

# ВІСНИК

## АКАДЕМІЇ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ

№ 3 (42)

*Заснований у 1993 році*



Харків  
2005

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

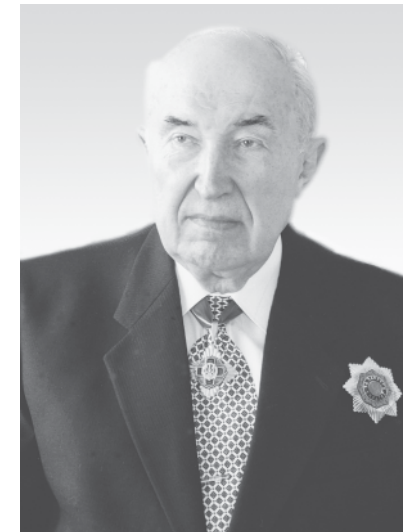
Редакційна колегія: *В. Я. Тацій* (головний редактор), *М. В. Цвік* (заступник головного редактора), *Ю. В. Баулін*, *Ю. П. Битяк*, *М. В. Буроменський*, *Л. К. Воронова*, *Ю. М. Грошевий*, *І. М. Даньшин*, *В. В. Комаров*, *В. О. Коновалова*, *О. Л. Копиленко*, *О. Д. Крупчан*, *Н. С. Кузнєцова*, *В.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

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

© Академія правових наук  
України, 2005  
© «Право», 2005

## Людина, вчений, педагог (до ювілею академіка В. В. Сташиса)

Виповнилося 80 років від дня народження і 55 років науково-педагогічної та громадської діяльності видатного вченого, талановитого педагога, організатора юридичної освіти і науки в Україні, першого проректора Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, академіка-секретаря відділення кримінально-правових наук та члена Президії Академії правових наук України **Володимира Володимировича Сташиса**.



Професор, академік Академії правових наук України, Заслужений діяч науки і техніки України, Заслужений працівник вищої школи України В. В. Сташис народився 10 липня 1925 р. в місті Суми.

Во роки Великої Вітчизняної війни він, захищаючи Батьківщину, брав безпосередню участь у боях з німецько-фашистськими загарбниками. Воював на Калінінському, Північно-Західному і Прибалтійському фронтах. Був комсоргом батальйону 756-го стрілецького полку 150-ї стрілецької дивізії, яка прославилася при взятті Берліна, штурмі Рейхстагу і встановленні на ньому Прапора Перемоги. Незадовго до цього В. В. Сташиса тяжко поранено (це було вже третє його поранення). У серпні 1945 р. був демобілізований як інвалід Великої Вітчизняної війни.

У 1946 р. В. В. Сташис вступив до Харківського юридичного інституту (нині — Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого). Серед студентів тих років викладачі одразу помітили його як кращого студента курсу. Невипадково вже через рік В. В. Сташису було довірено виконувати обов'язки народного судді першої дільниці Сталінського (нині Московського) району м. Харкова. Проте він обрав для себе науково-педагогічний шлях у житті. Після закінчення з відзнакою інституту був залишений в аспірантурі. У 1954 р. В. В. Сташис блискуче захистив кандидатську дисертацію, а ще через два роки

молодий вчений очолив кафедру кримінального права та кримінального процесу інституту.

На посаді завідувача кафедри, якою В. В. Сташис керував упродовж 35 років, розкрився його талант як педагога, вченого і організатора. Завдяки його зусиллям у 1956 р. було відновлено аспірантуру, і кафедра стала поповнюватися молодими викладачами. Багато було докладено зусиль для вдосконалення педагогічної майстерності членів кафедри, єдності колективу, створення в ньому атмосфери взаємоповаги і взаєморозуміння, вимогливості, принциповості й відданості ідеям вищої юридичної освіти, юридичної науки, любові до інституту. В подальшому досвід становлення та розвитку кафедри кримінального права був використаний В. В. Сташисом при формуванні інших кафедр академії. З 1964 р. і донині В. В. Сташис працює проректором з навчальної та наукової роботи, першим проректором Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого. За цей час він зміг об'єднати зусилля всіх кафедр і відділів академії з метою постійного вдосконалення юридичної освіти, служіння її основній меті — підготовці висококваліфікованих фахівців-юристів. Завдяки його організаційному таланту навчальний заклад на початку 70-х років минулого століття став одним з провідних вузів колишнього СРСР з підготовки юристів. І сьогодні Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого посідає почесне місце серед вищих навчальних закладів України. За результатами рейтингу «Софія Київська» академія визнавалася кращою серед юридичних вищих навчальних закладів протягом 2000–2004 рр.

В. В. Сташис — організатор юридичної освіти не тільки в академії, а й в Україні. Понад 20 років він очолював Науково-методичну комісію з правознавства при Міністерстві освіти України, рекомендації якої значно вплинули на організацію, вдосконалення та розвиток юридичної освіти в Україні. Під безпосереднім керівництвом В. В. Сташиса розроблено державні стандарти підготовки висококваліфікованих юристів. Сім років він очолював фахову раду, а згодом Експертну раду з права при Державній акредитаційній комісії України, приділяючи значну увагу створенню нових юридичних вищих закладів і факультетів в Україні, їх ліцензуванню й акредитації, виявляючи при цьому державний підхід, високу вимогливість і принциповість.

Загальновідомий внесок В. В. Сташиса у розвиток вітчизняної юридичної науки. У сфері його наукових інтересів постійно перебуває широке коло питань з кримінального права та кримінології: різні

аспекти кримінальної відповідальності та її підстави, принципи кримінального права, об'єктивні та суб'єктивні ознаки складу злочину, вчинення злочину в співучасті, проблеми підвищення ефективності кримінального покарання, кримінально-правовий захист власності, науковий аналіз злочинів проти громадської безпеки та народного здоров'я. Постійним предметом наукових інтересів В. В. Сташиса ще з аспірантських років є проблема відповідальності за злочини в сфері господарської діяльності. Розробка ним поняття та системи цих злочинів, їх кримінально-правовий аналіз є актуальними і сьогодні, постійно вивчаються багатьма науковцями, широко використовуються у наукових дослідженнях та законотворчій практиці.

Багато уваги В. В. Сташис приділяє одному з найважливіших питань кримінального законодавства і кримінально-правової науки, а саме: проблемі кримінальної відповідальності за злочини проти особи. Він є співавтором широко відомої роботи «Злочини проти особи в КК УРСР та судовій практиці» («Особа — під охороною кримінального закону»), яка витримала чотири видання. В. В. Сташис заклав методологічні підвалини дослідження цієї категорії злочинів, створив власну концепцію вчення про злочини проти особи. Його праці свідчать про те, що автор розглядає особу як найвищу цінність, що підлягає всебічній кримінально-правовій охороні від злочинних посягань.

В. В. Сташис постійно приділяє увагу підготовці наукових кадрів, формуванню разом з учнями авторитетної харківської школи криміналістів, широко відомої не тільки в Україні, а й за її межами. Під науковим керівництвом В. В. Сташиса було підготовлено та захищено 28 кандидатських дисертацій, шість його учнів стали докторами юридичних наук: професори І. М. Даньшин, В. Я. Тацій, М. І. Панов, В. І. Борисов, Є. Л. Стрельцов, Н. М. Ярмиш.

В. В. Сташис опублікував понад 200 наукових праць, з них 7 монографій, 6 науково-практичних коментарів, 10 підручників і 8 навчальних посібників, що написані ним особисто чи в співавторстві, є настільними книгами для науковців, студентів, практикуючих юристів. Серед цих робіт особливе місце посідають науково-практичні коментарі до Кримінального кодексу України (видані в 1978 і 1987 рр., а також у 2003 і 2004 рр.), підручники із Загальної та Особливої частин кримінального права (видані в 1984 і 1988 рр., а також у 1997 і 1998, 2001–2004 рр.), монографія «Уголовное право Украинской ССР на современном этапе» в 2-х томах (видана в 1984 і 1985 роках).

Академік В. В. Сташис — завжди на передньому краї реформування кримінального законодавства України. Він брав активну участь у

розробленні проекту Кримінального кодексу України 1960 р. Концептуальні розробки вченого стали теоретичним фундаментом для подальшого вдосконалення кримінального законодавства, проведення нової кодифікації. В. В. Сташис та його харківські колеги-криміналісти були членами робочої групи Кабінету Міністрів України, що підготувала проект Кримінального кодексу України, прийнятий Верховною Радою України 5 квітня 2001 р.

В. В. Сташис доклав багато зусиль для становлення і розвитку Академії правових наук України. Він став одним із засновників цієї унікальної наукової установи, котра з перших днів свого існування заявила про себе як самобутня організація вчених-юристів. Як член Президії АПРН України В. В. Сташис бере безпосередню участь у координації наукових досліджень з усіх важливих правових проблем України. Як академік-секретар відділення кримінально-правових наук АПРН України він доклав чимало зусиль до заснування та забезпечення успішної діяльності Інституту вивчення проблем злочинності АПРН України. Під його керівництвом науковці академії здійснюють фундаментальні кримінально-правові дослідження, спрямовані на забезпечення основних прав і свобод людини і громадянина у сфері кримінальної юстиції, реформування судової гілки влади та діяльності правоохоронних органів, удосконалення чинного кримінального, кримінально-процесуального, кримінально-виконавчого законодавства та практики його застосування.

