потребує додаткових витрат (фізичних, інтелектуальних та ін.) з боку державного службовця (*ось де дійсно з'являється послуга, а не звичайне виконання посадових обов'язків*), тому така робота управлінця може і повинна бути оплачена. Причому частку із суми слід направляти на стимулювання самого виконавця. Але тут необхідно бути обережним. Потрібен механізм об'єктивної оцінки «витратної» частини виконання функціональних обов'язків для кожної посади, запобігання зловживанням робочим часом з боку виконавця. Така оплата мусить бути результатом тільки *особистих додаткових витрат* службовця, які не повинні шкодити основній роботі. В протилежному разі (за наявності скарг громадян та інших ознак нерівного підходу до звернень) право на додаткову винагороду скасовується.

Потребують, на нашу думку, додаткового закріплення і положення, відповідно до яких усі обов'язки службовця, що вписані в його посадовій інструкції, повинні виконуватися безоплатно. Самі посадові інструкції потребують значної конкретизації та деталізації, перегляду з метою усунення дублювання функціональних обов'язків<sup>1</sup>.

На закінчення підкреслимо: якщо ми будуємо наш дім, де держава (та її апарат) дійсно утворюються та працюють для людини, а не навпаки, то конкретні правовідносини у сфері державного управління конструювати на протилежних принципах не можна.

*Надійшла до редколегії 31.05.01*

*О. Харитонова, доцент ОдНЮА*

## **Про сутність фондової біржі як суб'єкта та об'єкта управління на ринку цінних паперів**

Побудова в Україні демократичної, правової держави, перехід до ринкової економіки висувають на порядок денний низку питань, пов'язаних із становленням ринку цінних папе-

<sup>1</sup> Це, до речі, висвітлить зайві ланцюги апарату, які безболісно для користі справи можна буде скоротити.

рів, мобілізацією та перерозподілом фінансових ресурсів. У високорозвинутих країнах цей процес відбувається на організованому фондовому ринку, основними інститутами якого є фондові біржі.

Згідно з Законом України від 18 червня 1991 р. «Про цінні папери та фондову біржу» (з подальшими змінами і доповненнями) фондова біржа є організацією, яка створюється без мети отримання прибутку та займається виключно організацією укладання угод купівлі та продажу цінних паперів.

Фондова біржа виконує різноманітні функції, серед яких виділяють загальноринкові та специфічні функції біржі.

Загальноринкові функції притаманні будь-якому ринку і до них відносять цінову, інформаційну, стабілізаційну, структурну тощо.

Особливо важливі функції фондова біржа виконує в економічній сфері. Вона прискорює обіг надлишкового капіталу у вигляді цінних паперів, акумулює його для інвестицій у виробничу та соціальну сфери, переміщає капітал з однієї галузі в інші. Остання функція фондової біржі є дуже важливою, оскільки суспільство до цього часу відчуває наслідки радянської економічної політики, коли кошти вкладалися лише в одні галузі народного господарства на шкоду іншим<sup>1</sup>.

На специфічних функціях біржі слід зупинитися окремо.

Як впливає з аналізу чинного біржового законодавства, функціями біржі є: надання послуг при укладенні біржових угод; створення умов для концентрації попиту і пропозицій та підвищення ліквідності ринку в цілому; визначення попиту і пропозицій на цінні папери, а також їх співвідношення; вивчення обігу біржових активів та пов'язаних з ним торгових операцій; регулювання обігу цінних паперів шляхом котирування, зміни їх курсу, ринкової вартості; упорядкування обігу цінних паперів та пов'язаних з ним операцій тощо.

Щоб з'ясувати сутність діяльності біржі, слід порівняти її функції зі змістом управління.

Так, до основних функцій управління належать передбачення, організація, розпорядження, координація та контроль. Навіть при побіжному порівнянні ці функції значною мірою

<sup>1</sup> Див.: Фондовий ринок України / Керівник авт. кол. В. В. Оскольський. — К., 1994. — С. 70–71.



збігаються. Тож можна зазначити, що визначення попиту і пропозицій, вивчення обігу цінних паперів складають у підсумку передбачення як вивчення перспективи і визначення програми дій.

Має місце і функція організації, оскільки йдеться про організований ринок, впорядкування обігу цінних паперів.

Найвні також управлінські функції розпорядження та контролю, оскільки за допомогою біржових правил уводиться в дію певний механізм біржових торгів, здійснення біржових угод тощо. Відповідно здійснюється контроль за укладанням та змістом біржових угод шляхом одержання необхідної інформації для органів контролю біржі. Біржові угоди підлягають реєстрації і набувають юридичної сили лише з моменту такої реєстрації.

Чільне місце в діяльності бірж посідають дії, що входять до складу управлінської функції координації. Координація полягає в узгодженні дій та зусиль учасників відносин, які є об'єктом управління<sup>1</sup>.

Біржа здійснює координацію дій учасників відносин, що реалізуються через біржу, шляхом визначення біржових цін, попиту і пропозицій, допомоги у встановленні зв'язків між покупцями та продавцями, оформленні біржових угод і т. ін.

Слід зазначити, що, говорячи про цей вид біржової діяльності, мабуть, краще називати його не координацією, а реординацією.

В управлінській літературі термін «реординація» вживався і раніше, при цьому під ним розуміли вид державного управління. Як зазначали прихильники цієї ідеї, реординація є дещо більшим за зворотний зв'язок між суб'єктами та об'єктом управління. Сутність реординаційного управління пояснювали так: «Ти управляєш мною, але і я певною мірою, в певних аспектах управляю тобою». Конкретно ж ішлося про вияв об'єктом управління ініціативи у вирішенні питань, які належать до компетенції суб'єкта управління, участь у підготовці проекту рішення з такого питання тощо<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Див.: *Файоль А., Емерсон Г., Тейлор Ф., Форд Г.* Общее и промышленное управление. – М., 1992. – С. 140.

<sup>2</sup> Див.: *Курашвили Б. П.* Очерки теории государственного управления. – М., 1987. – С. 229–231.

У зв'язку з цим вважаємо за потрібне зазначити, що характеристика реордінації як виду державного управління видається дещо неточною. Зокрема, слід зазначити, що такі управлінські відносини насправді існують, свідчать про великий потенціал демократизації державного управління, врахування інтересів тих, ким управляють, але такий вплив об'єкта на його суб'єкт не є державним управлінням. Наводячи додаткові аргументи на користь такого висновку, наголошуємо, що коли у конкретних адміністративних правовідносинах, наприклад, громадянин, посиляючись на правові норми, вимагає від органу державного управління чи посадової особи вчинення певних дій, то це правове домагання, а не владна діяльність, яка організує.

Сказане можна віднести до будь-якого виду державного управління у сфері економіки.

Отже, можна зробити висновок, що стосунки реордінації не є характерними для державного управління. Це не державне управління і не його елемент.

Реордінація, яку можна визначити як взаємодію або, точніше, як взаємовплив суб'єктів управлінських відносин, є елементом змісту самоуправління, при якому інтереси суб'єкта управління та його об'єкта максимально наближені.

Саме функція реордінації є характерною для біржі, оскільки вона не просто координує діяльність учасників ринкового обігу цінних паперів, а здійснює це на особливих засадах. Її особливість полягає в тому, що біржа створена з метою організації укладання угод купівлі та продажу цінних паперів. З самого початку свого формування біржа створювалася як засіб самопомоги. Оскільки вона організується самими учасниками ринкових відносин, то її створення умов функціонування ринку є її головним завданням. Саме з цією її особливістю пов'язане правило, закріплене ст. 33 Закону України «Про цінні папери та фондову біржу», згідно з яким фондова біржа створюється без мети отримання прибутку.

Учасники фондової біржі є торговцями цінними паперами, які мають дозвіл на здійснення комерційної і комісійної діяльності з цінних паперів. Через вищий орган біржі — загальні збори членів біржі — учасники регламентують порядок і умови біржової торгівлі, встановлюють порядок роботи підрозділів біржі. Тобто вони самі регламентують як свою діяльність, так і діяльність структурних підрозділів біржі, її

персоналу, а також поведінку на біржових торгах учасників біржі. Таким чином і відбувається виконання реординаційної функції біржі.

Якщо ж говорити про більш широке коло впливу фондової біржі — її вплив на ринок цінних паперів у цілому, то можна вживати й термін «координація», оскільки біржа координує, організує ринок цінних паперів, ринкові відносини.

Отже, найважливішою функцією біржі є координація (реординація) ринкових відносин, яку вона здійснює шляхом визначення ринкових цін, попиту і пропозицій на цінні папери, а також їх співвідношення тощо.

Однак, виступаючи в ролі суб'єкта управління ринком цінних паперів, фондова біржа водночас є об'єктом управлінського впливу з боку держави. Питанням доцільності такого впливу останнім часом приділялося багато уваги, але все ж таки аналіз фахової літератури з цього питання дозволяє дійти висновку, що навіть високорозвинуті країни не можуть відмовитися від втручання в економіку, що здається досить виправданим. Особливого значення ця проблема набуває в зв'язку з побудовою ринкових відносин, створенням окремих ринків, зокрема ринку цінних паперів..

Процес становлення фондового ринку є складним і тривалим, таким, що потребує, особливо на першій стадії, постійної уваги з боку держави. Тому перед державою постає проблема ефективного регулювання всього процесу обігу цінних паперів, контролю у цій сфері, визначення ключових напрямків її розвитку. Тут варто згадати про те, що у літературі за критерієм ступеня втручання держави у біржову діяльність розрізняють біржі приватні та публічні, причому на різних етапах становлення ринку.

Питання про співвідношення державного управління і державного регулювання має свою історію. Воно пов'язане насамперед з тим, що у науці існують два протилежні підходи до участі держави у регулюванні економічних процесів: класична і кейнсіанська теорії.

З погляду прихильників класичної теорії ринковий механізм автоматично забезпечує рівність попиту і пропозицій, а відтак, унеможлиблює тривалі порушення в економіці — спад виробництва, інфляцію, безробіття тощо.

Теорія Дж. М. Кейнса, на відміну від класичної, обґрунтовує об'єктивну необхідність і велике практичне значення державного регулювання економіки<sup>1</sup>

Однак слід зазначити, що у розвинутих країнах практично відсутні «чисті» моделі державного управління економікою. Як показує світовий досвід, без участі держави ринкові відносини не можуть бути ефективними, соціально орієнтованими. Отже, роль державного впливу є досить великою, але цей вплив має бути не прямим, командним, а опосередкованим, ґрунтуватися на застосуванні та врахуванні економічних законів.

Сьогодні, коли робляться спроби знайти більш обґрунтоване поєднання державного управління та регулювання з самостійністю об'єктів і властивою їм саморегуляцією, природа та обсяг державного регулювання досить неоднозначно тлумачаться у фаховій літературі. Це або встановлення і забезпечення державою загальних правил поведінки суб'єктів суспільних відносин та їх коригування, або імперативні та переважно адміністративно-правові засоби регулювання, або так зване «триєдине регулювання» в економічній сфері (єдині правила, різноманітні режими, індивідуальні адміністративні акти), або ж, нарешті, державний вплив, що потребує модифікації інститутів держави<sup>2</sup>.

Більш доцільним все ж таки видається розуміти під державним регулюванням загальне впорядкування суспільних відносин у конкретній сфері економіки, що проводиться відповідно до вимог законодавства шляхом непрямого впливу на господарську діяльність суб'єктів економічних відносин — встановлення загальних правил, нормативів, стандартів того чи іншого виду діяльності, що їх повинні дотримуватися всі учасники суспільних відносин, так само як і правових засад відповідальності за їх порушення, контролю за їх виконанням, створення і забезпечення ефективного функціонування фінансової та податкової систем, обмеження монополізму тощо.

Особливим завданням держави є створення для учасників ринку цінних паперів сприятливого правового довкілля, усунення перешкод і встановлення відповідальності за дії, що

<sup>1</sup> Див.: *Стеченко Д. М.* Державне регулювання економіки. — К., 2000. — С. 6.

<sup>2</sup> Див.: *Тихомиров Ю.* Юридические режимы государственного регулирования экономики // Право и экономика. — 2000. — № 5. — С. 3.

можуть призвести до дестабілізації та дезорганізації ринку і втрати довіри до нього з боку інвесторів.

Процес формування власної нормативної бази для створення і функціонування фондового ринку почався після прийняття Декларації про державний суверенітет. З'являються закони України «Про власність», «Про цінні папери та фондову біржу», «Про господарські товариства», «Про приватизаційні папери» та ін. Найважливішого значення набуло прийняття Закону «Про цінні папери та фондову біржу», яким уперше було визначено порядок випуску цінних паперів, їх обігу на вторинному ринку, встановлено режим ліцензування посередницької діяльності з цінними паперами тощо.

Однак законодавство не було досконалим, і перша практика його застосування викликала низку питань, необхідність вирішення яких потягла за собою прийняття значної кількості підзаконних нормативних актів у цій сфері.

Для регулювання і координації діяльності на ринку цінних паперів створюється Державна комісія з цінних паперів та фондового ринку (1995 р.). І, нарешті, прийняття Закону України «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні» стає ключовим моментом у цьому процесі.

Функції регулювання ринку цінних паперів здійснюються державою шляхом формування спеціальних структур, що займаються видачею ліцензій та спеціальних дозволів, захистом прав інвесторів на ринку цінних паперів, організацією реєстрації випусків цінних паперів і професійних учасників ринку цінних паперів, здійсненням контролю за дотриманням вимог законодавства всіма учасниками ринку цінних паперів тощо.

На сьогодні в Україні функції державного регулювання ринку цінних паперів поділено між різними органами державної виконавчої влади. Це Національний банк, Міністерство юстиції, Антимонопольний комітет, Фонд державного майна та ін. Але центральним органом державної виконавчої влади, що здійснює єдину державну політику щодо цінних паперів і функціонування фондового ринку в Україні та координації діяльності інших органів виконавчої влади в цій сфері, є Державна комісія з цінних паперів та фондового ринку.

З точки зору механізму державного регулювання Державна комісія з цінних паперів та фондового ринку є суб'єктом, а фондова біржа, що є одним із інститутів фондового ринку,

елементом його інфраструктури — об'єктом регулюючого впливу.

Проте багато питань ще потребують свого вирішення. Зокрема, вдосконалення нормативно-правової бази фондового ринку неможливе без прийняття нового Цивільного кодексу України, законопроектів (що вже підготовані) «Про похідні цінні папери», «Про особливості обігу векселів в Україні», нової редакції Закону «Про цінні папери та фондовий ринок» тощо.

Подальша законотворча робота має спрямовуватися на розв'язання низки проблем, котрі існують сьогодні у сфері правового забезпечення функціонування українського фондового ринку.

По-перше, законодавчі акти в цілому не мають необхідного ступеня деталізації, вони суперечливі, на їх змісті позначилася боротьба між різними державними органами і концепціями розвитку ринку цінних паперів.

По-друге, безсистемне використання при розробці законодавчих актів різних іноземних правових стандартів і моделей ринків цінних паперів перешкоджає ефективному його регулюванню. Так, незважаючи на прийняття досить великої кількості нормативних актів у цій сфері, врахування іноземного досвіду, створення так званих саморегулюючих організацій, низку актів, спрямованих на захист прав інвесторів, ефективно діючого ринку цінних паперів в Україні ще не сформовано. Видається, що захист прав інвесторів має супроводжуватись і розробкою заходів для заохочення емітентів. В умовах проведення приватизації (особливо в перші роки незалежності), переходу до нової економічної моделі через майже примусове акціонування необхідним є всіляке заохочення емітентів до випуску цінних паперів шляхом створення сприятливих для цього умов. Саме емітенти на перших стадіях розвитку фондового ринку потребують пильної уваги з боку держави, підтримки емісійної політики<sup>1</sup>. Це необхідно для наповнення ринку цінних паперів, що можуть конкурувати між собою, достатньою їх кількістю.

Інтеграція України у світове співтовариство ставить перед нею питання входження до світового ринку цінних паперів,

<sup>1</sup> Див.: Семилютин Н. Проблемы совершенствования законодательства о рынке ценных бумаг // Право и экономика. — 2001. — № 1. — С. 31–35.

для чого має бути створено надійний механізм іноземного інвестування в економіку країни.

Необхідною передумовою для цього має стати формування розгалуженої системи організацій, що забезпечать ефективну роботу фондового ринку, перш за все фондових бірж, системи Національного депозитарію тощо. Ще одним завданням є централізація фондового ринку, яка б унеможливила встановлення монопольної ціни на цінний папір, задля чого кожен папір має проходити котирування незалежно від первинного чи вторинного його розміщення.

*Надійшла до редколегії 15.05.01*

*М. Кучерявенко, доктор юридичних наук (НЮА України)*

## **Податковий обов'язок: зміст, структура, засоби забезпечення**

Поняття податкового обов'язку є однією із центральних категорій податкового права. У деяких виданнях і законодавчих актах<sup>1</sup> використовується термін «податкове зобов'язання», під яким розуміється обов'язок зі сплати податку. Видається не зовсім точним застосування терміна «зобов'язання» у відносинах, урегульованих імперативними нормами. Зобов'язання характерне для договірних відносин, які використовують диспозитивні методи, що розвиваються на певних відносинах рівності суб'єктів. Податкові відносини будуються на принципах влади і підпорядкування, регулюються шляхом владних розпоряджень з боку держави. Тому навряд чи зобов'язання може відображати природу комплексу обов'язків платника податків, що мають безумовний і першочерговий характер. Більш точним було б використовувати термін «податковий обов'язок» як категорію, що узагальнює всю систему обов'язків платника податків, пов'язаних зі сплатою податків і зборів.

<sup>1</sup> Наприклад, у Законах України «Про податок на додану вартість», «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами».

Зміст податкового обов'язку визначається насамперед імперативними методами фінансово-правового регулювання, особливостями відносин, що складаються між суб'єктами з приводу сплати податків і зборів. Державне управління у сфері фінансів вимагає підпорядкування суб'єкта вимозі управомоченої особи, а точніше — вимозі органів, що здійснюють фінансову діяльність держави. Саме тому правове регулювання відносин у галузі фінансової діяльності держави орієнтовано на одnobічні владні розпорядження державних органів щодо суб'єктів, які беруть участь у сфері фінансової діяльності держави. Владність розпоряджень державних органів полягає насамперед у тому, що вони приймають рішення, обов'язкові для іншої сторони правовідносин, і ці рішення приймаються в межах повноважень, делегованих органу саме державою.

Характерною рисою податково-правового регулювання є юридична нерівність суб'єктів податкового права. Юридична нерівність як риса податково-правового регулювання базується на нееквівалентній природі фінансових відносин, що відображається в змісті і структурі прав і обов'язків суб'єктів податкового права, коли одні суб'єкти мають юридично владні повноваження стосовно інших. Держава або уповноважений нею орган реалізує свою компетенцію через владні розпорядження, тоді як інша сторона реалізує компетенцію, що залежить від компетенції владної сторони правовідносин.

Податкові правовідносини регулюють систему відносин між суб'єктами. Особливості таких відносин визначаються державним примусом, специфічними санкціями. Так, при порушенні платником податкового обов'язку податковий орган має право — обов'язок застосовувати певні санкції. Невиконання цього з боку податкового органу є невиконанням функцій, якими такі органи наділені державою. Таке застосування державного примусу фактично виступає як право — обов'язок компетентного органу. Інша сторона податкових правовідносин у разі правопорушення характеризується обов'язком здійснити примусовий захід, хоча це може доповнюватися низкою прав і обов'язків, що впливають із безумовного обов'язку сплати податку і залежать від нього.

Обов'язки суб'єктів у податкових правовідносинах виступають як стабільні, які закріплюються насамперед у нормативному фінансово-правовому акті. Навіть тоді, коли обов'язок



суб'єктів встановлюється актами індивідуального регулювання, його зміст виступає як деталізація вимог, що містяться в нормативних актах. До особливостей обов'язків, що впливають із податкових правовідносин, можна віднести також їх складний характер. Іншими словами, сам обов'язок підпорядкованого суб'єкта становить найчастіше систему обов'язків. Так, податковий обов'язок платника реалізується через обов'язок ведення податкового обліку, обов'язок сплати податків і зборів, обов'язок податкової звітності.

Реалізація податкового обов'язку регулюється податковими правовідносинами пасивного типу значно менше, ніж правовідносинами активного типу. Обов'язки суб'єктів у відносинах подібного типу полягають насамперед у тому, щоб не перешкоджати компетентним органам у здійсненні їх прав. Активні дії в регулятивних податкових правовідносинах пасивного типу притаманні державі і уповноваженим нею органам при встановленні податків і зборів. Фактично це не права повною мірою, оскільки податковий орган зобов'язаний їх реалізовувати за певних обставин. Так, податкові інспекції зобов'язані здійснювати податкові перевірки, але коли, в якому обсязі — вони вирішують самостійно.

Практично податковий обов'язок ототожнюють з обов'язком зі сплати податку. Але це тільки частина його змісту. Дійсно, сплата податку являє собою реалізацію основного обов'язку платника податків і може бути розглянута як податковий обов'язок у вузькому розумінні. Однак податковий обов'язок у широкому розумінні включає: 1) обов'язок із ведення податкового обліку; 2) обов'язок зі сплати податків і зборів; 3) обов'язок з податкової звітності.

Податковий обов'язок у широкому розумінні може бути диференційовано і за видовими обов'язками платника податків, що виникають по кожному податку чи збору. Сукупність же подібних окремих обов'язків і становитиме комплекс податкових обов'язків платника податків, або податковий обов'язок у широкому розумінні.

Обов'язок зі сплати податку чи збору виникає, змінюється або припиняється за наявності підстав, установлених податковим законодавством. Важливо враховувати, що в податкових правовідносинах діє розширювальний принцип, принцип дозволеної поведінки, тобто такий, що охоплює сукупність

дій, прямо запропонованих законодавчими актами про оподаткування. В той же час подібне становище закріплює і певні гарантії, встановлюючи рамки для контролюючих органів: підстави виникнення, зміни і припинення обов'язків платника податків як об'єкта контролю повинні бути встановлені тільки податковими законами.

Найважливішим питанням при регулюванні відносин з приводу сплати податків і зборів є з'ясування моменту, з якого виникає обов'язок сплати податку. Нормативні акти, що регулюють порядок внесення цих платежів, пов'язують обов'язок їх сплати з настанням обставин, передбачених законами і підзаконними актами. Такою обставиною, зокрема, може бути наявність об'єкта оподаткування при обов'язковому одержанні податкового повідомлення. Повідомлення є юридичним актом індивідуального характеру, який конкретизує зміст правовідносини щодо окремого суб'єкта. С. Ципкін на підставі цього робить висновок, що для виникнення деяких податкових правовідносин потрібна наявність як матеріальних умов, так і особливих актів фінансових органів<sup>1</sup>. У такий спосіб формується складний юридичний факт (фактичний склад), точно зазначений у гіпотезі фінансово-правової норми. Тому, мабуть, недостатньо виділяти як підставу виникнення податкових правовідносин, що впливають виключно із закону.

Виникнення податкових правовідносин пов'язується з виникненням податкового обов'язку, яким виступає безпосередній і першочерговий обов'язок платника податку зі сплати податку чи збору за наявності певних обставин. Цими обставинами є такі. По-перше, можливість віднесення конкретного суб'єкта до платника податку, обумовленого відповідно до чинного законодавства. По-друге, наявність у платника податку об'єкта оподаткування або здійснення ним діяльності, пов'язаної зі сплатою податку чи збору. По-третє, наявність нормативно-правового (насамперед законодавчого) регулювання всіх елементів податкового механізму.

Податковий обов'язок не тільки пов'язується з підставами його виникнення, а й чітко визначається конкретними строками, протягом яких він має бути виконаний. При цьому важливо враховувати, що виконання податкового обов'язку є

<sup>1</sup> Див.: Ципкін С. Д. Доходы Государственного бюджета СССР. Правовые вопросы. — М., 1973. — С. 68.

першочерговим стосовно інших обов'язків платника, що визначає зміст усіх інших обов'язків. Виконання податкового обов'язку реалізується сплатою податку. Однак можливі випадки, коли платник не може виконати податковий обов'язок у загальному порядку. В такій ситуації необхідні певні додаткові гарантії, що виділяються у формі способів забезпечення виконання податкового обов'язку. Податковий обов'язок як обов'язок платника податків сплатити необхідну суму податку в установленій строк за наявності обставин, передбачених податковим законодавством, виникає по кожному виду податку окремо.

Існують чотири підстави припинення податкового обов'язку: 1) належне виконання податкового обов'язку; 2) ліквідація юридичної особи — платника податку; 3) смерть чи оголошення громадянина померлим; 4) втрата особою ознак, що визначають її як платника податків.

Припинення податкового обов'язку сплатою податку платником податків відображує загальне положення теорії права про те, що будь-який обов'язок припиняється належним виконанням. Три інші підстави припинення податкового обов'язку фактично пов'язані з відсутністю особи, зобов'язаної сплачувати податки і збори (смерть фізичної особи, ліквідація юридичної особи).

У деяких випадках як підстава припинення податкового обов'язку розглядається скасування податку. Однак навряд чи тут ситуація є однозначною. Дійсно, обов'язок зі сплати податку припиняється, але тільки стосовно періоду, який настає за скасуванням податку, а не стосовно минулого періоду. Хоча в кінцевому результаті й обов'язку зі сплати податку з моменту його скасування не існує.

Особливості правового регулювання відносин з приводу сплати податків і зборів, імперативні методи, що визначають відносини влади і підпорядкування в податковому праві, детермінують і природу механізмів, що забезпечують виконання податкового обов'язку.

Забезпечення виконання податкового обов'язку характеризується в податковому праві деякими принциповими особливостями.

1. Забезпечення виконання податкового обов'язку стосується саме сплати податків і зборів. Якщо податковий обов'язок у широкому розумінні охоплює обов'язок з обчислення,

сплати податків і зборів, податкової звітності, то способи забезпечення виконання податкового обов'язку стосуються гарантій податкового обов'язку у вузькому розумінні, власне сплати сум податків і зборів.

2. У системі гарантій, що забезпечують надходження податків і зборів до бюджетів, виняткове місце приділяється уповноваженій стороні — державі як власнику податкових надходжень, що забезпечує підстави належного і безумовного виконання певних дій зобов'язаною стороною — платником податків.

3. Виконання обов'язків зі сплати податків і зборів забезпечується саме додатковими гарантіями податкових органів, що примушують платника податків до виконання податкового обов'язку повною мірою і в установлений строк.

4. Забезпечення виконання обов'язку зі сплати податків і зборів можливе за рахунок коштів і майна платника податків.

5. Способи, що забезпечують сплату податків і зборів, містять у собі як суми безпосередньо податкових платежів, так і компенсацію витрат бюджетів від несвоечасної сплати податків і зборів, а також витрат на примусове виконання податкового обов'язку.

Система способів, що забезпечують виконання обов'язку зі сплати податків і зборів, поєднує різнохарактерні податкові форми. Так, обмеження операцій за банківськими рахунками і арешт майна платника податків — боржника являють собою заходи забезпечення погашення боргу і застосовуються фактично вже у зв'язку з невиконанням платником податків обов'язку зі сплати податків і зборів, носять примусовий характер. У той же час застава і поручительство створюють гарантії на майбутнє у разі невиконання обов'язку платником податків, хоча таке невиконання може і не відбутися. При цьому застава і поручительство припускають угоду сторін, тоді як призупинення операцій за банківськими рахунками і арешт майна реалізуються імперативними методами.

Особливістю застосування застави і поручительства є певний часовий розрив між моментом виникнення обов'язку зі сплати податку і моментом його виконання. Податковий обов'язок у загальному порядку реалізується при збігу цих двох моментів. Так, обов'язок сплати податку виникає після закінчення податкового періоду, і платник податків одночасно з

цим (у законодавчо закріпленій строку) вносить до бюджету обчислену суму податку. При використанні ж застави і поручительства між моментом забезпеченого обов'язку і моментом його виконання існує певний часовий розрив, що залежить від часу реалізації заставленого майна чи дій поручителя.

Отже, підставами застосування способів забезпечення податкового обов'язку є:

- 1) невиконання платником податків обов'язків зі сплати податків і зборів;
- 2) здійснення податкової перевірки у зв'язку з припиненням діяльності платника податків.

Застава — один з найбільш ефективних способів забезпечення виконання обов'язку. Вона являє собою правовідношення, відповідно до якого кредитор (заставодержатель) має право за забезпеченим заставою зобов'язанням у разі його невиконання одержати задоволення з вартості заставленого майна, причому він має переваги перед іншими кредиторами цього боржника.

Особливістю податкової застави є те, що цей цивільно-правовий інструмент має в податковому праві інший імперативний зміст. Показово, що з прийняттям Закону України від 21 грудня 2000 р. (який і закріпив статтею 9 механізм податкової застави) внесено зміни до Закону України «Про заставу», відповідно до яких норми ст. 13 Закону України «Про заставу» не поширюються на право податкової застави, реалізоване податковим законодавством.

З метою захисту інтересів бюджетних споживачів активи платника податків, що має податковий борг, передаються в податкову заставу. Право податкової застави поширюється на будь-які види активів платника податків, що знаходилися в його власності (повному господарському віданні) у день виникнення такого права, а також на будь-які інші активи, на які платник податків придбає права власності в майбутньому. Платник податків має право безоплатно зареєструвати податкову заставу в державних реєстрах застав рухомого чи нерухомого майна, а податковий орган зобов'язаний безоплатно зареєструвати податкову заставу в державному реєстрі застав нерухомого майна за умови строку дії такої податкової застави більше десяти календарних днів.

Право податкової застави має пріоритет перед:

— будь-якими правами інших застав, що виникли після моменту виникнення такого права на податкову заставу, незалежно від того, чи були зареєстровані права інших застав у державних реєстрах застав рухомого або нерухомого майна чи ні;

— будь-якими правами інших застав, що не були зареєстровані в державних реєстрах застав рухомого чи нерухомого майна до виникнення права на таку податкову заставу.

В разі, якщо інші заходи для погашення податкового боргу не дали позитивного результату, податковий орган здійснює за платника податків і на користь держави заходи для залучення додаткових джерел погашення погодженої суми податкового боргу шляхом стягнення коштів, що знаходяться в його власності, а при їх недостатності — шляхом продажу інших активів такого платника податків. Стягнення коштів і продаж інших активів платника податків здійснюються не раніше тридцятого календарного дня з моменту направлення йому другої податкової вимоги. Продаж інших активів здійснюється на підставі рішення податкового органу, підписаного його керівником і скріпленого гербовою печаткою податкового органу. Перелік відомостей, що вказуються в такому рішенні, встановлюється центральним податковим органом.

При заставі боржником виокремлюється конкретне майно, що переходить у власність кредитора. При іншому виді забезпечення виконання — поручительстві (банківській гарантії) — до обов'язку залучаються треті особи, які для кредитора є додатковими боржниками.

Поручительство як захід забезпечення виконання податкового обов'язку може бути використане у випадках, встановлених податковим законодавством. Відповідно до ст.ст. 191–194 ЦК України, що регулюють порядок укладення і виконання договору поручительства, за договором поручительства поручитель бере зобов'язання перед кредитором іншої особи (боржника) нести відповідальність за виконання останнім його зобов'язання в повному обсязі чи в частині. У разі невиконання зобов'язання боржником поручитель несе відповідальність перед кредитором в обсязі та в порядку, встановленому договором поручительства. До поручителя, який виконав зобов'язання, переходять усі права кредитора за цим зобов'язанням.

Сторони договору поручительства — поручитель і податковий орган. При цьому поручителем можуть виступати будь-

які юридичні чи фізичні особи. По одному обов'язку сплати податку можуть одночасно виступати декілька поручителів.

Податкове поручительство регулюється ст. 8 Закону України від 21 грудня 2000 р. і деталізує саме податковий характер цих відносин. Податковий орган при цьому зобов'язаний відмовитися від права податкової застави активів платника, якщо банк-резидент поручається за нього. За договором податкового поручительства банк-поручитель зобов'язується перед податковим органом відповідати за належне виконання платником податків обов'язків з погашення його податкового обов'язку чи податкового боргу. В разі невиконання платником податків обов'язків з погашення податкового боргу банк-поручитель бере на себе відповідальність за таке погашення в такому ж обсязі, як і платник податків. Банк-поручитель, який виконав зобов'язання з погашення податкового обов'язку чи податкового боргу платника податків, має право зворотної вимоги до такого платника податків у розмірі виплаченої суми.

Договір податкового поручительства набуває чинності після його повідомленої реєстрації в податковому органі за місцезнаходженням (місцем податкової реєстрації) платника податків, здійснюваної на підставі надання податковому органу нотаріально посвідченого договору поручительства. Податковий орган зобов'язаний видати платникові податків протягом одного робочого дня, що настає за днем одержання договору поручительства, довідку про реєстрацію такого договору, на підставі якого активи платника податків вважаються звільненими з-під податкової застави. Договір поручительства не може бути відкликаний поручителем до повного погашення податкового боргу. Поручитель не має права передоручати виконання зобов'язань за таким договором поручительства третім особам.

Поручительство припиняється:

- з припиненням забезпечуваного ним податкового обов'язку;
- з переведенням боргу за податковим обов'язком на іншу особу;
- якщо кредитор (державний орган) відмовився прийняти належне виконання податкового обов'язку;
- після закінчення строку, зазначеного в договорі поручительства.

Цивільним законодавством пеня визначається як форма неустойки. Стосовно виконання податкового обов'язку пеня розглядається як грошова сума, яку зобов'язана особа має перерахувати при сплаті належних сум податку чи збору в більш пізні порівняно з установленими податковим законодавством строки. Отже, суму пені платник податків зобов'язаний виплатити у разі прострочення сплати податку чи збору. Прострочення платежу фактично і є підставою нарахування пені.

Пеню необхідно чітко відмежовувати від заходів податкової відповідальності (як останні у податковому законодавстві фігурують штрафи). Стягнення пені обумовлюється тільки фактом прострочення сплати податку чи збору, тоді як стягнення штрафів припускає спеціальні процедури, в основі яких лежить правопорушення. Пеня ж може стягуватися й у тому разі, коли платник податків може бути звільнений від застосування заходів відповідальності за порушення податкового законодавства.

Законом України від 21 грудня 2000 р. «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетом і державними цільовими фондами» врегульовано механізм застосування пені при оподаткуванні. Після закінчення встановлених строків погашення погодженого податкового обов'язку на суму податкового боргу нараховується пеня. Це відбувається:

а) при самотійному нарахуванні суми податкового обов'язку платником податків — від першого робочого дня, що настає за останнім днем граничного строку сплати;

б) при нарахуванні суми податкового обов'язку контролюючими органами — від першого робочого дня, що настає за останнім днем граничного строку сплати, визначеного в податковому повідомленні.

У разі, якщо платник податків до початку його перевірки контролюючим органом самотійно виявляє факт заниження податкового обов'язку і погашає його, пеня не нараховується.

Однак у деяких випадках це правило не застосовується. Так, у ст. 16 Закону України від 21 грудня 2000 р. підкреслюється, що пеня не нараховується, якщо:

а) платник податків не подає податкову декларацію за період, протягом якого відбулося таке заниження;

б) судом доведено вчинення злочину службовими особами платника податків або фізичною особою — платником по-



датків щодо умисного ухилення від сплати зазначеного податкового обов'язку.

Обмеження операцій по рахунках платника податків у банках є заходом оперативного впливу на платника податків у разі, якщо останній перешкоджає проведенню податкової перевірки. Призупинення операцій по рахунках у банку застосовується для забезпечення виконання рішення про стягнення податкових платежів за рахунок коштів зобов'язаної особи в банках.

Обмеження операцій за розрахунковими та іншими рахунками в установах банків здійснюється на підставі розпорядження податкового органу, що обмежує право платника податку, його представника чи податкового агента розпоряджатися коштами, що знаходяться чи надходять на його рахунок у банківських установах. Обмеження права платника податку, його представника чи податкового агента на розпорядження засобами на його рахунках не поширюється на розрахунки з бюджетом зі сплати податків, штрафу і пені. Обмеження операцій платника податку на розрахунковому рахунку чи інших рахунках у банках діє з моменту одержання банком розпорядження податкового органу до скасування розпорядження податковим органом чи за рішенням суду.

Рішення про призупинення операцій по рахунках приймається одночасно з рішенням про стягнення податку і пені. Однак це не означає, що рішення про призупинення операцій не може бути прийняте пізніше дати винесення рішення про стягнення податку. В разі, якщо банком чи платником податків подані в податковий орган документи, які підтверджують сплату сум, пов'язаних зі стягненням податку, податковий орган зобов'язаний винести розпорядження про скасування розпорядження про обмеження операцій по рахунках платника податків у банках.

Розпорядження про безспірне списання сум недоїмки не видаються, якщо підприємства, установи і організації вчасно подали до установ банків платіжні доручення на перерахування належних платежів. Стягнення з громадян України, а також іноземних громадян і осіб без громадянства податкової недоїмки може бути проведено органами стягнення тільки за рішенням суду чи за виконавчими написами нотаріусів відповідно до чинного законодавства. Скарги на неправильні дії службових осіб органів стягнення, допущені ними при стяг-

ненні податків і неподаткових платежів, подаються в органи стягнення, яким вони безпосередньо підпорядковані. Скарги розглядаються і рішення по них приймаються не пізніше ніж у місячний строк з моменту їх подання. Рішення по скарзі може бути оскаржено у вищій орган стягнення<sup>1</sup>.

Арештом активів визнається накладення обмежень за розпорядженням платником податків, його представником чи податковим агентом відносно майна, що йому належить. Як і при обмеженні операцій по рахунках платника податків у банках, метою накладення арешту на майно є забезпечення виконання рішення податкового органу. Арешт активів полягає в обмеженні повноважень власника по володінню, користуванню і розпорядженню належним платникові податків майном.

Адміністративний арешт активів здійснюється у разі невиконання платником податків у встановлений строк зобов'язання зі сплати податків і зборів податковим чи митним органом. Арешт активів може бути здійснено на таких підставах:

- а) у разі невиконання платником податків обов'язку зі сплати податку чи збору в установлений строк;
- б) у разі наявності у податкових органів достатніх підстав вважати, що платник податків вдасться до заходів для того, щоб сховатися чи сховати своє майно.

Необхідними умовами для накладення арешту на майно є настання встановленого законом строку для сплати податку і наявність однієї з двох умов, зазначених вище. Тільки пред'явлення вимоги про сплату податку та її виконання платником податків недостатньо для накладення арешту.

Арешт активів платника податків може здійснюватися в двох формах:

- 1) повний арешт — платник податків позбавляється права на реалізацію прав розпорядження чи користування його активами з їх тимчасовим вилученням чи без такого. При вилученні активів ризик, пов'язаний з їх збереженням або втрапою їх функціональних чи споживчих якостей, покладається на орган, що прийняв рішення про таке вилучення;
- 2) умовний арешт — платник податків здійснює володіння, користування і розпорядження своїм майном з дозволу і

<sup>1</sup> Див.: Декрет Кабінету Міністрів України від 21 січня 1993 р. «Про стягнення не внесених в строк податків і неподаткових платежів».

під контролем податкових органів. Така форма арешту припускає обмеження платника податків у реалізації прав власності на активи, що полягає в обов'язковому попередньому одержанні дозволу керівника відповідного податкового органу на здійснення будь-якої операції платника податків з такими активами. Цей дозвіл може бути видано керівником податкового органу, якщо за висновком податкового управляючого здійснення окремої операції платником податків не приведе до збільшення його податкового боргу чи до зменшення імовірності його погашення.

Арешту підлягає тільки те майно, якого необхідно і досить для виконання обов'язку зі сплати податку. Достатність подібного майна для задоволення вимог податкових органів зі сплати податку визначається податковим органом. У разі перевищення обсягу заарештованого майна необхідних меж для сплати податків платник податків має підстави на відшкодування збитків, пов'язаних із цим.

*Надійшла до редколегії 20.04.01*

# ПИТАННЯ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

*М. Сібільов*, член-кореспондент  
АПрН України

## До питання про правові засоби сфери приватного права

Термін «правові засоби» відомий науковцям протягом тривалого часу. Але ставлення до нього з часом істотно змінювалося. Спочатку він використовувався як загальнолітературний, узагальнюючий термін. І лише з середини 60-х років ХХ ст. увага до правових засобів значно зростає. Це було пов'язано з тим, що саме у цей час концентровано вивчається і досліджується динаміка різних явищ правової дійсності, їх взаємозв'язок і роль у вирішенні економіко-правових проблем суспільства. Як відзначає С. Алексеев<sup>1</sup>, логіка досліджень цілої низки загальнотеоретичних проблем, що здійснювалися відносно автономно, приводила різних дослідників до одного вузлового пункту, а саме до категорії правових засобів. Йдеться про такі загальнотеоретичні проблеми, як механізм правового регулювання суспільних відносин, система права, ефективність права, юридична (законодавча) техніка.

Отже, правові засоби — це категорія, яка безпосередньо стикається з найважливішими проблемами сучасного правознавства. Спочатку вивчення та аналіз правових засобів як наукової категорії здійснювалися виходячи саме з їх суто практичного значення на галузевому рівні<sup>1</sup>. Питання про те, що

<sup>1</sup> Див.: Алексеев С. С. Правовые средства: постановка проблемы, понятие, классификация // Сов. государство и право. — 1987. — № 6. — С. 13.

<sup>2</sup> Див.: Знаменский Г. Л. Совершенствование хозяйственного законодательства: цель и средства. — К., 1980; Пугинский Б. И. Гражданско-правовые средства в хозяйственных отношениях. — М., 1984; Шевченко Я. Н. Средства защиты в гражданском праве // Советское государство и право. — 1972. — № 7. — С. 55–62; Штефан М. И. Процессуальные средства, обеспечивающие защиту прав в гражданском судопроизводстве: Дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03. — К., 1973.

слід розуміти під правовими засобами, вирішувалося в науці по-різному. Так, Д. Липницький та В. Огрязков<sup>1</sup> вважали, що правові засоби — це деякі правові інститути (договір, відповідальність) та галузеві методи реалізації законодавчих установлень. Методи правового регулювання відповідних галузей права Г. Знаменський<sup>2</sup> розглядав як «внутрішні» правові засоби. Існувала й думка про те, що правові засоби — це юридичні інструменти, котрі слугують вирішенню економіко-соціальних завдань<sup>3</sup>. Поширеним був і погляд на те, що правові засоби — це правові норми, правовідносини, санкції та інші об'єкти<sup>4</sup>. Як бачимо, зазначені автори не давали наукового визначення цієї категорії, а лише перелічували певні об'єкти (явища правової дійсності), що охоплювалися, на їх погляд, нею.

Перше наукове визначення категорії «правові засоби» було запропоновано Б. Пугінським, згідно з яким правові засоби — це поєднання (комбінації) юридично значущих дій, що здійснюються суб'єктами на свій розсуд у встановлених межах з метою досягнення цілей (інтересів), що не суперечать законодавству та інтересам суспільства<sup>5</sup>.