За заслуги у розвитку освіти і науки, становленні законності в Україні В. В. Сташису вручені державні нагороди України, серед яких: ордени «За заслуги» I, II, III ступенів (повний кавалер), орден князя Ярослава Мудрого V ступеня, орден Богдана Хмельницького III ступеня. Він є лауреатом премії Національної академії наук України, лауреатом Державної премії України, неодноразовим лауреатом премії імені Ярослава Мудрого. Названі нагороди доповнюють низку орденів, вручених ювіляру за часів Союзу РСР. Так, В. В. Сташиса нагороджено: орденами Леніна, Бойового Червоного Прапора, Олександра Невського, двома орденами Вітчизняної війни I ступеня, двома орденами «Знак Пошани» та 29 медалями.

В. В. Сташис є іноземним членом Російської академії природничих наук по відділенню геополітики і безпеки, яка нагородила його срібною медаллю ім. В. І. Вернадського і присвоїла почесне звання та знак «Лицар науки та мистецтв». Американський Біографічний інститут (м. Вашингтон, США) нагородив В. В. Сташиса медаллю як найбільш гідну людину, досягнення якої пропонуються для постійного

вивчення та натхнення людей ХХ ст. і майбутніх поколінь. Європейська академія інформації (Бельгія) удостоїла В. В. Сташиса Всесвітнього ордена науки-освіти-культури. В. В. Сташис є серед найбільш видатних інтелектуалів ХХ ст. Сертифікати, що підтверджують цей високий статус, вручені йому Міжнародним Біографічним центром (Кембридж, Велика Британія). На честь В. В. Сташиса Міжнародний Астрономічний Союз у 2000 р. присвоїв ім'я Stashis малій планеті № 7373, що була відкрита вченими Кримської астрофізичної обсерваторії. В. В. Сташис є почесним громадянином міста Харкова.

Академік В. В. Сташис є взірцем для багатьох. Багатий життєвий досвід, різнобічні знання та висока ерудованість поєднуються в ньому з людяністю, мудрістю та авторитетом керівника. Жоден студент, науковець, практичний працівник чи державний діяч, які спілкуються із В. В. Сташисом, не залишаються без виваженого вирішення питання чи корисної рекомендації. Тому В. В. Сташис користується глибокою повагою і широкою любов'ю людей, що оточують його.

Президія Академії правових наук України і редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» щиро вітають **Володимира Володимировича Сташиса** зі славним ювілеєм — 80-річчям від дня народження і 55-річчям науково-педагогічної діяльності і бажають йому міцного здоров'я, благополуччя, творчої наснаги та подальших успіхів.

# ПРОБЛЕМИ ЗАГАЛЬНОЇ ТЕОРІЇ ПРАВА

*П. Рабінович*, член-кореспондент  
АПрН України

## Інструментальна цінність об'єктивного юридичного права

Водночас із «реструктуризацією» в українській філософії права такого її підрозділу, як правова аксіологія, почастишали публікації з ціннісно-правової тематики<sup>1</sup>. Проте цей — загалом безперечно позитивний — процес подекуди супроводжується оминанням, «забуттям» деяких попередніх вітчизняних (у широкому розумінні) праць, які, здавалося б, не повинні лишатись поза увагою й сучасних дослідників (хоча б тому, щоб останнім не доводилося, як-то кажуть, «винаходити велосипеди»).

З огляду на це видається доречним відтворити низку положень загальної теорії цінностей та, спираючись на потребовий підхід, застосувати їх для аксіологічної характеристики такого «легістськи-позитивістського» феномена, як державно-вольове, тобто об'єктивне юридичне, право.

Є й ще одна причина, що спонукає до цього. Під впливом антропологізації праводержавознавства — процесу цілком виправданого й своєчасного — відбувається інтенсивне відродження й поширення «природного» праворозуміння. На цьому тлі у названій науці дещо відійшли в тінь, «поскромнішали» дослідження суто юридичних — державно-нормативних — явищ (більше того: критика останніх іноді набуває «нищівного» характеру). Послабити такий дисбаланс — це друга мета, якій підпорядкована ідея (і назва) пропонованої статті.

**Потребовий підхід як підґрунтя аксіолого-правових досліджень.** Загальносоціальне поняття «соціальна цінність» характеризує ті явища об'єктивної дійсності — як матеріальні, так й ідеальні — (або ж їхні властивості), які здатні задовольнити певні потреби суб'єкта, не-

<sup>1</sup> Див., напр.: *Бандура О. О.* Єдність цінностей та істини у праві. — К., 2000.

обхідні, корисні для його існування й розвитку<sup>1</sup>. Це поняття нерідко позначається й терміном «благо». Етимологія зазначених термінів також підтверджує таке слововживання<sup>2</sup>. Справді, якщо предмет належить до розряду благ, то якраз через те, що він визнається, оцінюється як корисний, потрібний<sup>3</sup>.

Тому видається, що найбільш точною є інтерпретація поняття цінності саме як *позитивної значущості об'єкта для задоволення потреб суб'єкта*.

Воно, таким чином, розкриває позитивне значення різноманітних явищ для життя й діяльності людини, соціальних спільнот, груп, усього суспільства в цілому. Поза їх потребами немає й цінностей. Зміни у потребах — об'єктивна основа й зміни цінностей. Оскільки цінність визначається як властивостями об'єкта — «носія» цінності, так і потребами суб'єкта, вона, отже, втілює єдність об'єктивного й суб'єктивного, опосередковує специфічний, так званий суб'єктно-об'єктивний, зв'язок<sup>4</sup>. Елементами цього зв'язку, стосунку виступають предмет (об'єкт), який має властивість, здатність задовольняти потреби суб'єкта, і суб'єкт, який потребує цього предмета.

У ролі цінностей можуть виступати: біологічний, психологічний, психофізіологічний стани людини (життя, здоров'я, спокій тощо); умови суспільного життя (соціальні й природні), за яких відбуваються виникнення, розвиток і задоволення потреб; предмети та засоби задоволення потреб — продукти матеріального і духовного виробництва. Оскільки потреби суб'єкта не завжди ним самим усвідомлюються (або ж усвідомлюються не завжди правильно), предмет може ставати цінністю й незалежно від того, осмислений він суб'єктом як такий чи ні. Цінність не перестає бути такою лише від того, що вона не є рефлексованою у свідомості; вона може бути й прихованою (ла-

<sup>1</sup> Див.: *Тугаринов В. П.* О ценностях жизни и культуры. — Л., 1970. — С. 11; *Дробницкий О. Г.* Ценности // *Философская энциклопедия*. — М., 1969. — Т. 5. — С. 69.

<sup>2</sup> Див.: Великий тлумачний словник сучасної української мови. — К., 2002. — С. 1366; Толковый словарь русского языка / Под ред. Д. Н. Ушакова. — М., 1940. — Т. 4. — С. 1214; Словарь современного русского литературного языка. — М., 1950. — Т. 1. — С. 471; Т. 17. — М., 1965. — С. 630–633; Этимологический словарь русского языка. — М., 1965. — Т. 1. — Вып. 2. — С. 127.

<sup>3</sup> Порівн.: *Тугаринов В. В.* Теория ценностей в марксизме. — Л., 1968. — С. 9.

<sup>4</sup> У цьому сенсі можна стверджувати, що цінність — це функція двох змінних (див.: *Василенко В. А.* Ценность и ценностные отношения // *Проблема ценности в философии*. — М.; Л., 1966. — С. 45).



тентною), інакше ж проблема розпізнавання, знаходження, тлумачення цінностей взагалі не виникала б.

Для того щоб розмежувати об'єктивно існуючі цінності, з одного боку, та їх відображення у свідомості суб'єкта — з другого, розрізняють поняття цінності (як об'єктивної значущості об'єкта у задоволенні потреб суб'єкта) і поняття оцінки (як відображення цієї значущості у свідомості суб'єкта, тобто як «цінності свідомості»)<sup>1</sup>.

Коли ж йдеться про значущість стосовно потреб, то вона й може бути виявлена на основі так званого *потребового підходу*, тобто шляхом виявлення історично визначених потреб суб'єктів суспільного життя та встановлення ролі, функції (як потенціальної, так і реальної) тих або інших предметів, явищ у задоволенні таких потреб<sup>2</sup>.

З викладених вихідних засад випливають такі методологічні положення для вивчення цінності об'єктивного юридичного права.

1. Цінність права можна стисло визначити як його позитивну значущість (роль) у задоволенні потреб суб'єктів. Дане поняття може бути позначено також терміном-сполученням «корисність права».