Аналізуючи це визначення, слід звернути увагу на низку істотних обставин. Хоча категорія «правові засоби» на момент її формулювання ще не була об'єктом спеціальних досліджень на загальнотеоретичному рівні, але вже було відоме ставлення фахівців із загальної теорії права до неї, оскільки система саме правових засобів, взятих в єдності, складала механізм правового регулювання, за допомогою якого забезпечувався результативний вплив на суспільні відносини<sup>6</sup>. Б. Пугінський не висловлює своєї незгоди з таким ставленням до правових

<sup>1</sup> Див.: *Липницький Д.* Право и предотвращение хозяйственных правонарушений // *Хозяйство и право.* — 1979. — № 10. — С. 15–20; *Огрязков В.* Участие юридических служб в разработке правовых средств обеспечения качества продукции // *Советская юстиция.* — 1977. — № 4. — С. 5–6.

<sup>2</sup> Див.: *Знаменский Г. Л.* Вказ. праця. — С. 213.

<sup>3</sup> Див.: *Быков. А. Г.* План и хозяйственный договор. — М., 1975. — С. 32; *Рознатовский И. М.* Правовое регулирование планирования народного хозяйства СССР. — К., 1977. — С. 107.

<sup>4</sup> Див.: *Замойский И. Е.* Эффективность хозяйственно-правовой работы. — К., 1982. — С. 62.

<sup>5</sup> Див.: *Пугинский Б. И.* Вказ. праця. — С. 87.

<sup>6</sup> Див.: *Алексеев С. С.* Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. — М., 1966. — С. 33–34.

засобів, а лише категорично заперечує віднесення до правових засобів норм права, правових інститутів та правовідносин. Обґрунтовуючи цю позицію, він наводить два аргументи. Перший з них носить суто формальний характер — не допускаються згідно з методологічним принципом, виробленим філософами, який іменується «бритвою Оккама», множення понять та введення в науковий обіг термінів для визначення об'єктів, які вже поійменовані достатньо точно сформульованими поняттями. Другий аргумент носить істотний характер. Оскільки явища правової дійсності мають різний операційних рівень, остільки не можуть охоплюватися єдиним терміном «правові засоби» такі однопорядкові явища, як правова норма, інститут права та правовідносини, з такими явищами принципово іншого операційного рівня, як, наприклад, договір, позадоговірні зобов'язання, заходи відповідальності тощо. Невисловлення Б. Пугінським незгоди з тим, що механізм правового регулювання становить узятя в єдності система правових засобів, дає підстави стверджувати, що він не заперечує віднесення до них таких елементів механізму правового регулювання, як: юридичні факти, акти застосування права, акти реалізації прав та обов'язків, оскільки всі вони можуть розглядатися як юридично значущі дії, а саме ця ознака правових засобів розглядається Б. Пугінським як вирішальна. За таких умов, на нашу думку, Б. Пугінський теж порушує принцип «бритви Оккама», оскільки погоджується із застосуванням до зазначених та вже поійменованих об'єктів терміна «правові засоби». Він і сам змушений зробити застереження про те, що у випадках, коли правовий засіб збігається з однойменним інститутом права (наприклад, коли йдеться про договір), слід щоразу підкреслювати, який зміст вкладається в застосований термін: розглядається він як інститут права чи як правовий засіб<sup>1</sup>.

Згодом правові засоби стали об'єктом досліджень і на загальнотеоретичному рівні. Одним із таких дослідників був С. Алексєєв<sup>2</sup>. Безумовно, він міг би, на наш погляд, виходячи з наведеного ним раніше визначення механізму правового регулювання, сформулювати і визначення правових засобів

<sup>1</sup> Див.: Пугинский Б. И. Вказ. праця. — С. 89.

<sup>2</sup> Див.: Алексеев С. С. Правовые средства: постановка проблемы, понятие, классификация. — С. 12—19.

як сукупності елементів механізму правового регулювання, за допомогою яких забезпечується результативний вплив на суспільні відносини. Але С. Алексєєв не зробив цього і віднайшов інший шлях для аналізу правових засобів. Вважаємо, що причиною цього була саме позиція Б. Пугінського стосовно поняття правових засобів. Погодження з нею вимагало від С. Алексєєва внесення відповідних коректив до розробленого ним вчення про механізм правового регулювання та його елементи. Саме у зв'язку з цим С. Алексєєв запропонував ідею розглядати правові засоби як один із видів такого родового поняття, яким є правові явища. З урахуванням різноманітності існуючих правових явищ він поділив їх на чотири групи, а саме: явища-регулятори (норми права, правоположення практики, індивідуальні приписи, права та обов'язки); явища правової форми (нормативні та індивідуальні акти); явища правової діяльності (правотворчість, правозастосування, тлумачення); явища суб'єктивної сторони правової дійсності (правосвідомість, суб'єктивні елементи правової культури, права наука)<sup>1</sup>. Аналізуючи зазначені правові явища, С. Алексєєв дійшов висновку, що як правові засоби можуть розглядатися лише ті з них, які є субстанціональними у зв'язку з тим, що через ознаку субстанціональності правові засоби втілюють у собі регулятивну силу права.

Оскільки ознаці субстанціональності відповідають лише явища-регулятори через те, що вони становлять істотну частину правової матерії (субстанцію права і всієї правової системи), та явища правової форми через глибоку єдність у праві форми та змісту, С. Алексєєв запропонував відносити до правових засобів норми права, індивідуальні приписи, веління, договори, засоби юридичної техніки та всі інші інструменти регулювання суспільних відносин. Правові засоби, підкреслює він, мають і функціональну характеристику, оскільки норма права, індивідуальні приписи, веління, техніко-юридичний інструментарій розглядаються не самі по собі, не у всій повноті своїх властивостей і зв'язків, а переважно з боку їх активно-регулятивної ролі. Виходячи з цього, С. Алексєєв зробив два важливих висновки. По-перше, правові засоби не станов-

<sup>1</sup> Див.: Алексєєв С. С. Правовые средства: постановка проблемы, понятие, классификация. — С. 14.

лять особливих явищ правової дійсності, а охоплюють увесь діапазон субстанціональних правових явищ різних рівнів, які розглядаються з точки зору їх функціонального призначення як відповідних інструментів вирішення соціальних завдань. По-друге, питання про правові засоби — це питання не стільки про виокремлення тих чи інших фрагментів правової дійсності, скільки про їх особливе бачення в точно визначеному ракурсі — їх функціональному призначенні як інструментів вирішення соціальних завдань та реалізації цінності права<sup>1</sup>. Виходячи з наведених засад, С. Алексеев визначив правові засоби як норми права, індивідуальні приписи та веління, договори, засоби юридичної техніки, всі інші інструменти регулювання, що розглядаються в єдності характерного для них змісту та форми<sup>2</sup>.

Отже, можна стверджувати, що позиція С. Алексеева в цьому питанні базується на двох принципових положеннях. Правові засоби розглядаються ним як суто субстанціональний феномен, що має призначення інструмента для вирішення відповідних соціальних завдань. До складу правових засобів включаються лише явища-регулятори та явища правової форми і не входять явища правової діяльності. З останньою позицією С. Алексеева важко погодитися, оскільки самі інструменти автоматично не можуть привести до необхідного правового результату. Потрібними є й діяння, певна активність суб'єктів, спрямована на використання цих інструментів. Ось чому більш вірною видається позиція в цьому питанні, висловлена О. Мальком, який вважає, що правові засоби (норми і принципи права, правозастосувальні акти, договори, юридичні факти, суб'єктивні права, юридичні обов'язки, заборони, пільги, заходи заохочення, заходи покарання, акти реалізації прав і обов'язків тощо) — це правові явища, що знаходять своє відображення не тільки в інструментах (установленнях), а й у діяннях (технологіях), за допомогою яких задовольняються інтереси суб'єктів права, забезпечується досягнення соціально корисних цілей<sup>3</sup>. Правові засоби, підкреслює

<sup>1</sup> Див.: Алексеев С. С. Правовые средства: постановка проблемы, понятие, классификация. — С. 14–15.

<sup>2</sup> Див.: Там само. — С. 14.

<sup>3</sup> Див.: Малько А. В. Правовые средства как общетеоретическая проблема // Правоведение. — 1999. — № 2. — С. 7.



О. Малько, виступають специфічним посередником між суб'єктом та об'єктом діяльності, між ідеальною уявною моделлю та матеріальним результатом, а тому вони неминуче включають у себе як фрагменти ідеального (інструменти, засоби-установлення — суб'єктивні права, обов'язки, заборони, заохочування, покарання тощо), так і фрагменти реального (технологію, засоби-діяння, спрямовані на використання інструментів — перш за все акти реалізації прав і обов'язків<sup>1</sup>), тобто фактична поведінка суб'єктів, що втілюється в додержанні, виконанні та використанні ними норм права. Засоби установлення та засоби-діяння разом створюють необхідний та самодостатній для досягнення конкретної мети інформаційно-енергетичний комплекс ресурсів<sup>2</sup>.

З таким поглядом на правові засоби пізніше погодився і С. Алексеев, відзначивши, що хоча правові засоби є субстанціональними явищами, але в них, у самому їх бутті є момент, що містить перспективу використання — можливість того, що певні суб'єкти «візьмуть їх у руки» і досягнуть з їх допомогою потрібного очікуваного результату<sup>3</sup>.

Підсумовуючи наведене, слід вказати на такі загальні істотні ознаки правових засобів. По-перше, вони мають правову природу, оскільки базуються на праві та за загальним правилом закріплюються в законодавстві. По-друге, за своїм змістом правові засоби є складними явищами, оскільки, з одного боку, з урахуванням їх субстанціональних характеристик вони виступають як відповідні інструменти, а з іншого — одночасно охоплюють і певні діяння суб'єктів, спрямовані на активне використання ними зазначених інструментів з метою досягнення відповідних цілей. По-третє, правові засоби в обох своїх складових (інструментальній та дійовій) не становлять якихось особливих явищ правової дійсності, невідомих і принципово відмінних від тих, які вже зафіксовано в існуючому понятійному апараті. По-четверте, правові засоби втілюють в собі регулятивну силу права, забезпечують зв'язок ідеального (мета) і реального (результат) та перехід належного (мета) в суще (результат).

<sup>1</sup> Див.: Малько А. В. Правовые средства как общетеоретическая проблема. — С. 8.

<sup>2</sup> Див.: Там само. — С. 9.

<sup>3</sup> Див.: Алексеев С. С. Право. Опыт комплексного исследования. — М., 1999. — С. 351.

Постає питання про вплив методів правового регулювання на характер правових засобів. Проблема наявності зв'язку між правовими засобами, методами правового регулювання, галузями права та галузевими режимами вирішується в науці позитивно. Причому, якщо О. Малько лише обережно погоджується з тим, що відповідне поєднання правових засобів у правових режимах, методах правового регулювання надає «специфіку» галузям та інститутам права і відображає особливий порядок організації конкретних суспільних відносин<sup>1</sup> і не розкриває зазначеної специфіки галузей права, то С. Алексеев у цьому питанні займає більш рішучу позицію. Він не тільки підкреслює, що в науці все більше утверджується думка про існування особливого юридичного інструментарію, притаманного тій чи іншій галузі права, її методу правового регулювання, а й стверджує, що кожна галузь права має свій набір специфічних правових засобів регулювання<sup>2</sup>.

Тут необхідно звернути увагу на таку обставину. І О. Малько, і С. Алексеев, говорячи про наявність зв'язку між правовими засобами та галузями права, безумовно мають на увазі не приватне і публічне право як супергалузі, а саме ті галузі права, які є елементами системи права, що дісталася пострадянським державам у спадок від колишнього СРСР. І все ж вони звертаються при цьому не до предмета — головного критерію поділу права на відповідні галузі права, а до методу правового регулювання, підкреслюючи, що саме він обумовлює зв'язок між галузями права і правовими засобами, притаманними ним. Ця обставина, на наш погляд, є дуже важливою з урахуванням того, що саме метод правового регулювання розглядається нами як єдиний критерій поділу права на дві супергалузі — приватне і публічне право<sup>3</sup>. Метод координації, при якому правове регулювання здійснюється на диспозитивних засадах, і загальнодозвільний тип регулювання суспільних відносин у сфері приватного права зумовлюють певну специфіку правових засобів, властивих цій сфері. По-перше, сам набір (перелік) правових засобів у сфері приватного права не носить ви-

<sup>1</sup> Див. Малько А. В. Вказ. праця. — С. 6.

<sup>2</sup> Див.: Алексеев С. С. Правовые средства: постановка проблемы, понятие, классификация. — С. 13.

<sup>3</sup> Див.: Сибільов М. Загальна характеристика сфери приватного права // Вісник Академії правових наук України. — 2001. — № 2 (25). — С. 131.

черпного характеру, а тому вони, маючи правову природу, не завжди закріплюються в законодавстві; по-друге, ініціатива використання правових засобів належить будь-яким суб'єктам, оскільки вони є рівними; по-третє, необхідність узгодження суб'єктом-ініціатором запропонованих правових засобів з іншою стороною обумовлюють її активність; по-четверте, застосування правових засобів здійснюється з метою досягнення саме приватних цілей (інтересів).

З урахуванням як загальних, так і специфічних ознак правовий засіб сфери приватного права може бути визначено як складне правове явище, що базується на праві та за загальним правилом закріплюється в законодавстві, втілює в собі регулятивну силу права і уособлює відповідний інструмент та певні дії, спрямовані на його активне використання, з метою досягнення приватної мети (інтересу).

Питання про функції (основні напрямки використання) правових засобів слід віднести до таких, які є малодослідженими в науці. В узагальненому вигляді лише відзначається, що з використанням правових засобів досягаються цілі правового регулювання та фактичне втілення в життя власної цінності права. На нашу думку, правові засоби виконують дві функції, а саме: забезпечуючу та інформативну. Сутність першої функції полягає в тому, що правові засоби через втілену в них регулятивну силу права повинні забезпечувати суб'єкту, що їх використовує, досягнення відповідного результату (інтересу). О. Малько вірно підкреслює, що своєю «роботою» правові засоби забезпечують рух інтересу суб'єкта до певних цінностей. Але з його висновком про те, що цей рух є безперешкодним, а правові засоби гарантують справедливе задоволення інтересів суб'єкта<sup>1</sup>, ми беззастережно погодитися не можемо, оскільки це вже залежить від змісту та ефективності правових засобів (як інструментів, так і технологій, що використовуються суб'єктом). Само по собі використання правових засобів, передбачених законом, не завжди автоматично призводить до задоволення, а тим більше до справедливого задоволення інтересу суб'єкта. Як відзначає В. Сирих, ефективно діючі норми покликані закріплювати такі правові засоби, які дозволяють нейтралізувати негативні чинники і підсилювати дію позитив-

<sup>1</sup> Див.: Малько А. В. Вказ. праця. С. 11–12.

них. В іншому випадку дія негативних чинників буде більш інтенсивною, ніж правові засоби. Відповідно і результат дії норми права буде іншим, порівняно з тим, який планувався правотворчим органом<sup>1</sup>. Недосягнення суб'єктом мети (інтересу) при використанні відповідних інструментів або, навпаки, досягнення такої мети (інтересу) за допомогою інструментів, що не підлягали застосуванню, свідчить про неефективність (або низьку ефективність) правових норм, нормативних актів, що може бути зумовлено різними чинниками (відсутністю чи недостатністю необхідного інструментарію, в тому числі матеріальних або процедурних норм, наявністю можливостей для зловживання правом, існуванням необґрунтованих перешкод у реалізації прав тощо). Отже, правові засоби в процесі їх використання здатні «інформувати», і в цьому полягає сутність їх другої функції, про стан речей у сфері правового регулювання суспільних відносин. Вони, як вірно зазначає О. Малько, сигналізують про ступінь цивілізованості суспільства, є показником його правових можливостей та рівня правового розвитку, свідчать про зажаданість правової форми в упорядкуванні соціальних та інших зв'язків, конкурентоспроможність правових цінностей з цінностями, з одного боку, неправовими (організаційними, моральними тощо), а з іншого — протиправними<sup>2</sup>.

Важливе значення має класифікація правових засобів сфери приватного права. Її розробці повинно, на наш погляд, передувати вирішення методологічного питання про засади її побудови. Необхідність цього зумовлена таким. Правові засоби приватного права характеризуються значними кількісними параметрами. Децентралізований характер регулювання суспільних відносин у сфері приватного права, що відбувається на диспозитивних засадах, наявність аналогії закону і права в цій сфері обумовлюють те, що перелік правових засобів, властивих цій сфері, як вже відзначалося, не може бути вичерпним і є відкритим. З урахування цього пропонується здійснити класифікацію правових засобів сфери приватного права на таких засадах. По-перше, ця класифікація повинна носити

<sup>1</sup> Див.: *Сырых В. М.* Истинность и правильность как критерии теоретической эффективности норм права. Эффективность закона. — М., 1997. — С. 10.

<sup>2</sup> Див.: *Малько А. В.* Вказ. праця. — С. 12.

ієрархічний характер і складатися з головної та допоміжної класифікації. Головна класифікація є первинною і охоплює такі правові засоби, які втілюють у собі, з одного боку, систему приватного права, а з іншого — особливості методу регулювання, притаманного саме цій сфері права. Допоміжна класифікація є вторинною, оскільки вона стосується певної диференціації окремих елементів, що становлять головну класифікацію правових засобів. По-друге, для здійснення головної класифікації слід спочатку визначити певні структурні елементи приватного права, які узгоджуються (обумовлюються) з його внутрішньою системою. Кожному із структурних елементів притаманні певні базові правові засоби. В свою чергу вони будуть (можуть) поділятися на родові, видові та підвидові правові засоби. Отже, у повній відповідності з відкритістю переліку правових засобів сфери приватного права головна класифікація їх теж буде відкритою. Зміна у складі правових засобів з необхідністю викликатиме корекцію їх класифікації.

З огляду на наведене для здійснення головної класифікації правових засобів сфери приватного права доцільно, на нашу думку, визначити такі структурні елементи приватного права, що узгоджуються з його внутрішньою системою: приватноправові відносини; відносини статички майнових прав; відносини динаміки майнових прав; відносини зі створення та використання результатів інтелектуальної діяльності; відносини із захисту прав у сфері приватного права.

Відповідно базовими правовими засобами кожного із зазначених структурних елементів сфери приватного права слід визнати такі. Для структурних елементів приватноправових відносин — приватноправова правосуб'єктність осіб, юридична особа приватного права, речі, особисті немайнові права, результати творчої (інтелектуальної) діяльності, дії та послуги, юридичні факти приватного права, правочини, суб'єктивні права та обов'язки. Для структурних елементів відносин статички майнових прав — право приватної власності, право на чужі речі, володіння, правомочності власника, спадкове право. Для структурних елементів відносин динаміки майнових прав — приватноправовий договір, позадоговірні зобов'язання сфери приватного права, приватноправове зобов'язання. Для структурних елементів по створенню та використанню результатів інтелектуальної діяльності — абсолютні права

(інтелектуальна власність), авторське право та суміжні права, патентне право, включаючи право на засоби індивідуалізації учасників цивільного обороту товарів і послуг. Для структурних елементів відносин із захисту прав у сфері приватного права — правопорушення у сфері приватного права, захист цивільних (приватних) прав юрисдикційними органами, право на самозахист, відповідальність у сфері приватного права, позовна давність.

Подальший поділ базових правових засобів на родові, видові та підвидові можна показати на прикладі приватноправового договору.

Приватноправовий договір як базовий правовий засіб поділяється на такі родові правові засоби, як укладення договору, виконання договору, зміна та розірвання договору. Кожен із зазначених родових правових засобів поділяється на видові. Так, укладення договору як родовий правовий засіб охоплює такі видові правові засоби, як умови договору, оферта, акцепт. Підвидові правові засоби є не обов'язковими, а лише факультативними елементами головної класифікації. Так, якщо такий видовий правовий засіб, як умови договору, поділяється на підвидові (істотні, звичайні та випадкові умови), то акцепт як видовий правовий засіб не охоплює будь-яких підвидових правових засобів.

Допоміжна (вторинна) класифікація правових засобів сфери приватного права може здійснюватися за допомогою певних класифікаційних критеріїв. Так, залежно від складу правові засоби можна поділити на прості (неподільні) та складні (комплексні). До простих (неподільних) належать підвидові правові засоби та ті з видових, які не охоплюють собою жодних з підвидових засобів. Складними є базові та родові правові засоби, а також ті з видових правових засобів, які охоплюють відповідні підвидові правові засоби. Залежно від спрямованості дії правові засоби поділяються на загальні, регулятивні та охоронючі. До загальних правових засобів належать базові правові засоби першого рівня та всі похідні (родові, видові та підвидові) від них; до регулятивних — правові засоби другого, третього та четвертого рівнів; правові засоби п'ятого рівня залежно від строку дії правові засоби можуть поділятися на постійні та тимчасові, а залежно від їх характеру — на матеріальні та процесуальні (процедурні).

Наведена класифікація правових засобів сфери приватного права, що базується на визнанні залежності їх характеру від методу правового регулювання, властивого цій сфері, є ще одним доказом того, що кожній сфері права притаманні відповідні правові засоби.

Використання правових засобів, не властивих певній сфері права, призводить до неефективності правового регулювання і недосягнення відповідних цілей.

*Надійшла до редколегії 10.04.01*

*І. Жилінкова, доцент НЮА України*

## **Сімейне право: галузевий суверенітет чи десуверенізація?**

Питання про природу сімейно-правових норм і місце сімейного права в системі права, без сумніву, належить до числа найбільш дискусійних. Не буде перебільшенням сказати, що воно вирішується не одним поколінням цивілістів. Аналіз цього питання неминуче виходить за рамки суто правових явищ і можливий лише з урахуванням загальнометодологічних, а часто і філософських аспектів. Яким є статус людини, включеної в коло вкрай своєрідних відносин, що зветься сімейними? Який ступінь її свободи та автономного цілепокладання і, навпаки, яка міра відповідальності та залежності від інших людей — членів сім'ї та суспільства в цілому? В чому полягають особливості здійснення сімейних прав і можливо-го зловживання ними? Які межі державного втручання в сімейне життя і чи належить воно повною мірою до приватної сфери існування людини? Ці загальні питання так чи інакше знаходять своє відображення в багаторічній дискусії цивілістів щодо місця сімейного права в системі права та засобів правового регулювання сімейних відносин.

Оскільки йдеться про досить тривалий (понад сто років) історичний проміжок, що вмістив у себе воістину глобальні соціально-економічні зміни, не дивно, що дискусію про сутність сімейно-правових норм важко назвати спільною для низ-

ки покоління учених. Так вже склалося, що в нашій країні зв'язок часів розпадався неодноразово, що привело до розриву наукової і загальної культурологічної традиції. Тому сьогодні можна говорити про декілька (далеко не завжди послідовно пов'язаних між собою) етапів обговорення цього питання: а) дискусії цивілістів дореволюційної Російської імперії; б) спори теоретиків і практиків післяреволюційного періоду, до вирішення яких в подальшому включилися юристи радянського часу; в) дискусії останніх років, що виникли в цивілістиці пострадянських країн після розпаду СРСР, в період переходу до ринкових перетворень і здійснення нової кодифікації цивільного та сімейного законодавства.

У дореволюційній науці цивільного права питання про сутність правових норм, що регулюють сімейні відносини, в першу чергу розглядалося в площині предмета правового регулювання і меж втручання держави в сімейно-правову сферу, тобто в плані приналежності сімейно-правових норм до сфери публічного чи приватного права. М. Антокольська, яка детально досліджувала погляди цивілістів того часу, доходить висновку про те, що «більшість учених тієї епохи відносили сімейне право до права приватного, цивільного, вказуючи при цьому на низку особливостей, що виділяли його серед інших інститутів цивільного права і надавали йому більшого публічного характеру»<sup>1</sup>. А. Загоровський з цього приводу, зокрема, писав: «Через особливу важливість відносин сімейних для співжиття приписи права, що стосуються їх, мають характер абсолютних, незмінних з приватного свавілля норм». На противагу цьому в цивільно-правових («майнових», за його словами) відносинах «приватна автономія має повний простір. Тому норми сімейного права містять у собі значною мірою елемент публічний, тоді як норми права майнового відзначені характером приватним»<sup>2</sup>.

З цієї точки зору, ученими виділялися три різні групи сімейних відносин: а) відносини, пов'язані із захистом прав членів сім'ї; б) майнові відносини членів сім'ї (в першу чергу

<sup>1</sup> Антокольская М. В. Место семейного права в системе отраслей частного права (по трудам цивилистов России конца XIX — начала XX века) // Государство и право. — 1995. — № 6. — С. 33.

<sup>2</sup> Загоровский А. И. Курс семейного права. — Одесса, 1902. — С. 3.



подружжя) і в) особисті немайнові відносини<sup>1</sup>. Стосовно двох перших спорів практично не існувало, бо майнові відносини і захист сімейних прав завжди розглядалися як предмет цивільно-правового регулювання і безперечної сфери втручання законодавця. Що ж до особистих відносин членів сім'ї, то вони, на думку цивілістів, перебувають поза сферою правового впливу і можуть регулюватися лише моральними та етичними нормами. К. Кавелін, наприклад, писав: «Те, що становить психологічну, внутрішню, душевну сторону шлюбного союзу і шлюбних відносин, не підлягає законодавчим визначенням...»<sup>2</sup>. Разом з тим сім'я в цілому належить до числа основних соціальних інститутів. Тому право визначає і фіксує зовнішні контури сімейних відносин: умови вступу в шлюб і порядок його припинення, різні сімейно-правові стани (спорідненість, усиновлення) і т. ін. Саме в цьому плані сімейні відносини становлять публічний інтерес.

У дореволюційній науці питання про галузеву суверенність сімейного права та його незалежність від права цивільного взагалі не ставилося і дискусія точилася в іншій площині. Більшість учених — Г. Шершеневич, Н. Дювернуа, А. Загоровський, Л. Петражицький, І. Покровський, Ю. Гамбаров, К. Победоносцев — відносили сімейне право до числа інститутів цивільного права. Д. Мейер вважав обґрунтованим регулювання сімейних відносин нормами канонічного права. В. Умов і К. Кавелін до предмета цивільно-правового регулювання відносили тільки майнові відносини в сім'ї, тоді як особисті відносини вони не визнавали предметом правового нормування<sup>3</sup>. Відповідала цьому і система законодавства, що існувала на той час. Норми, що регулюють сімейні відносини (в межах можливого законодавчого втручання), включалися в загальне цивільне законодавство і не мали самостійної кодифікації.

Переворот 1917 р. і принципова відмова від запозичення досягнень дореволюційної науки означали, по суті, початок нового етапу у вирішенні питання про сутність сімейного пра-

<sup>1</sup> Див.: Победоносцев К. Курс гражданского права. Ч. 2. Права семейственные, наследственные и завещательные. — СПб., 1871. — С. 3.

<sup>2</sup> Кавелин К. Очерк юридических отношений, возникающих из семейного союза. — СПб., 1884. — С. 77.

<sup>3</sup> Див.: Антокольская М. В. Место семейного права в системе отраслей частного права... — С. 34.

ва та його галузеву приналежність. Після цього протягом декількох десятиліть зусилля учених у першу чергу були спрямовані на пошук особливостей, властивих сімейному праву, його відмінностей від права цивільного. При цьому науковий аналіз проблеми доповнився явно вираженим політичним підтекстом. Спори про предмет і метод сімейного права незмінно приводили до загальних висновків про переваги радянського сімейного ладу і, навпаки, порочність буржуазної сім'ї, яка ґрунтується на користі та майновому розрахунку. Г. Свердлов писав, що «невключення сімейного права в право цивільне в умовах соціалістичної держави має під собою принципове обґрунтування, пов'язане з природою соціалістичних сімейних відносин. Предметом цивільного права є головним чином майнові відносини. Предметом же соціалістичного сімейного права є ... відносини іншого роду — відносини шлюбу, спорідненості, усиновлення, взяття дітей на виховання, майнова сторона яких хоча й має значення, однак не є головною, що визначає основний смисл і зміст перелічених відносин. У цьому докорінна відмінність соціалістичних сімейних відносин від буржуазних, що підкорені майновим інтересам»<sup>1</sup>. Протиставлення предметів цивільно- та сімейно-правового регулювання логічно приводило до висновку про самостійність і незалежність сімейного права від права цивільного та обґрунтованість «невключення першого до складу другого»<sup>2</sup>. Саме предмет правового регулювання з самого початку розглядався як критерій формування галузей права. Відповідно до цього А. Вишинський 1939 р. уперше прямо вказав на те, що сімейне право є самостійною галуззю права і включається в систему основних галузей радянського соціалістичного права поряд із правом цивільним<sup>3</sup>. Логічним продовженням концепції «сімейне право — самостійна галузь права» була роздільна кодифікація цивільно- та сімейно-правових норм. Відомо, що в радянський період вона здійснювалася тричі — в 1918 (в Україні — в 1919 р.), 1926 та 1965 роках і давала причіпкам автономії сімейного права додаткові аргументи для підтвердження його галузевої самостійності.

<sup>1</sup> *Свердлов Г. М.* Советское семейное право. — М., 1958. — С. 24.

<sup>2</sup> *Бошко В. И.* Очерки советского семейного права. — К., 1952. — С. 47.

<sup>3</sup> Див.: *Вишинский А.* XVIII съезд ВКП(б) и задачи науки социалистического права // Сов. государство и право. — 1939. — № 3. — С. 26.

Концепція «сімейне право — самостійна галузь права» поступово стала домінуючою в науці, її підтримувала більшість учених<sup>1</sup>. Ця концепція мала безсумнівну емоційну та суто людську привабливість, тому що в ній увага акцентувалася на особистих відносинах у сім'ї, на почуттях взаємної поваги, дружби, любові, що мають складати основу сімейних стосунків, а проблеми, котрі впливають із спорів про поділ майна та взаємне аліментування, тлумачилися як такі, що мають тимчасовий характер (тому, що обумовлені капіталістичним минулим) і зникнуть у найближчій соціалістичній перспективі.

На жаль, ця концепція мала й зворотний бік. Вона не може розглядатися у відриві від загального соціально-економічного контексту, а також політичних і політико-економічних уявлень, що панували на той час. Обґрунтування автономності сімейного права в кінцевому результаті було спрямоване на теоретичне виправдання та законодавче закріплення загальних конструкцій соціалізму стосовно сім'ї. Деякі процеси в соціально-економічній сфері радянської держави мали в цьому питанні вирішальне значення. Основними з них можна назвати: а) деперсоніфікацію і тотальне усупільнення власності, внаслідок чого члени сім'ї перестають існувати як носії самостійних майнових інтересів; б) слабкий розвиток відносин економічного обороту, в зв'язку з чим членство в сім'ї не обумовлює переміщення і передачу (як у колі сім'ї, так і за її межами) значних цінностей та капіталів; в) акцент на суспільні фонди споживання, у зв'язку з чим одержання основних коштів сімейного бюджету здійснюється через державний розподіл, що викликає розвиток патерналістських тенденцій і залежність від держави; г) неможливість державного забезпечення навіть середнього рівня споживацьких запитів населення, в зв'язку з чим низький рівень

<sup>1</sup> Див.: *Белякова А. М., Ворожейкин Е. М. Советское семейное право.* — М., 1974. — С. 8; *Братусь С. Н. Отрасль советского права: понятие, предмет, метод* // Сов. государство и право. — 1979. — № 11. — С. 27; *Ершова Н. М. Вопросы семьи в гражданском праве.* — М., 1977. — С. 4–5; *Матвеев Г. К. Советское семейное право.* — М., 1985. — С. 37; *Нечаева А. М. Семейное право: проблемы и перспективы развития* // Государство и право. — 1999. — № 3. — С. 72–73; *Пергамент А. И., Паластина С. Я. Развитие советского законодательства о браке и семье* // Сов. государство и право. — 1975. — № 9. — С. 47; *Советское семейное право* / Под ред. В. А. Рясенцева. — М., 1982. — С. 20–22 та ін.

споживання, в першу чергу в побуті та сім'ї, штучно підтримується, заохочується і тиражується; г) масове залучення жінок у суспільне виробництво, що викликало відрив жінки від сім'ї і перенесення центру ваги на суспільні засоби соціалізації дітей.

Ці соціально-економічні реалії знаходили своє відображення в концепції «сімейне право — самостійна галузь права». Її основу складали такі положення: 1) майнові відносини в сім'ї відіграють порівняно з особистими відносинами другорядну та обслуговуючу роль; 2) відносини в сім'ї потребують однакового державного регламентування, винятку із загального правила, індивідуальне регулювання сімейних відносин не допускається, бо «немає такого положення й не може бути», щоб одні учасники сімейних відносин «могли мати більшу чи меншу різноманітність будь-яких прав, ніж інші»<sup>1</sup>; 3) оскільки сімейні відносини становлять особливий інтерес для держави, їх правове регулювання і захист повинні здійснюватися за допомогою чітких імперативних приписів; 4) сімейне життя не є сферою автономного і приватного існування людини, у зв'язку з чим державні та громадські органи повинні широко залучатися до вирішення внутрішньосімейних конфліктів та контролю за поведінкою людини в сім'ї; 5) сімейне виховання дітей може бути успішно замінено більш ефективним громадським вихованням, бо «громадський догляд за дітьми дає значно кращі наслідки, ніж приватний, індивідуальний, ненауковий і нерациональний догляд окремих «люблячих», але недосвідчених у справі виховання батьків, які не мають тих сил, коштів, засобів та установ, що їх має суспільство»<sup>2</sup>.

Незважаючи на те, що в сімейно-правовій науці радянського періоду концепція «сімейне право — самостійна галузь права» явно домінувала, існувала й протилежна концепція, яка, по суті, продовжувала традиції дореволюційної цивілістичної школи (хоча навіть її прихильники навряд чи прагнули до проведення подібних аналогій). Відповідно до неї сімейне право розглядалося як підгалузь права цивільного. Основним аргументом такої концепції було те, що предмет правового регулювання сімейних відносин не виходить за межі відносин, котрі регу-

<sup>1</sup> *Ворожейкин Е. М.* Семейные правоотношения в СССР. — М., 1972. — С. 97.

<sup>2</sup> *Гойхбарг А. Г.* Брачное, семейное и опекуновское право советской республики. — М., 1920. — С. 5.

люються цивільним правом (майнові та особисті немайнові відносини), а основною рисою методу сімейного права (поряд з цивільним) є рівність сторін<sup>1</sup>.

З цієї позиції іншого тлумачення набував і факт роздільної кодифікації цивільних і сімейно-правових норм. Причина розходження законодавчого нормування сімейних і цивільних відносин може бути знайдена у витоках цього розходження, тобто в часі прийняття перших нормативних актів, що регулюють сімейні відносини. В цьому плані цікавим видається висловлювання П. Люблинського, котрий писав, що «на відміну від законодавств інших країн, в яких норми, що стосуються шлюбу, сім'ї та опіки, які звичайно коротко іменуються сімейним правом, становлять частину Цивільного кодексу, в окремих республіках СРСР ми спостерігаємо відокремлення цієї частини права в самостійні кодекси і закони. Історично це пояснюється тим, що розробка Цивільного кодексу відбулася значно пізніше (в 1922 р.), коли виникла потреба врегулювати цивільний оборот на підґрунті нової економічної політики, тоді як потреба в перебудові шлюбно-сімейних відносин з'явилась одразу ж після Жовтневої революції»<sup>2</sup>. Немає причин ігнорувати таке пояснення. Існує чимало фактів, які свідчать про вкрай негативне ставлення теоретиків марксизму до цивільного права в цілому (як юридичної бази буржуазного ладу) і прагнення замінити цивільно-правові норми соціалістичною правосвідомістю та нормами господарського самоврядування. Відомо також, що післяреволюційні перетворення не були пов'язані з розвитком цивільного законодавства, в той час як сімейні відносини одразу стали предметом законодавчого нормування. Можна назвати цілу низку прийнятих одразу після 1917 р. нормативних актів, що регулювали відносини в сім'ї<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Див.: *Вильяньєвський С. І.* Лекції по советському гражданському праву. — Х., 1958. — Ч. 1. — С. 14; *Йоффе О. С.* Советское гражданское право. — Л., 1965. — Ч. 1. — С. 177—178, 185—186; Советское семейное право / Под ред. В. Ф. Маслова, А. А. Пушкина. — К., 1982. — С. 18—19 та ін.

<sup>2</sup> Энциклопедический словарь Русского библиографического института Гранат. — 7-е изд. — Т. 41. — Ч. 3. — М., Б. г. — С. 110.

<sup>3</sup> Див.: Декрети «Про громадянський шлюб і про введення книг актів громадянського стану», прийнятий РНК УРСР 20.02.1919 р. // СУ УРСР. — 1919. — № 12. — Ст. 144; «Про організацію відділів записів актів громадянського стану», прийнятий РНК УРСР 20.02.1919 р. // Там само. — 1919. — № 17. — Ст. 143.; «Про розлучення», прийнятий РНК УРСР у 1919 р. // Там само. — 1919. № 12. — Ст. 145.

Симптоматичним є також той факт, що першими «кодексами Жовтня» були саме сімейні кодекси РРФСР і УРСР<sup>1</sup>.

Що ж до подальшого законотворчого процесу, то він багато в чому зумовлювався досвідом першої кодифікації. Однак слід зазначити, що роздільна кодифікація сімейного і цивільного законодавства ніколи не розглядалася в науці як безспірно успішне законотворче рішення. В 30-х роках в наукових колах активно точилася дискусія з цього питання і навіть були спроби змінити порядок розташування нормативного матеріалу, що склався на той час. Відомо, наприклад, що проект Цивільного кодексу СРСР, який розроблявся в цей час і так і не був прийнятий, передбачав 7 розділів, один з яких включав норми, що регулюють сімейні відносини (розділ 6 — «Шлюб і сім'я»)<sup>2</sup>.

Останні роки позначені відновленням інтересу до проблеми сімейного права в структурі права. Це, без сумніву, пов'язано з величезними соціально-економічними змінами нового часу і переосмисленням багатьох теоретичних стереотипів. Загальні питання відносно сутності права та його внутрішньої структури неминуче приводять до роздумів про правову природу сімейно-правових норм та їх «прописку» в системі права. Певною мірою гострота дискусії сьогодні зменшилася в зв'язку з переглядом базових концепцій права. Здійснюваний в рамках генетичного підходу поділ права на приватне і публічне висвічує те спільне, що поріднює галузі права, об'єднує їх в єдину групу. Так, Ч. Азімов відзначає, що «принципи, які лежать в основі приватного права, слугують базою не тільки для цивільного права, а й для інших «цивілістичних галузей»<sup>3</sup>. У зв'язку з цим цивільне і сімейне право, як галузі, що базуються на єдиному диспозитивному методі правового регулювання і рівності сторін, належать до галузей приватного права<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Див.: Кодекс законів УРСР «Про акти громадянського стану, шлюб і опіку», прийнятий РНК УРСР у липні 1919 р. // Известия Киевского Совета рабочих депутатов. — № 169. Цей нормативний акт не набрав чинності у зв'язку з воєнними діями в Україні. Кодекс законів РСФСР «Об актах гражданского состояния, брачном, семейном и опекунском праве», прийнятий ВЦВК РРФСР 22.10.1918 р. // СУ РСФСР. — 1918. — № 76–77. — Ст. 818.

<sup>2</sup> Див.: Миколенко Я. Система и основные принципы проекта Гражданского кодекса Союза ССР // Сов. юстиция. — 1939. — № 7. — С. 4–8.

<sup>3</sup> Див.: Азімов Ч. Н. О соотношении частного и гражданского права // Проблемы законности. — Х., 1995. — Вип. 30. — С. 90.

<sup>4</sup> Див.: Теория государства и права / Под ред. В. М. Корельского и В. Д. Перевалова. — М., 1997. — С. 318.

Однак питання про місце сімейного права в системі права в рамках його системно-структурного аналізу (сімейне право як самостійна галузь права чи підгалузь права цивільного) так і не було однозначно вирішене. Не так давно воно знову було поставлене в російській цивілістиці. Відновленню дискусії сприяла поява двох базових підручників з цивільного та сімейного права, автори яких наводять нові аргументи на користь необхідності десуверенізації сімейного права та включення його в систему цивільного права<sup>1</sup>. М. Антокольська, яка ґрунтовно проаналізувала всі «за» і «проти» автономії сімейного права, переконливо показала, що «аналіз основних елементів методу сімейно-правового регулювання, так само як і аналіз відносин, що регулюються сімейним правом, приводить нас до думки, що ні перший, ні останній не мають специфіки, достатньої для визнання сімейного права самостійною галуззю. Сімейне право може, отже, розглядатися як підгалузь цивільного права, що, безумовно, має значну внутрішньогалузеву специфіку»<sup>2</sup>.

При всьому бажанні виявити особливості, які б дали змогу однозначно виділити сімейне право як самостійну галузь права з власними предметом і методом, зробити це сьогодні неможливо. І в минулому межі між цивільним і сімейним правом були рухомими і до сімейних відносин нерідко застосовувалися норми цивільно-правові. Причому, як справедливо відзначила Н. Єршова, ця обставина не була випадковою і свідчила не про відставання сімейного права, не про його прогалинність, а про наявність об'єктивних підстав для цивільно-правового регулювання названих відносин<sup>3</sup>. Останнім часом ця тенденція не тільки збереглася, а й, безумовно, посилилася. Сьогодні питання про місце сімейного права в системі права має вирішуватися з урахуванням тих кардинальних змін, які відбулися останнім часом у соціально-економічній та правовій сфері. До них, зокрема, належать істотне поглиблення диспозитивних начал у процесі регулювання відносин у сім'ї, розширення рамок договірної ініціативи її членів, відновлення приватної власності,

<sup>1</sup> Див.: Антокольская М. В. Семейное право. – М., 1996. – С. 30; Гражданское право. / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М., 1998. – Ч. 3. – С. 194–205.

<sup>2</sup> Антокольская М. В. Семейное право. – С. 30.

<sup>3</sup> Див.: Ершова Н. М. Вопросы семьи в гражданском праве. – М., 1977. – С. 9.

зняття багатьох заборон і обмежень відносно об'єктів цієї власності і т. ін. Ці зміни значно пом'якшили наявну імперативність сімейно-правових приписів і логічно привели до зближення багатьох правових інститутів цивільного і сімейного права. І. Пантелеєва, наприклад, відзначає, що питання власності, незалежно від того, де вони містяться, доцільно розглядати в суто цивільно-правовому плані. Крім того, за своєю сутністю, цивільно-правовими є інститути, що закріплюють правовий статус особи і значною мірою — інститути періодичних платежів, будь то цивільно-правові платежі відшкодування шкоди чи періодичні платежі аліментного характеру. З урахуванням наявної тенденції перетікання сімейного права в цивільне саме сімейне право незабаром залишиться «міністром без портфеля»<sup>1</sup>.