Деякі автори визначають цінність права як його здатність задовольняти потреби<sup>3</sup>. Така, в принципі прийнятна, дефініція акцентує, однак, лише *можливу* цінність права. Якщо ж мати на увазі його справжню цінність, то більш точним видається розуміння її як *реальної* значущості, як *фактично* здійснюваної правом функції.

2. У тому сенсі, в якому «право... не має своєї власної історії»<sup>4</sup>, воно не має й своєї абсолютної цінності: остання визначається його конкретною роллю, його дійсним значенням у задоволенні історично визначених, змінюваних потреб учасників суспільного життя.

Отже, встановлення цінності права потребує з'ясувати, принаймні, два основні питання: по-перше, що являють собою потреби суб'єкта (індивіда, групи, всього суспільства), котрі задовольняють-

<sup>1</sup> Див., напр.: Дробницький О. Г. Мир оживших предметов. — М., 1967. — С. 44, 292; Столович Л. Н. Природа эстетической ценности. — М., 1972. — С. 55.

<sup>2</sup> Докладніше про цей підхід див.: Рабінович П. М. Соціальна сутність прав людини: у світлі потребового підходу // Вісник Академії правових наук України. — 2005. — № 1. — С. 3–7.

<sup>3</sup> Див., напр.: Фаткуллин Ф. Н., Чулюкин Л. Д. Социальная ценность и эффективность правовой нормы. — Казань, 1977. — С. 12; Баранов В. М. Взаимосвязь истинности и социальной ценности правовых норм в развитом социалистическом обществе // Вопросы теории государства и права. — Саратов, 1980. — С. 54.

<sup>4</sup> Маркс К., Энгельс Ф. Немецкая идеология. — Сочинения. — 2-е изд. — Т. 3. — С. 64.

ся цим правом; по-друге, які у права є властивості, завдяки яким воно здатне такі потреби задовольняти. Ось чому цінність права може бути розкрита передусім у рамках потребового дослідницького підходу. Останній же, слід зазначити, може застосовуватися до тієї частини правової аксіології, яка «...складається як із вчення про ідеали державно-правового будівництва, так й з оцінки тих явищ, що вивчаються, з точки зору цих ідеалів», котрі розглядаються як «відповідні наукові, культурні цінності»<sup>1</sup>. Адже походження, зміст і призначення таких ідеалів-цінностей можуть бути пояснені, в кінцевому результаті, тими потребами, задоволенню яких вони покликані сприяти.

**Інструментальна цінність права.** Вона конкретизується, по-перше, як *цінність інструментально-розподільча*. У соціально неоднорідному суспільстві об'єктивне юридичне право виступає передусім як державний засіб розподілу, надання основних соціальних благ, тобто воно є начеб їх формальним джерелом. Воно стає, так би мовити, «співучасником» задоволення найважливіших потреб суб'єктів, співorganizатором їх життєзабезпечення. Ясна річ, розподіляє блага не само по собі це право, а його «автор» — держава; але вона здійснює це за допомогою якраз об'єктивного юридичного права.

Рівень розподільчої цінності права зумовлюється, вочевидь, двома чинниками: по-перше, змістом й обсягом потреб суб'єкта; по-друге, конкретними видами та обсягами тих благ, котрі саме через право надаються у розпорядження суб'єкта для задоволення його потреб. Тому встановити цінність права у зазначеному аспекті, а також визначити його місце у загальній системі соціальних засобів задоволення потреб відповідного суб'єкта можливо лише виходячи з того, яка ж частина цих потреб задовольняється благами, які забезпечуються саме таким правом. Операціональними показниками, що дозволяють вимірювати «розмір» (рівень) такої цінності права, отримувати її *кількісну* характеристику, можуть бути, зокрема, такі індикатори:

— питома вага тих потреб, що задовольняються тільки за посередництвом права, у складі усіх потреб суб'єкта;

— порівняльна значущість для життєдіяльності суб'єкта тих потреб, котрі поза правом не можуть бути задоволені, і тих, котрі задовольняються поза ним;

— ступінь (рівень) задоволення потреб, яке опосередковується правом.

<sup>1</sup> Недбайло П. Е. Введение в общую теорию государства и права. — К., 1971. — С. 106, 107.

Вочевидь, такі індикатори самі по собі є позаюридичними, «загальносоціальними», хоча їх відбір проходить на тлі права, начебто за його участю. Кількісне значення (величина) таких показників може змінюватись передусім унаслідок загальносоціальних змін — через: а) виникнення нових потреб (тобто потреб у нових благах); б) розширення чи звуження сфери прояву вже існуючих потреб (тобто збільшення чи зменшення кола суб'єктів, які мають такі потреби); в) кількісну зміну самої потреби (її збільшення чи зменшення); г) актуалізацію відповідної потреби, тобто посилення її нагальності у життєдіяльності суб'єктів та відображення цієї обставини в ієрархії усвідомлених установок суб'єктів.

Будь-які коливання означених показників, які можуть бути викликані вказаними причинами, відобразатимуть зміни цінності права в її інструментально-розподільчому аспекті. Але при цьому очевидно, що як підвищення такої цінності права не можна ставити «у заслугу» безпосередньо йому, так й її зменшення не слід ставити йому «за провину». Якщо об'єктивне юридичне право безпосередньо не виробляє матеріальні і духовні блага, то воно само й не «відповідає» за їх вид і обсяг. Тому в даному аспекті цінність права є його *похідною*, залежною, вторинною характеристикою. Право «у даному відношенні є цінністю такою самою мірою, якою якість цінності мають і політика, і економіка, і мораль, і духовне життя суспільства у цілому. Тут право — при всій його важливості, багатогранності — нічого принципово нового у загальну «номенклатуру» соціальних цінностей не додає (хоча й суттєво посилює, збагачує їх)»<sup>1</sup>. Воно лише ніби забарвлюється у колір тієї цінності, котру розподіляє.

*Інструментально-позначальна цінність права*<sup>2</sup> полягає у тому, що юридичні норми називають, позначають, вказують ті явища (предмети, дії), які — з позиції держави — призначені задовольняти потреби тих чи інших суб'єктів і тому належать до цінностей. Саме ж право виступає тут цінністю тому, що задовольняє інформаційно-орієнтаційні потреби особи.

Для відображення цінностей у законодавстві може використовуватися описова (дескриптивна) форма викладу — це має місце зазвичай у преамбулах законів. Проте основною формою вираження цінностей у праві слугують прескриптивні, деонтичні судження. Так, у вигляді *обов'язків* фіксуються вчинки, котрі мають цінність для відповідних (уп-

<sup>1</sup> Алексеев С. С. Право и наша жизнь. — М., 1978. — С. 127.

<sup>2</sup> Вона може називатись також вказівною, сигніфікативною, орієнтаційною.

равоважених) суб'єктів, для держави. У вигляді ж *прав* подається опис вчинків, які здатні принести користь носіям цих прав та іншим суб'єктам. Нарешті, у формі *заборон* вказуються вчинки, несумісні з певними цінностями, тобто такі, що руйнують цінні для відповідних суб'єктів й схвалювані чи допустимі державою суспільні відносини, а також вчинки, що породжують антисуспільні відносини. У праві зазначаються також й «антицінності», використання яких заборонено для задоволення навіть соціально прийнятних потреб (наприклад, використання на досудовому слідстві з кримінальної справи насильства, погроз, обману для отримання свідчень). Загальна особливість законодавчого відображення цінностей полягає в його офіційному характері, в обов'язковому для всіх значенні.

Безпосередніми об'єктами такого позначення можуть виступати:

а) предмети (явища, події, дії, відносини), корисність яких є очевидною. Причому вони можуть номінуватись у вельми абстрактній формі. (Щоправда, в окремих випадках правозастосовувачу юридично дозволяється дещо переоцінювати, коригувати думку законодавця щодо значущості відповідних вчинків, зафіксованих у законодавстві, і за своєю власною оцінкою виключати їх з кола цінностей, що розподіляються або охороняються правом);

б) сама по собі значущість вчинків (явищ, предметів, подій, відносин) без зазначення їх формально визначених ознак, які можуть бути зафіксовані емпірично. Яскравими прикладами такого позначення можуть слугувати оціночні поняття, що вживаються у законодавстві (скажімо, поняття поважних причин, відповідності інтересам дітей, тяжких наслідків). Вони характеризують значущість (особистісну, групову, загальносоціальну) таких вчинків, формально визначені ознаки яких у нормативних актах взагалі не описуються.

Об'єктивна необхідність вдатися у законодавстві до таких понять зумовлюється тим, що у багатьох випадках ті дії, які є однакови-ми за їхніми формально визначеними, емпірично фіксованими зовнішніми ознаками, набувають, проте, неоднакової соціальної значущості та й навпаки: дії, різні за формальними ознаками, можуть мати однакову соціальну значущість. Оскільки встановлена у нормах права юридична значущість фактів втілює реакцію держави передусім на їх соціальну значущість, то в наведених випадках використання оціночних понять у нормативно-правових актах стає неминучим. З огляду на це навряд чи буде перебільшенням висновок про те, що *використання оціночних понять в юридичному регулюванні — це специфічна державно-правова закономірність*. Звичайно, в різних видах суспільних

відносин, різних галузях права сфера дії даної закономірності не є однаковою.