В Україні питання про місце сімейного права в системі права виникло не стільки в теоретичній, скільки в практичній площині і було пов'язане з новою кодифікацією цивільного законодавства. Відомо, що спочатку в Україні розроблявся проект окремого нормативного акта — Сімейного кодексу України<sup>2</sup>. Такий підхід відповідав багаторічній традиції самостійної кодифікації сімейно-правових норм. Пізніше Сімейний кодекс практично в повному обсязі був включений до Цивільного кодексу як окрема глава — Книга 6 «Сімейне право». Це дало змогу логічно пов'язати чимало інститутів сімейного права з іншими спорідненими інститутами цивільного права. З. Ромовська у цей час цілком слушно писала, що сімейні відносини, як і будь-які інші цивільні відносини, «є відносинами приватного життя особи, їх внутрішня, «генетична» спорідненість полягає у вільному волевиявленні їх учасників, юридичній їх рівності». І далі — «книга «Сімейне право» має зайняти у Цивільному кодексі України своє традиційне, зумовлене об'єктивним ходом людського життя місце»<sup>3</sup>.

На жаль, пізніше З. Ромовська докорінно змінила свою думку стосовно цього питання. З її ініціативи до Верховної Ради

<sup>1</sup> Семейное право: проблемы и перспективы развития (материалы «Круглого стола») // Государство и право. — 1999. — № 9. — С. 99–100.

<sup>2</sup> Див.: Передмова до проекту Цивільного кодексу України // Українське право. — 1999. — № 1. — С. 27.

<sup>3</sup> Ромовська З. Сімейне право — перспективи розвитку // Основні напрямки реформи цивільного права в Україні // Збірник статей та матеріалів. — К., 1997. — С. 120–121.



було внесено проект окремого Сімейного кодексу. Внаслідок цього у законодавчому полі України склалася парадоксальна ситуація. Верховною Радою розглядаються два самостійних проекти кодифікованих нормативних актів, що регулюють сімейні відносини: а) Цивільний кодекс України (від 25 серпня 1996 р., прийнятий у другому читанні), що містить книгу 6 — «Сімейне право» та б) окремий Сімейний кодекс України (прийнятий у першому читанні 18 травня 2000 р.). Чим закінчиться цей конфлікт законів, важко сказати. Але хочеться вірити, що глибоке розуміння сутності сімейно-правових норм та тенденцій розвитку права в цілому приведе до правильного розв'язання цієї колізії, сімейне право повернеться до своїх витоків і справді стане невід'ємною частиною приватного, цивільного права, а затяжний період суверенізації сімейного права залишиться в історії.

# ПРАВО ТА ІДЕОЛОГІЯ

*В. Тутов*, професор НЮА України

## Правовий реалізм і юридична логіка в США у 20–40 роки ХХ сторіччя \*

Коли говорять про використання деякими американськими «правовими реалістами» сучасної для них логіки і семантики, маються на увазі ті ідеї побудови нової не-аристотелівої логіки в душі не-евклідової геометрії, які з'явилися на початку ХХ ст., але привернули увагу відомих теоретиків права тільки в 20–30-ті роки. Якоюсь мірою вони вплинули навіть на психологічне крило реалістів. Дж. Френк визнавав: «У наші дні поява не-евклідової геометрії належить не тільки до математики, а й істотно впливає на міркування в будь-якій сфері»<sup>1</sup>. Проте, як «по гарячих слідах» писала американська дослідниця М. Руні, в ті роки ще не було ясно, чи може нова логіка мати якесь використання у правовій сфері, однак загальновідомим фактом вже стало те, що з виданням у 1910 р. тритомних «Основ математики» Б. Рассела і А. Вайтхеда почалася революція в логіці. «Озираючись на 30 років тому, ми бачимо, що 1910 рік може характеризуватися як рік настання нової ери в історії не-евклідової логіки»<sup>2</sup>.

До 1927 р. нова логіка взагалі не привертала помітної уваги юристів. У цьому році проф. В. В. Кук (який був редактором посмертного видання «Фундаментальних концепцій права» В. Хохфельда<sup>3</sup> в Йелі, а потім викладав математику в Колум-

\* У статті використано матеріали, зібрані під час стажування в США при підтримці Ради Міжнародних досліджень і обмінів (IREX) в 1997 р.

<sup>1</sup> *Frank J. Mr. Justice Holmes and Non-Euclidean Legal Thinking // Cornell Law Quarterly*. – June 1933. – Vol. 17. – P. 573.

<sup>2</sup> *Rooni M. T. Law and the New Logic // Proceedings of the American Catholic Philosophical Society. Sixteenth Annual Meeting*. – 1942. – P. 192.

<sup>3</sup> Про погляди В. Хохфельда детальніше див.: *Тутов В.* Пошуки універсальних концептів прав у англо-американській аналітичній юриспруденції // Вісник Академії правових наук України. – 2001. – № 2 (25).

бійському університеті, ставлячи завдання дослідження логічних можливостей її застосування в праві, зокрема нової логіки) в адресі з нагоди відкриття Інституту права в Університеті Джона Хопкінса представив програму комплексного дослідження функцій права, яке включало б і використання сучасної математичної логіки. Як відзначала М. Руні, після того, як ця адреса була передрукована в «Журналі Американської асоціації юристів», «стало необхідним для реалізації програми загалом не тільки читати роботи з юриспруденції, зіставляючи їх з не-евклідовськими положеннями, а й повертатися до більш ранніх стадій, щоб з'ясувати значення цих нових установок і значення самого факту їх появи»<sup>1</sup>.

Один із шляхів вирішення проблеми Кук вбачав у реформі навчальних планів юридичних шкіл. На його думку, ці плани були неадекватні, оскільки ігнорували нову логіку, зокрема логіку відносності в дусі теорії Ейнштейна. Адже в світлі дарвінівської теорії походження видів і у зв'язку «відмовою електронів підкорятися визнанням законам механіки» вже виявили свою неспроможність не тільки дедуктивна логіка Аристотеля і Евкліда, а й індуктивні методи Ньютона і Мілля<sup>2</sup>. В епоху панування ідей відносності слід відмовитись не тільки від застарілих уявлень про закони природи, але разом із застарілими філософськими принципами потрібно відмовитися і від тих «самоочевидних» принципів, на яких сторіччями засновувалося юридичне міркування. Кук говорив: «Практичний юрист намагається передбачити майбутні події як лікар або інженер, і тому він хоче знати, що буде робити більшість людей, зустрічаючись з фактами, схожими на справу його клієнта. І функція судді полягає не в тому, щоб знайти і проголосити вже існуючий закон, а в тому, щоб дати юридичну визначеність досягнення результату: бажаної соціальної ситуації»<sup>3</sup>. Кук бачив принципову відмінність своєї концепції функцій права від традиційних уявлень і тому пристрасно пропагував необхідність нової логічної підготовки для розв'язання сучасних юридичних проблем. «Нова система юридичної освіти повинна засновуватися на новій логіці, оскільки вона дозволяє

<sup>1</sup> Root M. T. Вказ. праця. — Р. 193.

<sup>2</sup> Див.: Cook W. W. Scientific Method and the Law // Amer. Bar Association Journal. — Jan. 1927. — Vol. 13. — Р. 304.

<sup>3</sup> Там само. — Р. 308.

краще підготувати адвокатів і суддів до використання юридичної техніки»<sup>1</sup>.

Незабаром після виступу Кука відомий суддя Джером Френк привернув широку увагу книгою «Право і сучасна свідомість»<sup>2</sup>. У ній, як і у статті<sup>3</sup>, присвяченій переосмисленню поглядів Холмса, показав, що нова логіка може модифікувати філософію права. Посилаючись на Шіллера, Д'юї, М. Коена і Кука, Френк у тлумаченні постулатів указує на відмінність між підходом чистої математики і конкретних наук, бо вважає, що аксіоми чистої математики можуть обиратися довільно, тоді як в інших науках цього немає. «Аксіоми зараз розглядаються просто як припущення, жодне з яких не треба перетворювати на святиню»<sup>4</sup>. Не-евклідове мислення означає щось інше:

«Встановлення прихованих припущень і готовності до розгляду їх альтернатив; вибір між припущеннями на підставі (а) їх простоти; (б) їх відповідності (прямої чи непрямої через логічні висновки із них) явищам, що спостерігаються; (с) їх цінності як можливих засобів до відкриття інших явищ, які ще не спостерігаються»<sup>5</sup>.

Звичайно, маючи на увазі сказане іншими авторами, Френк не пропонував нового способу мислення. Важливим було те, що цей спосіб мислення був уперше свідомо використаний маститим юристом-практиком. Френк підкреслює свідоме вживання постулатів, між якими є відмінність: «постулати про суще» (is-postulates) і «постулати про бажане» (wish-postulates). Якщо ви свідомо формулюєте постулати про бажане, ви повинні бути так само точними в логічній техніці виведення наслідків, як і в будь-якій іншій науковій теорії. Але важливо пам'ятати, що це ставлення до дійсного або потенційно сущого, а не просто до мислимого, і тому «логічні дедукції з правових постулатів повинні бути релевантні феноменам, що спостерігаються, інакше постулати будуть помилковими»<sup>6</sup>. Довільне або мимовільне приховування «постулатів бажаного» заради

<sup>1</sup> Cook W. W. Вказ. праця. — Р. 308.

<sup>2</sup> Див.: Frank J. Law and the Modern Mind. — N. Y., 1930.

<sup>3</sup> Див.: Frank J. Mr. Justice Holmes and Non-Euclidean Legal Reasoning // Cornell Law Quarterly. — 1936. Vol. 12. — Р. 568–603.

<sup>4</sup> Там само. — Р. 574.

<sup>5</sup> Там само. — Р. 576.

<sup>6</sup> Там само. — Р. 578.

збереження юридичних принципів як «самоочевидних істин» є результат змішування суцього і бажаного. Оскільки ж бажане нерідко належить навіть не стільки до соціальної, скільки до психологічної сфери, в праві й потрібно враховувати психологічний компонент.

Але в тім-то й річ, що Френк вважає недопустимою психологічну самоочевидність істин у праві. Згідно з ним, юридичне мислення керується «є-постулатами» і не має справи з дедукціями з так званих самоочевидних істин. Проте це не означає, що юридичне мислення має справу тільки з тим, що існує зараз — основна увага повинна бути звернена на *досяжність* бажаного на основі того, що дійсно має місце в житті. Саме з цього не-евклідового пункту Френк обговорює сучасне правове мислення. «Сучасна свідомість є свідомість, вільна від дитячих емоційних пілюль... І право, якщо воно йде назустріч потребам сучасної цивілізації, повинне пристосуватися до сучасної свідомості. Воно повинне перестати втілювати філософію, що протистоїть речам. Воно має бути безумовно прагматичним»<sup>1</sup>.

В юридичному світі багато представників цього руху часто ототожнювалися з «фактично-мислячою» («fact-minded») школою, що знов-таки примикала до «правового реалізму». Серед прихильників цієї школи М. Руні назвала Л. Л. Фуллера (автора класичної книги «Анатомія права»<sup>2</sup>), В. Р. Кеннеді (до речі, батька майбутнього президента США), А. Нуссбаума та ін.

Головною проблемою цих юридичних «не-евклідіанців» стала природа істини. Кук сформулював її у вигляді запитання: «На підставі яких критеріїв (tests) ми вирішуємо, чи є деяке положення або доктрина істинними?»<sup>3</sup>. Перш ніж дати якусь відповідь, важливо зрозуміти, чому Кук вважав необхідним поставити подібне запитання саме в аспекті розв'язання правових проблем.

Потрібно звернутися до інтелектуального контексту епохи. Інтерес до логіки (і психології) у багатьох реалістів виник

<sup>1</sup> *Frank J. Mr. Justice Holmes and Non-Euclidean Legal Reasoning.* — P. 578.

<sup>2</sup> Див.: *Fuller Lon L. 1) Legal Fictions.* New Haven, 1931; 2) *American Legal Realism // University of Pennsylvania Law Review and American Law Register.* — March, 1934. — Vol. 82. — No. 5. — P. 429–462; 3) *Anatomy of Law.* — N. Y., 1968; *Фуллер Л. Л. Анатомія права / Пер. з англ.* — К., 1999.

<sup>3</sup> *Cook W. W. Вказ. праця.* — P. 307.

не тільки під впливом очевидних успіхів цих наук і поширення в 20–30-ті роки ідей логічного позитивізму, біхевіористської психології та психоаналізу. Не менше значення для кардинальних змін у свідомості освіченої спільноти мали філософські наслідки теорії відносності Ейнштейна і поширення математичного інтуїціонізму (Л. Е. Я. Брауер, А. Гейтінг). Усі ці досягнення привели до перегляду найбільш впливового на Заході кантівського розуміння простору-часу і нового розуміння відмінностей між сприйняттями і поняттями.

Згідно з теоріями, що існували від Евкліда до Канта і навіть до початку ХХ ст., обґрунтування геометричних гіпотез могло бути здійснене шляхом просторових вимірів. Отже, висновки з них були похідні зрештою від почуттєвих сприйнять. У цьому аргументі знаходиться теоретико-пізнавальне джерело тяжіння деяких «реалістів» до психологічних обґрунтувань.

Але аргумент міг бути додуманий до кінця, і в такому разі «реалістичний психологізм» повинен був змінитися «реалістичним логіцизмом». Оскільки після Лобачевського, Рімана і Бойяї стало можливим будувати різні геометрії, засновані на прямо протилежних гіпотезах, стало необхідним розрізнявати не тільки кантівське апіорно-перцептуальний, а й концептуальний (теоретично-мислимий) простір, так що почуттєві сприйняття перестали вважатися єдиними засобами верифікації понять.

Ще на початку ХХ ст. професійний філософ С. Александер у книзі «Простір, Час і Божество»<sup>1</sup> передбачав можливість перенесення не-евклідовських метаматематичних пошуків на обґрунтування нових підходів до юриспруденції. Однак його витончені міркування в неосхоластичному дусі не прищепилися на американському ґрунті. Більше визнання одержали ідеї близького до прагматизму філософа Ф. Ч. С. Шіллера.

Згідно з Шіллером, геометричний простір є чистий концептуальний конструкт, заснований на сприйнятті простору і прагнучий до найпростішої системи обчислення поведінки тіл у реальному просторі<sup>2</sup>. Але цей реальний простір дуже далекий від простору геометрів: «Скоріше геометричний прос-

<sup>1</sup> Див.: *Alexander S. Space, Time and Deity*. – London, 1920.

<sup>2</sup> Див.: *Schiller F. C. S. Axioms as Postulates // Personal Idealism*, ed. by Henry Start. – London, 1902. – P. 113.

тір є не більш ніж припущення, яке ми вважаємо істинним лише остільки, оскільки воно працює»<sup>1</sup>. Але оскільки це всього лише припущення, воно може бути змінене відповідно до наших потреб. Наша геометрія, будучи концептуальними конструкціями, подібна до «картин Рафаеля... і є ідеальною інтерпретацією реальності, яку вона перевершує красою і симетрією, але від якої вона зрештою залежить»<sup>2</sup>. Отже, геометричні аксіоми не мають ніякого іншого «необхідного» характеру, крім як у значенні логічного слідування, властивого не тільки одній геометрії, а й усьому людському мисленню<sup>3</sup>.

У значенні внутрішньої несуперечності питання про реальну достовірність геометрії є неправомірним. Вона залежить від можливої систематизації просторового досвіду засобами геометрії. Іншими словами, «достовірність геометрії є ніщо інше як достовірність, з якою висновок впливає з несуперечливих засновків, і у кожній окремій геометрії вона впливає з визначень»<sup>4</sup>. Ці визначення, припущення і постулати, за Шіллером, не є точними транскрипціями фактів. Їх достовірність лише частково похідна від фактів, оскільки, висловлюючись мовою еволюціонізму, вони є ті «щасливчики», що вижили в процесі соціально-історичної «селекції», яка поширює свою владу і на продукти наших інтелектуальних зусиль.

Шіллер відводив головне місце людському чиннику в пізнанні, вказуючи на помилку об'єктивізму — ігнорувати людський елемент. Наші інтереси похідні від нашого досвіду, визначають наше мислення, так що не тільки наша помилка (*delusion*), а й усе наше сприйняття залежать від того, що ми маємо намір сприймати. Іншими словами, ми досягаємо знання не тому, що здатні на позачуттєву констатацію «чистої думки», але тому, що *ми бажаємо цього*. Так що в нашому роздумі (*thinking*), ще до того, як ми його почнемо, завжди вже є його мета (*aim*) і завдання (*purpose*). Ідея Шіллера полягає в тому, що існує вольова (мотиваційна) сила, яка спонукає нас пройти етап певних припущень не тільки на основі нашого минулого досвіду, а й також на основі розрахунку цілей і завдань

<sup>1</sup> Див.: *Schiller F. C. S. Axioms as Postulates // Personal Idealism*, ed. by Henry Start. — London, 1902. — P. 114.

<sup>2</sup> Там само. — P. 116.

<sup>3</sup> Див.: Там само. — P. 106.

<sup>4</sup> *Schiller F. C. S. Humanism*. — London, 1903. — P. 92.

наших думок. З цих міркувань випливає: «Постульоване є вираженням рушійних сил, які спонукають нас діяти, висуваючи певні припущення. Це результат безперервної боротьби кожного організму, здатного змінювати свій досвід, приводячи його до гармонійної і прийнятної форми»<sup>1</sup>.

Саме цей момент став ключовим для адаптації американськими правовими реалістами акценту, зробленого Шіллером, на людському елементі в пізнанні через чинник відбору, який з необхідністю врахування особистості робить процес пізнання виключно особистою справою. Соціальна якість особисто здобутого знання приходить тоді, коли індивідуально сформульовані постулати стають широко прийнятими. Говорячи словами Шіллера, «людина є соціальна істота, а істина, безсумнівно, значною мірою є соціальний продукт»<sup>2</sup>. Так що істина «повинна бути чимось більшим, ніж індивідуальне воління; вона зобов'язана добитися соціального визнання, трансформуючись у соціальну власність»<sup>3</sup>.

Істина — продукт переваги того теоретичного припущення, яке є корисним і дійовим. Постулати, які ми вважаємо корисними і з якими працюємо, стають для нас реальними. Але оскільки реальне в точному факті ніколи не *буває*, а завжди лише *стає*, наше пізнання завжди є не *реальність*, що сталася, а *процес*. Цей процес спрямований на спробу раціональної інтерпретації нашого досвіду і засновується нами на тих кращих припущеннях, з якими ми можемо працювати в даний момент, хоча, можливо, і не найкращих з тих, які ми могли б вигадати. Перевірка істинності аксіоми, за Шіллером, є тоді нічим іншим, як з'ясуванням її загальної корисності, ефективності і дійовості. «Постулат не стане аксіоматичним доти, поки не стане ясно, де він працює і якою мірою»<sup>4</sup>.

Те, що зроблене Шіллером, належить до з'ясування функції логіки більшою мірою як критерію правильного слідування, ніж достовірності засновків. Більш того, в підстановці оцінок достовірності він відносить логіку і етику до процесу осмислення, в якому етика призначена стати теорією дослідження, що допомагає нам у встановленні того, що ми повинні знати

<sup>1</sup> Schiller F. C. S. Axioms as Postulates. — P. 91.

<sup>2</sup> Там само. — P. 58.

<sup>3</sup> Там само. — P. 58.

<sup>4</sup> Там само. — P. 124.



за допомогою постулатів, створюючих «*nisus formativus*» розумового розвитку»<sup>1</sup>. Тим самим Шіллер ще на початку ХХ ст. поставив проблему логіки як етики дискурсу, пріоритет постановки якої в наші дні нерідко і неправильно пов'язують із філософією Ю. Хабермаса<sup>2</sup>.

Оскільки в математиці та фізиці були встановлені множинність і конкуренція концептуальних моделей, їх визнання тим більше є доречним у сфері права, де ця множинність стала безперечним історичним фактом і задовго до математико-фізичних відкриттів привела не тільки до їх конкуренції, а й до певної толерантності стосовно різноманітності правових систем.

Як показувалося раніше<sup>3</sup>, схожу позицію стосовно методологічної оцінки апріорного процесу займав Д'юї. Вважаючи, що геометрія Рімана і Лобачевського «звільнила геометрію від її супутнього екзистенційного значення», він стверджував, що «загальні юридичні норми і принципи є робочими гіпотезами»<sup>4</sup>. Сакралізація готових попередніх універсальних принципів є головною перешкодою для того способу мислення, який є безумовним реквізитом послідовних, безпечних і розумних соціальних реформ взагалі і соціального прогресу засобами права зокрема<sup>5</sup>. Оскільки право завжди звернене до вірогідного майбутнього, замість аристотелівської логіки з її апріорними принципами, аксіомами і силогізмами Д'юї запропонував орієнтуватися більше на апостеріорну «логіку переваги ймовірностей, ніж на дедукцію очевидностей»<sup>6</sup>.

Критикуючи традиційну логіку з іншої, неопозитивістської сторони, М. Коен посилив свою попередню позицію<sup>7</sup>, як

<sup>1</sup> Schiller F. C. S. Axioms as Postulates. — P. 94.

<sup>2</sup> Див.: Habermas J. 1) Theorie des kommunikativen Handelns. — Frankfurt, 1981; 2) Vorstudien und Ergdungen zur Theorie des kommunikativen Handelns. — Frankfurt, 1984; 3) Between Facts and Norms. — Cambridge (Mass), 1998; 4) Хабермас Ю. Моральное сознание и коммуникативное действие. — СПб, 2000 та ін.

<sup>3</sup> Див. Титов В. Джон Д'юї про можливості застосування логіки в праві // Вісник Академії правових наук України. — 2001. — № 1 (24).

<sup>4</sup> Dewey J. Logical Method and the Law // Cornell Law Quarterly. — Dec. 1924. — Vol. 10. — P. 26.

<sup>5</sup> Див.: Dewey, John. Logic. The Theory of Inquiry. — N. Y., 1938. — P. 10.

<sup>6</sup> Там само. — P. 109.

<sup>7</sup> Див.: Титов В. Морріс Коен про місце логіки в праві // Вісник Академії правових наук України. — 2000. — № 4 (23).

і раніше наполягаючи на тому, що відкидання самоочевидних принципів і методів традиційної логіки має виключно серйозні наслідки для проблеми достовірності в праві. Джерело проблеми, за Коеном, міститься в класичному розумінні права як розуму. «Коли захисники класичної теорії права говорять нам, що право є розум, вони вважають, що право дедукується з перших принципів права, які так само вічні, самоочевидні і ясні, як аксіоми Евкліда»<sup>1</sup>. Прийнявши за зразок геометрію, аристотелівська логіка відповідала великій стабільності життя древніх, тоді як сучасна логіка розробляється в епоху безперервних змін. Аристотелівська логіка з її суб'єктно-предикатною структурою є передусім логікою субсумпції і найкраще пристосована до систем фіксованих процесів. Сучасна логіка більшою мірою адекватна системам, що змінюються, оскільки сучасна логіка, як і сучасна математика, оперує інваріантними правилами, що керують можливими трансформаціями.

Коен вважав невірним «поширене серед професіоналів прагнення до того, щоб звільнити те, що в праві є, від того, що повинно бути»<sup>2</sup>. Він писав, що науковий підхід має співвідноситися з логічними характеристиками гіпотез і припущень, абсолютно не залежно від того, в чому полягає їх матеріальна сутність. Матеріальне (substantial) право, що виявляється в процедурі, процесі судового дослідження, надає останньому внутрішню когерентність більшою мірою, ніж логічні докази, які залишаються незалежними від будь-яких людських інститутів. На його думку, замінюючи самоочевидні аксіоми природного права на нормативні постулати, спеціально розроблені для виведення соціально бажаних наслідків, ми діємо відповідно до тенденції всієї сучасної наукової та філософської думки і сприяємо поширенню контролю права над різноманітними юридичними ситуаціями, порівняно з тим, який має сучасна фізика щодо фізичного світу. Таке посилення значення логіки стосовно юридичних досліджень «показує нам, що наука про те, що таке належне, або бажане, або справедливе право, може бути логічно такою ж стислою, як і математика»<sup>3</sup>.

Але не всі реалісти були згодні з Коеном. До заперечення апріорних і самоочевидних принципів не-евклідов напрям

<sup>1</sup> *Cohen, Morris R. Law and the Social Order.* — N. Y., 1933. — P. 264.

<sup>2</sup> *Cohen, Morris R.* Вказ. праця. — P. 238.

<sup>3</sup> Там само. — P. 281.

юридичної думки додав вимогу єдиного логічного методу, загального як для природознавства, так і для соціальних наук в інтерпретаціях нашого досвіду. Оскільки очевидно, що емпіричних інтерпретацій нашого досвіду може бути дуже багато, саме логіка може надати єдності методу, що забезпечує теоретичну зв'язність емпіричного матеріалу. Навіть якщо використати символічні засоби сучасної логіки лише як спосіб скорочення, вже стає можливим виразити складні інтелектуальні операції, незважаючи на те, чи існують їх правові прообрази, чи ні, і навіть не ставлячи питання про їх істинність, а досліджуючи одні тільки характеристики процесуального слідування.

Для розробки і застосування єдиного для фізичних і соціальних наук методу професор Колумбійського університету К. Дж. Кайзер запропонував поняття «доктринальної функції»<sup>1</sup>. Щоб одержати доктринальну функцію, введене Расселом логічне поняття «пропозиційної функції»<sup>2</sup> доповнюється більш складним, в якому одночасно враховуються дві пропозиційні функції. На відміну від звичайної у доктринальній функції не одна, а декілька багатозначних змінних, які дають реляційний або функціональний метод, в якому логіка є засобом встановлення несуперечності замість процесу досягнення чи обґрунтування істин. З цієї точки зору міркування логічної можливості переважають (*supercede*) над процесом верифікації спостереження і експерименту.

Відмінність, яку Кайзер проводить між логікою і конкретною наукою — це відмінність між формою і змістом. «Логічна дедукція... [і взагалі всі] достовірні доведення... повністю залежать від форми засновків або постулатів, а не від часткових значень, які ми можемо приписувати їх невизначуваним або змінним термінам чи символам»<sup>3</sup>. Іншими словами, поки нас головним чином цікавить форма, а не зміст, ми перебуваємо у сфері логіки або абстрактного доведення. «Достовірність нашого міркування атрибутується несуперечністю, з якою з постулатів виводяться наслідки, абсолютно незалежно від їх змісту»<sup>4</sup>. Але

<sup>1</sup> Див.: *Keyser C. J. On the Study of Legal Science // Yale Law Journal. — 1929. — Vol. 38. — P. 413–420.*

<sup>2</sup> Див.: *Russell B. Introduction to Mathematical Philosophy. — London & N. Y., 1919. — Ch. IV.*

<sup>3</sup> *Keyser C. J. Mathematical Philosophy. — N. Y., 1929. P. 56.*

<sup>4</sup> *Keyser C. J. The Nature of the Doctrinal Function and Its Role in Rational Thought. — P. 719.*

як тільки ми починаємо приписувати символам якісь значення, ми залишаємо сферу чистої логіки і вступаємо на терени прикладної логіки, де зміст переважає над формою міркувань.

Значення цих зауважень для права полягає в тому, що право є прикладною наукою, в якій пошуки достовірності аналогічні тим, що ведуться в інших прикладних науках<sup>1</sup>. Згідно з теорією Кайзера абсолютна достовірність недосяжна в будь-якій прикладній науці. Крім того, сучасне право стає все більш природним правом з мінливим змістом. Тому Кайзер вважає, що «природне право у точному значенні, якщо воно взагалі існує за межами даного поняття — є ніщо інше, як постійний зв'язок між непостійними явищами. Іншими словами, воно є інваріантними відносинами між варіативними термінами»<sup>2</sup>.

Нездатність зрозуміти, що, маючи справу з правом, ми маємо справу з багатозначними змінними, «веде до непорозуміння і нескінченних диспутів». Їх можна уникнути шляхом свідомого вживання доктринальних функцій, що містять змінні, які можуть приймати від одного до нескінченної кількості значень.

Процес мислення, за Кайзером, здійснюється таким чином: думка формулюється як висловлювання, яке може бути істинним або хибним залежно від того, чи підтверджуються досвідом його наслідки. Вона *стає істинною лише остільки, оскільки вона працює*, її логічно вірогідні імплікації стають важливими для контролювання світу. У висловлюванні прикладної науки її терміни є змінними і можуть бути виражені символами таким шляхом, що відношення між термінами залишаться незмінними. В результаті з'являється пропозиційна функція, яка хоч і має форму висловлювання, але насправді є тільки матрицею, придатною для надання форми багатьом висловлюванням як у даній, так і в інших науках, або в жодній із них, залежно від того, чи має пропозиційна функція лише чисту форму або ж наповнюється змістом. Тепер, оскільки доктрина складається з більш ніж одного висловлювання, на основі їх множини можна задати доктринальну функцію.

Детальність, з якою Кайзер розробив категоріальні і гіпотетичні типи доктринальних функцій, їх антецедентів і кон-

<sup>1</sup> Див.: Keyser C. J. Humanism and Science. — N. Y., 1931. — P. 227.

<sup>2</sup> Див.: Keyser C. J. Mathematical Philosophy. — P. 195.

секвентів, вимагає більш ґрунтовного дослідження, що показує істинний розмах його концепції. Зараз досить зазначити, що розробка доктринальної функції приводить Кайзера до висновку, що її прийняття відкриває континуум істинних, помилкових і хибних доктрин. Коли це поняття застосоване до права, «яке не є чимось інваріантним, але є множиною змінних, що перебігають у часі, у просторі і по окремих об'єктах», тільки тоді й виникає власне «наукове поняття функціональності у вивченні права»<sup>1</sup>.

Як приклад несвідомого вживання доктринальної функції до матерії, яку він вважає абсолютно невичерпною, Кайзер наводить базисні закони США. Так, в американській Декларації незалежності він вбачає присутність апріорно-спекулятивного зразка. Відповідно до пануючої філософії XVIII ст. постулати Декларації засновані на «самоочевидних істинах», точно таких самих, як і ті аксіоми геометрії, що на той час вважалися самоочевидними. Кайзер пише, що в наші дні зрозуміло, що «сукупність цих самоочевидних думок була всього лише сукупністю політичних постулатів. У цих невизначуваних термінах або змінних було написано дуже багато сумнівного... Виходячи з цих постулатів, автори висунули теорему, відповідно до якої колонії володіють не тільки правом, а й обов'язком відділитися від метрополії і встановити власний уряд»<sup>2</sup>.

Звертаючись до Конституції США, Кайзер пише: «Статті Конституції є постулати; теоремами є невиражені твердження про те, що різні великі цілі, зазначені в преамбулі, будуть досягнуті; аргументи ж, запропоновані для доведення тверджень, що передбачають досяжність цих цілей, знаходимо в дебатах, що точилися до прийняття Конституції. Як заявляли самі Засновники<sup>3</sup>, у серцевині їх проекту лежало таке міркування: *Якщо прийняти ці різні статті, то, як доводять наші попередні міркування, такі і такі-то цілепокладання будуть реалізовані.* Очевидно, ми тут маємо позитивний приклад загального формування зразків постульованого мислення; і в його результаті, оскільки головні терміни не визначені і тому є змінними, ми маємо доктринальну функцію гіпотетичного

<sup>1</sup> Keyser C. J. Humanism and Science. — P. 192–193.

<sup>2</sup> Keyser C. J. The Nature of the Doctrinal Function and Its Role in Rational Thought. — P. 741.

<sup>3</sup> *The Framers* — так звичайно називають творців Конституції США.

типу»<sup>1</sup>. Ці і подібні ним інші приклади несвідомого застосування доктринальної функції, як вважає Кайзер, говорять про те, що навіть найбільш фундаментальні правові закони є нічим іншим, як гіпотезами, які встановлюються «за допомогою загальної згоди думок експертів у даній царині»<sup>2</sup>.

Хоч і є очевидні і в деяких моментах істотні відмінності між усіма «правовими реалістами», однак є принаймні один пункт, який всі вони поділяють і який виправдовує угруповання їх всіх в одну «не-евклідовську» школу. Цей пункт збігу є заклопотаність їх навіть не самим правовим знанням, не логікою або математикою самими по собі, але скоріше проблемами методології права, взятого як ціле. Звідси той живий і вдумливий інтерес не тільки до відносно близьких галузей соціо-гуманітарного знання: логіки, лінгвістики, семантики, психології, соціології, політології, етнографії, культурології, а й до математики, фізики, біології, технології в пошуках розв'язань фундаментальних проблем.

Багато з того, що пропонувалося не-евклідианцями, сьогодні може викликати усмішку. Але їх щира віра в нову логіку і готовність розробляти відповідні напрями досліджень змушує ставитися з повагою до їх спроб зрозуміти, що може дати нова логіка, а не твердити на зразок чеховського персонажа: «Цього не може бути, тому що цього не може бути ніколи». Потрібно до того ж сказати, що навіть найавторитетніші логіки-новатори того часу досить скептично оцінювали можливості застосування логіки до розв'язання реальних проблем. Так, Б. Рассел, вже перебуваючи у zenіті слави беззаперечного авторитету в математичній логіці, звертаючись під впливом свого молодого колеги Л. Вітгенштайна до проблеми нечіткості понять, несподівано для всього наукового світу і особливо для представників логічного позитивізму Віденської школи раптом заявив: «Наша логіка належить не до цього земного життя, а до уявного небесного існування»<sup>3</sup>. Можливо, маючи на увазі це визнання Рассела, через декілька років М. Амос писав: «Бертран Рассел помічає, що ми ще недостатньо знаємо логі-

<sup>1</sup> Keyser C. J. The Nature of the Doctrinal Function and Its Role in Rational Thought. — P. 741.

<sup>2</sup> Там само. — P. 734.

<sup>3</sup> Russell B. Vagueness // The Australasian Journal for Philosophy and Psychology. — 1923. — Vol. 1. — P. 91.

ку, щоб атакувати головні проблеми філософії; і Кейнс (Keynes) робить таке ж зауваження в «Трактаті про ймовірність». Отже, цілком можливо, що ми ще недостатньо знаємо логіку, щоб бути здатними зрозуміти право»<sup>1</sup>.

Було потрібно сумістити функцію логіки як засобу встановлення істини з функцією права як системи правил і міри людської активності. Безсумнівно, щоб краще зрозуміти право, бажане більш повне знання логіки, але, щоб зрозуміти, яка логіка краще підходить до права, потрібно більше знання його соціального контексту, на чому й сфокусували свою увагу американські правові реалісти.

Представники не-евклідовської школи правової думки в точному значенні не були представниками систематичної юриспруденції, незважаючи на те, що реалісти більшою мірою стали спиратися на «чисту теорію права» ідейно близького Віденській школі логічного позитивізму Г. Кельзена<sup>2</sup>, ніж на більш близьку Гарвардську школу «концептуального прагматизму», біля витоків якої стояли визнані лідери американської та світової логіки Ч. С. Пірс<sup>3</sup> і К. І. Льюїс<sup>4</sup>. Останні були ближче за «віденців» до схоластичної логіки Д. Скота і, внаслідок цього, ближче до концептуальних підвалин англо-американського загального права. Але з'ясувалося це тільки в 50-х роках ХХ ст.

*Надійшла до редколегії 15.06.01*

<sup>1</sup> *Amos M. S. Recent Studies in Philosophy of Law // Cambridge Law Journal. — 1927. — Vol. 3. — P. 31–41.*

<sup>2</sup> Див.: *Kelsen H. The Pure Theory of Law 50 // Law Quarterly Review, 1934. — Vol. 50. — P. 474–521.*

<sup>3</sup> Див.: *Peirce Ch. S. Collected Papers / ed. by M. Hartshorne and P. Weiss. — Cambridge (Mass), 1933. — Vol. 3. Exact Logic. The Critic of Arguments.*

<sup>4</sup> Див.: *Lewis C. I. 1) A Survey of Symbolic Logic. Berkeley, 1918; 2) The Pragmatic Element in Knowledge. Berkeley, 1926; 3) Mind and the World-Order. — N. Y., 1929; 3) Logic and Pragmatism // Contemporary American Philosophy / ed. by B. P. Adams and W. P. Montague. — N. Y., 1930; 4) *Lewis C. I., Langford C. H. Symbolic Logic. — N. Y., 1932.**

# ПРОБЛЕМИ БОРОТЬБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ

---

*В. Зеленецький*, член-кореспондент  
АПрН України

## Порушення кримінальної справи при вчиненні сукупності злочинів

1. Поняття і види сукупності злочинів, їх значення для прийняття законного і обґрунтованого рішення про порушення кримінальної справи. Правильне розуміння якісної визначеності одиничного злочину створює достатні правові і логічні підстави для з'ясування поняття сукупності злочинів, її структуроутворюючих елементів, специфіки взаємозв'язку і взаємозалежності останніх. Без вирішення передусім цих питань не можна дати правильну відповідь щодо особливостей порушення кримінальної справи при виявленні сукупності закінчених злочинів. При цьому неодмінною умовою позитивного розв'язання даного питання є чітке уявлення про правовий статус індивідуального злочинного акту.

Дійсно, без певної кількості одиничних злочинів не можна сформулювати яку-небудь їх чисельність, а без неї — ту сукупність, яку дана чисельність відображує. Як видно, саме одиничний злочин є основним складовим компонентом утворення, що розглядається. Якщо без індивідуально-визначеного злочинного акту не може бути і сукупності злочинів, то, природно, виникає питання: яка кількість злочинів може вважатися достатньою для формування їх чисельності, що іменується сукупністю?

Колишній КК України не містив норми, в якій би формулювалося поняття сукупності злочинів. Але його ст. 42 передбачала порядок призначення покарання по декількох злочинах і, по суті, формулювала поняття сукупності злочинів. Нині чинний КК заповнив зазначену прогалину в правовій регламентації феномена, що розглядається, і в ст. 33 не тіль-



ки дає визначення сукупності злочинів, а й встановлює правила кваліфікації діянь, що входять до її складу. Відповідно до ч. 1 ст. 33 КК «сукупністю злочинів визнається вчинення особою двох або більше злочинів, передбачених різними статтями або різними частинами однієї статті Особливої частини цього Кодексу, за жоден з яких її не було засуджено».

Отже, якщо в дослідчому кримінальному процесі при перевірці заяв, повідомлень, іншої інформації про вчинений або такий, що готується, злочин, будуть встановлені в один і той же час дані про вчинення конкретною особою двох або більше злочинів, передбачених різними статтями або різними частинами однієї статті КК, орган дізнання, слідчий або прокурор зобов'язані винести одну постанову про порушення кримінальної справи проти конкретної особи за всіма статтями або різними частинами однієї статті КК одночасно. Такий підхід до розв'язання названих питань повністю узгоджується з положеннями ч. 2 ст. 33 КК, згідно з якою «при сукупності злочинів кожен з них підлягає кваліфікації за відповідною статтею або частиною статті Особливої частини цього Кодексу». Не викликає сумніву, що викладені правила кваліфікації злочинів повинні застосовуватися не тільки при розв'язанні питання про кримінальну відповідальність особи, а й при вирішенні питання про порушення проти неї кримінальної справи в дослідчому кримінальному процесі. Додержання такого порядку створює для органів, що ведуть процес, додаткові умови для своєчасного здійснення заходів щодо забезпечення всебічного, повного і об'єктивного дослідження обставин вчиненого злочину, а для особи, стосовно якої порушена кримінальна справа, — реальну можливість оскаржити прийняте рішення вже в початковий момент провадження про вчинений злочин.

У зв'язку з викладеним необхідно також зазначити, що на відміну від колишнього законодавства новий КК створює додаткові гарантії захисту інтересів особи, оскільки забороняє включати до складу сукупності ті злочини, за вчинення яких особу було звільнено від кримінальної відповідальності за підставами, встановленими законом (ч. 1 ст. 33). Цю обставину потрібно враховувати і в дослідчому кримінальному процесі при вирішенні питання про порушення кримінальної справи.

Отже, сукупність злочинів являє собою:

а) чисельність одиничних злочинних діянь, відповідальність за вчинення яких передбачена різними статтями або різними частинами однієї статті КК;

б) чисельність злочинів, котра може розглядатися як передбачена законом сукупність лише за умови, що за жодне із злочинних діянь особа, яка їх вчинила, не була засуджена;

в) сукупність злочинів, яка може формуватися з будь-яких злочинних діянь, що відповідають вимогам ст. 33 КК незалежно від того, на території якої держави вони були вчинені;

г) сукупність злочинів, яка може містити в своєму складі тільки ті кримінально карані діяння, кожне з яких і всі вони разом вчинені однією і тією ж особою особисто або у співучасті з іншими особами. При цьому форма співучасті даної особи в спільному вчиненні злочину для вирішення питання про можливість включення його до складу цієї чисельності злочинів, утворюючих сукупність, не має значення;

г) сукупність злочинів, котра не може включати в свій склад ті діяння, строк давності вчинення яких вже закінчився;

д) сукупність злочинів, котра не може формуватися також шляхом об'єднання одиничних злочинних актів, за які особу вже було засуджено або звільнено від кримінальної відповідальності за підставами, встановленими законом.

З ґносеологічної точки зору перелічені структурні елементи сукупності злочинів у процесі провадження за заявами і повідомленнями про злочини повинні встановлюватися всебічно, повно і об'єктивно і з цього погляду можуть цілком правомірно розглядатися як обставини, що конкретизують предмет доказування, а отже, і підлягають доказуванню в будь-якому, в тому числі дослідчому, провадженні.

Наявність великої різноманітності одиничних злочинів, які в реальному житті нерідко вчинює одна й та ж сама особа, зумовлює фактичне формування різних видів сукупностей злочинів. З урахуванням цієї обставини в сучасній кримінально-правовій науці всі можливі (і фактично існуючі) сукупності злочинів прийнято поділяти на два види: реальну сукупність та ідеальну сукупність. Об'єктивне існування таких сукупностей визнане не тільки юридичною наукою, зокрема кримінально-правовою, а й судовою практикою. Відображаючи нагальні потреби судів у правильному застосуванні кримінального

законодавства у разі вчинення реальної або ідеальної сукупності злочинів, Пленум Верховного Суду України неодноразово надавав відповідні роз'яснення всім нижчим судам<sup>1</sup>.

Спираючись на сучасні досягнення науки і юридичної практики, розглянемо деякі особливості порушення кримінальної справи при вчиненні сукупності злочинів.

Відомо, що відповідно до ст. 4 КПК суд, прокурор, слідчий і орган дізнання в межах своєї компетенції зобов'язані порушити кримінальну справу у кожному разі виявлення ознак злочину. При такій правовій регламентації, якщо, перевіряючи заяву або повідомлення, в якому йдеться про вчинення особою двох або більше одиничних (самостійних) злочинів, компетентний орган одержить фактичні дані, що підтверджують наявність ознак злочину в усіх вчинених діяннях, він у повній відповідності з вимогами ст. 4 КПК зобов'язаний порушити по кожному злочину самостійну кримінальну справу.

Але виникає питання про кількість відповідних постанов, що виносяться у таких випадках. Закон нічого не говорить про це, але вказує, що справа повинна бути порушена у кожному разі виявлення ознак злочину. Оскільки в ситуації, що розглядається, йдеться про вчинення декількох злочинів і рішення про порушення кримінальної справи приймається в одному і тому ж дослідчому кримінальному процесі і, до того ж, в один і той же момент, то процесуально це можна зробити винесенням однієї постанови про порушення кримінальної справи. При цьому не має значення, про що йдеться — про замах на злочин чи про закінчений злочин, не важливий так само і вид того одиничного злочину, про який йдеться в заяві або повідомленні (простий, триваючий, продовжуваний або складовий (складний)). Вирішити питання про порушення кримінальної справи за фактом вчинення кожного з них можна в одній і тій же постанові.