Коли правозастосовувачу потрібно звернутись до оціночного поняття для вирішення справи, він повинен встановити, які реальні факти у досліджуваній ситуації справді мають (чи мали) саме ту соціальну значущість, яка зафіксована у такому понятті і з якою, отже, законодавець пов'язує відповідні юридичні наслідки.

Правозастосовувач у даному випадку начеб продовжує й доводить до кінця розпочате законодавцем виявлення цінностей (або ж, навпаки, антицінностей), яким надається юридичне значення;

в) нарешті, одночасно й значущість, і ті відповідні за формальними показниками дії, які таку значущість мають, які її начеб «породжують». Саме таким шляхом ціннісне (аксіологічне) відображення у законодавстві соціальних реалій забезпечується найповніше.

Завдяки своїй інструментально-позначальній цінності об'єктивного юридичного права використовується як надійний орієнтир у сфері задоволення потреб: «...якісь функції світлофора чи дорожнього знаку, якщо така аналогія доречна, воно виконує на шляху спрямування думки суб'єкта до відповідних цілей та засобів їх досягнення»<sup>1</sup>.

По-третє, *інструментально-співвимірна цінність права*. Відомо, що значущість вчинків, предметів, явищ не є однаковою для кожного суб'єкта і що вона, крім того, змінюється у соціальному часі та соціальному просторі. «Отже, сама ціннісна предметність об'єктивно ієрархізована, і ця ієрархія є обов'язковою для відповідного способу існування суспільного суб'єкта»<sup>2</sup>. Їй має відповідати, ясна річ, і суб'єктивна ієрархія цінностей (оцінок). У соціально неоднорідному суспільстві одним із засобів формування останньої якраз і виступає право. Воно вибудовує таку ієрархію відповідно передусім до потреб, інтересів домінуючої частини суспільства. Як відзначила А. Поезна у статті «До питання про співвідношення систем цінностей і системи правових норм», при створенні ієрархії цінностей, котрі являють собою вихідний пункт для правотворчості та охороняються правопорядком, вирішальним чинником стає співвідношення різних соціальних сил у суспільстві»<sup>3</sup>.

Юридичні норми, закріплені у системі державних нормативно-правових актів, відображають субординацію різних цінностей, фіксу-

<sup>1</sup> Лазарев В. В. Социально-психологические аспекты применения права. — Казань, 1982. — С. 101.

<sup>2</sup> Брожик В. Марксистская теория ценностей. — М., 1982. — С. 201.

<sup>3</sup> Див.: Právnícke studie. — Bratislava, 1977, роф 23. — С. 102.

ють розрізнення щодо їх рівня, характеризують їх, так би мовити, нерівноцінність — так, як це уявляє собі у першу чергу та частина суспільства, яка «володіє» державою. Завдяки цьому такі норми використовуються задля ранжування, співвимірювання цінностей, яке набуває істотного значення для вибору й прийняття рішень у процесі управління (самоуправління) людською поведінкою.

Така роль об'єктивного юридичного права набуває підвищеної значущості тому, що воно формалізує відповідну ієрархію цінностей та забезпечує її всезагальну обов'язковість.

Інструментально-співвимірна функція права зазвичай реалізується за посередництва таких техніко-юридичних засобів.

**А.** Розташування опису праворозподілених (і правоохоронюваних) цінностей — відповідно до їх порівняльної значущості — у нормативно-правових актах різної юридичної сили. У такий спосіб суб'єктивна (встановлена державою) ієрархія нормативно-правових актів покликана і здатна відображати, більш чи менш точно, об'єктивну ієрархію цінностей.

**Б.** Відповідна субординація існує, як відомо, й між різними галузями права. Тому порівняльна значущість праворозподілених чи правоохоронюваних цінностей може відобразитися також шляхом закріплення їх у нормах різної галузевої приналежності.

**В.** Розподіл, розміщення легального опису цінностей у різних підрозділах (розділах, главах, статтях) одного закону. Послідовність останніх своєрідно відображає порівняльну значущість відповідних цінностей (зазвичай, від більшої до меншої). У ряді випадків шляхом переміщення опису праворозподілених (правоохоронюваних) об'єктів з одного розділу законодавчого акта до іншого офіційно фіксується зміна їх порівняльної значущості.

**Г.** Включення в нормативно-правовий акт вказівки на черговість чи перевагу у виборі тих або інших цінностей у відповідній ситуації, зокрема у разі їх «конфлікту», коли правотворчий орган «мусить віддавати перевагу відповідним інтересам і цінностям чи захищати одні інтереси та цінності, завдаючи шкоди іншим»<sup>1</sup>.

**Г.** Законодавче закріплення заборони, безумовної неприпустимості зазіхання на певні цінності, які у даній системі суспільних відносин визнаються *абсолютними* (наприклад, честь і гідність людини,

<sup>1</sup> Naschitz A. Q otazkach hodnot a hodnoceni v pravu // Právník. — 1965. — № 5. — С. 489; Нашуц А. Правотворчество. Теория и законодательная техника. — М., 1974. — С. 89.



відповідний державний і суспільний лад, громадська безпека). Інші ж блага, котрим, з точки зору законодавця, в якихось ситуаціях, зокрема при захисті цінностей абсолютних, може бути завдана та чи інша шкода, є — порівняно з першими — цінностями *відносними* (скажімо, майно).

Д. Встановлення у законодавстві різноманітних за видом (змістом) і розміром (кількістю) заохочень відповідно до рівня цінності дій суб'єкта. Прикладом може бути система державних нагород, «градуїювана» стосовно того чи іншого ступеня соціальної корисності певного різновиду вчинків, а також особи, котра їх скоїла.

Е. Законодавче ранжування видів та розмірів санкцій за правопорушення залежно від ступеня цінності об'єкта посягання. Чим більшу цінність має об'єкт, якому завдано шкоду внаслідок неправомірного вчинку, тим більш сувора санкція передбачається за вчинення останнього. Таким чином, ієрархія санкцій (якщо вона правильна, обґрунтована), будучи начебт прямо пропорційною ступеню корисності правоохоронюваних цінностей, виступає своєрідним відображенням їх власної ієрархії. Крім того, офіційне градуїювання самих заходів юридичної відповідальності за ступенем їх тяжкості характеризує порівняльну значущість тих цінностей, що їх держава позбавляє правопорушника залежно від тяжкості правопорушення.

По-четверте, *інструментально-охоронювана (захисна) цінність об'єктивного юридичного права* полягає у тому, що воно регламентує дії з охорони, захисту цінностей, а у разі їх пошкодження, знищення встановлює порядок їх «ремонт», відновлення. Тому будь-яке порушення юридичної норми саме «завдяки цінності, яка нею охоронюється, діє на суспільство безпосередньо і дуже відчутно»<sup>1</sup>. І, до речі, особливості в юридичному нормуванні процедури захисту різних цінностей також є своєрідним відображенням їх нерівнозначності, ієрархічності. Отож, дана функція права щільно примикає до попередньої.

Нарешті, по-п'яте, *інструментально-пізнавальна цінність* права. Будь-яка соціальна норма імпліцитно втілює узагальнену оцінку, відображення цінності тих відносин, регулювання яких вона покликана здійснювати. Завдяки цьому така норма здатна виступати засобом «розшифровки» значущості фактів, на які вона розрахована, до яких вона має застосовуватись. Як зазначалось, правова норма фіксує, в тій чи іншій формі, державну оцінку (відображення) об'єктивної значу-

<sup>1</sup> *Pojezna A. K. vyznamu axiologie pre vedy o state a prave // Pravny obzor. — 1973. — № 3. — S. 205.*

щості явищ, предметів задля задоволення потреб суб'єктів. Тому здійснювана через таку норму юридична кваліфікація фактів завжди являє собою — за її гносеологічною природою — пізнання їх соціальної сутності. Остання ж якраз і є не що інше, як роль, значущість таких фактів у задоволенні потреб.

Отже, виконуючи усі зазначені вище функції, об'єктивне юридичне право якраз і виступає вельми важливою інструментальною цінністю чи то для окремої людини, чи то для певної (здебільшого домінуючої) частини суспільства, чи то для всіх учасників суспільного життя. І тут дуже важливо підкреслити обставину, на яку, між іншим, у свій час звернули увагу румунські фахівці І. Ш. Горганеану й А. К. Олару у статті «До питання про аксіологічну перспективу у вивченні юридичних явищ»: після того (і внаслідок того), як соціальна цінність отримує юридичне закріплення, спирається на підтримку права, вона «змінює своє місце у першопочатковій системі цінностей»<sup>1</sup>. Інакше кажучи, правове обслуговування тих чи інших благ спричиняє зміну рівня їх цінності — частіше за все у напрямку його підвищення. Й у цьому «побічному продукті» функціонування права також можна вбачати його своєрідну, так би мовити, *інструментально-коригуючу цінність*.