За якісною визначеністю сукупності злочинів можуть бути різними. Деякі сукупності включають до свого складу однорідні злочини (наприклад, крадіжка, грабіж, розбій), інші складаються з різнорідних злочинів (наприклад, крадіжка, вбивство, давання хабара).

У всіх випадках йдеться про самостійні одиничні злочини, кожний з яких повинен одержати свою правову кваліфікацію в постанові про порушення кримінальної справи.

<sup>1</sup> Див., напр.: Вісник Верховного Суду України. — 1999. — № 2 (12.)

Відповідно до чинного законодавства сукупності злочинів можуть формуватися не тільки із чисельності одиничних злочинів, відповідальність за вчинення яких передбачено різними статтями КК, а й також із складів злочинів, передбачених різними частинами однієї й тієї ж статті КК. Так, ч. 1 ст. 353 КК передбачає відповідальність за викрадення, привласнення, вимагання або пошкодження документів, штампів чи печаток, що належать підприємствам, установам чи організаціям незалежно від форми власності, а ч. 3 цієї ж статті встановлює відповідальність за незаконне заволодіння будь-яким способом паспортом або іншим, як сказано в законі, «важливим особистим документом».

Якщо в процесі перевірки заяв і повідомлень факти вчинення зазначених злочинів будуть встановлені, то кримінальна справа повинна бути порушена за двома частинами зазначеної статті, оскільки йдеться про вчинення особою двох самостійних одиничних злочинів. При цьому для такої кваліфікації не має значення, чи вчинені названі злочини одночасно, чи між ними є певний розрив у часі. Головне, що вони вчинені стосовно різних об'єктів, які охороняються законом, і до прийняття щодо них рішення про порушення кримінальної справи.

**2. Порушення кримінальної справи при вчиненні реальної сукупності злочинів.** Якщо сукупність злочинів є чисельність, що об'єднує два і більше одиничних злочинних діянь, то, природно, що названі ознаки повинні бути властиві й реальній сукупності злочинів. По суті, такого погляду додержуються й інші дослідники цього питання. Однак ніхто при цьому не говорить, що саме в названій сукупності є такого, що зумовлює необхідність розглядати і, відповідно, називати її реальною сукупністю злочинів.

Якщо виходити з етимології слова, то «реальний» інтерпретується як дійсний, об'єктивно існуючий<sup>1</sup>. Але будь-яка сукупність злочинів, у тому числі й та, яку іменують ідеальною, також існує об'єктивно, а не віртуально, бо притягати до кримінальної відповідальності можна тільки за злочини, які вчинені реально (а не уявно), що, як правило, підтверджується заподіянням будь-кому цілком певної шкоди.

<sup>1</sup> Див.: Кондаков Н. И. Логический словарь-справочник. – М., 1975. – С. 514.

Як видно, при дослідженні проблеми, що розглядається, повинно йтися про такі риси, ознаки або властивості даної сукупності, які не суперечать (або тотожні) загальним ознакам, властивостям або рисам будь-якої сукупності злочинів і в той же час дозволяють правомірно іменувати чисельність, що склалася, реальною сукупністю злочинів.

Вбачається, що головною характерологічною ознакою зазначеної сукупності є те, що вона включає до свого складу чисельність (згідно із законом більше двох) індивідуально визначених одиничних злочинів, учинених однією й тією ж особою самостійно або у співучасті з іншими особами, і кожне діяння, що увійшло до даної чисельності, існує як деяка правова реальність, котра кваліфікується самостійно різними статтями або різними частинами однієї статті КК. Виявивши перелічені ознаки в тій сукупності злочинів, яка встановлена в дослідчому кримінальному процесі, посадова особа або орган, який веде даний процес, зобов'язані порушити кримінальну справу винесенням відповідної постанови, відобразивши в ній правову кваліфікацію кожного індивідуально визначеного злочинного діяння.

Потрібно звернути увагу на те, що реальні сукупності злочинів не є однозначними. Вони відрізняються одна від одної так само, як розрізняються ті одиничні злочини, що входять до складу тієї чи іншої сукупності як самостійні структуроутворюючі елементи. Названі відмінності настільки істотні, що деякі вчені з урахуванням їх специфіки класифікують реальні сукупності злочинів на декілька відносно самостійних класів. Вбачається, що якою б умовною не була класифікація, що пропонується (як і будь-яка інша), вона в цьому разі все ж є доречною, оскільки дозволяє на підставі виділення відповідних класифікаційних ознак дати додаткову характеристику сукупності злочинів, що розглядається. Розгляд, а тим більше аналіз класифікацій реальних сукупностей злочинів, запропонованих різними авторами<sup>1</sup>, виходить за межі предмета цього дослідження. В межах проблем, які тут обговорюються, потрібно лише звернути увагу на те, що злочини, які утворюють реальну сукупність, перебувають у певному співвідношенні, взаємозв'язку і взаємозалежності, що недопустимо ігнорувати

<sup>1</sup> Див.: Яковлев А. И. Совокупность преступлений. – М., 1960. – С. 80; Никифоров А. С. Совокупность преступлений. – М., 1965. – С. 15; Кудрявцев В. Н. Общая теория квалификации преступлений. – М., 1999. – С. 244.

при вирішенні питання про порушення кримінальної справи. І суть не в тому, що всі одиничні злочинні акти, які входять до складу даної сукупності, вчинені однією й тією ж особою (без такої особи названі діяння не могли б формувати реальну сукупність злочинів). Головне в специфіці взаємозв'язку тих злочинів, що утворюють цю сукупність. Вивчення останньої дозволило встановити, що домінуючим між злочинами, що входять до складу реальної сукупності, є *відносини додатковості*. Частіше за все ці відносини реалізуються у взаємозв'язку злочинних цілей з використанням такого ж характеру засобів для досягнення злочинного результату. Це, наприклад, має місце у разі пограбування, пов'язаного з убивством, вчиненим з метою приховання грабежу. Явно вираженими відносинами додатковості характеризуються і такі злочини, як фальсифікація документів, вчинена з метою подальшого розкрадання матеріальних цінностей, тощо.

При вирішенні питання про порушення кримінальної справи головне те, щоб зазначені відносини додатковості між різними злочинними діяннями достовірно підтверджувалися відповідними доказами. Інакше прийняти законне і обґрунтоване рішення буде неможливо. Оскільки відносини додатковості між різними злочинами встановлюються за допомогою доказів, то останні також повинні перебувати між собою у взаємозв'язку і взаємозалежності, що, природно, має розглядатися як специфічна додатковість фактичних даних, котрі утворюють відповідну сукупність доказів. Без такої якості названої сукупності прийняти обґрунтоване рішення про порушення кримінальної справи неможливо. Виняток у таких випадках становить лише алібі, яке з точки зору доказових можливостей має самодостатність, і в спростуванні факту вчинення злочину конкретною особою у відносинах додатковості з іншими доказами не має потреби. Як тільки в дослідчому кримінальному процесі будуть одержані дані про наявність у конкретної особи алібі, слідчий зобов'язаний винести постанову про відмову в порушенні кримінальної справи відносно такої особи.

**3. Порушення кримінальної справи при латентній (ідеальній) сукупності злочинів.** Традиційно в кримінально-правовій науці, починаючи з середини ХІХ ст., ця сукупність злочинів іменувалася «ідеальною», хоча деякі вчені вже давно і справедливо звертали увагу на умовний і, до того ж, двозначний харак-

тер такого її позначення<sup>1</sup>. Як один з варіантів пояснення ідеальна сукупність інтерпретувалася як штучно створена юридична конструкція, зміст якої відображує уявне розчленування єдиного злочину, котрий підпадає під правову кваліфікацію декількох статей КК.

Надто негативно ставлячись до такого роду конструкцій, Н. Таганцев розцінював їх як «продукт шкільної премудрості»<sup>2</sup>.

І хоча з юридичної точки зору це не так, проте саме невідповідність назви цього виду сукупності її фактичній і правовій суті продовжує і нині вводити в оману не тільки теоретиків, а й практичних працівників.

Дійсно, якщо додержуватися назви сукупності злочинів, що розглядається, то хочемо ми того чи ні, але так чи інакше орієнтуємо читача на те, що ідеальна сукупність злочинів являє собою щось довершене, відповідне певному ідеалу, загально визнаному в суспільстві або в даній науці стандарту чи зразку, тобто йдеться про таку сукупність злочинів, яка краще за інших, в принципі всіх можливих сукупностей. До числа останніх наука кримінального права відносить одну об'єктивно існуючу чисельність, яка іменується реальною сукупністю злочинів. Але чим або чому ідеальна сукупність злочинів може бути кращою за реальну сукупність? Видається, тільки властивим їй змістом, тобто складом тих одиничних злочинів, які у своїй єдності утворюють її структуру. Проте в суспільстві немає злочинів, які б оцінювалися, як добрі чи погані. Всі вони з погляду суспільної небезпечності є антисоціальними, і тому держава, суспільство вживають різноманітних і, до того ж, інтенсивних заходів з метою їх припинення і, зрештою, повної ліквідації. З цієї точки зору наведена змістова інтерпретація сукупності як ідеальної, звичайно ж, є неприйнятною. З цих же міркувань не може бути прийнятним також її найменування як ідеальної.

Дійсно, якщо реальна сукупність складається з чисельності об'єктивно існуючих одиничних злочинів, то невже до складу так званої ідеальної сукупності входять не реальні, а

<sup>1</sup> Див.: Таганцев Н. С. Лекции по русскому уголовному праву. Часть общая. Вып. III. — СПб., 1890. — С. 1687; Сергеевский Н. Д. Русское уголовное право. Часть общая. — СПб., 1910. — С. 326; Бажанов М. И. Множественность преступлений по уголовному праву Украины. — Х., 2000. — С. 36.

<sup>2</sup> Таганцев Н. С. Вказ. праця. — С. 1687.

уявні злочинні акти? Адже давно відомо, що в природі, суспільстві таких злочинів не існує, а раз так, то немає достатніх підстав іменувати сукупність, що розглядається, уявною, тобто недійсною, існуючою тільки в уяві дослідника<sup>1</sup>. Але якщо жодна з наведених назв цієї сукупності не є коректною і тому не прийнятною, то якою вона повинна бути, щоб правильно відобразити сутність і фактичний стан даного виду сукупності?

Правильну відповідь на це питання можна дати лише з урахуванням специфіки змісту тих дій, які утворюють склад цієї сукупності злочинів. Загальновідомо, що сукупність злочинів, що іменується ідеальною зараз, має місце там, де однією суспільно небезпечною, протиправною, винною і кримінально караною дією конкретної особи вчинюються два і більше злочинів. Як приклад такої сукупності злочинів можна навести випадок умисного вбивства особи шляхом підпалу будинку (ч. 2 ст. 194, ст. 115 КК). Характерним для цієї сукупності злочинів є те, що дії, які утворюють склад двох названих злочинів, виявляються як щось цілісне, одиничне, що не розчленовується, з точки зору індивідуалізації ознак кожного окремого злочину (тобто підпалу житла і вбивства потерпілого). Оскільки всі вчинені злочини приховані від зовнішнього спостереження однією цілісною злочинною діяльністю, її правомірно розглядати, а відтак, і називати латентною сукупністю злочинів. І це вірно, тому що «латентний» означає фізичний або соціальний процес, що не виявляється зовні, невидимий збоку, прихований від зовнішнього споглядання, але реально відбувається або має місце<sup>2</sup>.

Такою є об'єктивно-істинна сутність сукупності, що розглядається. Її адекватне розуміння створює особам або органам, які ведуть дослідчий кримінальний процес, необхідні гносеологічні умови для правильного вирішення всього комплексу виникаючих тут проблем. Перевіряючи заяву чи повідомлення про вчинений злочин, особа, яка провадить дізнання, або слідчий зобов'язані точно встановити послідовність вчинених винним злочинних дій і на цій підставі правильно вирішити питання про наявність реальної або латентної сукупності злочинів. Зрозуміло, що від того, який в цій частині

<sup>1</sup> Див.: Кондаков Н. И. Вказ. праця. – С. 352.

<sup>2</sup> Див.: Там само. – С. 276.



буде одержано результат, залежить його адекватна, тобто істинна, кримінально-правова кваліфікація.

Кваліфікація дій, вчинених у зазначеній послідовності, дозволяє оцінити першу (підпал) як засіб вчинення другої (вбивство). Але в своїй єдності вони утворюють латентну (ідеальну) сукупність злочинів, яка у зазначеній послідовності буде викладена в постанові про порушення кримінальної справи, де в резолютивній частині одержить комплексну (або сукупну) кримінально-правову кваліфікацію за ч. 2 ст. 194, п. 4 ч. 2 ст. 115 КК.

Абсолютно інша правова картина, а отже, й її кримінально-правова кваліфікація будуть викладені в постанові про порушення кримінальної справи, якщо в процесі дослідження обставин вчиненого злочину слідчий встановить, що винний вчинив спочатку вбивство потерпілого, а потім, з метою його приховування, підпалив будинок жертви. Тут так само мають місце два злочини, де первинним (початковим) злочинним актом є вбивство, а другорядним — підпал житла потерпілого. Останнє виступає як засіб приховування першого. Однак їх взаємозв'язок і функціональна взаємозалежність зумовлюють як специфіку кримінально-правової кваліфікації вчинених діянь, так і особливості їх опису в постанові про порушення кримінальної справи.

Слід відзначити, що на практиці деякі ускладнення викликають випадки розмежування і кваліфікації латентної (ідеальної) сукупності злочинів і складних, або складених, злочинів. Останнє обумовлюється тим, що і ті, й інші включають до свого складу два і більше злочинних діянь. І якщо не мати чіткого уявлення про природу названої латентної (ідеальної) сукупності і складних (складених) злочинів, не знати механізму формування кожного з них, неможливо буде вірно відмежувати одні злочини від інших, дати їм правильну юридичну кваліфікацію, прийняти законне і обґрунтоване рішення про порушення кримінальної справи. Відомо, що латентна (або ідеальна) сукупність має місце там, де однією дією особи вчинено два і більше злочинів, передбачених різними статтями КК. На відміну від цього «складний, або складений, злочин — це злочин, що складається з двох і більше злочинних дій, кожна з яких, якщо розглядати їх окремо (ізолювано), являє собою самостійний злочин, але яка внаслідок їх органічної єдності утворює один одиничний злочин, що охоплюється ознаками однієї статті КК»<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Бажанов М. И. Множественность преступлений по уголовному праву Украины. — Х., 2000. — С. 112.

По суті, і в першому, і в другому випадку йдеться про сукупність злочинів. Але структура ідеальної сукупності формується злочинним діянням винного, який однією злочинною дією вчинює два і, може, навіть більше злочинів.

Складний, або складений, злочин складається з двох або більше злочинних діянь, утворюючих своєрідну сукупність, але конструктивно самим законодавцем вони включені до диспозиції відповідної статті КК як один єдиний самостійний і цілісний злочинний акт. Підкреслюючи цю обставину, М. Бажанов вдало відзначає, що «складний (складений) злочин являє собою враховану законодавцем (тобто прямо передбачену законом як єдиний злочин) ідеальну або реальну сукупність»<sup>2</sup>. І, як видно, це врахування цілком виправдане як з кримінально-правової, так і з кримінально-процесуальної точок зору.

Отже, якщо при перевірці заяв, повідомлень або інших джерел інформації буде встановлено ідеальну сукупність злочинів, то кримінальна справа має бути порушена за двома відповідними статтями КК. На відміну від цього за наявності фактичних даних, що вказують на ознаки складного (складеного) злочину, в резолютивній частині постанови буде зазначено одну статтю КК, яка охоплює своєю диспозицією єдиного злочину всі вчинені особою злочинні дії.

*Надійшла до редколегії 20.05.01*

*М. Косюта*, прокурор Одеської області, кандидат юридичних наук, доцент

## **Актуальні проблеми підтримання державного обвинувачення в суді**

Підтримання державного обвинувачення в суді прокурором є однією з його конституційних функцій (ч. 1 ст. 121 Конституції України). Те, що ця функція поставлена у зазначеній

<sup>1</sup> Бажанов М. И. Уголовное право Украины. – Х., 1992. – С. 112.

нормі Основного Закону на перше місце, не має якогось особливо принципового значення, але цим підкреслюється, що вона є однією з провідних у прокуратурі цивілізованої держави. Тому дуже важливо в умовах демократизації державного і суспільного життя в Україні забезпечити підвищення якості та ефективності підтримання державного обвинувачення в інтересах захисту прав людини та посилення боротьби зі злочинністю. При цьому виникають істотні теоретичні і практичні проблеми, частину яких ми спробуємо окреслити.

На наш погляд, діяльність прокурора щодо підтримання державного обвинувачення є складовою частиною більш широкого виду державної діяльності, а саме — кримінального переслідування осіб, які вчинили злочини, на різних стадіях кримінального і кримінально-виконавчого провадження. У свою чергу, кримінальне переслідування є невід'ємною складовою частиною правоохоронної функції держави.

Здійснюючи кримінальне переслідування, прокурор порушує кримінальні справи, може безпосередньо брати участь в їх розслідуванні, санкціонує важливі процесуальні рішення органів розслідування, затверджує обвинувальні висновки у кримінальних справах і надсилає ці справи до суду. Всі ці процесуальні рішення і дії він реалізує безпосередньо. Підтримуючи ж обвинувачення при розгляді кримінальних справ судом першої інстанції, прокурор здійснює кримінальне переслідування не безпосередньо, а шляхом звернення до суду і формулювання перед ним своєї позиції в порядку, встановленому кримінально-процесуальним законом, в умовах змагальності судового розгляду. Участь прокурора у кримінальному переслідуванні носить системний характер, а відірваність підтримання державного обвинувачення в суді від діяльності прокурора в інших сферах кримінального судочинства призводить до помилок і перекручень у правозастосувальній діяльності.

Вказівка на те, що підтримання державного обвинувачення є частиною функції кримінального переслідування, досить чітко сформульована у ч. 2. ст. 35 Федерального Закону РФ «Про прокуратуру Російської Федерації».

В законодавстві України це положення не передбачене, хоча об'єктивна реальність, на наш погляд, саме в тому і полягає, що підтримання державного обвинувачення в суді є не тільки частиною, а й логічним продовженням багатогранної

діяльності прокурора на різних стадіях досудового слідства, що досить докладно аргументовано у дослідженнях вчених — юристів Росії<sup>1</sup>.

В теоретичному плані обвинувально-судова діяльність може розглядатись і як різновид представництва прокуратурою інтересів громадянина або держави в суді. І справді, придушення злочинних проявів, якомога послідовніше проведення в життя принципу невідворотності кримінального покарання, неухильне додержання прав людини силовими структурами становлять предмет важливого державного інтересу чи інтересу окремої особи.

Підтримання державного обвинувачення в суді прокурором нерозривно пов'язане з покладенням на нього обов'язків сприяти виконанню вимог закону про всебічний і об'єктивний розгляд справ та постановлених судових рішень, що ґрунтуються на законі (ст. 34 Закону України «Про прокуратуру»). До цього в період дії Закону «Про прокуратуру Союзу РСР» підтримання державного обвинувачення в суді взагалі розглядалось не як самостійна функція прокуратури, а як складова частина прокурорського нагляду за додержанням законів при розгляді справ у судах. Проте і тоді на прокурорів покладался обов'язок сприяти здійсненню цілей правосуддя і завдань суду при суворому додержанні принципу неналежності суддів і підкорення їх тільки закону (ч. 2 ст. 31).

Зазначена обставина істотно впливає на саму сутність державного обвинувачення в суді і спростовує досить поширені уявлення, що прокурор — не більше як сторона у процесі, оскільки він має рівні права з іншими його учасниками, передусім зі своїми процесуальними: підсудним та його захисником. Це положення, закріплене у ч. 1 ст. 35 Закону «Про прокуратуру», слід розуміти так, що і прокурор, і захисник повинні мати рівні можливості для пошуку і дослідження доказів, обґрунтування перед судом своєї позиції по справі. Проте завдання, які стоять перед ними, та їх обов'язки досить істотно відрізняються.

Сприяння з боку прокурора-обвинувача судові у всебічному, повному та об'єктивному розгляді справи і постановлен-

<sup>1</sup> Див.: Проблеми правового регулювання організації и деятельности прокуратуры в Содружестве независимых государств. — М., 1992. — С. 19; Прокуратура Российской Федерации (Концепция развития на переходный период). — М., 1994. — С. 41 та ін.

ню судового рішення, що ґрунтується на законі, — це завдання, властиве виключно прокуророві як представнику органу публічної влади, призначеному для захисту прав та законних інтересів громадян і держави. Ні на кого з інших учасників процесу таке завдання не покладається і не може бути покладено. Так, поведінка захисника, який не розголошує в суді відомих йому доказів, що підтверджують винність підсудного, є цілком правомірною, хоча вона і не сприяє об'єктивному і повному з'ясуванню всіх обставин справи. Це ж стосується і поведінки таких процесуальних фігур, як потерпілий і підсудний, обумовленої здебільшого суто особистими міркуваннями.

На думку С. Альперта, «...під обвинуваченням слід розуміти засновану на законі процесуальну діяльність, спрямовану на викриття обвинуваченого у вчиненні злочину, його засудження, застосування до нього справедливого покарання, а у відповідних випадках — заходів виховного характеру або громадського впливу»<sup>1</sup>. У ч. 1 ст. 30 проекту нової редакції Закону України «Про прокуратуру», внесеного групою народних депутатів України 14 липня 2000 р., зазначається, що «підтримання державного обвинувачення є процесуальною діяльністю прокурора у відстоюванні перед судом державного обвинувачення з метою забезпечення реалізації кримінальної відповідальності особи, яка вчинила злочин».

Вважаємо, що цим та іншим подібним визначенням державного обвинувачення властива певна однобічність — вони не враховують того, що завданням прокурора є не тільки переконати суд у винності підсудного, а й вжити в межах наданих йому процесуальних прав заходів, спрямованих на встановлення всіх істотних обставин справи: як тих, що підтверджують вину підсудного, так і тих, що її спростовують, або викликають істотні сумніви в обґрунтованості обвинувачення і унеможливають винесення обвинувального вироку. Це іноді ставить обвинувача перед непростою дилемою: підтримувати обвинувачення в повному обсязі, зберегти хоча б якісь «крихти» від його попереднього обсягу чи повністю відмовитись від обвинувачення.

---

<sup>1</sup> Див.: Альперт С. Государственное обвинение в структуре прокурорской деятельности // Проблеми організації прокуратури і оптимізації її діяльності в сучасних умовах. — Х., 1997. — С. 87.

Проте навряд чи така відмова може вважатись органічно властивою функції підтримання державного обвинувачення. Не можна погодитися з думкою, що «перед прокурором у кримінальному суді стоїть двоєдине завдання: довести вину, якщо він вважає підсудного винним, або довести невинуватість останнього<sup>1</sup>». Відмова від обвинувачення завжди носить вимушений характер і є наслідком збігу несприятливих для обвинувача обставин. А загалом принцип презумпції невинуватості, закріплений у ч. 1 ст. 62 Конституції України, має стосовно обвинувальної діяльності прокуратури досить таки своєрідне забарвлення. Будь-яка презумпція може бути або підтверджена, або спростована. В разі пред'явлення обвинувачення у кримінальному процесі вона здебільшого спростовується. Надсилаючи до суду кримінальну справу, прокурор, природно, переконаний у винності обвинуваченого — інакше він не має права цього робити. Підтримуючи державне обвинувачення, він повинен спростувати перед судом презумпцію невинуватості стосовно конкретної особи чи осіб. Направлення справи до суду навмання, без твердої впевненості у наявності для цього достатніх підстав, є щонайменше службовим проступком з боку прокурора, якщо не сказати більше.

У зв'язку з цим не можна однозначно оцінити справедливість численних нарікань в друкованих, особливо електронних, засобах масової інформації, в тому числі зарубіжних, щодо невеликої кількості виправдувальних вироків у справах публічного звинувачення, які виносяться судами України; пропонується брати приклад із Західної Європи і США, де цей показник сягає 20%. Це справді можна розглядати як демонстрацію торжества справедливості з боку незалежного і неупередженого суду. Але не можна забувати, що навіть благополучний остаточний результат для осіб, незаконно притягнутих до кримінальної відповідальності і згодом виправданих, далеко не повністю компенсує їм моральні переживання і страждання та матеріальні збитки. А тому одним із важливих критеріїв оцінки роботи органів прокуратури є і має залишатись ефективність підтримання державного обвинувачення, а

<sup>1</sup> *Середя В.* Критерії ефективності роботи прокурора по підтриманню державного обвинувачення в суді // Питання конституційно-правового статусу прокуратури України та удосконалення її діяльності. — Х., 1999. — С. 121.

кожний випадок винесення виправдувального вироку — розглядатись як надзвичайна подія з усіма наслідками для осіб, які безпідставно висунули обвинувачення і підтримували його. Ці факти стають предметом обговорення колегій прокуратур, винні притягаються до дисциплінарної відповідальності, але тоді, коли з їх боку мали місце недбалість чи несумлінність при виконанні службових обов'язків (ч. 2 ст. 8 Дисциплінарного статуту прокуратури).

До речі, в Одеській області намітилася тенденція до зменшення виправдувальних вироків (у 1998 р. виправдано вісім осіб, у 1999 р. — дві, у 2000 р. — одна особа). Щоправда, певна кількість осіб, які перебували під вартою, звільняється за вироками судів про засудження умовно або до міри покарання, не пов'язаної з позбавленням волі, але ці показники теж проявляють тенденцію до зниження, що певною мірою свідчить про більш відповідальне ставлення прокурорів до підтримання державного обвинувачення (у 1998 р. — 396, або 5% від загального числа засуджених, у 1999 — 239, або 2,6%, і приблизно така ж кількість у 2000 р.).

З урахуванням викладеного пропонуємо таке визначення функції підтримання прокурором державного обвинувачення в суді.

*«Підтримання прокурором державного обвинувачення в суді являє собою його діяльність у процесі розгляду судами кримінальних справ, спрямовану на обґрунтування вини підсудного у вчиненні інкримінованого йому злочину з урахуванням матеріалів досудового і судового слідства, а також міри покарання і сприяння судові у всебічному, повному і об'єктивному розгляді справи та постановленню судового рішення, заснованого на законі».*

Зрозуміло, що це визначення не стосується кримінальних справ, які можуть розглядатися не інакше як за заявою потерпілого, коли йому і надається право підтримувати обвинувачення (ст. 27 КПК).

П. Шумський вніс пропозицію відмовитися від самого терміна «державне обвинувачення», замінивши його на «публічне обвинувачення», оскільки, виходячи із принципу презумпції невинуватості, «...до постанови вироку (точніше, до набрання ним законної чинності) обвинувачений, підсудний державою ще не обвинувачується і обвинувачуватись не може... А це обвинувачення формулюється слідчим від його імені і тому носить

публічний, аніжк недержавний характер». Логіку автора важко зрозуміти. Якщо справді визнати, що обвинувачення висуває не прокурор, а органи слідства і дізнання, то не слід забувати, що вони уповноважені на це державою і їх діяльність, як і діяльність інших державних органів, носить публічний характер. І вже зовсім не можна погодитись із тим, що суд при розгляді кримінальних справ здійснює так зване «судове обвинувачення»<sup>1</sup>. Судовий вирок, тим більше виправдувальний, є актом не обвинувачення, а здійснення правосуддя.

Безумовно, діяльність органів дізнання і досудового слідства певною мірою впливає на формулювання державного обвинувачення. Проте безпосереднім суб'єктом обвинувачення все ж виступає прокурор. При цьому його обвинувальну діяльність можна поділити на два етапи: а) порушення державного обвинувачення; б) підтримання обвинувачення при розгляді справи судом першої інстанції, а в разі потреби — і на контрольних стадіях судового процесу.

Порушення державного обвинувачення пов'язується, як правило, із затвердженням прокурором обвинувального висновку по справі або, в окремих випадках, з самостійним його складанням у разі, коли прокурор сам здійснив розслідування по справі або склав новий обвинувальний висновок замість попереднього, складеного слідчим (ст.ст. 229, 230 КПК), а також із врученням підсудному копії обвинувального висновку, коли зміст обвинувачення доводиться до нього в повному обсязі з посиланням на докази по справі (ст. 254 КПК).

Останнім часом предметом гострої дискусії науковців і прокурорсько-слідчих працівників стала пропозиція авторів урядового проекту нового КПК України щодо покладення на прокурора обов'язку складати обвинувальний висновок або, за новою термінологією, акт державного обвинувачення<sup>2</sup>. Важко зрозуміти теоретичну обґрунтованість і практичну доцільність запропонованого нововведення. Тим більше, що чинний КПК (ст.ст. 228–231) надає прокурору достатньо можливостей для того, щоб із застосуванням низки наглядових повноважень усунути недоліки і порушення, яких припустився

<sup>1</sup> Див.: Шумський П. В. Прокуратура України. — К., 1998. — С. 105.

<sup>2</sup> Див.: Маляренко В., Пилипчук В. Головні напрями розбудови кримінального судочинства, структура і зміст майбутнього КПК України // Право України. — 2000. — № 4. — С. 32.



слідчий при складанні цього документа. Врешті-решт, затвердження прокурором обвинувального акта — це юридичний факт, який істотно змінює характер кримінально-процесуальних правовідносин: з особи, яка здійснює нагляд за провадженням розслідування, прокурор або сам перетворюється на державного обвинувача, або покладає цей обов'язок на когось із своїх підлеглих. До речі, слід визнати обґрунтованою тезу, що прокурор перед вирішенням питання про затвердження обвинувального висновку доручає ознайомлення з матеріалами справи саме тій особі, яка підтримуватиме державне обвинувачення<sup>1</sup>. Це ще одне підтвердження тісного взаємозв'язку між прокурорським наглядом за розслідуванням і підтриманням державного обвинувачення. Що ж стосується безпосередньої підготовки тексту обвинувального акта, то хто, як не особа, яка здійснювала провадження по справі, здатна найуспішніше впоратись із цим завданням? Без складання такого проміжного акта застосування права, як обвинувальний акт, діяльність слідчого не отримає логічного завершення. І чи не уявляли собі автори подібної новації, на скільки порядків зросте обсяг діяльності прокуратури в умовах її надто обмежених кадрових можливостей? Але, припустимо, що всупереч здоровому глузду цей порядок все-таки буде запроваджено. Вихід із такого становища все одне буде знайдений — просто, як і раніше, акти обвинувачення складатимуть слідчі, але прокурори будуть їх не затверджувати, а підписувати, вносячи до них у разі потреби необхідні корективи. Але чи потрібне нам таке «реформування» державного обвинувачення?

Щодо підтримання державного обвинувачення безпосередньо в суді, то його елементи присутні вже на стадії віддання до суду, коли прокурор бере участь у розпорядчому засіданні суду (ст. 239 КПК). Вже тут державний обвинувач відстоює перед судом ті міркування, які, на його думку, обґрунтовують наявність підстав для віддання обвинуваченого до суду і призначення слухання справи у головному судовому розгляді.

Одним із найважливіших і найдискусійніших питань реалізації обвинувально-судової функції прокурора є визначення

---

<sup>1</sup> Див.: Бардук В. Участь державного обвинувача у кримінальному судочинстві. Як організувати роботу в районній прокуратурі // Вісник прокуратури. — 2000. — № 3. — С. 82.

ступеня обов'язковості його участі в розгляді кримінальних справ. У наказі Генерального прокурора України від 30 жовтня 1998 р. № 10 «Про організацію підтримання державного обвинувачення в суді, підвищення якості та ефективності участі прокурорів у кримінальному судочинстві» (п. 3.1) прокурорам всіх рівнів запропоновано забезпечити підтримання державного обвинувачення в судах першої інстанції у всіх кримінальних справах, які направлені до суду, щодо осіб, які вчинили тяжкі та особливо небезпечні злочини, і такі, що привертають особливу громадську увагу. По інших справах прокурорам запропоновано підтримувати обвинувачення, «зважаючи на реальні можливості»<sup>1</sup>.

По-іншому сформульовано цю вимогу у постанові Пленуму Верховного Суду України від 1 листопада 1996 р. «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя». Пунктом 18 цієї постанови судам запропоновано «у всіх справах, що надійшли до суду з обвинувальним висновком, визнавати обов'язковою на підставі п. 1 ст. 253 КПК участь у судовому засіданні прокурора»<sup>2</sup>. Зауважимо, що в цьому разі Верховний Суд по суті вдався до офіційного тлумачення чинного законодавства шляхом порівняння норм КПК зі ст. 121 Конституції України, тобто привласнив повноваження Конституційного Суду. Але це скоріше формальна сторона питання, а воно чекає на відповідь по суті. Переважна більшість дослідників негативно або стримано сприйняла роз'яснення Верховного Суду. На думку І. Вернидубова, Верховний Суд у цьому разі створив нову правову норму, яка відсутня у КПК України<sup>3</sup>. З іншого боку, П. Шумський стверджує, що «Конституція України не передбачає обов'язкової участі прокурора щодо підтримання державного обвинувачення у всіх справах, що надійшли до суду з обвинувальним висновком»<sup>4</sup>. О. Зозулинський вважає, що обов'язкова участь прокурора у розгляді судом всіх справ публічного та приватно-публічного обвинува-

<sup>1</sup> Див.: Прокуратура в Україні // Бюлетень законодавства і юридичної практики України. — 2000. — № 4. — С. 224.

<sup>2</sup> Право України. — 1996. — № 12. — С. 94.

<sup>3</sup> Див.: Вернидубов І. Підтримання прокуратурою державного обвинувачення в суді і здійснення правосуддя за Конституцією України // Право України. — 1998. — № 4. — С. 28.

<sup>4</sup> Див.: Шумський П. Вказ.праця. — С. 1–12.

чення може бути передбачена законом лише «у перспективі»<sup>1</sup>. Л. Давиденко, М. Мичко та П. Чиркова пов'язали забезпечення стовідсоткового підтримання обвинувачення в судах лише зі значним збільшенням штатів працівників прокуратури<sup>2</sup>.

Останнє, безумовно, є важливим в організаційному плані, якщо врахувати, що на час прийняття чинної Конституції прокурори підтримували державне обвинувачення менш як по 50% справ, і негайна їх переорієнтація на стовідсотковий показник навряд чи була можливою. І все ж на питання про те, чи справді обов'язковість підтримання прокурором обвинувачення в суді безпосередньо базується на Конституції (проектом нового КПК вона теж передбачена), необхідно дати ствердну відповідь. При цьому ми виходимо з того, що норми, які містяться у ч. 3 ст. 129 Конституції і в яких наведено перелік основних засад судочинства, будучи, на перший погляд, декларативними нормами, тобто нормами-принципами, насправді носять значною мірою регулятивний характер, тобто становлять конкретні приписи, якими мають керуватись як суди, так і органи прокуратури.

Найпринциповіше значення у цьому сенсі мають вказівки щодо підтримання державного обвинувачення в суді прокурором і змагальності сторін (пп. 4 і 5 ч. 3 ст. 129 Конституції). Ці принципи і водночас нормативні приписи є тісно взаємопов'язаними, оскільки лише при підтриманні державного обвинувачення можна досягти розгляду справи в умовах змагальності, звичайно, якщо розуміти під змагальністю спір між учасниками процесу з протилежними процесуальними інтересами, надання сторонам свободи пред'являти відповідні докази і доводити перед судом їх переконливість (п. 4 ч. 3 ст. 129 Конституції), а не те, що під цим розуміє П. Шумський, який всерйоз вважає, що «принцип змагальності полягає у відділенні функції обвинувачення від функції правосуддя»<sup>3</sup>. Це, звичайно, необхідна умова змагальності, але ж не її суть!

<sup>1</sup> Див.: Прокурорський нагляд в Україні: Підручник. – Донецьк, 1997. – С. 194.

<sup>2</sup> Див.: Давиденко Л. Функції прокуратури України згідно з новою Конституцією України // Право України. – 1997. – № 6. – Ст. 40; Мичко М. Прокуратура України: роль и место в системе государственной власти. – Донецьк, 2000. – С. 55; Чиркова П. Принцип состязательности в уголовном судопроизводстве Украины и прокуратура // Проблеми організації прокуратури і оптимізації її діяльності в сучасних умовах. – Х., 1998. – С. 113.

<sup>3</sup> Див.: Шумський П. Вказ. праця. – С. 113.

Лише в умовах змагального судового процесу «змагання», тобто публічне протистояння позицій та інтересів, полеміка між обвинуваченням і захистом із збереженням активної ролі суду в дослідженні доказів, уможливорює повне з'ясування обставин справи і винесення у кінцевому результаті законного і справедливого вироку. Як слушно відзначив В. Савицький, «...якщо прокурор не обвинувачує в суді, значить в суді немає обвинувачення, прокурору немає чого там робити, не треба розглядати жодної справи, оскільки ніхто нікого не обвинувачує, а оскільки прокурор не обвинувачує, то хто ж обвинувачує?»<sup>1</sup>.

Слухання справи з участю захисника, але без участі державного обвинувача — це, так би мовити, «усічена» змагальність, оскільки підсудний та його захисник змагаються не з конкретною особою в прокурорському мундирі, яка відстоює позиції обвинувачення, а лише з обвинувальними документами, що, природно, не те саме. Крім того, в таких умовах збільшується вірогідність зловживань з боку представників судової влади, тим паче, що більшість справ слухаються суддями одноособово.

Слід відзначити, що останнім часом органи прокуратури значно наблизились до виконання вимог Конституції України щодо забезпечення підтримання державного обвинувачення. Наприклад, в Одеській області, де криміногенна обстановка є однією з найнапруженіших в Україні, у 1998 р. було розглянуто 7861 справу публічного звинувачення, в тому числі 91% з участю прокурора, в 1999 і 2000 рр. — відповідно 9022 (99,1%) і 8399 (99,9%). Це повністю спростовує твердження щодо потреби мало не в 3–4 рази збільшити штати працівників прокуратури для забезпечення підтримання державного обвинувачення відповідно до вимог Конституції.

Проте розширення участі прокурорів у розгляді судами кримінальних справ водночас поглиблює труднощі із забезпеченням обвинуваченим і підсудним права на захист. Слухання кримінальної справи з участю державного обвинувача, але без участі захисника — це теж свого роду «сурогат» змагальності, оскільки «двобій» між обвинувачем і підсудним, позбавленим реальної можливості скористатись послугами захисника, ведеться далеко не в рівних умовах. Ні для кого не є секретом,

<sup>1</sup> Див.: Проблемы правового регулирования организации и деятельности прокуратуры в современных условиях // Научная информация по вопросам борьбы с преступностью. — М., 1990. — Вып. 128. — С. 27.

що зараз найкваліфікованіші представники адвокатської професії зосереджують основну увагу на захисті інтересів підприємницьких структур, причому не лише в кримінальному, а й в цивільному і арбітражному судочинстві, де вирішується доля мільйонних капіталів. Почастішали випадки, коли адвокатські об'єднання і окремі адвокати ухиляються під різними приводами від виконання доручень органів розслідування і судів навіть щодо захисту осіб у випадках, передбачених ч. 3 ст. 46 КПК (неповнолітніх, з фізичними чи психічними вадами тощо), не говорячи вже про випадки, коли обвинувачений, підсудний або його родичі просто не в змозі укласти угоду про захист через матеріальні нестатки. А тому і відмова від захисту здебільшого носить вимушений характер.

«Вкрай ускладнює правовий захист відсутність законодавчого визначення питань надання безоплатної правової допомоги, — відзначає Уповноважений Верховної Ради України з прав людини. — На сьогодні фактично відсутній механізм щодо забезпечення права кожного — підозрюваного, обвинуваченого, підсудного мати захисника у випадках, коли вони не мають матеріальної можливості запросити адвоката для свого захисту»<sup>1</sup>.

Проаналізуємо цю проблему знову ж таки з позицій Конституції. З одного боку, у ч. 1 ст. 59 Основного Закону йдеться про право кожного на правову допомогу і водночас нічого не сказано про обов'язок держави та її органів по її забезпеченню. Проте, з іншого боку, п. 6 ч. 3 ст. 129 Конституції виходить з необхідності «забезпечення обвинуваченому права на захист» (виділено мною. — М. К.). Це вже доволі конкретна вимога, яка стосується державних органів, що здійснюють кримінальне переслідування, причому щодо не тільки обвинуваченого у розумінні кримінально-процесуального закону, а й підсудного.

Назріла потреба у впорядкуванні порядку надання безкоштовної юридичної допомоги тим, хто неспроможний сам запросити захисника, з наступним покладенням на них обов'язків відшкодувати відповідні витрати. Питання про те, як конкретно це зробити, виходить за межі цієї статті, тим більше, що з цього приводу висловлено чимало раціональних міркувань.

<sup>1</sup> Стан дотримання захисту прав і свобод людини в Україні. Перша щорічна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини. — К., 2000, — С. 134.

При цьому слід керуватися таким загальним принципом: «Органи розслідування і суд зобов'язані забезпечити підозрюваному, обвинуваченому, підсудному захисника, за винятком його добровільної відмови від захисту». Виконання цього обов'язку недопустимо обмежити лише контингентом осіб, зазначених у ч. 3 ст. 46 КПК.

Як уже відзначалося, будучи державним обвинувачем, прокурор при розгляді кримінальної справи зобов'язаний одночасно сприяти виконанню вимог закону про всебічний, повний і об'єктивний розгляд справи та постановлення судових рішень, що ґрунтуються на законі. Проте способи реалізації цього завдання не конкретизовані належним чином у кримінально-процесуальному законодавстві. У ч. 1 ст. 264 КПК йдеться лише про участь прокурора у дослідженні доказів і подачу своїх міркувань з приводу застосування кримінального закону і міри покарання щодо підсудного. На наш погляд, цього не досить. Поважаючи принцип незалежності суду і суд взагалі, прокурор як представник держави не може бути позбавлений права звертати увагу суду на ті порушення кримінально-процесуального закону, які перешкоджають встановленню істини по справі і можуть потягнути за собою постановлення неправосудного вироку, в тому числі якщо ці порушення, на його думку, допускають головууючий чи інші члени колегії суддів. Такі пропозиції висловлювались при обговоренні проблем удосконалення діяльності прокуратури<sup>1</sup>. Звичайно, суд може і не зреагувати належним чином на ті чи інші демарші прокурора (до речі, як і інших учасників процесу), проте порушення з його боку, належним чином задокументовані, можуть надалі послужити додатковою підставою для перегляду судового рішення в апеляційному чи касаційному порядку.

<sup>1</sup> Див.: Сафулько Ф. Чи обов'язкова участь захисника в кожній кримінальній справі? // Адвокат. — 1998. — № 2. — С. 22–24; Азаров Ю. Що заважає адвокатури працювати злагоджено? // Право України. — 1998. — № 3. — С. 38–40; В'ялий О. Що може поліпшити захист? // Право України. — 1998. — № 12. — С. 101–102 та ін.

<sup>2</sup> Див.: Клочков В., Рящев В. Закон о прокуратуре (модель) // Научная информация по вопросам борьбы с преступностью. — М., 1992. — Вып. 136. У ст. 47 цього наукового проекту пропонувалось надати прокурору право заявляти в судовому засіданні у зв'язку з порушенням законів судом або будь-яким іншим учасником процесу протест, який підлягає обов'язковому розгляду судом.

Спірним є питання про те, у якій формі державний обвинувач повинен запропонувати суду міру покарання підсудному. На думку одних авторів, доцільно, щоб прокурор обмежувався лише орієнтуванням суду на певний вид покарання, наприклад, на позбавлення волі, без зазначення конкретного строку ув'язнення. Інші вважають, що в заключній частині обвинувальної промови прокурору слід пропонувати обрати покарання в межах санкції відповідної статті КК або взагалі залишити це питання на розгляд суду. Проте найпоширенішим підходом, який поділяє і Генеральна прокуратура України, є абсолютно конкретне формулювання обвинувачем як виду, так і строку покарання<sup>1</sup>.

Зі свого боку відмітимо, що можна було б надати прокурору право з урахуванням особливостей конкретної справи самостійно обирати спосіб орієнтування суду на визначення ним певної міри покарання. Іноді ця пропозиція просто не може не бути абсолютно конкретною, наприклад, про довічне ув'язнення. Проте в багатьох випадках законом передбачається дуже великий ступінь альтернативності при обранні строків позбавлення волі чи грошового штрафу, наприклад, від восьми до п'ятнадцяти років позбавлення волі. Визначаючи покарання, суд урахує низку чинників: ступінь суспільної небезпечності злочину, особи підсудного, пом'якшуючі та обтяжуючі обставини, можливість обрання покарання нижче від нижчої межі, передбаченої санкцією кримінального закону, тощо. Звичайно, обвинувач і суд значення кожного з цих чинників можуть оцінювати дещо по-іншому, залежно від їх внутрішнього переконання. Тому в принципі, як ми вважаємо, можливий і такий варіант, коли прокурор, наприклад, пропонує обрати покарання в межах дев'яти — двадцяти років позбавлення волі. І тоді, якщо суд навіть дещо вийде за межі верхньої чи нижньої межі пропозиції обвинувача, це аж ніяк не буде свідченням хибності його позиції щодо обрання міри покарання.

Актуальним вважаємо питання щодо процесуальної незалежності державного обвинувача у виробленні і доведенні до відома суду своєї позиції по справі. Відповідно до ч. 1 ст. 36 За-

---

<sup>1</sup> Див.: Промова прокурора в судових дебатах. Навчально-методичний посібник. Генеральна прокуратура України. — К., 1997. — С. 16—17. Там же наведено огляд інших позицій, які висловлювались з цього питання.

кону «Про прокуратуру», підтримуючи державне обвинувачення, «прокурор керується вимогами закону і об'єктивною оцінкою зібраних по справі доказів». Виходячи з цього, у наказі Генерального прокурора України № 10 1998 р. визнано недопустимим нав'язування керівниками прокуратур і їх структурних підрозділів пропозиції, з якою вони не згодні, приписано суворо дотримуватися принципу процесуальної самостійності державного обвинувача. Аналогічну позицію займають автори Науково-практичного коментаря до КПК України<sup>1</sup>, а в ч. 3 ст. 30 проекту нової редакції Закону «Про прокуратуру», про який уже йшлося, зазначається, що «ніхто не має права примушувати державного обвинувача зайняти по справі позицію, що суперечить закону, його професійній правосвідомості та особистому переконанню».

На перший погляд, все просто і конкретно. Проте і з теоретичного, і з практичного боку ця проблема є значно складнішою. Межі процесуальної незалежності прокурора — державного обвинувача від керівників прокуратури ні в Законі «Про прокуратуру», ні в КПК однозначно не закріплені. В умовах єдності і централізації прокурорської системи і службового підпорядкування одних працівників іншим та чи інша позиція обвинувача не може бути його виключно особистою справою, оскільки він підтримує обвинувачення, висловлюючи, з одного боку, свою позицію, а з іншого — позицію того органу, який він представляє, тобто прокуратури. Тому жодний практичний працівник не стане заперечувати доцільність і необхідність певного узгодження своєї позиції по справі, особливо складної чи так званої резонансної, з прокурором вищого рівня, щоб уникнути помилки в оцінці та кваліфікації злочину. Не виключені і принципові незгоди в оцінці ситуації. Найкраще вирішити її під час підготовки до підтримання обвинувачення, коли можна замінити державного обвинувача іншою особою (за аналогією з дорученням провадження по справі іншому слідчому в разі відмови його від виконання деяких вимог прокурора — ч. 2 ст. 114 КПК). Але виникнення принципових розбіжностей між обвинувачем і його керівництвом може мати місце і в процесі судового розгляду справи. Вважа-

<sup>1</sup> Див.: Науково-практичний коментар Кримінально-процесуального кодексу України. — К., — 1997. — С. 339.



емо, що і в цьому разі є можливою заміна державного обвинувача чи одного із обвинувачів, якщо їх декілька і між ними виникли розбіжності. Важливо лише конкретизувати вирішення цих питань у чинному законодавстві.

Запровадження такого порядку якраз і допоможе уникнути фактів «примушування» прокурорів до заняття ними такої позиції по справі, яка суперечить їх внутрішньому переконанню. Значно гірше, коли підпорядкований прокурор беззастережно виконує при підтриманні державного обвинувачення нав'язану йому згори волю, оскільки це негативно впливає на якість обвинувачення.

У зв'язку з цим певний інтерес становить новела, передбачена у ч. 3 ст. 30 проекту нової редакції Закону «Про прокуратуру»: «Про відмову від обвинувачення прокурор, який узяв участь у справі, повинен негайно повідомити прокуророві, який затвердив (склав) обвинувальний висновок». Очевидно, що якимось практичне значення мало б повідомлення не про сам факт відмови від обвинувачення (про це керівникам і так стане відомо, причому дуже швидко), а про *намір* відмовитись від обвинувачення. Проте навряд чи це суто внутрішньоорганізаційне питання варто регулювати безпосередньо у Законі «Про прокуратуру».

Певне практичне значення має вирішення питання про те, на якому етапі судового розгляду прокурор може відмовитись від обвинувачення.

Відповідно до ч. 3 ст. 264 КПК прокурор повинен відмовитись від обвинувачення, якщо переконається, що «в результаті судового розгляду дані попереднього слідства не підтверджують пред'явленого підсудному обвинувачення». На думку авторів Коментаря КПК, «зміст статті 264 КПК свідчить про те, що прокурор може відмовитись від обвинувачення лише після закінчення судового слідства», тобто після закінчення дослідження доказів<sup>1</sup>. Інше формулювання міститься у ч. 2 ст. 36 Закону «Про прокуратуру»: «В разі, коли при розгляді справи прокурор дійде висновку, що дані судового слідства (**саме дані, а не результати**) не підтверджують обвинувачення підсудного, він зобов'язаний відмовитись від обвинувачення» (виділено мною. — М. К.).

<sup>1</sup> Науково-практичний коментар Кримінально-процесуального кодексу України. — С. 339.

Якщо визнати, що відмова прокурора від обвинувачення можлива після закінчення судового слідства, то ця позиція має бути висловлена в судових дебатах<sup>1</sup>, тобто по суті прокурор проголошує не обвинувальну, а виправдувальну промову, яка мало чим відрізняється від промови адвоката. Проте безпідставність обвинувачення може виявитись і задовго до закінчення судового слідства — судова практика щедра на такі несподіванки. Тому було б логічним надати прокурору право відмовлятися від обвинувачення на будь-якому етапі судового розгляду шляхом заявлення і обґрунтування відповідного клопотання.

І, на закінчення, торкнемося особливостей підтримання державного обвинувачення на контрольних стадіях кримінального процесу (зараз — касаційній і наглядовій, в майбутньому — апеляційній і касаційній). На нашу думку, ставлячи перед відповідними судовими інстанціями питання про перегляд незаконних чи необґрунтованих вироків, прокурори різного рівня, приймаючи «естафету» один від одного, доводять тим самим до кінця кримінальне переслідування стосовно конкретних осіб (ставлять питання про скасування виправдувальних вироків чи перегляд вироків з мотивів надмірної м'якості покарання), або, вносячи акти прокурорського реагування в суди вищих інстанцій з іншою метою, сприяють постановленню, в кінцевому результаті, судових рішень, заснованих на законі.

Впродовж 1998–2000 рр. за касаційними поданнями прокурорів в Одеській області було скасовано і змінено судові вирок стосовно 383 осіб, задоволено у 1998 р. — 67,6%, у 1999 р. — 75,8% у 2000 р. — 72,8% касаційних подань. За цей же період було заявлено 464 протести в порядку нагляду, причому з кожних десяти протестів задоволено дев'ять.

У процесі судово-правової реформи відповідно до вимог Конституції України можливі, звичайно, деякі зміни в контрольно-судовому процесі. Проте вони, на наше глибоке переконання, не повинні призвести до зменшення ролі прокуратури у зміцненні законності при здійсненні правосуддя.

*Надійшла до редколегії 20.05.01*

<sup>1</sup> Див.: Прмова прокурора у судових дебатах. — С. 18–20.

## До питання про причинний зв'язок у злочинах з похідними наслідками

Як відомо, обов'язковою умовою кримінальної відповідальності за злочини з матеріальним складом є наявність причинного зв'язку між діянням (дією чи бездіяльністю) та шкідливими наслідками, що настали. Суспільно небезпечні наслідки можуть бути поставлені особі за вину лише в тому разі, якщо вони випливають саме з її діяння.

Серед злочинів, передбачених у КК, мають місце делікти з так званими похідними наслідками<sup>1</sup>. В літературі їх називають по-різному, наприклад: «злочини, що кваліфікуються за наслідками», «злочини, що характеризуються наявністю додаткових тяжких наслідків», «злочини, що кваліфікуються за наявністю додаткових тяжких наслідків»<sup>2</sup>. До них належать такі делікти, як, наприклад: ч. 2 ст. 121 «умисне тяжке тілесне ушкодження, що спричинило смерть потерпілого»; ч. 2 ст. 194 «умисне знищення або пошкодження чужого майна, вчинене шляхом підпалу, ... чи іншим загальнонебезпечним способом ... що спричинило загибель людей...» та ін. Особливістю цих складів є те, що два наслідки — основний (проміжний), наприклад, у ч. 2 ст. 121 КК — тяжке тілесне ушкодження, і додатковий (похідний) — смерть потерпілого, настають послідовно, один за одним, як результат вчинення особою одного суспільно небезпечного діяння. В зв'язку з особливими конструкціями цих деліктів питання про встановлення в них причинного зв'язку заслуговує на самостійний розгляд.

У сучасній науці кримінального права встановлення причинного зв'язку в злочинах з матеріальним складом пов'язують з такими правилами: 1) штучне ізолювання причини та наслідку; 2) застосування правила *conditio sine qua non* (умова, без якої не може бути...); 3) діяння має створювати реаль-

<sup>1</sup> Див.: Шевченко Е. В. Преступления, квалифицируемые по последствиям как самостоятельный вид единичного преступления // Проблемы законности. — 2000. — № 44. — С. 151–156.

<sup>2</sup> Див. напр.: Курс уголовного права. Общая часть. Т. 1. Учение о преступлении / Под ред. Н. Ф. Кузнецовой и И. М. Тяжковой. — М., — 1999. — С. 506.

ну можливість настання шкоди (принцип реальної можливості); 4) діяння з необхідністю викликає відповідний наслідок. Ці положення можна застосувати також для встановлення причинного зв'язку в злочинах з похідними наслідками.

Виходячи з того, що в злочинах з похідними наслідками діяння (дія, бездіяльність) встановлюється, так би мовити, на загальних засадах, і при його «ізолюванні з ланцюга причинності», як правило, особливих проблем не виникає, перейдемо відразу до аналізу другого із зазначених вище правил.

Оскільки злочини з похідними наслідками характеризуються саме настанням двох наслідків, що настають один за одним, то, вірогідно, що встановленню підлягає як причинний зв'язок між діянням і проміжним наслідком (безпосередній причинний зв'язок, іноді його ще називають прямим<sup>1</sup>), так і між діянням і похідним наслідком (опосередкований причинний зв'язок).

Розглянемо першу із цих ланок — причинний зв'язок між діянням і проміжним наслідком (П<sup>1</sup>). Він характеризується як найбільш поширений у практиці вид причинності, хоча саме від його встановлення залежить у майбутньому постановка питання і про причинний зв'язок між діянням та похідними наслідками. Для встановлення такого причинного зв'язку слід: а) застосувати принцип ізолювання двох явищ — діяння і проміжного наслідку; б) констатувати, що діяння в цьому разі виступає як умова, без якої цей наслідок не міг би настати; в) діяння створює реальну можливість настання проміжного наслідку і г) з необхідністю викликає цей проміжний наслідок. При цьому слід враховувати, що наявність проміжного наслідку виступає як обов'язкова конструктивна ознака злочинів, що розглядаються. Помилки при встановленні причинного зв'язку між діянням і проміжним наслідком і, з огляду на це, невірна кваліфікація вчиненого на практиці є досить поширеними. Так, К. було визнано винним у тому, що він, будучи невдоволений відмовою О. відповісти на його запитання, завдав йому зі значною силою два удари кулаком у груди, що

<sup>1</sup> В. Н. Кудрявцев пише: «Під прямим причинним зв'язком ми розуміємо такий розвиток подій, що викликаний суспільно небезпечним діянням або бездіяльністю і призвів до злочинного результату, який відбувався без залучення інших людських вчинків» (Кудрявцев В. Н. Объективная сторона преступления. — М., 1960. — С. 213.

спричинило рефлекторну зупинку серця і смерть потерпілого. Як видно із розповіді свідків Б. і П., К. завдав О. два удари кулаком, обидва майже в одне й те ж саме місце по центру грудей; інших ударів він не завдавав. За висновком судово-медичного експерта смерть О. настала не від механічного ушкодження серця, а від його рефлекторної зупинки. Виявлені численні переломи ребер та інші пошкодження на тілі О. є не наслідком ударів, яких завдав К., а результатом некваліфікованих та інтенсивних реанімаційних заходів<sup>1</sup>. Ці обставини свідчать про відсутність причинного зв'язку між заподіянням ударів К. і тяжкими тілесними ушкодженнями, що настали. Вчинене може бути кваліфіковане лише за сукупністю злочинів (виходячи з фактичного заподіяння шкоди), а саме: за ч. 1 ст. 296 (хуліганство) і ч. 1 ст. 119 КК (вбивство з необережності). Якщо ж причинний зв'язок між діянням і проміжним наслідком встановлено, то це дає підстави перейти до наступного етапу. Ним є встановлення причинного зв'язку стосовно похідних наслідків (П<sup>2</sup>).

Для цього необхідно вирішити відразу декілька питань. По-перше, чи передували в часі настання похідних наслідків діяння (дія, бездіяльність) та проміжний наслідок. Це найбільш простий критерій, який не потребує того, щоб на ньому зупинятися окремо. По-друге, проміжні наслідки, будучи причинно пов'язані з діянням, виступають тут як необхідна умова настання похідного наслідку. По-третє, проміжні наслідки (що знаходяться в причинному зв'язку з діянням) створюють реальну можливість настання наслідків похідних. Сказане має велике практичне значення, адже якщо не буде встановлено причинний зв'язок між діянням і похідними наслідками, то буде відсутній і склад цього злочину, а особа може нести відповідальність лише за діяння, пов'язане з настанням проміжних наслідків (якщо, безумовно, вони знаходяться з ним у причинному зв'язку). Наприклад, Г. і Б. було обвинувачено в тому, що, розпочавши бійку з О., вони завдали йому тяжкого тілесного ушкодження, внаслідок чого останній помер. Судово-медичною експертизою було встановлено, що смерть О. настала не від заподіяних йому тяжких тілесних ушкоджень, а від звичайного перебігу туберкульозу бронхіальних залоз та

<sup>1</sup> Див.: Бюллетень Верховного Суда ССРС. — 1986. — № 1. — С. 21—22.

легенів<sup>1</sup>. У цьому випадку причинний зв'язок між діями обвинувачених і проміжним наслідком у вигляді тяжких тілесних ушкоджень має місце. Однак його наявність між тяжкими тілесними ушкодженнями та смертю потерпілого не встановлено. Отже, обвинувачені повинні нести відповідальність лише за діяння, передбачене ч. 1 ст. 121 КК, без поставлення їм за вину смерті потерпілого як кваліфікуючої ознаки, передбаченої ч. 2 цієї статті.

Однак для позитивного вирішення питання про причинний зв'язок між діянням (дією, бездіяльністю) і похідними наслідками замало констатувати, що дія особи була однією з необхідних умов наслідків, що настали. Необхідно визначити, чи створював проміжний наслідок реальну можливість спричинення похідних наслідків. Так, Г. було засуджено за ч. 4 ст. 152 КК за зґвалтування, що спричинило особливо тяжкі наслідки, за те, що ввечері в полі він вчинив насильницький статевий акт з В., скориставшись її сильним алкогольним сп'янінням. Потім він одяг на потерпілу частину її одягу, поклав потерпілу на купу сіна, притрусив соломною і пішов з місця злочину. Через деякий час, уночі, В. опритомніла, пішла додому, але заблукала, зайшла в болото і втопилася<sup>2</sup>. У наведеному прикладі смерть потерпілої не знаходиться в причинному зв'язку із вчиненим зґвалтуванням, адже проміжний наслідок у вигляді шкоди об'єкту цього посягання (статева свобода жінки, її здоров'я і т. ін.) не створював реальної можливості настання похідних наслідків, тобто смерті. З огляду на це дії Г. можуть бути кваліфіковані як просте зґвалтування — за ч. 1 ст. 152 КК.

Викладене свідчить, що у злочинах з похідними наслідками діяння безпосередньо породжує лише проміжний наслідок, який, у свою чергу, викликає наслідки похідні. Отже, саме діяння, як справедливо зазначається в літературі<sup>3</sup>, безпосередньої «участі» в настанні похідних наслідків не бере. Реальну можливість настання похідних наслідків створює не діяння

<sup>1</sup> Див.: Сборник постановлений Пленума и определенный коллегии Верховного суда Союза ССР за 1938 г. — М., 1940. — С. 106.

<sup>2</sup> Див.: Сборник постановлений Президиума и определенный судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РСФСР (1974—1979 гг.) под ред. А. К. Орлова. — М., 1981. — С. 183.

<sup>3</sup> Див.: *Бажанов М. И.* Множественность преступлений по уголовному праву Украины. — Х., 2000 — С. 23.

само по собі, а проміжні наслідки, які є його прямим результатом. Наприклад, при умисному блокуванні транспортних комунікацій, що спричинило нещасні випадки з людьми чи інші тяжкі наслідки, ланцюг причинності виглядає, наприклад, таким чином: 1) діяння винного спрямоване на досягнення проміжного наслідку, тобто блокування транспортних комунікацій; 2) настання цього наслідку створює реальну загрозу настання похідних від нього наслідків, тобто аварій, загибелі людей і т. ін. У цьому разі діяння як причина похідних наслідків буде опосередковане настанням наслідку проміжного, котрий і виступає як причина настання похідного наслідку. Цей висновок підтверджується аналізом термінології, яка використовується законодавцем для опису причинного зв'язку між проміжними і похідними наслідками. Терміни «спричинило» або «призвело», які використовує законодавець, означають таке, що викликало певний наслідок, а вираз «внаслідок якого» визначається як наслідок спричиненого і т. ін. Наприклад, причиною смерті, що вказана в ч. 2 ст. 121 КК, виступає не тільки діяння само по собі, а й тяжкі тілесні ушкодження, що настали внаслідок нього і створили реальну загрозу настання смерті, яка потім і сталася. Причиною загибелі людей, або інших тяжких наслідків, передбачених у ч. 2 ст. 194 КК, є діяння, що призвело до пошкодження або знищення чужого майна, яке і створює реальну загрозу настання похідних наслідків. Отже, причинний зв'язок у його повному вигляді може бути визначено таким чином: заподіяння удару → тяжке тілесне ушкодження → настання смерті (ч. 2 ст. 121); підпал → знищення майна → людські жертви (ч. 2 ст. 194) і т. д. Виходячи з цього абсолютно вірною буде кваліфікація дій Н. за ч. 2 ст. 121 КК. Із матеріалів справи видно, що Н. у нетверезому стані заліз до саду М., де зірвав кілька яблук. Коли М., який вийшов у цей час із будинку, схопив Н. за руку, останній ударив його в плече ножем, чим ушкодив сонну артерію. Внаслідок цього у потерпілого сталася сильна кровотеча, від якої він помер. Із висновку судово-медичного експерта видно, що удар М. було завдано в праве плече і, відтак, ушкодження є тяжким за ознакою його небезпеки для життя в момент

<sup>1</sup> Див.: Сборник постановлений Президиума и определенных судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РСФСР (1961—1963 гг.) / Под ред. Л. Н. Смирнова. — М., 1964 — С. 250.

заподіяння<sup>1</sup>. В цьому випадку існує повний ланцюг причинності: діяння (удар ножом у плече) → проміжний наслідок (ушкодження артерії) → похідний наслідок (смерть потерпілого).

У зв'язку з цим важко погодитися з твердженням про те, що похідний наслідок як кінцевий результат злочину може виступати прямим наслідком діяння, що його спричинило. Так, А. Горбуза причиною настання смерті потерпілої при незаконному аборті (ст. 134 КК) вважає саме діяння у вигляді плодовигнання<sup>1</sup>. Однак у такому разі тут треба було б констатувати, що поміж діянням і похідними наслідками існує прямий похідний зв'язок — аборт (діяння) прямо викликає настання смерті. Автор, як уявляється, не враховує, що особа яка провадить незаконний аборт, своїми діями передусім ушкоджує внутрішні органи потерпілої, і саме це ушкодження створює реальну загрозу настання її смерті або інших важких наслідків, які з неминучістю настають. Отже, діяння (плодовигнання) викликає проміжний наслідок (шкоду здоров'ю потерпілої), що, в свою чергу, створює реальну можливість для настання наслідку похідного (наприклад, смерті). Похідний наслідок тут пов'язаний із діянням опосередкованим причинним зв'язком.

Слід зазначити, що ще наприкінці ХІХ — на початку ХХ століть криміналісти, пояснюючи природу причинного зв'язку в цих деліктах, відзначали таку об'єктивну ознаку проміжних наслідків, як «створення реальної загрози». При цьому вказували, що, створюючи конструкції таких злочинів, законодавець бажав покарати за ті наслідки, які, зрештою, *звичайно* супроводжують подібні злочини. Отже, з їх точки зору посилення покарання при настанні смерті було передбачено законом передусім у злочинах проти особи, тобто при насильницьких діях, де можливість більш тяжких наслідків впливає з самої природи посягання<sup>2</sup>. Отже, законодавець визнавав спричинені наслідки караними лише в тому разі, якщо вони не були випадковим результатом дій даної особи. Так, якщо смерть настала від тяжких тілесних ушкоджень, то тут настання смерті є об'єктивно закономірним, але для легких тілесних

<sup>1</sup> Див.: Горбуза А. Д. Смешанная форма вины по советскому уголовному праву: Дис. ... канд. юрид. наук. — М., 1972. — С. 165.

<sup>2</sup> Див., напр.: *Немировский Э. Я.* Основные начала уголовного права. — Одесса. — 1917. — С. 383–386.



ушкоджень, хоча б і таких, що спричинили смертельний наслідок, воно не є типовим<sup>1</sup>. Це, як вважається, послужило підставою для того, що в КК 1922 р. не були внесені подібні норми, які раніше існували в законодавстві Росії (Кримінальне Уложення 1903 р.), такі, наприклад, як: «...спричинення розладу здоров'я, що не є небезпечним для життя ... якщо це діяння мало за наслідок ... смерть» (ст. 468), «... спричинення легкого тілесного ушкодження, якщо воно мало за наслідок ... смерть ...» (ст. 469) та інші<sup>2</sup>. Відмова від подібних диспозицій пов'язана з тим, що, як правило, такі діяння смерть не викликають, а якщо подібні наслідки і настануть, то склад злочину трансформується в необережне вбивство (за умови необережної вини особи стосовно цих наслідків)<sup>3</sup>. Якщо ж така смерть є наслідком умисного середньої тяжкості тілесного ушкодження, то вчинене являє собою ідеальну сукупність злочинів.

Викладене дозволяє зробити такі висновки: 1) у злочинах з похідними наслідками має місце певний різновид опосередкованого причинного зв'язку; 2) з огляду на особливу конструкцію таких деліктів існує необхідність окремого встановлення причинного зв'язку стосовно кожного з наслідків — проміжного і похідного; 3) структуру причинного зв'язку може бути визначено такою формулою: 1)  $D \rightarrow P^1$ , 2)  $D \rightarrow P^1 \rightarrow P^2$ , де  $D$  — діяння,  $\rightarrow$  — причинний зв'язок,  $P^1$  — проміжний наслідок,  $P^2$  — похідний наслідок; 4) визначальною умовою для встановлення причинного зв'язку в цьому ланцюгу є саме проміжний наслідок  $P^1$ , що створює реальну загрозу настання наслідку похідного  $P^2$ .

*Надійшла до редколегії 07.07.01*

<sup>1</sup> Див.: Шаргородский М. Д. Преступления против жизни и здоровья. — М., 1947. — С. 138.

<sup>2</sup> Див. напр.: Уголовное уложение 1903 г. Свод законов Российской империи. С изм. на 1908 г. / Под ред А. М. Нюренберга.

<sup>3</sup> Див.: Сташис В. В., Бажанов М. И. Личность под охраной уголовного закона. — Симферополь, 1996. — С. 97—101.

*М. Погорецький*, кандидат юридичних наук, доцент

## **Закон України «Про оперативно-розшукову діяльність»: проблеми застосування окремих норм**

Прийняття Закону України від 18 січня 2001 р. «Про внесення змін до Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» спрямоване на подальше вдосконалення правового регулювання оперативно-розшукової діяльності і перш за все на посилення захисту прав людини в цій специфічній галузі правової сфери.

Зазначеним Законом внесено зміни до статей 1, 5, 6, 7, 8, 9 і 14 та доповнено його новими статтями: 9<sup>1</sup> «Строки ведення оперативно-розшукових справ» і 9<sup>2</sup> «Закриття оперативно-розшукових справ». Незважаючи на внесені до Закону зміни і доповнення, деякі питання оперативно-розшукової діяльності залишаються недостатньо врегульованими, що призводить до труднощів у застосуванні на практиці окремих його норм.

Одним із таких питань є недостатньо чітка визначеність кола суб'єктів, яким надано право проводити оперативно-розшукову діяльність.

Так, в абз. 2 ч. 1 нової редакції ст. 5 Закону «Про оперативно-розшукову діяльність» (далі — Закон про ОРД) передбачено, що оперативно-розшукова діяльність здійснюється оперативними підрозділами органів внутрішніх справ — кримінальною, транспортною та спеціальною міліцією, спеціальними підрозділами по боротьбі з організованою злочинністю для забезпечення безпеки працівників суду, правоохоронних органів і учасників кримінального судочинства. .

Як у попередніх, так і в теперішній редакції цієї статті не виправдано не названі всі підрозділи МВС України, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність. Це такі як підрозділи внутрішньої безпеки, оперативно-технічний, кримінального пошуку (розвідки), державної служби боротьби з економічною злочинністю.

Правильне розуміння системи підрозділів МВС, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність, ускладнюється

тим, що до цього часу немає єдиного законодавчого тлумачення самого поняття «кримінальна міліція». В законодавстві України не існує норми, котра б встановлювала вичерпний перелік підрозділів МВС, які належать до «кримінальної міліції». Не дає відповіді на це питання й Закон України від 20 грудня 1990 р. «Про міліцію» з подальшими змінами та доповненнями до нього. Деякі підрозділи МВС віднесені до кримінальної міліції підзаконними, в тому числі й відомчими, нормативними актами. Так, відповідно до п. 1 Положення про державну службу боротьби з економічною злочинністю, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 5 липня 1993 р. № 510, ця служба є складовою частиною кримінальної міліції системи МВС і відповідно до абз. 2 ч. 1 ст. 5 Закону про ОРД та пп. 6 п. 4 цього Положення їй надається право проведення оперативно-розшукової діяльності.

В абз. 3 нової редакції ст. 5 Закону про ОРД зазначено підрозділи Служби безпеки України, які проводять оперативно-розшукову діяльність: розвідка, контррозвідка, військова контррозвідка, захисту національної державності, спеціальні підрозділи по боротьбі з корупцією та організованою злочинністю, оперативно-технічний, внутрішньої безпеки, оперативного документування, боротьби з тероризмом і захисту учасників кримінального судочинства та працівників правоохоронних органів.

В ній не незвані підрозділи контррозвідувального захисту економіки та транспорту. Відомчими нормативними актами вони віднесені до контррозвідки і є її складовою частиною. Але якщо поряд з контррозвідкою в Законі про ОРД зазначається й військова контррозвідка, яка також є складовою частиною контррозвідки, то логічно було б передбачити в цій статті або всі підрозділи контррозвідки, або не вказувати окремо військову контррозвідку.

Неоднозначність законодавчого врегулювання цього питання істотно ускладнює як поновлення прав особи, котрі, як показує практика, нерідко порушуються в процесі їх здійснення, так і використання результатів оперативно-розшукової діяльності цих підрозділів у кримінальному судочинстві для ефективної боротьби зі злочинністю.

Так, у результаті проведення оперативно-розшукових заходів по оперативно-розшукових справах стосовно Л. і М. підрозділами внутрішньої безпеки СБУ було одержано оперативно-розшукові матеріали, які свідчили про вчинення ними тяжких злочинів. На попередньому розслідуванні оперативно-розшукові матеріали були використані для одержання фактичних даних, які стали доказами у кримінальних справах. Але в ході судового слідства було встановлено, що підрозділи внутрішньої безпеки СБУ на час ведення ними оперативно-розшукових справ структурно входили до Інспекторського управління СБУ. Незважаючи на те, що відомчим нормативно-правовим актом їм надавалось право проведення оперативно-розшукових заходів, саме Інспекторське управління СБУ не входило до переліку підрозділів СБУ, встановленого ст. 5 Закону про ОРД, які мали право здійснювати оперативно-розшукову діяльність. Тому докази, одержані органами попереднього слідства на підставі оперативно-розшукових матеріалів, одержаних підрозділами внутрішньої безпеки СБУ, були визнані судами такими, що не відповідають принципу допустимості.

Існуючий у МВС і СБУ порядок надання права проведення оперативно-розшукової діяльності відповідним підрозділам на основі підзаконних, у тому числі й відомчих, нормативно-правових актів не є доступним для широкої громадськості і не виключає можливості невинного розширення кола суб'єктів оперативно-розшукової діяльності цими відомствами самостійно на порушення вимог ст. 5 Закону України про ОРД. Тому він повинен бути скасований.

У ст. 5 Закону України про ОРД слід, на наш погляд, вказати повний перелік всіх підрозділів усіх відомств, яким надано право проводити оперативно-розшукову діяльність. Тим більше, що цей перелік, як зазначається у ч. 2 ст. 5 (абз. 8) цього ж Закону, є вичерпним.

Одним із проблемних питань застосування Закону про ОРД у практичній діяльності, яке негативно відображається на взаємодії органів слідства та дізнання (в тому числі й органів, яким відповідно до ст. 5 Закону про ОРД надано право здійснення оперативно-розшукової діяльності та які не є органами дізнання), є відсутність в Законі про ОРД норми, яка б встановлювала вичерпний перелік оперативно-розшукових

заходів, як це має місце в законах про ОРД інших країн<sup>1</sup> та порядок їх здійснення і санкціонування. Оперативно-розшукові заходи лише в загальній формі зазначені в ст. 8 Закону про ОРД, яка встановлює права підрозділів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність. Вичерпний перелік цих заходів вказаний у закритих відомчих нормативно-правових актах. Процес переходу правового регулювання оперативно-розшукової діяльності із підзаконного рівня на рівень закону повинен привести до встановлення в окремій статті Закону про ОРД системи оперативно-розшукових заходів з вказівкою на те, що їх перелік є вичерпним. За встановлення в Законі про ОРД чіткої системи оперативно-розшукових заходів висловилися 73% респондентів із числа опитаних слідчих та співробітників оперативно-розшукових підрозділів МВС і СБУ.

З питанням встановлення чіткої системи оперативно-розшукових заходів тісно пов'язане й питання щодо меж доручень слідчого органу дізнання про проведення розшукових заходів<sup>2</sup>, яке не розв'язане ні в Законі про ОРД, ні в чинному КПК України, ні в останній редакції його проекту<sup>3</sup>. На наш погляд, доцільно б було доповнити ст. 6 Закону про ОРД вказівкою на те, оперативно-розшукові підрозділи зобов'язані виконувати доручення слідчого про проведення конкретного оперативно-розшукового заходу (наприклад, знімати інформацію з каналів зв'язку та ін.) у кримінальній справі, яка знаходиться в його провадженні. Таке доручення слідчого повинно бути вмотивованим. Але в разі неможливості виконати такі доручення слідчого за відсутності технічних можливостей чи з питань конспірації тощо оперативний підрозділ повинен мати право не виконувати їх. Вирішення спірних питань з цього приводу слід віднести до компетенції прокурора. Ці ж поло-

<sup>1</sup> Див.: Закон «Об оперативно-розыскной деятельности» // Собрание законодательства Российской Федерации. — 1995. — № 33. — Ст. 3349; Горяинов К. К., Кваша Ю. Ф., Сурков К. В. Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: Комментарий. — М., 1997. С. 196–286; Основы оперативно-розыскной деятельности: Учебник / Под ред. В. Б. Рушайло. Изд. 2-е, исп. и доп. — СПб., 2000. С. 365–375.

<sup>2</sup> Див.: *Погорецький М.* Межа доручень слідчого органу дізнання про проведення оперативно-розшукових заходів // *Право України.* — 2000. — № 9. — С. 47–49.

<sup>3</sup> Див.: *Кримінально-процесуальний кодекс України.* Проект, підготовлений робочою групою Кабінету Міністрів України. — К., 2000.

ження мають знайти своє відображення і у відповідних нормах проекту КПК України.

На нашу думку, на законодавчому рівні слід більш детально визначити й порядок проведення, санкціонування та використання результатів тих оперативно-розшукових заходів, які безпосередньо втручаються в конституційні права і свободи громадян.

Позитивним у Законі про ОРД є те, що він встановив строки ведення оперативно-розшукових справ (ст. 9<sup>1</sup>) та підстави і порядок їх закриття (ст. 9<sup>2</sup>), які не були чітко визначені в попередній його редакції. Але істотним недоліком залишається те, що в ньому не використаний передовий світовий досвід щодо встановлення й строків обмеження проведення оперативно-розшукових заходів, оскільки сьогодні за новою редакцією Закону про ОРД вони можуть проводитися протягом всього строку ведення оперативно-розшукової справи. Такий строк передбачено до 18 місяців щодо встановленої особи (ч. 3 ст. 9<sup>1</sup>); щодо невстановлених осіб, які готують або вчинили злочин, а також осіб, які переховуються від органів розслідування, суду або ухиляються від відбування кримінального покарання, — до їх встановлення або розшуку, але не більше строків давності притягнення до кримінальної відповідальності чи строків давності виконання обвинувального вироку (п. 1 ч. 1 ст. 9<sup>1</sup>); щодо осіб у зв'язку з розслідуванням стосовно них кримінальної справи — до набрання законної сили винесеним щодо них вирок, до винесення постанови суду про закриття справи, ухвали (постанови) суду про застосування заходів медичного чи виховного характеру або до закриття кримінальної справи судом, прокурором, слідчим, органом дізнання (п. 2 ч. 1 ст. 9<sup>1</sup>).

Отже, строк ведення оперативно-розшукових справ в останніх двох випадках може тривати роками, а то й десятиріччями. То який же тоді строк проведення оперативно-розшукових заходів, наприклад, зняття інформації з каналів зв'язку (п. 9 ст. 8); контролювання шляхом відбору за окремими ознаками телеграфно-поштових відправлень (п. 10 ст. 8) та ін.? На жаль, чинний Закон про ОРД не дає відповіді на це важливе для зміцнення конституційних прав і свобод особи питання. А тим часом воно повинно бути чітко врегульоване на за-

конодавчому рівні, як це має місце в законодавстві передових демократичних країн<sup>1</sup>.

Недостатньо ефективним у Законі про ОРД є і судовий контроль за проведенням оперативно-розшукових заходів. Хоча в ч. 2 ст. 8 і зазначено, що негласне проникнення до житла чи до іншого володіння особи, зняття інформації з каналів зв'язку, контроль за листуванням, телефонними розмовами, телеграфною та іншою кореспонденцією, застосування інших технічних засобів одержання інформації проводяться за рішенням суду, проте чинне законодавство про оперативно-розшукову діяльність не встановлює, які ж матеріали для обґрунтування свого рішення про проведення оперативно-розшукових заходів щодо втручання в зазначені конституційні права громадян повинні бути подані оперативно-розшуковими підрозділами суду. Не врегульовано також питання про те, яким чином суд після прийняття свого рішення (надання дозволу) про проведення оперативно-розшукових заходів щодо особи здійснює контроль за їх проведенням. Не чітко це питання визначено і в предметі прокурорського нагляду за оперативно-розшуковою діяльністю (ст. 14 Закону про ОРД), тому воно потребує свого подальшого врегулювання.

Нова редакція Закону про ОРД не вирішила до кінця й питання щодо використання матеріалів оперативно-розшукової діяльності в кримінальному судочинстві, яке є дискусійним у теорії кримінального процесу і оперативно-розшукової діяльності<sup>2</sup>. Так, у п. 2 ч. 1 ст. 10 Закону про ОРД вказується, що ма-

<sup>1</sup> Див.: *Пфайффер Х., Бомтгер А.* Подслушивание в США и в Германии // Журнал по вопросам правовой политики. – 1999. – С. 7; *Йорг А.* Ограничение правового государства в германском уголовно-процессуальном праве // Конституционное право: Восточноевропейское обозрение. – 1999. – № 3. – С. 22–30.

<sup>2</sup> Див.: *Доля Е. А.* Использование в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности. – М., 1996; *Мешков В. М., Попов В. Л.* Оперативно-розыскная тактика и особенности легализации полученной информации в ходе предварительного следствия. – М., 1999; *Корневский Ю. В., Токарева М. Е.* Использование результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам. – М., 2000; *Дідоренко Е. О., Кириченко С. О., Розовський Б. Г.* Процесуальний статус ОРД у кримінальному судочинстві. – Луганськ, 2000; Про правове та відомче регулювання порядку надання результатів оперативно-розшукової діяльності органам дізнання, слідчому, прокурору та суду // Вісник Запорізького юридичного інституту. – 2000. – № 2; *Зажичкий В.* Оперативно-розыскная деятельность и уголовное судопроизводство // Российская юстиция. – 2001. – № 3 та ін.

теріали оперативно-розшукової діяльності використовуються для одержання фактичних даних, які можуть бути доказами у кримінальній справі. Але відсутність належного правового регулювання цього питання як самим Законом про ОРД, так і КПК призводить до того, що ця норма не виправдано рідко застосовується в практичній діяльності, що в цілому негативно позначається на ефективності кримінального судочинства.

Положення щодо доказового значення матеріалів оперативно-розшукової діяльності доповнено змінами, внесеними у ч. 2 ст. 8 Закону про ОРД, відповідно до яких негласне проникнення до житла чи до іншого володіння особи, зняття інформації з каналів зв'язку, контроль за листуванням, телефонними розмовами, телеграфною та іншою кореспонденцією, застосування інших технічних засобів одержання інформації проводяться за рішенням суду, прийнятим на подання керівника відповідного оперативного підрозділу або його заступника.

За результатами здійснення зазначених оперативно-розшукових заходів складається протокол з відповідними додатками, який підлягає використанню як джерело доказів у кримінальному судочинстві. Але процедура використання таких протоколів і додатків до них не встановлена ні в Законі про ОРД, ні тим більше в КПК, у тому числі в останній редакції його проекту. Відсутність процесуального порядку реалізації ст. 8 Закону про ОРД у КПК може призвести як до неефективної дії цієї норми, так і до порушень законодавства при її застосуванні.

Слід зазначити, що протоколи оперативно-розшукових заходів і додатки до них прямо не передбачені як джерела доказів ні в чинному КПК (ч. 2 ст. 65), ні в останній редакції його проекту (ч. 3 ст. 132).

У ч. 2 ст. 132 цього ж проекту КПК зазначено, що доказами є також відомості про факти, зібрані органом дізнання в результаті оперативно-розшукових заходів, якщо вони перевірені дізнавачем, слідчим чи судом у порядку, передбаченому цим КПК.

Згідно з Законом про ОРД відомості про факти, що мають відношення до злочину, збирають і підрозділи, наділені правом ведення оперативно-розшукової діяльності, але не є органами дізнання (підрозділи оперативного документування, розвідки, оперативно-технічні та ін.). Тому, на наш погляд, у цій статті слова «органом дізнання в результаті оперативно-роз-



шукових заходів» слід замінити на слова «підрозділами, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність».

Відповідно до ст. 133 проекту КПК збирання доказів (тобто передбачений законом порядок) проводиться шляхом допитів, очних ставок, пред'явлення для впізнання, освідкування, оглядів, виїмок, обшуків, зняття інформації з каналів зв'язку, слідчих експериментів, перевірки показань на місці, екстугмації трупа, призначення експертиз, одержання матеріальних об'єктів і документів від фізичних і юридичних осіб, витребування документів, призначення ревізій та фіксації перебігу і результатів цих дій у процесуальних документах. Не допускається збирання доказів шляхом, не передбаченим цим КПК.

Щодо такого процесуального способу збирання доказів, як зняття інформації з каналів зв'язку, то в цьому контексті має йтися про слідчу дію, яку необхідно детально регламентувати кримінально-процесуальним законодавством. Вона, безперечно, мусить істотно відрізнятися за своїм правовим статусом і процедурою здійснення від аналогічного оперативно-розшукового заходу, хоча за її змістом і метою здійснення має багато спільного з ним.

У ст. 138 проекту КПК встановлено, що допустимість доказів визначається законністю їх джерел, умов і способів їх одержання. Докази, зібрані з порушенням конституційних прав і свобод людини або з такими порушеннями кримінально-процесуального законодавства, які позначилися чи могли позначитись на їх достовірності, не можуть бути покладені в обґрунтування обвинувачення. Будь-який доказ, одержаний внаслідок застосування насильства чи інших незаконних дій, не може використовуватися для підтвердження обвинувачення. Не можуть бути доказами повідомлені свідком, потерпілим, підозрюваним, обвинуваченим та іншими допитуваними особами відомості, джерело яких невідоме, або його неможливо перевірити.

Тому при вирішенні питання щодо трансформації чи легалізації матеріалів оперативно-розшукової діяльності в кримінальне судочинство оперативні співробітники і керівники оперативно-розшукових підрозділів повинні обов'язково враховувати цю кримінально-процесуальну норму. Вважаємо за доречне, щоб вона знайшла своє відображення і в Законі про ОРД.