Рівень виконання об'єктивним юридичним правом зазначених функцій залежить від низки обставин. Серед них вирішальну роль відіграє його соціальна сутність: саме зацікавленістю домінуючої частини суспільства, чия воля здебільшого виражає таке право (а подекуди й зацікавленістю усього суспільства), у відповідних цінностях зумовлюється те, яким чином держава застосовує своє право як інструмент (засіб) розподілу та захисту останніх. Вельми важливою є роль права й у вирішенні загальносоціальних завдань, однак і вона здійснюється правом також під контролем інтересів домінуючої частини суспільства — виконується у тому обсязі й у тій формі, які ними коригуються.

Якість виконання правом інструментально-ціннісних функцій значною мірою залежить від повноти й точності пізнання, по-перше, потреб особи, домінуючої частини суспільства та інших суб'єктів, а врешті-решт — і всього суспільства і, по-друге, від ролі права у задоволенні тих потреб, котрим держава надає юридичного значення. Йдеться, таким чином, про *гносеологічну передумову інструментальної цінності права*.

<sup>1</sup> *Gorganeanu J. Ch., Olaru A. C. Cu privire la perspectiva axiologica in abordarea fenomenului juridic // Revista de filozofie. — 1975. — № 5. — P. 621.*

У зв'язку з цим ще раз підкреслимо, що пізнання цінностей тих явищ, відображувати, ранжувати, розподіляти, захищати які має держава за допомогою об'єктивного юридичного права, є пізнання його соціальної сутності. Остання ж, відповідно до природи будь-якого соціального, є не що інше, як значущість (роль, функція) явищ у суспільній практиці — передусім у задоволенні потреб суб'єктів. *Суспільне буття речей, дій й подій — це їх загальнофункціональне, тобто ціннісне, буття, це їх суспільне функціонування.* Інакше кажучи, соціальна значущість — це, власне, й є соціальна сутність. Тому аксіологічне вивчення явищ не може не бути сутнісним; і навпаки: пізнання соціальної сутності явища — це завжди його оцінювання, котре резюмується у характеристиці його цінності, в його оцінці.

Таке розуміння оцінювання й оцінок дає підставу повною мірою застосувати до них категорії істинності й помилковості.

Задоволення потреб суб'єктів, у процесі якого тільки й конститується соціальна сутність явища, відбувається у відносинах (зв'язках, контактах, залежностях) суб'єкта (носія) потреби з іншими учасниками суспільного життя, з оточуючою дійсністю в усьому її різноманітті. Отже, виявити цінність (значущість) явища можна шляхом вивчення відносин із задоволення потреб (потребових відносин). Дослідження таких відносин в їх особистісному (суб'єктному), поведінковому й речово-предметному проявах якраз і призводить до пізнання цінності об'єктів потреби.

Результати такого — аксіолого-сутнісного — пізнання фіксуються в оціночних поняттях. Чимало з них, як уже зазначалось, часто використовуються у законодавстві, оскільки держава прямо пов'язує певні юридичні наслідки з відповідною соціальною значущістю явища. Але й у тих випадках, коли оціночні поняття безпосередньо не включаються у норму, передумовою її формування завжди є все ж судження про цінності. «Судження про цінності, корисності того чи іншого способу поведінки, — писала О. Лукашова, — яке відповідає здійсненню інтересів суспільства, класу, групи, стає незалежним від конкретної діяльності, вчинку, але набуває значення масштабу, критерію оцінки майбутніх форм поведінки. Будучи об'єктивованою, оцінка виступає у вигляді вимоги до майбутніх вчинків. Так відбувається трансформація судження про цінність у норму»<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Лукашева Е. А. Социалистическое правосознание и законность. — М., 1973. — С. 57. Див. також: Кобляков В. П. Об истинности моральных суждений // Вопросы философии. — 1968. — № 5. — С. 68.

Співвідношення оцінок (зокрема, оціночних понять) і соціальних норм (у тому числі норм юридичних) характеризується тим, що будь-яка така норма імпліцитно містить оцінку, хоча б і не у вигляді самостійної частини норми і не в явно об'єктивованій, «наочній» мовній формі. Оцінка ніби занурена у норму, не вичерпуючи її. Але й норма є явищем, яке дещо відрізняється від оцінки. «Оцінка не наказує безпосередньо, норма не дає безпосередньо оцінки, не кваліфікує»<sup>1</sup>. Норма виконує роль масштабу, оцінювання поведінки саме тому, що в ній «знята», перероблена оцінка.

З огляду на це однією з найважливіших передумов дієвості норми є її істинність як адекватного відображення (оцінки) значущості тих явищ, які здатні задовольнити потреби суб'єктів<sup>2</sup>. Помилки у пізнанні цінностей можуть мати в юридичному регулюванні своїм наслідком: неспівмірність юридичної сили різних нормативних актів із рівнем цінностей, що ними закріплюються; недоліки у встановленні галузевої приналежності, «прописки» юридичної норми; неадекватність засобів позитивного юридичного стимулювання чи засобів юридичного захисту рівню цінності відповідних відносин<sup>3</sup>.

Якщо першим кроком у пізнанні цінностей, що підлягають державно-юридичному розподілу, захисту, є виявлення потреб, то всі відомості стосовно останніх, котрі містяться в офіційних й інших матеріалах, які «постачають» різні науки, мають використовуватися у правотворчості. Але пізнання потреби є завжди разом з тим і виявленням тих предметів, об'єктів, які здатні її задовольнити. Отже, інформація про зміст, структуру, класифікацію цінностей, що повинні дістати юридичне закріплення, — інформація, яка надходить з різноманітних джерел, — мусить також максимально враховуватись правотворчими органами.

Оскільки ієрархія потреб визначає, «веде» за собою ієрархію цінностей, то й наукова класифікація перших набуває важливого методологічного значення в ціннісно-інструментальному використанні права: вона слугує ефективним логіко-теоретичним засобом пізнан-

<sup>1</sup> Неновски Н. Право и ценности. — София, 1982. — С. 73–74.

<sup>2</sup> Ціннісно-пізнавальні аспекти правотворчості аналізувались, зокрема, у статтях А. Нашиц «Проблеми цінності й оцінки у праві» (Revista de filozofie. — 1965. — № 5. — Р. 580–581, 584–585) та В. Пешки «Цінності і категорії у правотворчості» (Jogtudományi Kozlony. — 1981. — № 4. — Р. 239–247 old.).

<sup>3</sup> Більшість з наведених вище аксіолого-правових положень було покладено в основу виконаної під нашим керівництвом кандидатської дисертації В. Косовича «Оцінювання й оцінки у правовому регулюванні» (1996).

ня й ідеологічного відтворення «піраміди» потреб. Як відомо, така класифікація може здійснюватись за різними критеріями: зокрема, за сферою суспільних відносин, життєдіяльності (потреби економічні, політичні, духовні, оборонні тощо); за ступенем нагальності (потреби насущні, актуальні, перспективні); за суб'єктами (потреби особистісні, групові, загальносоціальні); за роллю потреб у розвитку, вдосконаленні особи та суспільства (розумні, нерозумні); за ступенем поширеності (загальні, специфічні, виняткові); за характером об'єктів, що слугують засобом їх задоволення (матеріальні, духовні, соціальні); за ступенем важливості для існування й розвитку суб'єкта (визначальні, основні, другорядні).

Історичність, динамічність потреб зумовлює й зміну відповідних властивостей права як інструмента їх задоволення.

Все викладене про інструментальну цінність права не вичерпує його аксіологічної характеристики. Якраз із позицій потребового підходу до розв'язання аксіологічних проблем у праві можливо й необхідно вбачати в об'єктивному юридичному праві ще й його *власну цінність*. Проте остання заслуговує на окреме дослідження й обґрунтування<sup>1</sup>.

*Надійшла до редколегії 10.06.05*

**О. Костенко**, член-кореспондент  
АПрН України

## Людський фактор у праві (дослідження з позиції соціального натуралізму)

Як це не дивно, але феномен права, що виникло разом з виникненням людства і супроводжує життя кожної людини, залишається, поки що, непізнанною таємницею. Особливо очевидним це стає тоді, коли поставити перед собою питання: «Що таке право?» На цьому шляху, на нашу думку, попереду людство ще чекають великі відкриття... А сьогодні надзвичайно важливим є правильно поставити питання про «право» перед наукою, тому що від цього залежить, чи правильно здійснюватиметься наукове дослідження, що має привести до правильної відповіді.

<sup>1</sup> Докладніше про це див., напр.: Рабинович П. М. Социалистическое право как ценность. — Львов, 1985. — С. 29—37.

Як свідчить досвід, для того, щоб одержати правильну відповідь на питання, треба правильно це питання поставити. На нашу думку, в правознавстві має існувати якесь «основне питання правознавства», розв'язавши яке, ми зрозуміємо, що таке право.