Із аналізу норм Закону про ОРД та КПК можна зробити, на нашу думку, висновок про те, що матеріали, надані органами, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність, можуть бути прийняті органами розслідування тільки як речові докази (ст. 78 КПК, ст. 154 проекту КПК) або як інші документи (ст. 82 КПК, ст. 157 проекту КПК). Результати оперативно-розшукової діяльності на підставі постанови органу, який її здійснював, можуть бути подані органам розслідування лише в порядку, передбаченому ст. 66 КПК (ст. 133 проекту КПК).

Однак цю норму слід доповнити вказівкою на обов'язок органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, активно діяти в напрямку виявлення та розкриття злочинів.

Проведені в процесі доказування слідчі дії по перевірці цих доказів не змінюють їх процесуальної форми і не витісняють їх із доказування, а мають за мету лише підтвердити чи спростувати відомості, що містяться в речових доказах чи інших документах, за допомогою одержання нових доказів у ході розслідування кримінальної справи.

Гадаємо, що врахування наведених пропозицій щодо змін і доповнень до Закону про ОРД та до проекту КПК не тільки буде здійснено в інтересах оперативно-розшукової, слідчої, прокурорської та судової практики, але в цілому підвищить ефективність кримінального судочинства, забезпечить вирішення одного із його найважливіших завдань — охорону прав і законних інтересів фізичних та юридичних осіб, які беруть у ньому участь.

*Надійшла до редколегії 20.06.01*

*І. Борисенко, кандидат юридичних наук (НЮА України)*

## **Організація та проведення тактичних операцій при розслідуванні вбивств з розчленуванням трупа**

У процесі розслідування виникають складні тактичні завдання щодо встановлення особи загиблого, місця вчинення вбивства і розчленування трупа, виявлення злочинця і знарядь

злочину, вирішити які неможливо шляхом проведення окремих слідчих дій. Для їх виконання потрібен комплекс слідчих, оперативно-розшукових, організаційно-технічних та інших заходів. З огляду на те, що ці завдання виникають в умовах, що повторюються, з'являється можливість типізувати дії слідчого і, залежно від слідчої ситуації визначити відповідний комплекс подібних дій, який у криміналістиці одержав назву тактичної операції.

Незважаючи на окремі розбіжності, в криміналістиці сформульовано поняття тактичної операції, визначено її елементи і розроблено їх класифікації. З нашої точки зору, найбільш повним і правильним, таким, що відображує сутність цієї категорії, слід вважати визначення тактичної операції як комплексу взаємопов'язаних і взаємообумовлених слідчих та інших дій, здійснюваних за єдиним планом<sup>1</sup> з метою реалізації такого тактичного завдання, яке не може бути вирішено шляхом проведення окремих слідчих дій<sup>2</sup>. Проведення тактичної операції повинно передбачатися планом розслідування конкретної кримінальної справи, в якому мають знайти відображення цілі тактичної операції, строки її проведення (в тому числі і строки окремих її етапів, вказівки щодо її учасників), вичерпне коло питань, що підлягають з'ясуванню. Крім цього, для її реалізації заздалегідь планується залучення необхідних сил і засобів. Тактичні операції вимагають ретельної підготовки, глибокого аналізу слідчої ситуації, що склалася, чіткого розподілу обов'язків, додержання послідовності проведення слідчих та інших дій, єдиного керівництва з боку слідчого.

Для перевірки версій і відповідно до типових слідчих ситуацій в кожному конкретному випадку здійснюється найбільш раціональний комплекс дій. Інакше кажучи, кожній з виділених ситуацій властивий певний алгоритм дій слідчого. Тому важливо з урахуванням обсягу наявної інформації про особу розчленованого трупа і особу, що вчинила злочин, виділяти найбільш типові слідчі ситуації, які виникають при розслідуванні цього виду вбивств. До розряду типових можна віднести такі первісні слідчі ситуації:

<sup>1</sup> Див.: Дранкин Л. Я. Особенности информационного поиска в процессе расследования и тактика следствия // Проблемы повышения эффективности предварительного следствия. — Л., 1976. — С. 54.

<sup>2</sup> Див.: Дулов А. В. Тактические операции при расследовании преступлений. — Минск, 1979. — С. 49.

1) не встановлено особу потерпілого і відсутні відомості про підозрюваного;

2) встановлено особу трупа, але відсутні дані щодо підозрюваного;

3) слідчий має у своєму розпорядженні дані про особу, яка вчинила злочин, але відсутня інформація про потерпілого (особу останнього не встановлено).

4) встановлено особу розчленованого трупа і слідчий має у своєму розпорядженні досить повні дані про особу, яка вчинила вбивство.

Розглянемо більш детально найбільш типові слідчі ситуації, можливі в початковій стадії розслідування у справах про вбивства з розчленуванням трупа, які обумовлюють передусім тактику проведення конкретних слідчих та інших дій.

Як уже зазначалося, обмежений обсяг первинної інформації про особу вбитого і злочинця дозволяє відносити *першу* слідчу ситуацію до найбільш складних. У проблемних ситуаціях, до яких, безумовно, належить і досліджувана, розслідування здійснюється при гострому дефіциті інформації щодо багатьох елементів криміналістичної характеристики. Тому в таких випадках доцільними є організація і проведення тактичної операції «Збирання первинної інформації», призначення якої полягає у забезпеченні цілеспрямованої уваги і дій слідчого на збиранні інформації про елементи структури злочину і розробку для досягнення цієї мети оптимальних засобів і умов<sup>1</sup>. У зв'язку з цим видається невиправданою, на наш погляд, назва тактичної операції «Огляд місця події», запропонована С. Лаврухіним<sup>2</sup>. Слід пам'ятати, що тактична операція являє собою комплексне утворення, до якого, крім огляду місця події, входять також дії непроцесуального характеру. Крім цього в назві тієї чи іншої тактичної операції мають бути відображені й завдання, що вирішуються за допомогою її проведення на конкретному етапі розслідування.

<sup>1</sup> Див.: *Логинов Е. А.* Теоретические основы тактических операций и их производство на первоначальном этапе расследования умышленных убийств: Дис. ... канд. юрид. наук. — Волгоград, 1996. — С. 96.

<sup>2</sup> Див.: *Лаврухин С. В.* Выбор тактических операций в типичных ситуациях расследования умышленных убийств // Алгоритмы и организация решения следственных задач. — Иркутск, 1982. — С. 67.

Коли особа загиблого невідома, так само як недостатньо її даних про особу, що вчинила вбивство, аналіз зібраних на місці події відомостей та їх правильна оцінка набувають першорядного значення. У подібній ситуації з усіх елементів криміналістичної характеристики відомі лише спосіб розчленування, спосіб приховування і місце виявлення розчленованих частин трупа, яке, до того ж, як правило, не є місцем злочину. Це обумовлює неясність або мінімальну інформативність утвореної слідової картини. У такій ситуації важливу роль відіграє інформація, одержана при огляді місця події, яка різною мірою свідчить про особу злочинця. Величезного значення тут набуває версійна діяльність слідчого, яка дозволяє цілеспрямовано організувати пошук слідів і доказів, а отже, й обрати найбільш оптимальну тактику дій в слідчій ситуації, що склалася. Будь-які дані, які так чи інакше можуть стосуватися особи злочинця, повинні ретельно фіксуватися й аналізуватися. Маючи у своєму розпорядженні мінімальну інформацію, слідчий повинен деталізувати її з урахуванням кола питань, які треба з'ясувати у справі, намітити, які конкретно дії можна провести для перевірки наявних фактів і одержання нових даних. Тому при вивченні зібраної інформації необхідно намагатися систематизувати її за елементами криміналістичної характеристики. «Кореляційна інформація» слідів<sup>1</sup> дозволяє при наявності у справі відомостей про одні обставини злочину судити про зміст інших, поки що невідомих. А оскільки більшість закономірних зв'язків носить імовірнісний характер, то інформація про ці стереотипи та їх зв'язки має пряме відношення до побудови слідчих версій при плануванні розслідування в проблемній ситуації. Основним елементом (ядром) тактичної операції «Збирання первинної інформації» має бути огляд місця події, що, втім, «не знижує значення інших її елементів, оскільки лише системність усього комплексу дій і заходів забезпечує вирішення проміжного завдання, а потім і кінцевої мети»<sup>2</sup>. Первинна слідча ситуація нерідко може складатися внаслідок проведення одного лише огляду місця події<sup>3</sup>, який може бути про-

<sup>1</sup> Див.: Турчин Д. А. Информация следов преступления // Повышение эффективности расследования преступлений. — Иркутск, 1986. — С. 43.

<sup>2</sup> Дранкин Л. Я. Основы теории следственных ситуаций. — Свердловск., 1987. — С. 141.

<sup>3</sup> Див.: Селиванов Н. А. Типовые версии, следственные ситуации и их значение для расследования // Соц. законность. — 1985. — № 7. — С. 54.

ведено до порушення кримінальної справи. А ситуація може бути визначена як слідча тільки після порушення кримінальної справи. До цього моменту має місце ситуація злочинної події, так звана дослідча ситуація<sup>1</sup>. Проте огляд місця події, що проводиться до порушення кримінальної справи, створює фундаментальну основу для виникнення слідчої ситуації, будучи джерелом формування доказів, її утворюючих. У цьому значенні огляд місця події — універсальна слідча дія, а тому логічно обґрунтованим видається включення його до структури відповідної тактичної операції.

Збирання інформації має проводитися як процесуальними, так і непроцесуальними способами з використанням усіх можливих оперативно—розшукових заходів, а саме: «прочісування» навколишньої місцевості; подвірні обходи; залучення кінолога з службово-розшуковим собакою; консультації з фахівцями (наприклад, моделювання особи злочинця за всіма залишеними на місці події слідами); проведення передекспертного дослідження виявлених частин трупа і речових доказів. За допомогою названої тактичної операції виявляється інформаційна сутність конкретної слідчої ситуації, і тому в цьому аспекті вона є базисом для проведення операції «Встановлення особи невпізаного трупа» та ін.

Свого часу В. Шиканов запропонував тактичний комплекс «Атрибуція трупа» (все про вбитого), який має різний характер, тобто проходить період у декілька етапів розслідування<sup>2</sup>, оскільки не вичерпує себе як тактична операція і після встановлення особи невпізаного трупа (подальше вивчення особи вбитого, перевірка його зв'язків та ін.). Як відомо, тактична операція може бути за обсягом і більш вузькою, виконувати окреме завдання<sup>3</sup>. Комплексний же характер цієї проблемної ситуації обумовлює, на наш погляд, необхідність проведення декількох тактичних операцій, які вирішують окремі (приватні) завдання і загалом спрямовані на досягнення основної

<sup>1</sup> Див.: Зеленецький В. С. Доследственные ситуации в системе уголовного процесса // Повышение эффективности расследования преступлений. — Иркутск., 1986. — С. 132.

<sup>2</sup> Див.: Дранкин Л. Я. Особенности информационного поиска в процессе расследования и тактика следствия. — С. 54.

<sup>3</sup> Див.: Коновалова В. Е. Организация расследования хищений государственного и общественного имущества. — Х., 1984. — С. 35.

мети — встановити особу розчленованого трупа. До їх числа слід відносити тактичну операцію *«Пошук відсутніх частин трупа»*, а згодом і *«Ідентифікація особи невпізаного трупа»*.

Тактична операція *«Встановлення особи невпізаного трупа»* також є характерною для вирішення першої слідчої ситуації. Специфіка планування в цій ситуації полягає в тому, що всі слідчі дії і оперативно-розшукові заходи спрямовані на встановлення особи загиблого і виконуються за окремим планом названої тактичної операції, після проведення якої може бути складено загальний план розслідування. При її проведенні плануються організація і виконання таких процесуальних дій, організаційно-перевірочних та оперативно-розшукових заходів: огляд місця події і частин трупа; огляд одягу трупа і пакувального матеріалу; допит свідків; призначення і проведення судово-медичної експертизи, а в разі необхідності — й інших судових експертиз; пред'явлення частин трупа для впізнання; «туалет» (а в разі необхідності — реставрація голови загиблого); складання карти невпізаного трупа; дактилоскопіювання трупа; фотозйомка його за правилами впізнавальної зйомки і виготовлення фотопортрета; використання службово-розшукового собаки; подвірно-поквартирний обхід у районі виявлення частин трупа або в місцях, де загиблий відпочивав, проживав, працював; виявлення осіб, що зникли в районі виявлення трупа і сусідніх регіонах; перевірка особи загиблого за криміналістичними обліками; зіставлення фотознімків невпізаного трупа з фотографіями в «оперативних фотоальбомах»; підготовка і розсилка орієнтувань і фотографій невпізаного трупа в районні, міські та обласні відділи МВС України; організація пошукових заходів з метою встановлення особи вбитого в громадському транспорті, домоуправліннях, житлово-комунальних конторах. Ця ситуація може бути поділена на підвиди: а) *бракує наявних орієнтуючих даних для встановлення особи трупа*; б) *особа загиблого невідома, але є певні ідентифікаційні ознаки: особливі прикмети, папілярні візерунки, додатні для ідентифікації, тощо*.

Слід підкреслити, що інформаційний рівень, який дозволяє встановити особу невпізаного трупа, повністю залежить від того, які частини трупа виявлено і наскільки ретельно проводилося їх експертне дослідження. Слідчій практиці відомі випадки, коли навіть за мінімальним обсягом інформації

(досліджувалася лише гомілковостопна частина ноги) за робочою гіпертрофією кісткової тканини судово-медичний експерт висловив припущення, що загиблою є балерина, що й підтвердилося в ході подальшого розслідування<sup>1</sup>.

При відсутності орієнтуючих даних щодо особи розчленованого трупа (коли навіть експертним дослідженням розчленованих частин не виявлено ознак, що дозволяють ідентифікувати загиблого) важливо організувати цілеспрямований пошук відсутніх частин трупа з охопленням якнайбільшої території, прилеглої до місця, де їх було виявлено (тактична операція «Пошук відсутніх частин трупа»). Паралельно з роботою по перевірці можливих версій про вбитого мають вживатися заходи і до встановлення вбивці, зокрема, потрібно намітити заходи щодо виявлення свідків із числа місцевих жителів, які бачили людей з валізами, пакунками, схожими з тими, в яких було виявлено розчленовані частини.

При виявленні окремих частин трупа шляхом запитів до органів внутрішніх справ з'ясовується, чи не виявлено там частини невпізаного розчленованого трупа. Подібні запити повинні розсилатися не тільки у райони і області, а й у сусідні регіони країни, з обов'язковим зазначенням, які саме частини були виявлено, часу і місця їх виявлення, приблизного часу і способу розчленування. Одночасно провадяться слідчі дії та оперативно-розшукові заходи щодо виявлення осіб, які зникли безвісти, але ще не були взяті на відповідний облік. Зокрема з'ясовується, чи мали місце випадки невиходу на роботу, нез'явлення на навчання, відпочинок, лікування, у відрядження. Виявляються факти незатребуваного багажу з камер схову або пошти до запитання на вокзалах і в поштових відділеннях. Ці дані збираються у готелях, будинках відпочинку, медичних, навчальних та інших установах, у приватних осіб.

При виявленні кожної нової частини трупа проводиться огляд місця події і частини трупа, після чого вона передається до судово-медичної установи для дослідження і консервації до виявлення інших частин або ж (якщо раніше були виявлені відсутні частини трупа) для ідентифікації особи. Специфічним завданням тут є інтеграція ознак, що характеризують просторово роз'єднані частини трупа і передбачають проведення

<sup>1</sup> Див.: Следственная практика. — М., 1974. — С. 27–38.



судово-медичної експертизи для встановлення, чи належать виявлені частини до одного трупа<sup>1</sup>, а в необхідних випадках (зокрема при повному розчленуванні) — використання можливостей генотипоскопії (ідентифікації за молекулами ДНК). Якщо достовірно встановлено, що виявлені частини трупа є частинами однієї людини, а за кожним окремим фактом їх виявлення порушувалися кримінальні справи, то після цього вони об'єднуються в одне провадження. Залежно від специфіки місця виявлення розчленованих частин, способів приховування (зокрема особливостей транспортування) та інших обставин може виникнути необхідність у проведенні тактичної операції «Встановлення місця вчинення вбивства і розчленування трупа».

Важливою криміналістичною особливістю таких убивств є те, що у більшості випадків місце виявлення розчленованих частин не є місцем вчинення злочину (81%), а найбільш вірогідним місцем убивства і розчленування трупа є, як правило, жила приміщення злочинця. Встановленню місця вчинення вбивства може сприяти виявлення розчленованих частин трупа в різних місцях (за умови, що частини трупа є частинами однієї людини). Необхідно з'ясувати, як частини трупа потрапили до місць їх виявлення. З цією метою в плані розслідування при проведенні названої тактичної операції важливо передбачити вивчення транспортних комунікацій, маршрутів, розкладів і графіків руху міського і залізничного транспорту. Тому після встановлення, що частини трупа належать одній людині, важливого значення у визначенні можливого місця проживання невідомого злочинця набуває аналітична робота. Наприклад, при розслідуванні вбивства М. слідчо-оперативна група ретельно вивчала, чи не було якоїсь закономірності в тому, що злочинець відвозив і залишав частини розчленованого трупа в тих місцях, де вони були виявлені. Ретельно аналізувались територіальне співвідношення і тимчасові інтервали між місцями виявлення частин трупа, а також використані при цьому прийоми і знаряддя. Визначивши точку перетину маршрутів міського транспорту, що проходила через місця виявлення розчленованих частин трупа, була висунута версія про те, що злочинець проживає безпосеред-

<sup>1</sup> Див.: Селиванов Н. А., Соя-Серко Л. А. Убийство: как его раскрыть. — М., 1994. — С. 132.

ньо близько від цієї зупинки (місця перетину маршрутів), що згодом і підтвердилося<sup>1</sup>. Аналізуючи справу К. (Одеса, 1985–1989 рр.), який вбивав і розчленовував на своїй квартирі жінок, які вели паразитичний спосіб життя, Ю. Алєнін справедливо відзначає, що своєчасне проведення аналітичної роботи з визначення місця проживання вбивці і можливого місця розчленування жертв значно прискорило б процес розкриття деяких серійних убивств, учинених цим злочинцем<sup>2</sup>.

Легко помітити, що в подібній ситуації домінуючого характеру набуває саме пошукова діяльність, спрямована на заповнення інформаційних прогалів, а основним завданням слідчого на цьому етапі є збирання інформації про особу невпізнаного трупа, яка дозволить згодом ідентифікувати загиблого. Якщо при успішній реалізації цієї тактичної операції було одержано дані щодо особи загиблого, то подальше планування розслідування передбачає виконання комплексу дій, спрямованих на її ідентифікацію.

Важливі відомості, що дозволяють встановити особу вбитого, можуть бути одержані при проведенні судових, насамперед судово-медичної, експертиз. Поряд з цим проводяться: дактилоскопування з метою перевірки за криміналістичними обліками попередніх судимостей; складання карти невпізнаного трупа з метою зіставлення її з картами осіб, що зникли безвісти; пред'явлення частин тіла для впізнання особам, що заявили про зникнення рідних або близьких. Якщо шляхом проведення перелічених заходів з різноманітних причин (наприклад, потерпілий може не перебувати на криміналістичних обліках, так само як може бути відсутня і заява про зникнення особи, тощо) особу загиблого не встановлено, важливого значення набуває звернення органів слідства до громадськості через засоби масової інформації, що значно збільшує потенційні можливості слідства. За їх допомогою передається прохання сприяти у встановленні особи загиблого зі словесним описом або шляхом демонстрації зображення загиблого (після відповідного «туалету» або реставрації) у місцевих телепрограмах.

<sup>1</sup> Див.: *Кежоян А.* Идентификация при раскрытии убийств с расчлененным трупом // Соц. законность. – 1970. – № 2. – С. 66.

<sup>2</sup> Див.: *Алєнін Ю. П.* Теоретические и практические основы раскрытия и расследования очагов преступления: Дис. ... д-ра юрид. наук. – Одесса, 1996. – С. 346.

У другій слідчій ситуації хід розслідування стає більш ясним, оскільки особу загиблого встановлено. Основним напрямом розслідування тут стає одержання даних щодо злочинця. Алгоритм вирішення цієї ситуації (після огляду місця події) такий: огляд квартири вбитого — допити свідків — огляд місця, де загиблого останнім часом бачили живим виявлені свідки — вилучення і огляд документів, пов'язаних з його особою. Коли має місце дана ситуація, то ключем до встановлення особи злочинця є дослідження обставин, пов'язаних з особою потерпілого. Це, в свою чергу, передбачає необхідність встановлення:

- соціально-демографічної, правової та етично-психологічної характеристик, фізичних особливостей і можливостей, стану здоров'я;

- способу життя, намірів, планів, інтересів, захоплень, обставин їх реалізації, поведінки в службовій, побутовій та іншій обстановці, стосунків з оточуючими;

- кола зв'язків, знайомств і осіб, з якими загиблий підтримував або встановлював тимчасові контакти, характеристик цих осіб.

При вивченні поведінки в побуті з'ясовуються: взаємостосунки між потерпілим і членами його сім'ї, друзями, родичами, сусідами, іншими знайомими і незнайомими людьми, поведінка вдома, на вулиці, в різних життєвих ситуаціях, в стані алкогольного сп'яніння. Нерідко можливість для побудови обґрунтованих версій про особу злочинця дає з'ясування істотних, неординарних подій соціально-побутового характеру в житті потерпілого і його зв'язків, що передували його вбивству (факти подружньої невірності, розлучення, одержання спадщини, наявність великих грошових сум тощо). При дослідженні поведінки у сфері професійної діяльності необхідно з'ясувати: стосунки з колегами, підлеглими і начальством, коло обов'язків загиблого, чи мали місце конфлікти з товаришами по службі, в чому вони виражалися і як розв'язувалися. При дослідженні зв'язків і взаємостосунків загиблого може здійснюватися тактична операція «Перевірка зв'язків потерпілого». Змістом подібного комплексу охоплюються дії зі збирання інформації про особу загиблого: опити і допити родичів, знайомих, колег по роботі, сусідів. Внаслідок проведення цих дій частіше за все можуть бути одержані дані, що вказу-

ють на злочинця, а це, в свою чергу, дозволяє організувати тактичні операції класу «Викриття злочинця», «Докази поведінки» та ін.

У третій слідчій ситуації заходи, що плануються слідчим, підпорядковані завданню встановлення особи вбитого. Для цієї ситуації характерним є поділ, залежно від того, чи затримано злочинця, або ж останній переховується від слідства. Встановлення особи загиблого має істотне значення для з'ясування мотивів злочину, цілей та інших обставин скоєного. Якщо злочинець затриманий, а особу потерпілого не встановлено, то у більшості випадків це пояснюється відсутністю між ними тривалих взаємозв'язків (як правило, вони не були знайомі). Виникає дана ситуація і внаслідок одержання при огляді місця події конкретних відомостей щодо особи злочинця (показання свідків, речові докази та ін.). Так, при огляді лежа трупа було виявлено шмаття газети і частини телеграми з ініціалами злочинця.

Перевірка версій щодо загиблого проводиться за допомогою системи слідчих та оперативно-розшукових дій, аналогічної описаній нами при розгляді діяльності з перевірки версій, що впливають із першої слідчої ситуації. В цілому ж для цієї ситуації характерний комплексний алгоритм заходів, спрямованих на встановлення особи невпізаного трупа.

У рамках четвертої слідчої ситуації можливий більш дрібний поділ з виділенням таких ситуативних варіантів: а) злочинця затримано після вчинення злочину; б) злочинець переховується від слідства. Залежно від цього може видозмінюватися і алгоритм дій слідчого. У криміналістичній літературі подібні ситуації називають простими, оскільки, на відміну від розглянутих вище, для них характерна наявність інформації як про потерпілого, так і про особу, що вчинила вбивство. Вони виникають тоді, коли злочинця затримано на місці злочину; якщо на нього вказують свідки-очевидці або особи, яким він повідомив про скоєне; при явці з повинною. Діяльність слідчого в цій ситуації зводиться до збирання, закріплення доказів і перевірки причетності затриманого до розслідуваного вбивства. Але слідчий не повинен допускати спрощеного підходу, навіть якщо злочинця затримано безпосередньо після вчинення вбивства. При видимій простоті ця ситуація характеризується великим обсягом і трудомісткістю слідчих та

інших дій слідчого, спрямованих на виявлення злочинної діяльності в повному обсязі. Завдання слідчого — пошук доказів шляхом проведення огляду місця події, подвірньо-поквартирних обходів, допиту свідків, огляду і допиту підозрюваного. Зусилля слідчого при цьому спрямовані на збирання доказів про причетність особи до вчиненого вбивства. Якщо наявних доказів недостатньо, то дії слідчого спрямовані на пошук нових доказів, зокрема проводяться повторні огляди і обшуки, розширюється коло і пошук обізнаних осіб, проводяться їх допити.

Коли злочинець переховується, то основне завдання слідства — встановити місце його перебування і вжити заходів щодо його виявлення і затримання. У плані розслідування намічаються заходи щодо його розшуку, об'єднані тактичною операцією «Пошук злочинця». У разі обізнаності слідчого про місце вірогідного перебування злочинця доцільно запланувати проведення тактичної операції «Затримання злочинця» за схемою: затримання — особистий обшук — огляд — обшук за місцем проживання — огляд вилучених предметів — призначення необхідних експертиз. Як показує практика, корисно скласти декілька варіантів плану затримання з урахуванням можливих змін обстановки і дій злочинця, що дозволяє звести до мінімуму ризик зриву операції. При затриманні проводиться освідування злочинця (особливу увагу слід звернути на сліди крові і сліди боротьби або опору). Якщо є свідки, які бачили злочинця біля місць виявлення частин трупа, то він пред'являється цим особам для впізнання. У його квартирі проводиться обшук, за результатами якого можуть бути призначені різні експертизи. Показання підозрюваного про місце залишення ним частин трупа, маршрути пересування, обставини вчинення вбивства і розчленування детально фіксуються в процесі допиту і досліджуються шляхом перевірки показань на місці. Версії, що перевіряються в цій ситуації, в основному стосуються конкретних обставин справи і кола винних осіб.

Розглянуті тактичні операції розробляються і проводяться для перевірки висунутих версій з метою вирішення локально самостійного завдання — з урахуванням відомих елементів криміналістичної характеристики цього виду вбивств встановити ті, які невідомі в ситуації, що склалася. У цьому проявляється обумовленість тактичних операцій елементами кримі-

налістичної характеристики і слідчими ситуаціями. Характеристики зазначених алгоритмів дій слідчого є найкращими у певних слідчих ситуаціях, проте не вичерпують усіх численних варіацій, які можуть виникнути на практиці. Наведений нами типовий перелік тактичних операцій залежно від слідчих ситуацій, які складаються в процесі розслідування розглядуваних убивств, може зазнавати певних змін, що стосуються, як правило, черговості (послідовності) проведення названих слідчих дій та оперативно-розшукових заходів, включених у відповідну тактичну операцію. Розглянуті тактичні операції являють собою оптимальну сукупність заходів, коригування яких в кожному конкретному випадку дозволить успішно використати їх при розслідуванні вбивств із розчленуванням трупа.

*Надійшла до редколегії 10.03.01*

# НА ПОЧАТКУ ТВОРЧОГО ШЛЯХУ

---

*В. Кичун*, асистент (НЮА України)

## **Взаємовідносини між органами влади України та Автономної Республіки Крим у фінансово- економічній сфері**

Історично склалося так, що Україна завжди мала досить тісні економічні зв'язки з Кримом. І навіть передача тоді ще Кримської області зі складу Російської Федерації до складу УРСР у 1954 р. була обумовлена насамперед економічними причинами. Річ у тім, що з посиленням жорстко централізованої адміністративної системи в колишньому СРСР традиційні багатівікові економічні зв'язки України з Кримом почали поступово згортатися, що негативно позначалося на соціально-економічному розвитку і Криму, і України.

Аналізуючи причини передачі Кримської області до складу УРСР, А. Свідзинський стверджує, що «це був єдиний спосіб вирішення кримської проблеми в умовах, що склалися», і що «Крим може успішно розвиватися лише у складі України», яка надала йому «воду, електроенергію, паливо, будматеріали, метал тощо»<sup>1</sup>.

Крім того, на нашу думку, досить високий відсоток тих, хто підтримав у Криму 1 грудня 1991 р. під час всеукраїнського референдуму створення незалежної Української держави, також значною мірою був обумовлений впевненістю у можливість економічного зростання автономії саме у складі України.

Необхідність економічної співпраці України та Автономної Республіки Крим (АРК) як її невід'ємної складової частини значною мірою зумовили демократизацію сучасного конституційно-правового регулювання територіального устрою

---

<sup>1</sup> *Свідзинський А.* Крим в общеукраинском и европейском контексте // Наша Республика. — 1993. — № 17. — 30 апр. — С. 11.

України, який зокрема ґрунтується на засадах єдності та цілісності державної території, поєднання централізації і децентралізації у здійсненні державної влади, збалансованості та соціально-економічного розвитку регіонів, з урахуванням їх історичних, економічних, екологічних, географічних і демографічних особливостей, етнічних і культурних традицій (ст. 132 Конституції України).

Основний Закон України (ст. 137) також встановив коло питань, з яких АРК здійснює нормативне регулювання. Сім із дев'яти пунктів цього переліку прямо чи опосередковано стосуються економічного розвитку АРК. Зокрема до її відання Конституція України (ст. 138) віднесла поряд з іншими такі питання: управління майном, що належить АРК; розроблення, затвердження та виконання бюджету АРК на основі єдиної податкової та бюджетної політики України; розроблення, затвердження та реалізація програм АРК з питань соціально-економічного та культурного розвитку, раціонального природокористування, охорони довкілля відповідно до загальнодержавних програм. Аналіз цих положень переконує, що можливості АРК у сфері розвитку економіки та фінансів є обмеженими і можуть здійснюватися лише на основі загальнодержавного українського законодавства, постійної взаємодії та узгодження рішень і діяльності органів АРК з органами державної влади України.

Більш широко предмети відання АРК подаються у Конституції АРК. Так, у пп.11 п.1 ст.18 Конституції АРК віднесено до відання АРК «відповідно до Конституції України, законів України визначення структури і пріоритетних напрямків розвитку економіки Автономної Республіки Крим, визначення напрямків і пріоритетів інвестиційної діяльності, надання пільг інвесторам, включаючи іноземних, вирішення інших питань інвестиційної діяльності; визначення пріоритетних напрямків і забезпечення розвитку науки і техніки; створення і забезпечення функціонування вільних економічних зон, ліцензування і квотування експорту продукції, виробленої в Автономній Республіці Крим; здійснення зовнішньоекономічної діяльності, здійснення господарської діяльності в межах виключної (морської) економічної зони, за узгодженням із Кабінетом Міністрів України участь у регулюванні мита і податків на імпортовані товари, які завозяться в Автономну Республі-



ку Крим, з метою захисту власного товаровиробника і власного ринку».

Не викликає жодних сумнівів твердження про те, що визначальним для розвитку економіки є питання власності. Відповідно до ст. 31 Закону України «Про власність» до державної власності в Україні належать загальнодержавна і комунальна власність. До останньої віднесено власність адміністративно-територіальних одиниць. Однак власність АРК не може бути віднесена ні до загальнодержавної, ні до комунальної власності. По-перше, власність АРК у жодному законодавчому акті не називається і не прирівнюється до комунальної. По-друге, відповідно до ст. 32 Закону України «Про власність» суб'єктом права загальнодержавної власності визнається держава в особі Верховної Ради України, а суб'єктами права комунальної власності — адміністративно-територіальні одиниці в особі обласних, районних, міських, селищних, сільських рад. По-третє, і ч. 2 ст. 32 Закону «Про власність», і ст. 4 Земельного кодексу України сформульовані таким чином, що фактично визнають існування особливої форми власності, яка не збігається ні з загальнодержавною, ні з комунальною. І, нарешті, найголовніший, четвертий аргумент полягає в тому, що в п. 3 ст. 138 Конституції України йдеться про управління майном, що належить АРК, тобто не називаючи це майно специфічним видом чи формою власності, законодавець практично визнав це. Таке ж саме положення знайшло своє закріплення і в Конституції АРК (пп. 10 п. 1 ст. 18). Крім того, за Верховною Радою АРК закріплено й право визначати порядок управління майном, яке належить АРК.

Отже, слід визнати, що існує власність АРК, яка не є загальнодержавною власністю і не може бути віднесена до комунальної. При цьому треба зазначити, що віднесення комунальної власності до одного з видів державної суперечить Конституції України. По-перше, у ст. 7 Конституції визнається і гарантується місцеве самоврядування. Це означає, що існує повністю самостійна і автономна система органів, яка не збігається з державними органами і вирішує питання місцевого значення без втручання останніх. По-друге, у статтях 49 та 53 Конституції чітко розрізняються державні та комунальні заклади, а відтак, фактично визнається існування державної та комунальної власності, які не є тотожними і не збігаються між

собою. А з огляду на специфічний правовий статус АРК, на наш погляд, слід законодавчо закріпити, крім двох зазначених видів власності, також власність АРК.

Досліджуючи взаємовідносини України та АРК в економічній сфері, важливо проаналізувати питання створення вільних економічних зон. Згідно з пп. 11 п. 1 ст. 18 Конституції АРК «створення і забезпечення функціонування вільних економічних зон» віднесено до відання АРК, але з істотним зауваженням — це має здійснюватися «відповідно до Конституції України, законів України». Проте остання вказівка, можливо, стосується лише тієї частини цього пункту, яка відокремлена від інших крапкою з комою. Але в будь-якому випадку, виходячи з визначальних принципів статусу АРК, слід порівняти наведене положення з відповідними положеннями українського законодавства.

Зокрема, відповідно до п. 8 ч. 2 ст. 92 Конституції України виключно законами України встановлюється порядок утворення і функціонування вільних та інших спеціальних зон, що мають економічний чи міграційний режим, відмінний від загального. Порядок створення вільних економічних зон встановлено Законом України від 13 жовтня 1992 р. «Про загальні засади створення і функціонування спеціальних (вільних) економічних зон» У ст. 2 цього Закону передбачається, що «статус і територія спеціальної (вільної) економічної зони, а також строк, на який вона створюється, визначаються Верховною Радою України шляхом прийняття окремого закону для кожної спеціальної (вільної) економічної зони». Отже, для створення будь-якої вільної економічної зони має бути ухвалено щоразу окремий закон. Прийняття законів є прерогативою парламенту України і тому положення пп. 11 п. 1 ст. 18 Конституції АРК суперечить українському законодавству.

В Законі «Про загальні засади створення і функціонування спеціальних (вільних) економічних зон» було зроблено спробу врахувати специфіку АРК і навіть зазначалося, що «загальні засади створення і функціонування спеціальних (вільних) економічних зон у Республіці Крим визначаються згідно із Законом України «Про розмежування повноважень між органами державної влади України і Республіки Крим». Але ні зазначений Закон України, ні Закон України від 17 березня 1995 р. «Про Автономну Республіку Крим» не встановили такі

загальні засади. Вони просто віднесли «створення і функціонування вільних економічних зон» до відання АРК, але знову ж таки із зауваженням «відповідно до законодавства України». Тобто, якщо загальний порядок створення вільних економічних зон (порядок ініціювання, строки розгляду та затвердження тощо) було встановлено Законом України від 13 жовтня 1992 р., то порядок створення вільних економічних зон в АРК залишився невизначеним.

Практика пішла загальним порядком. Наприклад, вільна економічна зона «Сиваш» була створена шляхом ухвалення 23 лютого 1996 р. Законом України «Про деякі питання валютного регулювання та оподаткування суб'єктів експериментальної економічної зони «Сиваш». 21 грудня 2000 р. Верховна Рада України ухвалила Закон України «Про спеціальний режим інвестиційної діяльності на територіях пріоритетного розвитку та спеціальну економічну зону «Порт Крим» в Автономній Республіці Крим».

Як бачимо, Конституція АРК містить посилання на законодавство України. Відповідний Закон України посилається на Закон України «Про розмежування повноважень між органами державної влади України і Республіки Крим», який вже не діє і роль якого на сучасному етапі виконує Конституція АРК. А Закон України «Про Автономну Республіку Крим», який на сьогодні є чинним в тій частині, що не суперечить Конституції АРК і діє нарівні з нею, в свою чергу, відносячи до відання АРК створення і функціонування вільних економічних зон, також посилається на законодавство України.

Отже, виникає замкнуте коло, яке складається з відсильних (або, як їх називає П. Рабінович, «посилкових»<sup>1</sup>) правових норм. Вважаємо, що особливості порядку створення вільних економічних зон в АРК мають бути враховані в Законі «Про загальні засади створення і функціонування спеціальних (вільних) економічних зон», до якого слід внести відповідні зміни.

Конституція АРК також більш розгорнуто, ніж Конституція України, закріплює повноваження відповідних органів влади АРК у сфері економіки та фінансів. Так, за Верховною Радою АРК визнаються такі повноваження: визначення по-

<sup>1</sup> Див.: Рабінович П. М. Основи загальної теорії права та держави. Посібник. – Бородянка, 1993. – С. 82.

рядку управління майном, яке належить АРК; визначення порядку управління майном, яке знаходиться на балансі Верховної Ради АРК; визначення переліку майна АРК, яке підлягає і яке не підлягає приватизації; затвердження бюджету АРК і внесення змін до нього, контроль за його виконанням, прийняття рішення щодо звіту про його виконання; утворення Рахункової палати Верховної Ради АРК для здійснення контролю від імені Верховної Ради АРК за використанням коштів бюджету АРК органами виконавчої влади; призначення на посаду і звільнення з посади голови Рахункової палати Верховної Ради АРК за поданням Голови Верховної Ради АРК; встановлення податків і пільг щодо оподатковування згідно з законами України; за пропозицією Ради міністрів АРК прийняття рішень про випуск місцевих позик; за пропозицією Ради міністрів АРК визначення порядку утворення цільових (у тому числі валютних) фондів; затвердження положень про ці фонди; контроль за використанням коштів зазначених фондів; затвердження звітів про використання цих фондів; за поданням Ради міністрів АРК затвердження програм АРК з питань соціально-економічного і культурного розвитку; раціонального природокористування, охорони навколишнього природного середовища відповідно до загальнодержавних програм, внесення змін до них і контроль за їх виконанням, а також участь у формуванні основних принципів внутрішньополітичної, зовнішньоекономічної і зовнішньополітичної діяльності України з питань, що стосуються інтересів АРК».

Однак на практиці здійснення зазначених повноважень є досить проблематичним, передусім з огляду на те, що вони сформульовані не досить чітко і недостатньо визначено. Наприклад, не зовсім зрозуміло, яким чином Верховна Рада АРК може брати участь у формуванні основних принципів зовнішньоекономічної діяльності з питань, що стосуються інтересів АРК, адже згідно з п. 9 ч. 1 ст. 92 Конституції України «засади зовнішньоекономічної діяльності» (у цьому контексті термін «засади» використовується як тотожний поняттю «принципи») визначаються виключно законами України. Якихось особливих механізмів чи специфічних форм впливу на процес підготовки та прийняття законів у парламенті України з боку представницького органу АРК чинне законодавство не передбачає. Тому в цьому разі, так само як і у будь-якому іншому,

Верховна Рада АРК може розробити відповідний законопроект чи пропозиції до законопроекту, який розроблено і уже внесено до парламенту, або проект змін до чинного Закону України.

Проте, як уже зазначалося, офіційно внести до українського парламенту такий проект чи пропозиції вона не має права. Це може зробити лише один із суб'єктів законодавчої ініціативи, перелік яких наводиться у ст. 93 Конституції України. Отже, жодних нових чи додаткових можливостей це повноваження у собі не містить, а відтак ніяких прав не надає, а лише повторює очевидні теоретичні аксіоми. А от з точки зору юридичної техніки це положення лише перевантажує Конституцію АРК і створює певні ілюзії серед політичної еліти та електорату АРК.

Окремого аналізу потребує таке повноваження Верховної Ради АРК як «встановлення податків і пільг щодо оподаткування відповідно до законів України» (пп. 8 п. 2 ст. 26 Конституції АРК). Це положення, особливо його перша частина, прямо суперечить Основному Закону України. Слід звернути увагу на особливості юридичної техніки, що застосовувалася законодавцем при формулюванні ч. 1 ст. 67 Конституції України, з якої випливає, що порядок сплати податків і їх розміри можуть бути встановлені лише законом. Сплата податків визнається одним із основних обов'язків особи. А згідно з п. 1 ч. 1 ст. 92 Конституції України «основні обов'язки громадянина» визначаються виключно законами України. У п. 1 ч. 2 ст. 92 Конституції України також закріплено положення, згідно з яким «система оподаткування, податки і збори» встановлюються виключно законами України.

Оскільки відповідно до Конституції України (ст. 75) право приймати закони належить виключно Верховній Раді України як єдиному органу законодавчої влади в державі, Верховна Рада АРК таких функцій не виконує. Тому її право встановлювати податки на практиці є нереальним. Більше того, приймаючи у лютому 1998 р. Закон України «Про Верховну Раду АРК», українські законодавці знехтували положеннями Конституції України і тим самим фактично спричинили внесення до нової Конституції АРК положення, яке надає право її Верховній Раді встановлювати податки, що прямо суперечить Основному Закону України.

Стосовно ж права встановлювати пільги щодо оподаткування слід зазначити, що це можливо лише у межах сум, які відповідно до законів про оподаткування надходять до бюджету АРК.

У цілому взаємовідносини України та АРК у фінансово-економічній сфері ускладнюються тим, що:

- не визначено роль АРК у створенні вільних економічних зон;
- всупереч Основному Закону України в Конституції АРК визнаються право АРК брати участь у формуванні засад зовнішньополітичної діяльності, право встановлювати податки тощо;
- істотними є термінологічні відмінності між Конституцією АРК та чинним українським законодавством;
- у жодному законодавчому акті не закріплено існування власності АРК нарівні з державною, комунальною, колективною та приватною;
- текст Конституції АРК істотно перевантажений відсиловними нормами, які ускладнюють ефективну співпрацю України та Криму в усіх сферах суспільного життя.

В цілому аналіз Конституції України та Конституції АРК, а також чинного українського законодавства дозволяє зробити висновок, що останнє фактично створює серед широкого загалу АРК певні ілюзії та породжує надмірні сподівання щодо реальних можливостей АРК в економіці та бюджетно-фінансовій сфері. Це переконує, що можливості АРК у сфері розвитку економіки та фінансів є обмеженими і можуть здійснюватися лише на основі загальнодержавного українського законодавства, постійної взаємодії та узгодження рішень і діяльності органів АРК з органами державної влади України.

*Надійшла до редколегії 10.07.01*

*О. Бринцев, асистент (НЮА України)*

## **До питання про систему універсальних способів захисту прав у сфері підприємництва**

Способи захисту прав традиційно визначаються як передбачені законом заходи, за допомогою яких може бути досяг-

нуто припинення, запобігання, усунення порушень права, його відновлення та (або) компенсації збитків, завданих порушенням права<sup>1</sup>. На наш погляд, вельми цікавим і значущим є питання про систему способів захисту прав у сфері підприємництва, визначену чинним законодавством України, та перспективи її розвитку. Аналізуючи правові норми, що регламентують способи захисту прав суб'єктів у сфері підприємництва, спостерігаємо таке.