При найближчому розгляді історії правознавства можна зробити висновок про те, що *основне питання правознавства має бути сформульоване таким чином: «Право — це витвір природи чи людей? А якщо того й іншого, то яка роль природи і яка роль людей у творенні права?»* Відповідь саме на це питання, вважаємо, дасть можливість зрозуміти, що таке право. А зрозумівши це, люди розумно користатимуться правом, уникаючи, зокрема, правового свавілля і правових ілюзій.

І тут слід зазначити, що Г. Гроцій, розглядаючи питання, чи є правознавство наукою, писав: «Багато хто до цих пір намагався надати цій галузі (юриспруденції. — О. К.) наукової форми, але ніхто не зміг цього зробити, та й, по правді кажучи, це неможливо було здійснити інакше як... відокремивши те, що виникло внаслідок установа, від того, що виникає із самої природи»<sup>1</sup>. Ця ідея особливо актуальна зараз, коли виникає гостра потреба в модернізації української юридичної науки, виходячи з нового розуміння того, що таке право. Якщо ж юриспруденція стане справді наукою, то можливим стануть і наукові відкриття в юриспруденції, без яких вона залишиться лише ремеслом.

З огляду на викладене можна зробити такий висновок: правознавство стає справді наукою лише тоді, коли досліджує не тільки людське начало права, а й його природне начало, тобто тоді, коли, вирішуючи основне питання правознавства, визнає, що право є витвором не тільки людей, а й природи.

Проблему співвідношення людського і природного в праві розглядав також Дж. Локк. «Зобов'язання закону природи, — писав він, — не перестають існувати в суспільстві, вони лише в багатьох випадках більш чітко виражені, і відповідно до людських законів вони супроводжуються відомими покараннями, для того, щоб примусити їх виконувати. Таким чином, закон природи виступає як вічне керівництво для всіх людей, для законодавців такою ж мірою, як і для інших. Ті закони, які вони створюють для спрямування дій інших людей, мають, так само, як і їхні власні дії й дії інших людей, відповідати закону природи...»<sup>2</sup>

Отже, якщо Г. Гроцій ще лише пропонував розрізнити людське і природне в праві, то Дж. Локк вже намагався дати відповідь на питан-

<sup>1</sup> Гроций Гуго. О праве войны и мира. — М., 1994. — С. 52.

<sup>2</sup> Локк. Сочинения в трех томах. — М., 1988. — Т. 3. — С. 341.

ня: а які ж ролі відіграють людське і природне в праві? Тому з ідеями Г. Гроція і Дж. Локка пов'язані два важливі кроки на шляху до розв'язання основного питання правознавства.

Проте факти, що вказують на тенденцію до поширення у сучасному світі правового свавілля і правових ілюзій, і ознаки кризи юриспруденції роблять актуальними нові кроки на шляху до розв'язання основного питання правознавства і, зокрема, до визначення ролі людського фактора у праві. І тут слід зазначити, що, на нашу думку, методологічним інструментом, придатним для здійснення наступних кроків на шляху дослідження ролі людського фактора у праві, може бути так званий «*принцип соціального натуралізму*»<sup>1</sup>. Цей принцип можна сформулювати так: соціальні явища слід розглядати як такі, що існують так само за законами природи, як і біологічні чи фізичні явища. Це означає, зокрема, що воля і свідомість утворюється у людей не для того, щоб жити поза законами природи, а навпаки, для того, щоб жити у злагоді із ними.

З принципу соціального натуралізму випливає, що і право, будучи соціальним явищем, слід розглядати як таке, що не може не мати природної основи. Але якщо право має природну основу, то що в цьому соціальному явищі є від людей?

Надзвичайно важливим для дослідження людського фактора у праві є вирішення питання, сформульованого Дж. Локком: «Чи існує відображення закону природи в душі людини?» При цьому слід зауважити, що Дж. Локк під «законом природи» розумів закон, що є витвором Матері-Природи, а не людей, вважаючи, що саме ним має керуватись як будь-який законодавець, так і будь-яка людина, на яку також поширюється рукотворне законодавство.

Здійснивши відповідне дослідження, Дж. Локк досить обґрунтовано робить висновок про те, що «закон природи» не записано від народження в душі людини<sup>2</sup>. Люди обдаровані лише здатністю пізнати «закон природи».

Виходячи з того, що право як феномен людського суспільства має засновуватися на «законі природи», Дж. Локк категорично заперечує правдивість прислів'я «Глас народу — глас Божий». «...Яке невірне, яке підступне це твердження, — пише він, — які нещастя воно таїть у собі, з якими партійними пристрастями, з яким жорстоким умислом

<sup>1</sup> Див., зокрема: Костенко О. Соціальний натуралізм як методологічний принцип юриспруденції і кримінології // Вісник Академії правових наук України. — 2004. — № 4 (39). — С. 133–145.

<sup>2</sup> Див: Локк. Вказ. праця. — С. 16.

кидали в натовп це зловісне прислів'я... Чи існує що-небудь настільки нечестиве, настільки безбожне, настільки противне праву божому і людському, до чого коли-небудь не закликав шаленіючий натовп у своїй згоді, або — краще — у зговорі? Ми знаємо, що це приводило до нищення храмів божих, до безмежної брутальності і мерзотності, до зневаження законів...»<sup>1</sup>

Таким чином, не лише властивості людини, а й властивості народу не можуть бути причиною існування права — вони можуть бути лише умовою його, надаючи законам природи форми того чи іншого законодавства держави. Однак ця форма, будучи залежною від властивостей людини і народу, зокрема від волі і свідомості людей, може бути як такою, що відповідає законам природи, так і такою, що не відповідає їм. Це означає, що законодавство держави, навіть тоді, коли воно відображає волю і свідомість народу, може суперечити законам природи. Таке буває у випадках, якщо соціальна (тобто політична, економічна, правова, моральна) культура народу перебуває у стані кризи. Тому, аби не закріпити у формі законодавства свавілля й ілюзії народу, Дж. Локк вважав правильним «звертатись не до більшості, а до більш мудрих і проникливіх»<sup>2</sup>. Бо більш мудрі і проникливі — це ті, хто пізнав закони природи, в тому числі закони природного права.

До речі, якщо розглядати ці ідеї Дж. Локка з позиції соціального натуралізму, то з цього випливає так звана «*культурно-владна*» концепція демократії, що може мати значення як для теорії, так і для практики демократії. Ця концепція полягає в тому, що демократія розглядається не просто як влада народу, а як влада народу, що має належну соціальну (в тому числі політичну, економічну, правову, моральну) культуру. Розбудувати демократію без соціальної культури людей неможливо, бо завжди в результаті такого будівництва із рук будівничих виходитиме «псевдодемократія», коли свавілля й ілюзії пануватимуть у державі і замість демократизму в суспільстві розвинеться одне з двох: або криміналізм, або альтернативно йому тоталітаризм. Третнього не дано!

Що стосується державної влади, то з принципу соціального натуралізму випливає такий висновок: найкращою є та державна влада, яка найкраще втілює у своїй діяльності владу над людьми Матері-Природи, діючи за її законами. А таке втілення залежить від людського фактора.

З огляду на зазначене, можна стверджувати, що принцип соціального натуралізму є тим ключем, який відкриває шлях до пізнання ролі

<sup>1</sup> Локк. Вказ. праця. — С. 26.

<sup>2</sup> Там само. — С. 6.



людського фактора у праві, а також у державній владі та інших соціальних інституціях.

Відповідно до принципу соціального натуралізму основне питання правознавства може бути вирішене таким чином: у творенні права природний фактор відіграє ту роль, що природа створює закони, які ми називаємо «законами природи», а людський фактор відіграє ту роль, що люди надають «законам природи» соціальної форми, яку ми називаємо «законодавством», або «нормативно-правовими актами».

Виходячи з такого вирішення основного питання правознавства, право можна визначити так: право — це заснований на законах природи, яким надано форми законодавства і правової практики, інститут забезпечення соціального порядку, сприятливого для нормального існування людей в суспільстві. Визначене таким чином право забезпечує соціальний порядок тим, що воно є засобом узгодження проявів волі і свідомості людей з законам природи. Звідси, на нашу думку, і слід виводити роль людського фактора у праві. Очевидно, ця роль полягає у тому, що люди надають законам природи, за якими існує суспільство, форми законодавства, або, як його ще називають, «позитивного законодавства», а також у тому, що люди самі приводять у дію законодавство. Інакше кажучи, для того щоб вивести роль людського фактора у праві, треба розв'язати проблему антропогенності права, тобто проблему меж залежності права від властивостей людини та її діяльності. Особливо гостро ця проблема постає у зв'язку із реформою права, як це, зокрема, спостерігається сьогодні в Україні.