У підсистемі приватного права найбільшу питому вагу має цивільне право. Але, крім нього, до цієї підсистеми входять й інші галузі, підгалузі права, інститути та окремі норми інших галузей права. Аналізуючи ст. 6 чинного ЦК України («Захист цивільних прав») з урахуванням ст. 2 ЦК, яка встановлює, що Кодекс не застосовується до відносин, заснованих на адміністративному підпорядкуванні однієї сторони іншій, а також до податкових та бюджетних відносин, робимо висновок, що визначені в ЦК способи захисту прав можуть бути застосовані лише для захисту цивільних прав. Це означає, що підстави для застосування встановлених у ЦК способів відсутні стосовно правовідносин, які впливають із приватноправових моментів земельного, екологічного, сімейного, трудового та інших галузей права. Це відмічала свого часу і Т. Абова<sup>2</sup>. Способи захисту права в цих галузях права визначаються окремими спеціальними нормативними актами.

Отже, в підсистемі приватного права способи захисту права поділяються на галузеві — способи цивільного, сімейного, трудового, земельного та інших галузей права.

Цивільно-правові способи захисту права поділяються на універсальні, які можуть бути застосовані для захисту будь-якого цивільного права, та спеціальні, призначені для захисту певних цивільних прав. Завдяки цьому в літературі цю категорію способів іноді так і називають: «способи захисту певних цивільних прав»<sup>3</sup>. Перші визначені в ст. 6 ЦК України,

<sup>1</sup> Див.: Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: Общие положения. — М., 1997. — С. 628.

<sup>2</sup> Див.: Абова Т.Е. Охрана хозяйственных прав предприятий. — М., 1975. — С. 119.

<sup>3</sup> Див.: Брагинский М. И., Витрянский В. В. Вказ. праця. — С. 629; Братусь С. Н. Юридическая ответственность и законность. — М., 1976. — С. 71.

другі — в інших нормах ЦК<sup>1</sup> та нормативних актах цивільного законодавства, в тому числі тих, що регулюють підприємницьку діяльність. До останніх, зокрема, належать: виключення учасника з товариства з обмеженою відповідальністю (ст. 64 Закону України від 19 січня 1991 р. «Про господарські товариства»), застосування спеціального законодавства, яке діяло на момент реєстрації інвестицій, замість того, що змінило умови їх захисту (ст. 9 Закону України від 13 березня 1992 р. «Про іноземні інвестиції»), застосування гарантій захисту інвестицій, які були передбачені на момент здійснення інвестицій, замість змінених (ст. 8 Закону України від 13 березня 1996 р. «Про режим іноземного інвестування»), визнання факту недобросовісної конкуренції, припинення недобросовісної конкуренції, офіційне спростування за рахунок порушника поширених ним неправдивих, неточних або неповних відомостей, накладення штрафів, вилучення товарів із неправомірно використаним позначенням та копій виробів іншого господарюючого суб'єкта (підприємця), (ст. 30 Закону України від 18 лютого 1992 р. «Про обмеження монополізму та недопущення недобросовісної конкуренції у підприємницькій діяльності») та ін.

З огляду на ідеали правової держави, до яких слід прагнути, а саме — одноманітність правового регулювання всіх споріднених правовідносин, вважаємо негативним чинником відсутність спільних для окремих, але споріднених галузей загальних універсальних способів захисту. Тому ми підтримуємо позицію розробників проекту Цивільного кодексу України, які поширили сферу його дії (а разом і можливість застосування способів захисту права) на всі майнові та особисті немайнові відносини, засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників, не засто-

<sup>1</sup> Див., напр., ст. 231 ЦК: покупець вправі вимагати передачі не отриманої ним речі за договором купівлі-продажу; ст. 248 ЦК — в разі отримання продукції, яка не відповідає вимогам якості — усунення недоліків постачальником; або отримує право самостійного усунення недоліків за рахунок постачальника; право приймання продукції за меншими цінами; право відмови від прийняття та оплати продукції; ст. 344 ЦК — замовник у договорі підяду в певних випадках вправі застосувати такі способи захисту своїх порушених прав: вимагати безоплатного виправлення зазначених недоліків у відповідний строк або відшкодування понесених замовником відповідних витрат, розірвання договору з відшкодуванням збитків.



совуючи обмежень щодо належності правовідносин до іншої певної галузі права, зробивши таким чином ЦК Кодексом приватного права, а універсальні способи захисту — універсальними способами захисту приватних прав. Об'єднання їх в одну категорію є доцільним і благотворно вплине на можливості та якість захисту порушених приватних прав.

Сьогодні в Україні не існує єдиного нормативного акта, який би регламентував питання способів захисту прав у «вертикальних», тобто публічно-правових, відносинах. Ідею створення Публічного кодексу — нормативного акта, покликаного закладати підвалини публічних відносин, висуває Є. Харитонов<sup>1</sup>. На наш погляд, цей кодекс мав би містити і перелік способів захисту права у публічно-правових відносинах. Аналізуючи відповідне нормативно-правове поле, доходимо висновку про існування в загальній сукупності способів захисту права в публічно-правових відносинах окремої групи способів захисту прав приватних осіб і способів захисту прав держави.

До способів захисту прав приватних осіб належать: визнання недійсним акта ненормативного характеру; визнання такою, що не підлягає виконанню, платіжної вимоги про списання сум у безакцептному порядку; повернення з бюджету неправомірно списаних (сплачених) сум (ст.ст. 12, 84 АПК України, ст. 27 Закону України від 27 березня 1991 р. «Про підприємства в Україні», ст. 12 Закону України від 4 грудня 1990 р. «Про державну податкову службу»), припинення неправомірних дій посадових осіб (ст. 13 Закону України від 26 січня 1993 р. «Про державну контрольно-ревізійну службу в Україні»), відшкодування збитків, завданих неправомірними діями посадових осіб (ст. 27 Закону «Про підприємства в Україні», ст. 24 Закону «Про обмеження монополізму та недопущення недобросовісної конкуренції у підприємницькій діяльності», ст. 13 Закону «Про державну податкову службу»).

Перелік способів захисту прав держави в публічних правовідносинах є доволі широким. Серед них: стягнення до бюджетів і державних цільових фондів донарахованих за результатами перевірок сум податків, інших платежів, суми недоїмки з подат-

<sup>1</sup> Див.: Харитонов Е. О. Саниахметова Н. А. Гражданское право. — К., 2001. — С. 4; Харитонов Є., Харитонова О. До питання про значення дихотомії «приватне право — публічне право» // Вісник Академії правових наук України. — 2000. — № 2. — С. 83–86.

ків, а також суми штрафів та інших санкцій; зупинення операцій платників податків; зупинення платежів за рахунками в установах банків; внесення обов'язкових вимог про усунення виявлених порушень податкового законодавства і законодавства про підприємницьку діяльність, а також припинення дій, які перешкоджають здійсненню повноважень посадовими особами органів державної податкової служби; застосування фінансових санкцій (ст. 11 Закону «Про державну податкову службу»); тимчасове припинення (зупинення) застосування індивідуального режиму ліцензування діяльності; застосування антидемпінгових процедур (ст. 37 Закону України від 16 квітня 1991 р. «Про зовнішньоекономічну діяльність»), вилучення надлишково отриманих сум внаслідок порушення підприємством державної дисципліни цін (ст. 23 Закону «Про підприємства в Україні»); відмова у видачі ліцензій, анулювання ліцензій (ст. 21 Закону України від 1 червня 2000 р. «Про ліцензування певних видів господарської діяльності») та ін.

Як бачимо, всі названі способи захисту прав у публічних відносинах — і ті, що спрямовані на захист інтересів приватних осіб, і ті, що спрямовані на захист інтересів держави, мають вузькоспецифічний характер. Усі вони пристосовані для захисту певних прав, визначених у відповідному нормативному акті. Універсальні способи, за допомогою яких можна було б захистити будь-яке право в публічно-правовій сфері, відсутні.

Прикладом колізій, що виникають у зв'язку з цим, може бути така практика. Посадові особи податкового органу заперечують або не визнають певного права платника податку. Ні Закон «Про державну податкову службу», ні Закон України від 21 грудня 2000 р. «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами» не містять способів захисту права як визнання права. Платник податку в цьому разі має право використати такі способи захисту права: оскарження рішення посадової особи, визнання недійсним акта ненормативного характеру. У будь-якому разі здійснити ці способи захисту права платник у змозі лише після порушення права незаконним рішенням, тобто після того, як правовідносини вже істотно дезорганізовані. Законодавство не надає йому права вжити превентивних заходів захисту — попередньо звернутися з вимогою про визнання права. Такі ж обмеження існують щодо застосування й інших

способів захисту права — припинення дій, що порушують право, відшкодування збитків, присудження до виконання в натурі тощо. Чинне законодавство не містить загальних підстав для їх застосування в публічно-правових відносинах.

Відсутність універсальних способів захисту прав не можна визнати правильним, адже за таких умов і держава, і окрема приватна особа в змозі захистити лише те право, стосовно якого існує прямо встановлений спосіб захисту. Внаслідок динамізму розвитку суспільних відносин поза захистом залишається чимало інших, у тому числі вельми позитивно значущих для суспільства, прав та інтересів.

Підсумовуючи викладене, на основі аналізу норм чинного законодавства, які регламентують захист прав суб'єктів правовідносин України, констатуємо, що існуюча схема способів захисту права (рис. 1) має такі характерні риси.

По-перше, способи захисту прав поділяються на дві категорії залежно від того, до якої з двох підсистем права належать спірні правовідносини — приватної чи публічної.

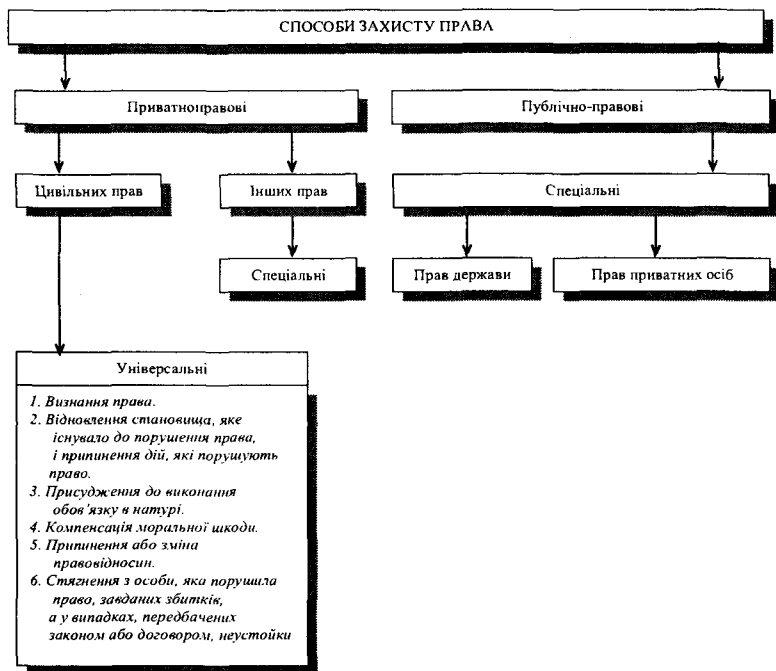
По-друге, в підсистемі приватного права способи захисту прав поділяються на способи захисту цивільних прав і способи захисту інших прав. Вони в більшості своїй є схожими. Об'єднання їх в одну категорію — захист приватних прав — є доцільним і благотворно вплине на можливості та якість захисту.

По-третє, в підсистемі приватного права способи захисту прав поділяються на способи універсального характеру і способи захисту певних видів прав.

По-четверте, зараз відсутні універсальні способи захисту прав у публічних правовідносинах. Специфічні способи не уніфіковано, розміщено в численних розрізних нормативних актах, що ускладнює їх застосування.

По-п'яте, усередині підсистеми публічного права способи захисту прав також поділяються на дві окремі групи залежно від того, на захист чийх прав вони направлені — держави чи інших суб'єктів.

На підставі викладеного з метою універсалізації правового регулювання вважаємо за доцільне закріпити в законі перелік способів захисту прав, які б носили загальноуніверсальний характер, могли бути застосовані щодо всіх приватноправових і публічно правових відносин стосовно захисту прав будь-яких суб'єктів (визнання права; припинення дій, які порушують



**Рис. 1.** Схема системи способів захисту прав у сфері підприємництва згідно з чинним законодавством України.

право, або створюють загрозу порушення права; відновлення становища, яке існувало до порушення; примусове виконання обов'язку в натурі; відшкодування збитків; компенсація моральної шкоди), і переліки способів, які могли б застосовуватись виключно в приватноправових (визнання правочину недійсним; зміна правовідносин; припинення правовідносин), та виключно в публічно-правових відносинах (визнання недійсним нормативного акта державного органу або органу місцевого самоврядування; визнання недійсним акта індивідуальної дії державного органу або органу місцевого самоврядування). Відповідно до цього, з урахуванням універсальних способів захисту права, закріплених проектом Цивільного кодексу України, пропонуємо таку схему системи способів захисту права у сфері підприємництва (рис. 2).

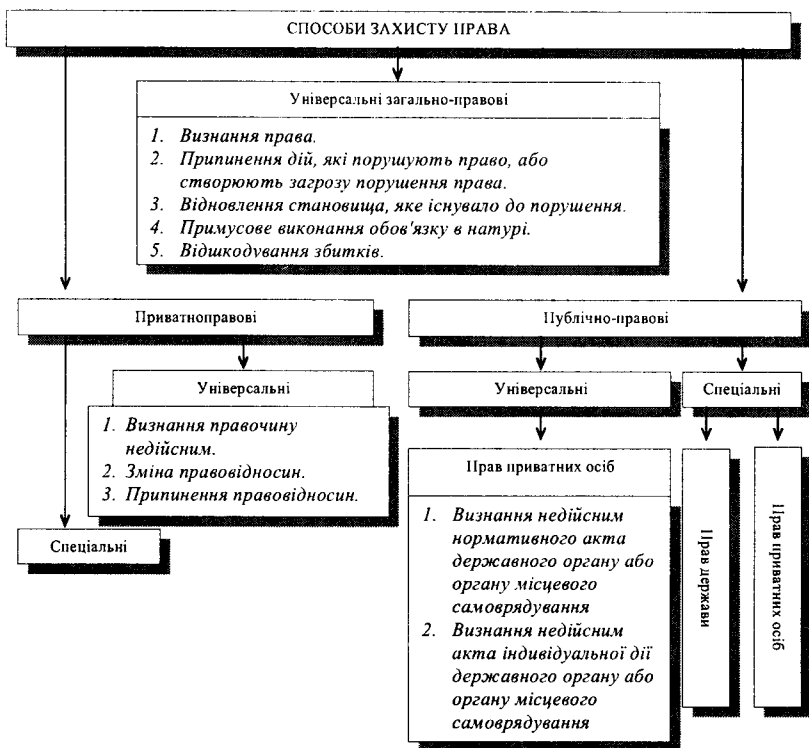


Рис. 2. Схема системи універсальних способів захисту прав у сфері підприємництва, що пропонується автором.

Надійшла до редколегії 10.04.01

О. Бакай, аспірант (НЮА України)

## Екологічне прогнозування як функція управління у сфері природокористування та охорони довкілля

Суспільна цінність права в цілому і права громадян на сприятливе довкілля зокрема проявляється перш за все в процесі реалізації відповідних правових приписів. Управління ви-

ступає тут як засіб формування реальних суспільних еколого-правових відносин.

Екологічне та соціальне значення управління у сфері, природокористування і охорони довкілля і державній сфері особливо визначається тим, що шляхом послідовної реалізації вимог законодавства стосовно розпорядження природними ресурсами, їх раціонального використання та захисту від шкідливого впливу забезпечується виконання екологічних прав і законних інтересів людини і громадянина.

Зміст державного управління охороною довкілля визначається характером зв'язків (відносин) між суб'єктами стосовно об'єктів управління. На основних засадах таких відносин формуються управлінські функції, тобто види і напрямки діяльності відповідних органів щодо забезпечення сприятливого стану довкілля<sup>1</sup>.

Діяльність суб'єктів управління у сфері екології спрямована на досягнення загальнодержавних цілей і завдань, таких як раціональне використання і відтворення природних ресурсів та охорона довкілля. Цілі та завдання, які стоять перед апаратом державного управління охороною довкілля, досягаються шляхом виконання ними комплексу управлінських функцій. Ці функції є елементами змісту загального управління державою.

Під функціями управління у сфері природокористування і охорони довкілля слід розуміти види діяльності державних органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування і громадських організацій щодо забезпечення організації раціонального використання природних ресурсів, їх відтворення та захисту і охорони довкілля. На думку Б. Лазарева, функція управління є особливим видом управлінської діяльності, яка має специфічне «технологічне» призначення<sup>2</sup>.

В юридичній літературі існують різні точки зору щодо різновидів функцій управління у сфері природокористування і охорони довкілля. Так, О. Колбасов вважає, що державному управлінню у сфері охорони довкілля притаманні такі функції: вивчення і облік стану і використання природних ресурсів, цілих природних комплексів і довкілля; планування раціонального використання, збереження, відновлення і поліпшення

<sup>1</sup> Див.: Колбасов О. С. Экология: политика-право. – М., 1976. – С.176.

<sup>2</sup> Див.: Лазарев Б. М. Государственное управление на этапе перестройки. – М., 1988. – С. 150.

усіх видів природних багатств і природного середовища в цілому; виконання оперативних господарсько-розпорядчих дій, пов'язаних зі здійсненням завдань охорони природи; боротьба з порушеннями природоохоронного законодавства<sup>1</sup>.

Безпосередньо функції управління, за деяким винятком, в екологічному законодавстві не визначені. В юридичній літературі теж відсутня єдина точка зору щодо складу, змісту та кількості зазначених функцій. Так, автори підручника «Земельне право» свого часу виділяли такі функції управління у сфері використання і охорони земель: визначення цільового призначення земель, вилучення їх з однієї категорії та включення до іншої; надання і вилучення земель; облік земель; землеустрій; державний контроль за використанням земель; вирішення земельних спорів<sup>2</sup>. У інших підручниках із земельного права поряд із зазначеними виділяються і такі функції управління: реєстрування землекористувань; планування земель населених пунктів<sup>3</sup>, а також відтворення земельних ресурсів<sup>4</sup>.

Ці функції управління у сфері землекористування і охорони земель стали основою для формування відповідних видів діяльності органів державного управління у сфері використання природних ресурсів і охорони довкілля, що було відображено в науковій та навчальній літературі. Так, Ю. Вовк у цій сфері діяльності виділяє такі функції управління в галузі екології: облік стану та використання окремих природних ресурсів і всього довкілля; планування використання, охорони природних ресурсів і поліпшення якості довкілля; просторово-територіальний устрій природних об'єктів; контроль за використанням і охороною об'єктів природи, а також організація їх охорони; вирішення спорів про право користування природними ресурсами; розподіл і перерозподіл ресурсів між природокористувачами; видання підзаконних нормативних актів; виконання оперативних господарських, виконавчо-розпорядчих заходів; боротьба з порушеннями природоресурсового законодавства<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Див.: Колбасов О. С. Вказ. праця. — С. 176.

<sup>2</sup> Див.: Земельное право. — М., 1971. — С. 96.

<sup>3</sup> Див.: Советское земельное право / Под ред. В. С. Шелестова. — Х., 1981. — С. 70.

<sup>4</sup> Див.: Советское земельное право / Под ред. В. П. Балезина, Н. И. Краснова. — М., 1986. — С. 49.

<sup>5</sup> Див.: Вовк Ю. А. Советское природоресурсовое право и правовая охрана окружающей природной среды. Общая часть. — Х., 1986. — С. 81–82.

Сучасне екологічне право по-новому регулює питання управління у сфері екології. Насамперед це стосується складу і змісту функцій управління, процесуального порядку їх реалізації тощо. Базуючись на наведених точках зору про основні функції управління у сфері охорони земель і землекористування, а також природокористування в цілому і на аналізі Закону України «Про охорону довкілля», можна виділити декілька функцій управління у сфері використання природних ресурсів та охорони довкілля: екологічне прогнозування; екологічне ліцензування; планування використання, охорони природних ресурсів і поліпшення стану довкілля; екологічна експертиза; спостереження (моніторинг) за використанням природних об'єктів та охороною довкілля; інформування про його стан; стандартизація та нормування у сфері природокористування і охорони довкілля; екологічна сертифікація; контроль за використанням і охороною природних об'єктів; вирішення екологічних спорів; координація діяльності щодо управління природокористуванням і охороною довкілля та ін.

Зазначені та деякі інші функції управління не випадково переплітаються. У багатьох випадках ці функції накладаються на функції економічні, технологічні тощо, утворюючи складні комплекси. Тому державне управління охороною довкілля часто фактично виступає як еколого-економічне, еколого-технічне та інші види управління. Це пов'язано зі складним характером об'єкта управління і управлінських відносин у цій сфері<sup>1</sup>.

Важливе місце серед зазначених функцій належить екологічному прогнозуванню. Його як функцію управління у сфері охорони довкілля можна визначити як наукове передбачення якості природного середовища та його змін під впливом управлінської діяльності.

Теоретично доведено і практично підтверджено, що за будь-яких умов є виправданими такі структурні зміни, за результатами яких з'являються органи з функціями, нагально необхідними в даний момент, але вони не можуть виконуватися існуючими підрозділами апарату управління<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Див.: Государственное управление охраной окружающей природной среды в союзной республике / Отв. ред. Ю. С. Шемшученко. — К., 1990. — С. 14.

<sup>2</sup> Див.: Государственное управление в СССР в условиях научно-технической революции. — М., 1978. — С. 74.



Головний критерій ефективності управлінської діяльності в цій сфері — рівень оптимізації якості довкілля. Цей показник залежить не тільки від змісту управлінських та інших екологічних відносин, а й від ступеня розвитку організаційної структури відповідних органів, форм і методів їх управлінської діяльності. Як зазначено в ч. 4 ст. 22 Закону «Про охорону навколишнього середовища» йдеться про те, що спеціально уповноважені державні органи разом із відповідними науковими установами забезпечують організацію короткострокового і довгострокового прогнозування змін довкілля, що повинно враховуватися при розробці та виконанні програм і заходів для екологічного і соціального розвитку республіки, в тому числі щодо охорони довкілля, використання і відтворення природних ресурсів та забезпечення екологічної безпеки.

Важливим є визначення змісту екологічного прогнозування як функції управління. Обсяг функцій, що їх виконують органи державного управління охороною довкілля, змінюється відповідно до руху згори донизу з урахуванням якостей суб'єкта та об'єкта управління. Зміст цих функцій досить різноманітний. У зв'язку з наведеним слід підтримати позицію науковців, які поділяють функції державного управління на загальні (притаманні, як правило, всім самостійним ланкам управлінської системи) та специфічні, або приватні, спеціальні, особливі (які висвітлюють специфіку взаємодій конкретних суб'єктів та об'єктів державного управління)<sup>1</sup>. Отже, екологічне прогнозування слід визначити як загальну функцію управління у зв'язку зі специфічністю інституту «екологічного прогнозування», що полягає в його всебічному, загальному характері. Останнє проявляється в різних формах суспільних екологічних відносин, які регулюються або мають регулюватися в майбутньому цією категорією.

В ст. 3 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» йдеться про те, що одним із принципів охорони довкілля, є науково обґрунтоване узгодження еколо-

<sup>1</sup> Див.: *Основин В. С.* Основы науки социального управления. — Воронеж, 1971. — С. 53; *Атаманчук Г. В.* Сущность советского государственного управления. — М., 1980. — С. 121; *Социальные и государственно-правовые аспекты управления в СССР* / Под ред. В. В. Цветкова — К., 1978. — С. 263–264; *Советское административное право* / Под ред. Ю. М. Козлова. — М., 1985. С. 14–15.

гічних, економічних і соціальних інтересів суспільства на основі поєднання міждисциплінарних знань екологічних, соціальних, природничих наук і прогнозування стану довкілля. Тому невірно обмежувати екологію певними жорсткими рамками. Розробка принципів використання і охорони довкілля вимагає від екології взаємодії з багатьма іншими галузями науки — географією, математикою, фізикою тощо. Прикладні проблеми екології можуть бути вирішені тільки в нерозривній співпраці з промисловістю, сільським господарством, економікою. Цілком зрозуміло, що специфіка екологічного прогнозування в кожній із цих груп буде різною.

Слід наголосити на тому факті, що в законодавстві поки що нормативно не закріплено поняття екологічного прогнозування. Це зумовлено певною невизначеністю науковців щодо місця, ролі та змісту інституту екологічного прогнозування. Така ситуація склалася у зв'язку з різним застосуванням загальнопоширеного слова «прогнозування» в суспільстві взагалі і, як наслідок, використання його в термінології різних наук (адже якщо це термін, то він має бути визначеним). Зокрема в такій юридичній науці, як екологічне право, воно використовується у терміні «екологічне прогнозування» котрий, як уже наголошувалося, потребує істотної наукової розробки у зв'язку з його широким застосуванням.

Екологічне прогнозування являє собою передбачення або дослідження перспектив розвитку, використання природних ресурсів, охорони довкілля і екологічної безпеки. За масштабами прогнозованих явищ екологічне прогнозування поділяють на: глобальне (фізико-географічне); регіональне (у межах кількох країн, одного материка, океану і т. ін.); національне (у межах держави) і локальне (для невеликих територій)<sup>1</sup>.

Отже, екологічне прогнозування — це передбачення можливої поведінки природних систем, обумовленої природними процесами і впливом на них людства.

Екологічне прогнозування охоплює складний комплекс об'єктів — від природних екосистем до промислових і сільськогосподарських. Центральним компонентом прогнозування є екосистеми, які становлять собою складний комплекс біологічних явищ у їх взаємозв'язку з середовищем. Одна з цілей прогнозування — збереження природних ресурсів на високо-

<sup>1</sup> Див.: Словарь-справочник по экологии. — К., 1994. — С. 388.

продуктивному рівні, для того щоб ними можна було користуватися протягом невизначено тривалого часу.

Зазначені функції у своїй сукупності складають зміст управління у сфері природокористування і охорони довкілля. Але між ними є певні відмінності в цільовій спрямованості, призначенні, системі державних органів, що їх виконують, передбаченні кінцевих результатів, а також правовій регламентації. Оскільки ці природоохоронні функції держави є напрямками її діяльності, наведена диференціація забезпечує всебічний підхід і зацікавленість держави в регулюванні правовідносин щодо забезпечення належного стану довкілля.

Розвинутому суспільству притаманний комплексний підхід до вирішення завдань загальнодержавного характеру (одним із завдань є поліпшення стану довкілля). Комплексний характер завдань породжує проблему багатовекторності в самій функціональній системі держави. Її суть полягає в тому, що в практичній діяльності держави окремі сторони різних функцій поєднуються. Маються на увазі такі функції, як екологічне планування, моніторинг, екологічна експертиза та ін. Зазначені функціональні комплекси мають високий ступінь зближення сукупних елементів. У результаті формуються нові комплексні напрямки і сторони діяльності держави. Одним із таких напрямків є екологічне прогнозування стану довкілля. Тому екологічне прогнозування як функція управління у сфері природокористування і охорони природи вважається комплексною.

Оскільки прогнозування не зводиться до спроб передбачити деталі майбутнього (хоча в деяких випадках це істотно), при розробці прогнозу слід виходити з того, що потрібен вірогідний підхід до явищ майбутнього з урахуванням широкого набору можливих варіантів. Тільки при такому підході екологічне прогнозування може бути ефективно використане для вибору найбільш імовірного або найбільш бажаного, оптимального варіанту при обґрунтуванні цілей, плану, програми, проекту, взагалі рішення. Екологічні прогнози повинні містити визначення ходу, наслідків виконання (або невиконання) планів, охоплювати все, що не піддається плануванню. Тільки внаслідок цього прогнозування за останні десятиліття прийняло безпрецедентні масштаби, стало відігравати важливу роль у процесах управління.

*Надійшла до редколегії 10.04.01*

## Підручник з муніципального права

В умовах сьогодення місцеве самоврядування в Україні проходить етап утвердження демократичного, цивілізованого місцевого самоврядування, який виражається у здійсненні виборності його найважливіших органів, передусім представницьких, наділених правом вирішення основних питань місцевого життя. Особливість цього найважливішого інституту народовладдя полягає в тому, що на практиці місцеве самоврядування виступає як самоуправління його органів, а не самого населення територіальної громади, яке є первинним суб'єктом місцевого самоврядування. Крім того, у світі, як правило, термін «муніципалітет» розуміють як виборне міське, селищне і сільське самоврядування. Звідси закономірним і своєчасним є підготовка підручника з муніципального права України як окремої галузі права, яке по суті є і правом місцевого самоврядування, що повною мірою відповідає вимогам ст. 3 Європейської Хартії про місцеве самоврядування 1985 р., прийнятою Радою Європи, згідно з якою саме органи місцевого самоврядування вирішують значну частину справ, діючи у межах закону, під свою відповідальність і в інтересах місцевого населення.

Підручник «Муніципальне право України» (за ред. В. Погорілка та О. Фрицького) перш за все виконано на високому теоретичному рівні, у певній логічній послідовності, з залученням великої кількості нормативно-правових джерел, спеціальної літератури, а також практичних матеріалів.

Робота складається із вступу та 11 розділів.

У першому розділі досліджуються поняття муніципального права України, особливості його історії; джерела цієї галузі (у тому числі локальні нормативні акти). Окремо аналізуються муніципальні статuti (хартії), а також міжнародно-правові акти як джерела муніципального права. Визначаються також система муніципального права та його правовідносини.

У другому розділі розкривається зміст цієї галузі як науки. При цьому аналізуються сучасні теорії муніципального права.

Визначається і поняття наукової дисципліни муніципального права як сукупності наукових теорій і знань, що узагальнюють сферу суспільних відносин, які регулюють нормативи цієї галузі.

Окремий розділ присвячено висвітленню конституційно-правових основ місцевого самоврядування. В ньому розкриваються поняття цього інституту, місце самоврядування в системі народовладдя, його основні принципи та система, гарантії місцевого самоврядування, а також розглядаються питання щодо взаємовідносин місцевого самоврядування та державної влади.

Важливе місце в системі місцевого самоврядування належить територіальним громадам. Їх сутність, види, функції та повноваження, форми діяльності досліджуються в роботі на високому теоретичному рівні.

Основними органами в системі самоврядування є ради. Тому важливим завданням у процесі підготовки підручника було розкриття сутності цих представницьких органів, визначення їх системи і правового статусу, функцій і повноважень. Слід зазначити, що авторами роботи ці завдання успішно реалізовано. При висвітленні питання про формування представницьких органів були використані інші нормативно-правові акти, зокрема Закон «Про адміністративно-територіальний устрій України».

Велика увага у підручнику приділяється розкриттю форм і методів діяльності представницьких органів — сесіям, постійним комісіям депутатської діяльності, тимчасовим контрольним комісіям. При написанні підручника вдало поєднувався високий теоретичний рівень викладення матеріалу з залученням практичних матеріалів, зокрема регламентів місцевих рад і положень про постійні комісії різних регіонів, міст, сіл, селищ та сіл.

Поряд з характеристикою представницьких органів місцевого самоврядування в роботі аналізується статус сільських, селищних і міських голів, визначаються особливості статусу голів міст Києва і Севастополя, зокрема на підставі Закону «Про столицю України — місто-герой Київ».

Також досліджується система виконавчих органів сільських, селищних, міських рад, відділів і управлінь виконавчих комітетів місцевих рад, а на підставі нового законодавства — статус службовців органів місцевого самоврядування.

Нове законодавство України використовується і при характеристиці органів самоорганізації населення. На цій основі визначаються форми, а також правовий статус органів самоорганізації населення.

В підручнику розглядаються актуальні питання матеріально-фінансової (економічної) основи місцевого самоврядування. При цьому зазначається, що самостійність дій органів місцевої влади вирішальною мірою залежить від наявності в їх віданні муніципальної власності та фінансових коштів, необхідних для виконання функцій, покладених на них. Не приховуються гострі фінансові-бюджетні відносини місцевого самоврядування з центральною владою, що безпосередньо позначається на обмеженості самостійності органів місцевого самоврядування у вирішенні місцевих справ і виконанні переданих їм окремих делегованих повноважень.

У підручнику розкриваються особливості правового статусу органів місцевого самоврядування Автономної Республіки Крим.

Особливий інтерес викликає розділ, присвячений питанню муніципального руху в Україні та за її межами. Питання, які висвітлюються в ньому, вперше досліджуються в юридичній літературі з питань місцевого самоврядування. Зокрема це стосується визначення статусу муніципальних асоціацій в Україні, а також муніципальних зв'язків і міжнародних стандартів у системі місцевого самоврядування в Україні.

Як і в будь-якому великому дослідженні, в роботі є й недоліки. Проте вони в основному стосуються не принципів питань, а вдосконалення змісту окремих розділів з метою усунення суперечностей, дублювання, уточнення і погодженості підходів до визначення дефініцій.

Загальним же є висновок про те, що автори, які є знаними вітчизняними спеціалістами з муніципального права, видали на належному теоретичному рівні підручник, який відповідає сучасним вимогам і безумовно необхідний для використання в навчальному процесі викладачами, студентами і аспірантами.

*І. Пахомов*, доктор юридичних наук,  
професор, Заслужений діяч науки  
і техніки України

## Корисне видання щодо Конституції АР Крим

За десять років існування незалежної України наше державотворення стикалося з численними складними проблемами, однією з яких, безперечно, є комплекс питань, пов'язаних із правовим статусом АР Крим.

Починаючи з того моменту, як у лютому 1991 р. було відновлено Кримську АРСР у складі України, постійно відчувається брак виважених науково-обґрунтованих рекомендацій, які б дозволяли правильно формувати державну політику в цій сфері. Автор рецензованої монографії\* слушно звертає увагу на те, що фактор політичний, суб'єктивний завжди відігравав провідну роль у відносинах між центром та автономією, а це у свою чергу позначалося на ситуації в Криму. І тоді, коли параметри Кримської автономії визначалися самими ж кримськими політиками, які досить активно й настійливо виборювали максимальні широкі права для півострова, і тоді, коли, навпаки, ініціатива перейшла до центру, і тоді, коли приймався відповідний «кримський» розділ Конституції України, параметри правового статусу АР Крим визначалися фактично «на-впомацки», якщо називати все своїми іменами.

Особливо наочно все це проявилось у перипетіях конституційного процесу в АР Крим. Принагідно слід зазначити, що автор монографії брав безпосередню участь практично у всіх подіях, пов'язаних із прийняттям і затвердженням Конституції автономії, тобто він виступає не тільки як відомий учений, а й як практик. Це, безперечно, посилює значення цієї роботи та її цінність.

На наш погляд, немає потреби за традицією такого роду праць послідовно описувати структуру монографії О. Копиленка. Зазначимо лише, що вона є цілком вдалою і повністю дозволяє розкрити тему. До наукового обігу вводиться значний масив нормативно-правових актів Верховної Ради АР Крим, які залишалися поза увагою як політиків, так і фахівців. Особливо слід зазначити, що, працюючи над такою складною і вкрай політизованою проблемою, автор не відступає від позиції об'єктивності та неупередженості.

\* О. Копиленко. Конституція АР Крим: проблеми прийняття, затвердження, реалізації. — К.: Крок, 2001. — 230 с.

Окремої розмови потребують додатки до монографії. Залишаючись вірним своєму інтересу до історії держави та права, О. Копиленко зібрав унікальні документи, які дозволили розкрити джерела конституційного процесу в Криму. З відповідним коментарем у монографії опубліковано конституційні акти курултаю кримсько-татарського народу (1917), Радянської республіки Тавриди (1918), двох Крайових кримських урядів (1918–1919), а також усі конституції радянського Криму.

Значний інтерес становлять і сучасні конституції АР Крим (1992, 1995), які до 1998 р. залишалися предметом гострої дискусії з центром. Ці першоджерела дозволяють наочніше показати перебіг конституційного процесу в Криму, ґрунтовніше сформулювати відповідні висновки.

Якщо говорити про недоліки рецензованої роботи, то доцільно було б в окремий розділ виділити кримсько-татарське питання, тим більше, що у автора є праці на цю тему. Але ця монографія є лише складовою частиною цілої серії праць автора, в яких комплексно досліджується ця проблема.

На закінчення слід підкреслити, що монографія О. Копиленка буде вельми корисною як працівникам державних органів, науковцям, так і широкій громадськості. Поява цієї роботи є добрим прикладом взаємної інтеграції науки і практики, необхідної для вироблення ефективних державних рішень.

**О. Зайчук**, доктор юридичних наук,

**А. Заєць**, доктор юридичних наук



## Міжнародний науково-практичний семінар «Відповідальність посадових осіб за корупційну діяльність»

Міжнародний науково-практичний семінар на тему «Відповідальність посадових осіб за корупційну діяльність» відбувся 11–12 травня 2001 р. у м. Харкові. Семінар було організовано Національною юридичною академією України імені Ярослава Мудрого, Інститутом вивчення проблем злочинності Академії правових наук України, Транснаціональним Центром вивчення організованої злочинності та корупції (Американський Університет, м. Вашингтон) і Харківським Центром вивчення організованої злочинності.

В роботі семінару взяли участь понад 120 учасників — науковці навчальних та наукових юридичних установ України, працівники Конституційного Суду України, Верховної Ради України, правоохоронних органів України: Міністерства внутрішніх справ України, Служби безпеки України, а також американські фахівці в галузі протидії корупції. З доповідями виступили 76 осіб.

Із вступним словом і привітанням до учасників семінару звернувся перший проректор Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, академік АПрН України **В. Сташис**, який звернув увагу присутніх на актуальність і пріоритетне значення проблеми розробки питань протидії корупції взагалі і корупційній діяльності посадових осіб зокрема. Статистичні дані останніх років свідчать про певну активізацію діяльності правоохоронних органів України у сфері боротьби з корупцією. А це, в свою чергу, вимагає від науковців і практиків спільного розроблення та реалізації багатьох напрямків у цій сфері.

На семінарі з привітанням виступив Харківській міський голова **М. Пилипчук**, який побажав його учасникам плідної

праці. Потім було оголошено привітання радника з правових питань Посольства США в Україні **Володимира Сулжинського**, який зазначив, що семінар є важливим кроком у співробітництві США та України у справі боротьби з корупцією, яка дійсно є міжнародною проблемою.

Пленарне засідання розпочалося доповіддю заступника керівника Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України, кандидата юридичних наук, доцента **М. Мельника** «Поняття та види корупційної діяльності». Було зазначено, що центральним питанням відповідальності посадових осіб за корупційну діяльність на цей час залишається визначення поняття такої діяльності та її видів. У доповіді було наведено декілька умовних схем розкриття сутності та механізму корупційної діяльності.

Доктор юридичних наук, професор НЮА України, академік АПрН України **М. Бажанов** у доповіді «Деякі питання відповідальності за хабарництво за новим Кримінальним кодексом України» зупинився на кваліфікації хабарництва як одного з найнебезпечніших різновидів корупційних діянь і на її значенні для підвищення ефективності протидії корупційній діяльності посадових осіб.

Прокурор Харківської області, кандидат юридичних наук, доцент **В. Кривобок** у доповіді «Проблеми забезпечення законності при розгляді судами матеріалів про корупцію» підкреслив, що корупція створює реальну загрозу національній безпеці та демократичному розвитку України. Тому боротьба з нею є пріоритетним напрямком діяльності держави та її органів, у тому числі й прокуратури. Він навів низку недоліків чинного законодавства, безпосередньо спрямованого на протидію такому явищу, як корупція. При цьому було зазначено, що істотною проблемою залишається правильне визначення поняття суб'єкта корупційного правопорушення. Нечітке тлумачення цього поняття працівниками слідчого апарату призводить до закриття провадження судами майже 58% адміністративних справ. Крім того, різне тлумачення окремих статей законів «Про державну службу» і «Про боротьбу з корупцією» вносить певну плутанину і при винесенні судових рішень.

Професор Американського університету (США) **В. Бровкін** у доповіді «Нові ініціативи США щодо боротьби з корупцією в глобальному контексті» проаналізував факти корупції

в США за 2000 р., а також висвітлив конкретні напрямки і тенденції, розроблені в США з метою протидії корупції в країні та за її межами, особливо з метою її своєчасного виявлення і припинення.

Доцент кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права НЮА України, завідувач сектору Інституту вивчення проблем злочинності АПрН України **О. Кальман** виступив з доповіддю «Місце і значення соціально-правового контролю у системі заходів протидії корупції в Україні». Звернув увагу присутніх на те, що встановлення дійового соціально-правового контролю у системі заходів протидії злочинам взагалі і корупції зокрема є головним напрямком протистояння глобалізації кримінально-корупційних проявів. Було зазначено, що з метою боротьби з корупцією в Україні створено низку державних органів, тобто в Україні, на відміну від багатьох інших країн, сформована всеохоплююча організаційно-правова система протидії корупційній діяльності. Але проблема полягає в тому, що ця система не завжди спрацьовує. Доповідач докладно висвітлив сутність соціально-правового контролю і запропонував шляхи підвищення ефективності його механізму.

Перший заступник начальника Управління внутрішньої безпеки МВС України **Л. Рудницький** у доповіді «Проблеми боротьби з корупцією в системі органів Міністерства внутрішніх справ України» зазначив, що служба внутрішньої безпеки МВС України головну увагу акцентує на боротьбі з корупцією, яка порушує нормальну діяльність державних інститутів та дискредитує систему органів внутрішніх справ. Було наведено офіційні дані про кількість складених адміністративних протоколів щодо працівників цієї системи. Доповідач розповів про найпоширеніші корупційні правопорушення, що вчиняються працівниками органів внутрішніх справ. Також було зазначено, що в цілому причинами, які сприяють вчиненню корупційних правопорушень, є: низька заробітна плата, неналежне фінансування органів внутрішніх справ, окремі прорахунки в доборі, навчанні, розстановці та використанні кадрів.

Доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент АПрН України, суддя Конституційного Суду України **В. Тихий** у доповіді «Відповідальність посадових осіб за вимагання зброї, радіоактивних матеріалів та наркотичних засобів» зупинився на кваліфікації названих діянь і підкреслив, що її прави-

льність істотно впливає на ефективність боротьби з цими злочинами.

Доктор юридичних наук, професор, постійний представник Верховної Ради України у Конституційному Суді України **А. Селіванов** у доповіді «Нові умови корупційної діяльності посадових осіб при реорганізації органів державного управління в Україні» запропонував прискорити створення системи адміністративних судів, унаслідок чого більшість корупційних діянь розглядатимуться саме цими судами.

Доктор юридичних наук, професор, проректор з наукової роботи Луганського інституту внутрішніх справ МВС України **Б. Розовський** у доповіді «Щодо поняття корупції в Україні» запропонував увести в Україні персональну амністію. Крім того, він висловив думку про необхідність офіційного дозволу державним службовцям на заняття підприємницькою діяльністю, як це є у більшості розвинутих країн.