Розглядаючи роль людського фактора в праві, основне питання правознавства можна модифікувати так: «Людина — творець права в цілому, чи лише законодавства і правової практики як позитивного аспекту права, який у єдності з природним аспектом утворює феномен права?» І відповідь на це питання має бути такою: «Людина — творець не права в цілому, а лише законодавства і правової практики, тобто лише позитивного аспекту права, який у єдності з природним аспектом утворює феномен права». Це, очевидно, і складає *антропогенність права*. Аналогічним чином можна визначити *антропогенність держави*.

Спеціальною галуззю науки, яка досліджуватиме людський фактор у праві, вочевидь, має бути *правова антропология*. Зокрема, вона має досліджувати роль властивості людей у творенні права, якщо під правом розуміти закони природи, так чи інакше втілені волею і свідомістю людей в законодавстві держави і правовій практиці. Так само можна говорити і про *державну антропологию*, що має досліджувати роль людського фактора у творенні держави.

Яке ж теоретичне і практичне значення викладеної концепції ролі людського фактора у творенні права, сформульованої за допомогою принципу соціального натуралізму?

Теоретичне значення цієї концепції полягає в тому, що вона, даючи правильне уявлення про роль людського фактора у творенні права, запобігає як перебільшенню цієї ролі в правовій доктрині, так і применшенню її, тобто дозволяє уникнути як правового волонтаризму, так і законодавчого нігілізму.

Практичне значення концепції ролі людського фактора у творенні права полягає в тому, що вона вказує таке: законодавство держави і правова практика мають вдосконалюватись таким чином, щоб якнайповніше втілювати закони природи, зокрема закони природного права.

І ще один висновок випливає із дослідження людського фактора у праві із позиції соціального натуралізму: законодавство у державі не лише створюється волею і свідомістю людей, а й приводиться ними в дію. Таке уявлення про законодавство дозволяє сформулювати так звану *інструментальну* концепцію законодавства. Відповідно до цієї концепції законодавство в державі має розглядатися як інструмент, який діє не самочинно, а лише тоді і так, коли і як його застосовують люди. Інакше кажучи, людський фактор в праві полягає ще й у тому, що від властивостей людей залежить як законодавство, що ними застосовується, буде діяти. Визначальною властивістю людей, від якої це залежить, є їхня *соціальна культура, що має розглядатися як міра узгодженості волі і свідомості людей із законам природи*.

Без належної соціальної культури людський фактор проявлятиметься у вигляді зловживання законодавством. З інструментальної концепції законодавства випливає такий висновок: яким би досконалим не було законодавство, завжди існує можливість ним зловживати. Ця можливість і реалізується тими, хто не має належної соціальної культури. Отже, навіть при найкращому законодавстві людський фактор у праві може проявлятися у вигляді зловживання цим законодавством, якщо той, хто користується ним як інструментом, не має належної соціальної культури.

У свій час Ф. Ніцше поставив парадоксальне, на перший погляд, питання: чи може бути мораль шкідливою? Так само можна сформулювати наступне питання: чи може бути право шкідливим? На нашу думку, право, як і мораль, може бути не лише корисним, а й шкідливим. Така відповідь випливає із запропонованої вище концепції ролі людського фактора в праві, яка придатна також для пояснення ролі людського фактора в моралі.



Якщо законодавство неадекватно відображає закони природи або якщо люди через свою сваволу та ілюзії зловживають законодавством, то право стає шкідливим. Так само, якщо моральні приписи, сформульовані людьми, неадекватно відображають закони природи або якщо люди через свою сваволу та ілюзії зловживають цими моральними приписами, мораль теж стає шкідливою. І тому неправий був Ф. Ніцше, який, відповідаючи на сформульоване ним питання «Чи може мораль бути шкідливою?», стверджував, що будь-яка мораль шкідлива. Насправді, шкідливою є лише та мораль, в якій людський фактор відіграє неправильну роль. Це стосується і права. Зокрема, мораль і право можуть бути шкідливим тоді, коли законодавство і моральні приписи застаріли і вже неадекватно відображають ті закони природи, за якими існує нове суспільство, що виникає в результаті розвитку замість старого. Сократ, наприклад, досягнувши своїм генієм нову, прогресивну мораль, мав усі підстави вважати мораль своїх сучасників шкідливою, бо, будучи застарілою, вона стала гальмом на шляху суспільного прогресу. Так само можна сказати, що право, яке існувало в Афінах до Солона, чи право, яке існувало у Франції до Наполеона, теж стало на той час шкідливим і тому було реформовано, тобто замінене новим, що мало вже корисні властивості для нового суспільства.

Отже, саме через людський фактор може відбуватися руйнація старої чи, навпаки, розбудова нової моральності в суспільстві, під якою слід розуміти моральний порядок, адекватний законам природної моралі, а також руйнація старої чи розбудова нової законності суспільства, під якою слід розуміти правовий порядок, адекватний законам природного права.

Чи буде людський фактор проявлятися в моралі і праві саме таким чином, залежить від соціальної культури людей.

Цей висновок має також кримінологічне значення. Зокрема, дослідження в рамках започаткованого в Інституті держави і права ім. В. М. Корецького НАН України нового наукового напрямку — політичної кримінології — вказують на те, що людський фактор слід розглядати як такий, що відіграє визначальну роль у тому, що із чинного законодавства люди здатні отримувати не лише законну, а й злочинну користь, порушуючи правовий порядок шляхом зловживання законодавством. Особливо виразно це проявляється в корупції, якщо на її корені поглянути не з точки зору «Чому чиновники беруть хабарі?», а з точки зору «Чому громадяни дають хабарі?»

Знайшовши відповідь на останнє питання, можна скласти правильне уявлення про роль людського фактора у творенні такого виду

беззаконня, як корупція. У світлі цього стає очевиднішим, що корупція існує не лише тому, що хтось бере хабарі, а й тому, що хтось їх дає, не маючи належної соціальної культури для того, щоб задовольняти свої потреби в законний спосіб. Тому, на нашу думку, утвердження правового порядку, зокрема, успішна протидія корупції та іншим кримінальним перешкодам на шляху прогресу українського суспільства, неможливе без підвищення рівня соціальної (політичної, економічної, правової, моральної) культури громадян, від якої залежить дія людського фактора в забезпеченні правового порядку. В зв'язку з цим утопічними видаються сподівання на те, що корупцію можна подолати шляхом впливу лише на тих, хто бере хабарі, не сприяючи розвитку соціальної, в тому числі антикримінальної, зокрема антикорупційної, культури у тих, хто дає хабарі.

Слід, очевидно, діяти за принципом: якщо завдяки належному рівню культури громадяни перестануть давати хабарі, то чиновники внаслідок цього втратять можливість їх брати. Це впливає з того, що соціальна культура людей визначає, чи буде беззаконня в суспільстві і як саме буде діяти законодавство в державі, якщо люди його застосуватимуть.

Якщо ж соціальна культура людей визначає, як діятиме законодавство в державі, з цього випливає, що соціальна культура людей, в тому числі їхня правова культура, вище за Конституцію та будь-які інші закони, бо саме завдяки їй люди, приводячи в дію законодавство, роблять це у відповідності із законами Вищого Законодавця, яким є Мати-Природа. Можна стверджувати, що існує така закономірність: *кожен народ має таке право, яке визначається його соціальною (в тому числі правовою) культурою*. Інакше кажучи: яка соціальна культура народу, таке у нього і право. На це вказує і тлумачення співвідношення «благодаті і закону», запропоноване, зокрема, апостолом Павлом. «Гріх не має над вами панувати, бо ви не під законом, але під благодаттю», — писав він у своєму Посланні до римлян (глава 6, вірш 14). «Закон» апостол Павло визначав як засіб для пізнання гріха: «Законом пізнається гріх» (Послання до римлян, глава 3, вірш 20). Що стосується «благодаті», то є усі підстави вважати, що цим словом він називав стан узгодженості волі і свідомості людини з Богом, який людина отримувала через свою віру в Бога. Якщо Бога розуміти як Природу, то й благодать має розумітися як культура людини, тобто стан узгодженості її волі і свідомості з Природою.

Отже, як у християнській ідеології стверджується, що від «благодаті» залежить, як людина користуватиметься «законом», так і в юри-

дичній науці слід вважати, що від «культури» людини залежить те, як вона користуватиметься «законодавством, прийнятим у державі».

Звідси, зокрема, і треба в юридичній науці, а також у правовій антропології виходити, визначаючи роль людського фактора в праві, бо право — це і є, зокрема, використання людьми «законодавства, прийнятого в державі».

Однією із форм існування соціальної культури людини є доктрина, в тому числі і правова. Тому викладена вище концепція ролі соціальної культури людини в праві сприяє також розвитку концепції ролі доктрини в праві, зокрема ролі доктрини природного права. Без доктрини не може ефективно діяти людський фактор у праві, зокрема, люди не можуть творити належне законодавство і належним чином його використовувати у правовій практиці, бо лише за допомогою доктрини можна пізнати ті закони природи, на яких має засновуватися право.