Кандидат юридичних наук, доцент, головний науковий співробітник Міжвідомчого науково-дослідного центру з проблем боротьби з організованою злочинністю при Координаційному комітеті по боротьбі з корупцією і організованою злочинністю **В. Коваленко** в доповіді «Корупція: деякі проблеми правового визначення» зазначив, що лобізм, корупція, хабарництво — найактуальніші соціальні проблеми сучасності. Зловживання посадовим становищем стало нормою поведінки для чиновників практично всіх рівнів державних структур. Так, за статистичними даними, тільки у 2000 р. співробітниками МВС у стратегічно важливих та прибуткових галузях економіки викрито 2,3 тис. фактів хабарництва. Висловлена думка про необхідність чіткого визначення поняття корупції та її сутності; проведення класифікації корупційних правопорушень; дослідження механізму поведінки корумпованих посадових осіб, які підтримують існування організованих злочинних груп та їх злочинну діяльність; розроблення адекватних заходів протидії ї, нарешті, визначення чітких меж понять адміністративних та кримінально караних корупційних діянь. Це дозволить належним чином відмежовувати кримінальну корупцію від адміністративної.

Доктор юридичних наук, професор, завідувач відділу проблем кримінального права, криминології та судоустрою Інституту держави і права НАН України ім. В. М. Корецького **О. Ко-**

стенко в доповіді «Корупція як проблема політичної кримінології» відмітив, що правильне розуміння корупції є необхідною умовою вибору ефективних заходів протидії цьому явищу. Починаючи з 1993 р., в Інституті держави і права ім. В. Корецького розвивається новий напрямок у кримінології — політична кримінологія. Було розкрито деякі причини корупції в Україні. Протидія ж корупційній діяльності, на думку доповідача, повинна здійснюватися за формулою «культура + відповідальність».

Доктор юридичних наук, професор кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права НЮА України **І. Даньшин** у доповіді «Корупція — явище соціальне, правове і політичне» зазначив, що уявлення про корупцію може бути одержане в повному обсязі тільки при розгляді цього явища з позиції трьох аспектів: соціального, правового і політичного. Серед обставин, що впливають на деформацію морально-психологічного клімату в суспільстві, доповідач назвав значне поширення правового нігілізму, користолюбства, падіння суспільної моральності, порушення етичних норм поведінки посадових осіб тощо. Тому вкрай необхідними є широкомасштабні заходи щодо боротьби з корупцією в усіх ешелонах влади з додержанням найважливішого принципу рівності всіх перед законом.

Доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри кримінального процесу НЮА України, академік, віце-президент АПрН **Ю. Грошевий** у доповіді «Організаційні та процесуальні проблеми судового розгляду справ про злочини корупційної спрямованості» зупинився на проблемах удосконалення розслідування кримінальних справ, у першу чергу щодо фактів хабарництва. Він звернув увагу на необхідність введення посади слідчого судді — міжрайонного, який би займався всіма процесуальними діями, пов'язаними з цими проблемами.

В доповіді «Проблеми відповідальності за корупційні діяння, вчинені колегіально» кандидат юридичних наук, доцент кафедри кримінального права і процесу Львівського державного університету ім. **І. Франка В. Навроцький** звернув увагу, що специфікою корупційних діянь є те, що нерідко вони пов'язані з діяльністю колегіальних органів. Були наведені можливі різноманітні ситуації, які можуть виникнути в діяльності цих органів. У доповіді були проаналізовані питання відповідальності учасників колегіального органу за корупційні діяння. На думку

доповідача, запровадження відповідальності за ці діяння сприятиме усуненню порушень законності в цій сфері.

Кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри кримінального права та кримінології Київського національного університету імені Тараса Шевченка **П. Андрушко** в доповіді «Корупційні правопорушення, пов'язані з незаконним використанням конфіденційної інформації» поставив проблему неправомірного використання посадовою особою будь-якої інформації, що стала їй відома у зв'язку з безпосереднім виконанням своїх функцій. Більшість правопорушень, що вчиняються особами, уповноваженими на виконання функцій держави, за своєю сутністю є неправомірним використанням інформації, якою вони володіють чи до якої мають доступ у зв'язку з посадовим становищем. При цьому така інформація може ними використовуватися як засіб вчинення певних правопорушень. Доповідач виділив декілька груп корупційних правопорушень, пов'язаних з неправомірним використанням інформації, зокрема неправомірне розголошення конфіденційної інформації. Крім того, на думку доповідача, доцільно було б на законодавчому рівні навести більш чітке визначення понять «конфіденційна інформація» та «комерційна таємниця».

Заступник начальника Головного слідчого управління МВС України **С. Лиховид** у доповіді «Деякі проблеми забезпечення боротьби з корупцією» зазначив, що єдиним нормативно-правовим документом, яким користуються правоохоронні органи України, залишається Закон України «Про боротьбу з корупцією». За змістом цей Закон претендує на універсальність, тому що передбачає кримінальну та адміністративну відповідальність осіб за корупцію, а також дисциплінарну відповідальність осіб, до яких застосовані заходи адміністративного стягнення. На думку доповідача, до цього часу ще не вироблено механізм реалізації найбільш ефективного важеля — додаткових стягнень за корупційні дії у вигляді заборони обіймати посади у державних органах та їх апараті впродовж трьох років. Тому необхідно розробити принципово новий підхід до вирішення проблем протидії корупції. Для цього, на думку доповідача, потрібно внести істотні зміни та доповнення до Закону «Про боротьбу з корупцією»; визначити комплекс інших законодавчих актів, що потребують змін та доповнень; удосконалити інститут державної служби у Законі України

«Про державну службу»; посилити правоохоронну систему тощо.

Доктор філософських наук, професор, завідувач кафедри соціології та політології НЮА України **Н. Осипова** в доповіді «Соціальний зміст відповідальності за корупційні діяння» звернула увагу на те, що соціальна шкода від корупційних діянь повинна вимірюватися не тільки вартістю одержаних з корисливих мотивів благ, а й характером та рівнем тих суспільних відносин, на які вплинула своїми діями корумпована посадова особа. Виявлення і врахування соціальних наслідків корумпованих дій посадових осіб є надзвичайно складним завданням як з огляду на складність самого предмета розслідування, так і у зв'язку з невідворотністю виходу такого розслідування за рамки юриспруденції. Тому такого вияву може бути досягнуто лише шляхом співробітництва правоохоронних органів із ЗМІ, а також із дослідницькими науковими закладами.

Доктор соціологічних наук, професор кафедри соціології та політології НЮА України **Л. Герасіна** в доповіді «Корупція в структурі латентної злочинності: соціолого-правовий та компаративний аналіз» зупинилася на тому, що в структурі прихованої злочинності корупцію відносять до максимально значного рівня латентності. Це створює в суспільстві психологічну обстановку безкарності, стимулює зростання рецидивної злочинності, деформує масову свідомість за допомогою міфу про «невикорінність» подібних явищ. Корупція ж як соціальний феномен відповідає політичній природі автократії та «псевдодемократії».

Під час проведення семінару протягом 12 травня 2001 р. працювали три секції («Організаційні та кримінально-правові проблеми охорони суспільства від корупції», «Соціально-економічні та кримінологічні проблеми попередження корупційної діяльності», «Кримінально-процесуальні та криміналістичні проблеми протидії корупційній діяльності»), в процесі роботи яких були детально обговорені питання розробки ефективних заходів протидії корупції в Україні, сформульовані рекомендації семінару.

Після завершення роботи секцій було проведено підсумкове пленарне засідання, на якому було заслухано звіти керівників секцій, прийнято рекомендації семінару. Із заключним словом виступив академік АПрН України **В. Сташис**, який оха-

рактизував роботу семінару як плідну і проведену на високому рівні. На пленарних засіданнях і в секціях було заслухано 76 доповідей і наукових повідомлень, в яких висвітлювалися різноманітні аспекти багатопланових напрямків протидії корупції в державі, запропоновано рекомендації з удосконалення цієї діяльності. Було розглянуто широке коло кримінально-правових, адміністративно-правових, соціально-правових, економічних, кримінологічних, кримінально-процесуальних та криміналістичних проблем, які виникають у зв'язку з притягненням до кримінальної, адміністративної відповідальності посадових осіб за корупційну діяльність. Усі пропозиції та рекомендації щодо вдосконалення чинного законодавства і практики його застосування будуть надіслані відповідним державним органам. Робота цього семінару стала значним внеском у справу боротьби та протидії корупційній діяльності посадових осіб.

На семінарі було прийнято відповідні рекомендації, текст яких подається нижче.

### Рекомендації

З урахуванням обговорення проблем науково-практичного забезпечення реалізації вимог Комплексної програми профілактики злочинності на 2001–2005 роки стосовно протидії організованій злочинності та корупції (р. IV Програми) учасники семінару вважають за доцільне прийняти з цього приводу такі висновки і рекомендації щодо вдосконалення попередження корупції та боротьби з нею.

1. Державна політика України у сфері протидії корупції повинна:

- бути соціально-економічно обумовленою;
- мати цілісний, планомірний та поступовий характер;
- бути єдиною в межах всієї держави і відносно стабільною в часі;
- мати збалансовану стратегію і тактику протидії корупції, які повинні базуватися на потребах і реальних можливостях суспільства перехідного періоду;
- передбачати беззастережну відповідальність за порушення принципу законності, тобто органи держави, як і громадяни, повинні визнавати верховенство, пріоритет права, підкорятися праву, належним чином виконувати його припи-



си, нести політичну, юридичну і моральну відповідальність перед народом за невиконання відповідних зобов'язань. Порушення закону не може бути виправдане ніякими посиленнями на доцільність;

– відповідати принципу справедливості, який ґрунтується на нормах Конституції України, вимагає реального захисту прав і свобод людини і громадянина, його життя, здоров'я, майна від злочинних посягань. Правові заходи протидії корупції повинні базуватися виключно на законі і бути справедливими, тобто відповідати тяжкості вчиненого корупційного правопорушення і ступеню вини особи.

2. Не слід перебільшувати значення негативного впливу корупції та організованої злочинності на політичне життя суспільства і категорично стверджувати, як це роблять деякі західні й вітчизняні кримінологи і політики, що державна служба в Україні повністю корумпована, українська організована економічна злочинність має владу, тотожну державній, керує національною економікою і недосяжна для кримінально-правового переслідування. Такі твердження, перш за все, не відповідають реальності і разом з тим підривають довіру до України в міжнародних відносинах, стримують розвиток інвестиційних проектів, затримують впровадження нормальних ринкових відносин. Крім того, слід принципово підкреслити, що за останні роки в Україні значно активізувалася робота правоохоронних органів у напрямку детінізації та декриміналізації економіки, підвищилась її результативність у протидії організованій злочинності.

3. Цілеспрямована протидія корупції не може бути здійснена в результаті разових і короткочасних акцій будь-якого ступеня активності та суворості на будь-якому рівні, а тому слід планувати довготривалі соціально-економічні, політичні й правові перетворення в організації державної служби та діяльності посадових осіб. При цьому пріоритетне значення має надаватися профілактичним заходам загальносоціального і спеціально-кримінологічного характеру, які б створили прозору систему для ефективного державного і громадського контролю за проявами корупційної діяльності.

4. Вирішення проблем мінімізації корупційних проявів потребує: встановлення суворого контролю за виконанням антикорупційних програм і рішень у всіх ланках державного

апарату; створення надійного організаційно-правового, фінансового забезпечення діяльності судів і правоохоронних органів, у першу чергу ОВС (підрозділів слідства, які ведуть боротьбу з корупцією, організованою та економічною злочинністю, незаконним обігом наркотиків); проведення всеохоплюючої ревізії нормативно-правових актів міністерств, відомств, органів місцевої влади на предмет їх відповідності Конституції України та антикорупційним законам України.

5. У законодавчому порядку треба більш чітко розмежувати повноваження різних правоохоронних органів по боротьбі з корупцією для того, щоб не відволікати органи і служби по боротьбі зі злочинністю на розслідування корупційних діянь, які не становлять значної суспільної небезпечності; усунути дублювання, неузгодженість та паралелізм у роботі.

6. З метою запобігання зловживанням у процесі дізнання і досудового слідства у кримінальних справах про корупційні злочини доцільно доповнити КПК нормою, згідно з якою має стати обов'язковим попереднє слухання судами справи до пред'явлення обвинувачення у вчиненні злочину і визначення запобіжних заходів.

7. Розглянути можливість запровадження порядку обов'язкової спеціальної перевірки кандидатів на зайняття відповідних посад у державних установах не нижче районного рівня на предмет попередження корупційної діяльності.

8. Запропонувати Координаційному комітету по боротьбі з корупцією та організованою злочинністю при Президентові України: провести спеціальне засідання Координаційного комітету, на якому розглянути питання підвищення ефективності діяльності правоохоронних органів з виявлення причин та умов, що сприяють корупції, і науково-практичну конференцію з питань координації діяльності правоохоронних органів у сфері боротьби з корупцією; вжити заходів для розробки оптимальної регіональної та міжрегіональної методики механізму взаємодії правоохоронних і контролюючих органів та їх підрозділів у боротьбі з корупцією.

9. Визначитися із загальною концепцією оподаткування для забезпечення нагальних потреб соціально-економічного розвитку на довготривалу перспективу протидії корупційній діяльності.

10. Розробити науково обґрунтовані механізми для практичного здійснення внутрішньовідомчого контролю, який є

майже головним у системі заходів протидії корупції, тому що за його допомогою стає можливим забезпечення прозорості прийняття державними службовцями економічно значущих рішень.

11. Враховуючи практику багатьох країн, поставити під контроль діяльність державних службовців у комерційних структурах, а також перехід їх на посади керівників, консультантів комерційних структур після звільнення з посади. Встановити порядок, згідно з яким впродовж певних строків (наприклад, протягом трьох років) державний службовець повинен одержати згоду уряду на зайняття певної посади у приватному секторі або займатися відповідною комерційною діяльністю, що співвідноситься з виконуваними ним раніше посадовими функціями.

12. Рекомендувати Верховній Раді розглянути питання щодо розробки закону, який би зобов'язував органи, які ведуть боротьбу з корупцією, здійснювати перевірки за всіма повідомленнями громадян про факти корупційних діянь.

13. Підвищити рівень координації роботи всіх правоохоронних органів та їх відповідних служб, чіткіше визначити підслідність корупційних злочинів, удосконалити систему взаємодії оперативно-розшукових підрозділів і слідчого апарату, створити постійно діючі слідчо-оперативні групи з працівників різних відомств і служб для розслідування корупційних злочинів.

14. Скоординувати на міжнародному рівні і створити єдину нормативну базу з питань протидії транснаціональній корупційній злочинності, ширше використовувати можливості співпраці з усіма державними і міжнародними організаціями по встановленню широкої мережі прямих двосторонніх контактів у сфері обміну конфіденційною інформацією про корупційні зв'язки і порядок її використання.

15. Важливим чинником у системі заходів попередження корупційної злочинності є базові законодавчі акти та кодекси. Треба якомога швидше визначитися з прийняттям Цивільного, Податкового та Кримінально-процесуального кодексів України.

16. З метою створення антикорупційного правового режиму в діяльності підприємницького сектору і розробки системи заходів протидії корупційній діяльності розробити і прийняти Закон «Про систему державного регулювання ринкової

економіки в Україні», в якому чітко визначити організаційно-правові механізми впливу держави на ринок та їх співвідношення між собою. Це повинно внести ясність у відносини між суб'єктами та об'єктами управління, вплинути на розвиток законодавства у цій сфері і забезпечити правові межі невтручання держави у певні сфери підприємницької свободи. Крім того, слід прийняти Закон України «Про гарантії підприємницької свободи» (який передбачав би правові механізми захисту підприємців і відповідальність держави та її органів за необгрунтоване і незаконне втручання в їх діяльність). Необхідно також вирішити питання про розробку Закону України «Про нормативно-правові акти», який би чітко визначив механізми і межі нормотворчої діяльності міністерств, відомств, органів місцевої влади.

17. Нині створено загальні правові засади, методичні та частково інформаційні засоби для запровадження в Україні кримінологіко-економічної експертизи проектів законодавчих та інших нормативно-правових актів. Про необхідність кримінологічної експертизи неодноразово йшлося в державних програмах, інших документах вищих органів державної влади. У Посланні Президента України до Верховної Ради «Україна: поступ у XXI століття» також визнається надзвичайно важливим запровадження кримінологічної експертизи. Доречно зауважити, що проект такого закону вже розроблено, але він ще не прийнятий.

18. Вдосконалити чинне законодавство, оскільки існує багато форм корупційних діянь, відповідальність за які ні кримінальним, ні адміністративним законодавством не передбачено. Серед них: лобізм, фаворитизм, протекціонізм, внески на політичні цілі, надання конфіденційної інформації, інвестування комерційних структур за рахунок бюджету, переведення державного майна до акціонерних товариств, навчання дітей за кордоном за рахунок спонсорів та інші корупційні технології.

19. Розробити науково-методичні посібники із здійснення нагляду за слідством у корупційних справах

20. З метою забезпечення реальної оцінки стану боротьби з корупцією та своєчасного вжиття відповідних заходів щодо поліпшення роботи державних органів у цій сфері удосконалити і уніфікувати статистичний облік і звітність про виявлені різними державними органами корупційні діяння. Розробити

єдину державну звітність про результати боротьби з корупцією, яка б ґрунтувалася на вироках і постановках суду, а не на проміжних показниках роботи оперативних служб та слідства.

21. Сформулювати нові принципи міжнародної співпраці у сфері протидії корупції та організованій злочинності в світлій тенденції розвитку їх транснаціональних форм. Слід зазначити, що одного тільки наукового вивчення проявів організованої злочинності та корупції зараз не достатньо. Конче необхідно розробити загальноєвропейську систему стандартів протидії корупції посадових осіб, створити єдину інформаційну базу, забезпечити оперативний обмін інформацією, спрощення порядку виїзду за кордон працівників правоохоронних органів, які розслідують кримінальні справи про злочини з ознаками корупції.

22. Провести предметну систематизацію і вивчення антикорупційних законодавчих та інших нормативно-правових актів стосовно виявлення недоліків, що можуть бути використані для корупційних діянь та інших посадових правопорушень.

23. Провести широку роз'яснювальну роботу серед працівників правоохоронних органів з приводу тлумачення положень розділу XVII «Злочини у сфері службової діяльності» та інших статей нового КК України, які передбачають відповідальність за злочини, вчинені у зв'язку з виконанням службових обов'язків.

*Матеріал підготували:*  
професор **В. Борисов**,  
доценти **Л. Дорош**, **І. Христич**

## Львівській лабораторії прав людини і громадянина — 5 років

Влітку 1996 р. Академія правових наук України ухвалила рішення про створення Львівської лабораторії прав людини — єдиної в Україні спеціалізованої науково-дослідної установи з цієї проблематики.

За час свого існування Лабораторія, очолювана членом-кореспондентом АПрН України, професором П. Рабіновичем, зробила помітний внесок у наукове обґрунтування «праволюднинної» політики держави, дослідження стану та шляхів поліпшення здійснення і захисту прав людини та громадянина, пропаганду і запровадження у ній європейських стандартів прав людини. Так, Лабораторія брала участь у проектуванні «Основних засад державної політики у галузі прав людини в Україні», ухвалених постановою Верховної Ради України від 10 липня 1999 р.

Лабораторія видала серію випусків своїх праць, зокрема: «Права людини в Конституції України» (Харків, 1997), «Права людини і громадянина: проблеми реалізації в Україні» (Київ, 1998), «Права людини і Україна» (Львів, 1999), «Здійснення прав людини: проблеми обмежування» (Львів, 2001), «Права людини і громадянина в афоризмах та прислів'ях» (Київ, 2001).

Лабораторія у співпраці з Українською правничою фундацією, Верховним Судом України, Спілкою адвокатів України, Центром прав людини Нотингемського університету (Велика Британія) організувала і провела науково-практичні семінари і тренінги для суддів і адвокатів (Трускавець, 1997; Ужгород, 1998; Львів, 1998, 1999, 2001; Київ, 2001).

Вперше в Україні, та й загалом у пострадянських державах, Лабораторія розпочала з 1997 р. публікацію щорічних збірок, а з 2000 р. також «Експрес-інформації» щодо рішень Європей-

ського суду з прав людини. Ці матеріали нині постійно друкуються на сторінках журналів «Право України», «Юридичний вісник» та газети «Юридичний вісник України».

Лабораторія систематично бере участь у проведенні щорічних всеукраїнських конкурсів учнівських та студентських творів-есе з прав людини.

Значним попитом користується створений у Лабораторії каталог літератури з прав людини, в якому відображено понад 2000 вітчизняних та зарубіжних праць. Фрагменти цього каталогу публікувалися у деяких періодичних виданнях (зокрема, щоквартальнику «Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі»).

Президія Академії правових наук України та редакційна колегія «Вісника академії правових наук України» щирозацікавлено вітають колектив Львівської лабораторії прав людини і громадянина НДІ державного будівництва і місцевого самоврядування АПрН України з 5-річним ювілеєм і бажають подальших здобутків в її благородній гуманістичній діяльності.

## **Інформація про спільне українсько-американське засідання «Про стан виконання досліджень Напряму № 4 Проекту А»**

11 квітня 2001 р. в м. Харкові у приміщенні Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого відбулося засідання дослідників і представників авторських колективів Напряму № 4 «Діяльність правоохоронних органів по боротьбі з організованою злочинністю» Проекту А спільної американсько-української Науково-дослідницької Програми при Академії правових наук України. Засідання було проведено під керівництвом координатора Програми від української сторони директора Інституту вивчення проблем злочинності АПрН України, члена-кореспондента АПрН України **В. Борисова**. В засіданні взяли участь директор Проекту А від американської сторони, директор Міжнародного центру національного інституту юстиції США, професор **Джим Фінкенауер**, адміністратор Проекту А, заступник директора з наукової роботи

Інституту дослідження проблем злочинності АПрН України, член-кореспондент АПрН України **В. Зеленецький**, координатор Напрямку № 4 від американської сторони професор **Філ Вільямс**, координатор Напрямку № 4 від української сторони доцент **О. Кальман**, експерт Напрямку № 4 віце-президент АПрН України, академік АПрН України **Ю. Прошевий**, учений секретар Програми доцент **Я. Кураш**, а також дослідники Напрямку № 4. Крім того, в засіданні взяли участь співдиректор Проекту В від американської сторони професор коледжу кримінальної юстиції **Денис Кені** і заступник начальника поліції м. Сан-Дієго **Джон Велтан**.

Засідання відкрив координатор Програми від української сторони член-кореспондент **В. Борисов**, який підкреслив, що проведення цього засідання визначено 25 січня 2001 р., коли було прийнято рішення про те, що з метою успішного завершення досліджень за Напрямом № 4 необхідно провести його у квітні 2001 р. і присвятити підбиттю проміжних підсумків щодо їх виконання.

В свою чергу, від американської сторони виступив професор **Джим Фінкенауер**, який ще раз відмітив важливість періоду завершення наукових досліджень. Від цього Проекту очікується досягнення певних практичних результатів, які планується розглянути на підсумковій конференції у вересні 2001 р., на яку будуть запрошені всі дослідники. В межах Програми та окремих її проектів планується видання наукових збірників матеріалів з проблем законотворення в США та Україні. Тому, як зазначив доповідач, завданням цього засідання передусім є з'ясування і вирішення більшості питань, що виникли під час виконання наукових досліджень за Напрямом № 4 Проекту А (на жаль, координатор цього напрямку від американської сторони **Філ Вільямс** не зміг приїхати на попереднє засідання, і багато питань залишилося невирішеними).

У своїй доповіді адміністратор Проекту А член-кореспондент **В. Зеленецький** розповів про хід виконання українською стороною рішень засідання представників авторських колективів Проекту А, які були прийняті 25 січня 2001 р. При цьому було зазначено, що переважна більшість вимог, які були висунуті в рішеннях, виконані українською стороною. Наприклад, проведено заняття з дослідниками на тему «Глобальна комп'ютерна мережа Інтернет: можливості пошуку інфор-



мації в мережі та використання електронної пошти» (загальним обсягом 20 годин/10 занять), а також заняття з вивчення англійської мови (загальним обсягом 20 годин/10 занять). 2 березня 2001 р. було проведено засідання під керівництвом директора Проекту А від української сторони академіка В. Сташиса, в якому взяли участь усі керівники тем у межах Напрямку № 4, крім тих, які проживають у м. Києві (В. Попович і О. Кулік). У цій зустрічі активну участь узяв експерт Напрямку № 4 академік Ю. Грошевий, який дав принципову та в деяких випадках критичну оцінку кожній із робіт і по кожній з них сформулював конкретні зауваження щодо підвищення якості досліджень. Так, дослідникам О. Кальману і О. Городиському було запропоновано скорегувати назву теми дослідження. Доповідач також відмітив, що на цьому засіданні необхідно узгодити кінцевий результат тих наукових досліджень, щодо яких закінчився строк проведення робіт.

Координатор напрямку від української сторони доцент **О. Кальман** у доповіді «Діяльність правоохоронних органів по боротьбі з організованою злочинністю» зазначив, що за цим напрямком відпрацьовуються взаємопов'язані теми, які разом з тим становлять самостійні дослідження. Серед них:

- «Напрямки, організація та тактика діяльності правоохоронних органів України щодо боротьби з організованою економічною злочинністю» (О. Кальман, І. Христич, Г. Дарнопих);
- «Значення судової влади для боротьби з організованою злочинністю» (Н. Сибільова, В. Бринцев);
- «Методика розслідування вбивств, учинених організованими групами» (В. Коновалова, О. Булулюков);
- «Класифікація злочинів та її значення для боротьби з організованою злочинністю» (Л. Кривоченко);
- «Проблеми протидії легалізації (відмиванню) коштів та іншого майна незаконного походження: кримінологічний і нормативно-правовий аспекти» (В. Попович, М. Задояний, І. Якушик);
- «Діяльність по боротьбі з організованою злочинністю: напрямки, суб'єкти, заходи вдосконалення» (О. Кулік);
- «Кримінально-правова боротьба з організованою злочинністю у сфері господарської діяльності» (О. Перепелиця);
- «Методика розслідування злочинного приховування валютних надходжень, вчиненого організованими групами» (О. Городиський).

Доповідач безпосередньо зупинився на результатах праці своєї групи дослідників, а також на результатах досліджень О. Куліка і О. Перепелиці, які були відсутні на засіданні з поважних причин. Строк чотирьох досліджень закінчився у січні 2001 р., а інші практично завершуються, тому що їх строк становив 15 і 18 місяців. Крім того, результати окремих досліджень були використані при розробці пропозицій до семи проектів нормативних актів та висновків восьми проектів нормативних актів. Доповідач розповів про результати теми, якою він керував: за цією темою було вивчено 1839 кримінальних справ; проведено опитування 95 працівників управління по боротьбі з організованою злочинністю і 75 працівників органів прокуратури; вивчено і проаналізовано значну кількість відповідної правової та економічної літератури. Внаслідок проведеного дослідження підготовлено три розділи загальним обсягом 180 сторінок, тобто більше 7 друк. арк.

Експерт від української сторони академік **Ю. Грошевий** зазначив, що дослідниками за цією темою дійсно було проаналізовано значний обсяг літератури, всі дослідження спираються на достатню емпіричну базу, але при цьому вважається за необхідне сформулювати більш чіткі критерії оцінки ефективності діяльності правоохоронних органів по боротьбі зі злочинністю і виробити практичні рекомендації щодо розподілу функцій між ними, а також пропозиції щодо скорочення штатних працівників цих органів. Позитивно було оцінено і результати роботи відсутніх на засіданні дослідників О. Куліка і О. Перепелиці.

Координатор напрямку від американської сторони професор **Філ Вільямс** підкреслив, що дослідження взагалі за напрямком провадяться успішно. Що стосується групи під керівництвом О. Кальмана, то на особливу увагу заслуговує те, що нею вивчено дуже багато цікавої літератури. Однак при цьому не вдалося уникнути певних недоробок і недоліків. Так, потрібно було б ширше розкрити досвід США щодо розподілу повноважень між ЦРУ і ФБР при розслідуванні економічних злочинів.

Дослідник академік **В. Коновалова** розповіла про результати свого наукового дослідження. Вона підкреслила, що в ньому було розроблено рекомендації щодо вдосконалення розслідувань вбивств, які вчиняються організованими злочинними групами. В першу чергу це навчальні програми для слід-

чих, які можна розповсюджувати шляхом тиражування магнітних носіїв інформації.

Експерт від української сторони академік **Ю. Прошевий** зазначив, що результати дослідження за цією темою мають велике теоретичне і практичне значення. Роботу проілюстровано дуже вдалими прикладами щодо методики розслідування вбивств, учинених організованими злочинними угрупованнями. Зауваження стосувалися назви теми, яку потрібно було привести у відповідність із новим Кримінальним кодексом України.

Координатор напрямку від американської сторони професор **Філ Вільямс** підкреслив, що це дослідження проведено дуже успішно, тому що в ньому чітко розмежовані вбивства, вчинені на замовлення, і вбивства, вчинені організованими групами. Це вельми важливе досягнення. Тому робота заслуговує на позитивну оцінку.

Дослідник **О. Городиський** у доповіді «Методика розслідування злочинного приховування валютних надходжень, вчиненого організованими групами» зупинився на результатах своєї роботи. Він зазначив, що більшість підприємців бажають працювати в належних економічних умовах, що не завжди можливо. Працівникам правоохоронних органів необхідно більше уваги приділяти методиці розкриття цих видів кримінальних справ (зараз, як правило, не більше 10% цієї категорії справ закінчуються обвинувальним вироком суду).

Експерт від української сторони академік **Ю. Прошевий** відмітив, що результати дослідження за цією темою можна вважати позитивними. При цьому бажано, щоб робота містила практичні пропозиції щодо вдосконалення Кримінально-процесуального кодексу України і Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність».

Координатор напрямку від американської сторони професор **Філ Вільямс** підкреслив, що це дослідження проведено успішно, в ньому вказано на певні «білі плями», які існують у законодавстві України з цього питання. Необхідно створити в Україні спеціальний орган — фінансову розвідку, яка братиме активну участь у протидії цьому явищу.

Дослідник професор **Л. Кривоченко** в доповіді «Класифікація злочинів та її значення для боротьби з організованою злочинністю» детально розповіла про проблеми класифікації злочинів і зупинилася на кваліфікуючих ознаках організованої

злочинності. Вона також акцентувала увагу на необхідності зміни назви її дослідження, що обумовлено прийняттям нового Кримінального кодексу України.

Експерт від української сторони академік **Ю. Прошевий** підкреслив, що результати дослідження за цією темою дійсно мають велике теоретичне значення. При цьому необхідно було б більшою мірою врахувати міжнародний досвід, хоча зрозуміло, що організована злочинність у кожній країні має свої особливості, а також змінюється в динаміці.

Координатор напрямку від американської сторони професор **Філ Вільямс** зазначив, що це дослідження також проведено успішно, він ознайомився з ним у перекладі на англійську мову. Тому в нього є лише деякі редакційні зауваження до тексту, щоб він був більш зрозумілим для англомовного читача.

Дослідник доцент **В. Попович** у доповіді «Проблеми протидії легалізації (відмиванню) коштів та іншого майна незаконного походження: кримінологічний і нормативно-правовий аспекти», охарактеризував результати дослідження, проведеного його групою. Він підкреслив, що за цим дослідженням розроблялися пропозиції щодо внесення певних змін до Кримінального кодексу України, але вони, на жаль, не були враховані.

Експерт від української сторони академік **Ю. Прошевий** відмітив, що результати дослідження за цією темою мають теоретичне значення, наприклад, у першу чергу це стосується визначення понять «інформаційний потік», «фінансовий потік». Крім того, було зауважено, що необхідно перевірити їх співвідношення з чинним законодавством і підкреслити, які статті і склади розглядуваного злочину можуть вважатися мертворожденними.

Координатор напрямку від американської сторони професор **Філ Вільямс** зазначив, що це дослідження в цілому проведено успішно, але краще було б, на його думку, викласти схеми за текстом, щоб вони були більш зрозумілими. Ця робота обов'язково повинна бути включена до загального підсумкового збірника.

Дослідник доцент **Н. Сибільова** у доповіді «Значення судової влади для боротьби з організованою злочинністю» охарактеризувала загальні результати дослідження, яке було проведено її групою, підкресливши, що за цим дослідженням були внесені пропозиції про внесення відповідних змін до

Кримінально-процесуального кодексу України. При цьому було зазначено, що процесуальні можливості для розкриття і встановлення істини у кримінальній справі використовуються зараз лише частково.

Експерт від української сторони академік **Ю. Грошевий** зазначив, що результати дослідження за цією темою мають практичне значення. Потрібно чіткіше визначитися з термінами та процедурою розгляду справ. Недопустимо, щоб ці пропозиції суперечили чинній Конституції України.

Координатор напрямку від американської сторони професор **Філ Вільямс** відмітив, що це дослідження проведено успішно, добре викладено характеристику організованої злочинності. Якщо дійсно обговорювати питання захисту суддів, то необхідно врахувати досвід Колумбії, Італії.

В процесі обговорення доповідей взяв участь голова Харківського обласного суду **В. Бринцев**, який висловив від імені практичних працівників побажання, щоб результати проведених досліджень були втілені в практичну діяльність і супроводжувалися розробкою конкретних рекомендацій.

У свою чергу директор Проекту А від американської сторони професор **Джим Фінкенауер** зазначив, що зараз Програма знаходиться на етапі її завершення і вже необхідно поступово поширювати її результати. За результатами заключних підсумкових конференцій, які планується провести у вересні 2001 р., будуть надруковані збірники наукових робіт, що реалізуватимуться в межах США. Крім того, обов'язково всі матеріали будуть опубліковані в електронній версії (при цьому бажано прискорити роботи з формування Веб-сторінки про дослідження наукових тем Проекту А). Головне — це мовний бар'єр, який істотно впливає на можливості спілкування. Тому при остаточному редагуванні текстів велику увагу слід звернути на те, що англomовному читачеві зовсім нічого невідомо про Україну та її законодавство. Доповідач підкреслив, що, на його думку, спілкування дослідників з обох сторін проходить активно і плідно.

У заключному слові координатор Програми від української сторони член-кореспондент **В. Борисов** відмітив, що засідання, яке відбулося, — дуже важливий крок в американсько-українському співробітництві. Присутнім на ньому було надано можливість оцінити рівень, якість і ступінь виконання

завдань, зазначених у дослідницьких планах, а також перспективи подальшого співробітництва між двома державами, що є дуже важливим для успішного закінчення спільної Науково-дослідницької програми України та США.

*Матеріал підготували:*

*професор В. Борисов,*

*доценти Я. Кураш, І. Христич*

# НАШІ ЮВІЛЯРИ

70



Виповнилося 70 років із дня народження відомого українського правознавця, провідного фахівця в галузі фінансового права, талановитого педагога і вихователя, доктора юридичних наук, професора, академіка Академії правових наук України **Лідії Костянтинівні Вороновій**.

Л. К. Воронова народилася 5 жовтня 1931 р. у місті Темір (зараз Актюбінської області, Казахстан).

Закінчивши в 1954 р. юридичний факультет Львівського університету ім. І. Я. Франка, працювала в правоохоронних та інших установах.

З 1963 р. і до сьогодні Л. К. Воронова працює на юридичному факультеті Київського національного університету імені Тараса Шевченка. За цей період вона пройшла шлях від асистента кафедри державного і адміністративного права до професора, доктора юридичних наук, академіка Академії правових наук України. З 1978 р. по 1996 р. Л. К. Воронова очолювала кафедру конституційного та адміністративного права, яка за цей час досягла значних успіхів. З 1996 р. Л. К. Воронова — професор кафедри конституційного та адміністративного права Київського національного університету імені Тараса Шевченка.

У 1963 р. Л. К. Воронова захистила дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук на тему «Бюджетні права Української Радянської Соціалістичної Республіки», а 1982 р. — дисертацію на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук на тему «Теоретичні питання правового регулювання витрат державних бюджетів союзних республік». У 1984 р. їй присвоєно вчене звання професора.

У 1993 р. Л. К. Воронову обрано академіком Академії правових наук України, членом її Президії. У 1999 р. їй нагороджено почесною відзнакою Президента України орденом «За заслуги» III ступеня.

До кола наукових інтересів Л. К. Воронової входять проблеми фінансового права, дослідження в галузі правового регу-

лювання бюджетних відносин, фінансового контролю, фінансово-правової термінології.

Л. К. Воронова підготувала близько 150 наукових праць, у тому числі декілька індивідуальних монографій. Найзначнішими її роботами є: «Бюджетно-правове регулювання в СРСР» (1975 р.), «Правове регулювання кредитно-розрахункових відносин» (1989 р.), «Фінансово-правовий словарь-справочник для предпринимателя» за редакцією Л. К. Воронової витримав декілька видань (1995, 1997 рр.) Також декілька видань витримав підручник для вузів «Фінансове право» (1995, 1997, 1999 рр.), робота над яким здійснювалася під керівництвом Л. К. Воронової. Останню редакцію цього підручника (1999 р.) було визнано однією з найкращих робіт року, і їй було присуджено другу премію серед підручників для юридичних вузів.

Під керівництвом і за науковою консультацією Л. К. Воронової захищено понад 30 докторських і кандидатських дисертацій. Їх автори працюють на кафедрах провідних вищих навчальних закладів України.

Л. К. Воронова брала участь у підготовці проектів законів України в галузі правового регулювання бюджетної діяльності та ін.

Академік Л. К. Воронова є членом Ради Співки юристів України, редакційної колегії журналу «Право України», редакційної колегії «Вісника Академії правових наук України», членом спеціалізованих вчених рад при Київському національному університеті імені Тараса Шевченка, Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, Експертної ради ВАК України.

Активна життєва позиція, талант науковця, глибока людська порядність, почуття відповідальності за доручену справу, доброта — це лише деякі риси, що характеризують Л. К. Воронову.

Президія Академії правових наук України, редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» щиро вітають **Лідію Костянтинівну Воронову** з ювілеєм і бажають їй міцного здоров'я, благополуччя, творчої наснаги і подальших успіхів.



## ЗАГАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ

**Тацій В.** Значення юридичної науки у формуванні правової системи України ..... 3

**Селіванов В.** Наступність у процесі розроблення Концепції розвитку вітчизняної юридичної науки ..... 23

**Яковлюк І.** Соціальна держава: до визначення змісту поняття ..... 37

**Римаренко Ю., Волошин Ю.** Концептуальні засади законопроекту «Про національно-культурну автономію в Україні» ..... 47

**Гайворонський В.** Джерела права ..... 56

## ПИТАННЯ ІСТОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

**Довгерт А.** До історії сучасної кодифікації міжнародного приватного права в Україні ..... 66

**Харитонов Є.** Рубежі Західної традиції приватного права ..... 83

## УДОСКОНАЛЕННЯ ЮРИДИЧНОЇ ОСВІТИ

**Рабінович П.** Права і свободи людини: загальні принципи викладання у навчальних закладах ..... 91

## ПИТАННЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО І ФІНАНСОВОГО ПРАВА

**Битяк Ю., Константи́й О.** Правова природа адміністративних договорів ..... 101

**Гарашук В.** Управлінські послуги — новий інститут чи нова помилка? ..... 109

**Харитонова О.** Про сутність фондової біржі як суб'єкта та об'єкта управління на ринку цінних паперів ..... 114

**Кучерявенко М.** Податковий обов'язок: зміст, структура, засоби забезпечення ..... 122

## ПИТАННЯ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

**Сібільов М.** До питання про правові засоби сфери приватного права ..... 135

**Жилінкова І.** Сімейне право: галузевий суверенітет чи десуверенізація? ..... 146

## ПРАВО ТА ІДЕОЛОГІЯ

**Титов В.** Правовий реалізм і юридична логіка в США у 20–40 роки ХХ сторіччя ..... 157

## ПРОБЛЕМИ БОРОТЬБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ

**Зеленецький В.** Порушення кримінальної справи при вчиненні сукупності злочинів ..... 171

**Косюта М.** Актуальні проблеми підтримання державного обвинувачення в суді ..... 181

<b>Шевченко Є.</b> До питання про причинний зв'язок у злочинах з похідними наслідками .....	198
<b>Погорецький М.</b> Закон України «Про оперативно-розшукову діяльність»: проблеми застосування окремих норм .....	205
<b>Борисенко І.</b> Організація та проведення тактичних операцій при розслідуванні вбивств з розчленуванням трупа .....	213
<b>НА ПОЧАТКУ ТВОРЧОГО ШЛЯХУ</b>	
<b>Кичун В.</b> Взаємовідносини між органами влади України та Автономної Республіки Крим у фінансово-економічній сфері ....	226
<b>Бринцев О.</b> До питання про систему універсальних способів захисту прав у сфері підприємництва .....	233
<b>Бакай О.</b> Екологічне прогнозування як функція управління у сфері природокористування та охорони довкілля .....	240
<b>РЕЦЕНЗІЇ</b>	
Підручник з муніципального права ( <b>І. Пахомов</b> ) .....	247
Корисне видання щодо Конституції АР Крим ( <b>О. Зайчук, А. Засць</b> ) .....	250
<b>НАУКОВЕ ЖИТТЯ</b>	
Міжнародний науково-практичний семінар «Відповідальність посадових осіб за корупційну діяльність» ( <b>В. Борисов, Л. Дорош, І. Христич</b> ) .....	252
<b>НАУКОВА ХРОНІКА</b>	
Львівській лабораторії прав людини і громадянина — 5 років .....	265
Інформація про спільне українсько-американське засідання «Про стан виконання досліджень Напрямку № 4 Проекту А» ( <b>В. Борисов, Я. Кураш, І. Христич</b> ) .....	266
<b>НАШІ ЮВІЛЯРИ</b>	
Лідії Костянтинівні Вороновій — 70 років .....	274

Збірник наукових праць

Вісник  
Академії правових наук  
України

№ 3 (26)

Відповідальний за випуск  
*А. М. Кумака*

Редактор *К. Гулий*  
Коректор *О. Верховень*  
Комп'ютерна верстка  
і дизайн *В. Зеленька*

Підписано до друку з оригінал-макета 27.08.01.  
Формат 60x84 1/16. Папір офсетний. Гарнітура Newton.  
Ум. друк. арк. 15,5. Обл.-вид. арк. 15. Вид. № 111.  
Тираж 500 прим. Ціна договірна. Зам. 162

Академія правових наук України  
Україна 61002 Харків, вул. Мироносицька, 29

Друкарня ПВПП «Слово»  
Україна 61024 Харків, вул. Лермонтовська, 27

## **До відома юридичної громадськості**

*Запрошуємо науковців і практичних працівників надсилати свої статті до редакційної колегії Вісника.*

*Статті мають бути обсягом не більше 12 друкарських сторінок, у 2-х примірниках, надруковані через 1,5 інтервали, українською мовою. Посилання на використані джерела слід вміщувати унизу відповідної сторінки, нумерацію посилань на кожній сторінці розпочинати з цифри 1.*

*З метою оперативного випуску Вісника статті та інші матеріали слід надсилати разом з дискетою, на якій вони записані.*

*Тексти ненадрукованих рукописів авторам не повертаються.*

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