Найкращим законодавцем є той, хто користується найкращою правовою доктриною. Так само, той, хто користується найкращою правовою доктриною, найкраще застосовує законодавство, прийняте в державі, тобто створює найкращу правову практику. Образно кажучи, законодавець чи юрист без правової доктрини — це «вершник без голови». Тому нагальним є підвищення ролі наукового (доктринального) тлумачення законодавства при здійсненні правосуддя в Україні<sup>1</sup>.

В міжнародному праві, а також у національному праві, наприклад Англії, доктрина є одним з джерел права.

Не можна, на нашу думку, обійтися без правової доктрини, зокрема при здійсненні правосуддя Конституційним Судом, тому що для тлумачення Конституції, яка має найвищу юридичну силу, не існує ще вищого законодавства, на яке можна було б опертися суддям. Їм нічого не залишається для опертя, як правова доктрина, що відображає закони природного права, тобто закони, дані Вищим Законодавцем — Матір'ю-Природою. Отже, лише завдяки правовій доктрині судді Конституційного Суду можуть отримати критерії для тлумачення Конституції. Тому найкращим суддею Конституційного Суду є той, хто має найкращу правову культуру і озброєний найкращою правовою доктриною.

<sup>1</sup> Детальніше про це див.: *Костенко О. М.* Наукове (доктринальне) тлумачення законів та його роль у здійсненні правосуддя // *Право України.* — 2000. — № 6. — С. 34–36.

При найближчому розгляді рішень Конституційного Суду можна помітити, що найобґрунтованішими є ті рішення, які спиралися на правову доктрину, зокрема на доктрину природного права.

Очевидно, що в Україні, як і в інших країнах, має відбуватися процес «науковізації» правосуддя. Міф про те, що наука може позбавити суддю незалежності, має бути розвіяний. Незалежність суду від науки, в тому числі юридичної, — це абсурд, який всіляко маскують антинауковими міфами ті, хто хотів би використати суддівську незалежність для прийняття свавільних рішень. Так званий «юридичний обскурантизм» у судочинстві завдає істотної шкоди правосуддю. Юридичній науці за своїм визначенням властиво протистояти цьому обскурантизму, тому вона повинна стати повноправним учасником судового процесу в ім'я досягнення мети правосуддя.

Крім того, «науковізація» судочинства сприятиме реалізації принципу незалежності суддів, оскільки справді незалежним від будь-чийого свавілля суддя може бути лише тоді, коли буде здатним приймати правильне рішення з тих чи інших проблем, які перед ним постають. А саме — сприяти правильному вирішенню проблем і є призначенням науки, в тому числі і юридичної. Найкращий спосіб протидіяти чужій сваволі — це спиратися на закони природи, що пізнаються за допомогою науки. Не може бути незалежним суддя, який не має правової культури, що формується з допомогою юридичної науки. Така незалежність може проявлятися лише у вигляді свавілля.

Отже, правова культура судді, що формується, зокрема за допомогою юридичної науки, є тим людським фактором, який забезпечує йому незалежність від будь-якого свавілля.

Усі суди мають бути зобов'язані законом розглядати висновки науковців про наукове (доктринальне) тлумачення чинного законодавства, якщо про такий розгляд чинного законодавства заявлено клопотання учасника судового процесу, і давати цьому висновку відповідну оцінку. Так само, як за чинним законодавством суд діє стосовно висновків фахівців у неюридичних галузях науки.

На нашу думку, «правовий статус» наукового (доктринального) тлумачення законодавства має бути визначено в процесуальному законодавстві України.

Можливо, слід було б законодавчо закріпити і таку форму участі юридичної науки в судочинстві, як «правові (судові) консиліуми», що можуть призначатися у зв'язку із виникненням проблем у застосуванні судами чинного законодавства, вирішення яких потребує доктринального (наукового) тлумачення. Це, безумовно, також сприяло

б правильному функціонуванню людського фактора в праві і повнішому використанню його можливостей.

Якщо аналогічним чином досліджувати роль людського фактора у творенні держави, то можна побачити, що ця роль є аналогічною ролі людського фактора у творенні права. З цього, зокрема, випливає, що держава такою ж мірою антропогенна, як і право. Отже, держава, як і громадянин, у своїй діяльності керується волею і свідомістю, притаманною людям. А це означає, що діяльність держави, як і громадянина, залежить від того стану, в якому перебувають воля і свідомість людей, які цю державну діяльність здійснюють.

Із зазначеного можна зробити висновок: якщо і діяльність держави, і діяльність громадянина однаковою мірою є проявами притаманної людям волі і свідомості, то в суспільстві має існувати *принцип рівності держави і громадянина перед законом і судом*. Без цього не може бути реалізовано принцип верховенства права в будь-якій країні, в тому числі в Україні.

І ще один висновок, який випливає із запропонованої вище концепції ролі людського фактора в праві. Його можна сформулювати так: право України відрізняється від права країн Європейського Союзу (ЄС) перш за все людським фактором, а цей фактор визначається соціальною культурою громадян, які творять законодавство і застосовують його. Отже, проблема узгодження українського права з правом країн ЄС — це перш за все проблема узгодження соціальної культури громадян України з соціальною культурою громадян країн ЄС. І особливо актуальною в зв'язку з цим є проблема узгодження української правової доктрини з правовою доктриною, на якій засноване право країн ЄС.

Без участі людського фактора українське право не вдасться узгодити з правом країн ЄС — це утопія. Текст українського законодавства, очевидно, можна привести у відповідність із текстами законодавства країн ЄС, але без «європеїзації» соціальної культури громадян України і, зокрема, без «європеїзації» української правової доктрини. Цей текст все одно застосовуватиметься по-українськи, тобто відповідно до стану українського фактора.

Це лише деякі висновки, до яких приводить дослідження людського фактора в праві з позиції соціального натуралізму. Викладена тут концепція ролі людського фактора у творенні права може, на нашу думку, сприяти розробці доктрини для правової реформи в сучасній Україні.

Надійшла до редколегії 06.06.05

Є. Бурлай, доцент Інституту міжнародних відносин КНУ ім. Тараса Шевченка

## До питання про функції права

Спеціальну проблему розуміння функцій права в рамках теоретичної юриспруденції можна вважати певною мірою традиційною. Їй віддають належне теоретики права, які в різні часи досліджували і досліджують її спеціально (зокрема, Г. Агафонова, А. Данченко, А. Мальцев, Н. П'янов, Т. Радько, В. Синюков, В. Толстік), говорячи як про цілісну картину функцій права в суспільстві, так і про окремі специфічні функції. Крім того, про функції права, як правило, згадується в численних загальнотеоретичних або філософських роботах, в яких аналізуються природа, сутність права і правового регулювання. Картина бачення функцій права та їх можливих класифікацій вимальовується при цьому доволі різноманітна.

Наприклад, С. Алексєєв вважає за можливе розрізнати три основні функції права як регулятора, зокрема: а) відтворення даної соціальної системи; б) ствердження в житті суспільства нормативних засад; в) регулятивний вплив на суспільні відносини<sup>1</sup>. Л. Спіридонов також розрізняє три основні функції права, тобто три напрямки його дії: 1) закріплення умов вільної діяльності людини в сфері сім'ї, побуту, культури, охорони життя, честі, недоторканності особи; 2) закріплення економічних засад вільної діяльності особи, відносин власності, виробництва, розподілу, обміну та споживання матеріальних благ; 3) забезпечення участі особи у справах суспільства, опосередкування політичної свободи, відносин боротьби за владу<sup>2</sup>. В курсі «Соціологія права» В. Мілецького (Санкт-Петербурзький державний університет) досліджуються, зокрема, інтегративна, регулятивна, охоронна, комунікативна, контрольна функції права<sup>3</sup>.

Доволі різнобарвну картину функцій права пропонують і зарубіжні дослідники. Так, американський вчений Р. Лонг серед функцій права бачить правосудну (як серцевину будь-якої правової системи), нормовстановлюючу та ексекютивну (виконавчу), що, на наш погляд,

<sup>1</sup> Див.: Алексєєв С. С. Право: азбука — теорія — філософія: опыт комплексного исследования. — М., 1999. — С. 315.

<sup>2</sup> Див.: Спіридонов Л. И. Теория государства и права. — М., 1999. — С. 104.

<sup>3</sup> <http://www.soc.pu.ru/inf/courses/060200/socprava>.

швидше характеризує державу, ніж право<sup>1</sup>. Знову ж таки американські дослідники Д. і Д. Скеб основними функціями права вважають ствердження моральності, підтримку економічної системи шляхом захисту укладених контрактів та позовів у правах власності, соціальний контроль та розв'язання конфліктів<sup>2</sup>. В одному з електронних лекційних курсів для студентів юридичних шкіл США серед функцій права згадуються: а) утримання миру; б) закріплення моральних стандартів; в) забезпечення соціальної справедливості; г) стабілізація наявного стану речей; д) створення умов для здійснення впорядкованих змін та планування; е) створення основи для компромісів; є) максимізація індивідуальної свободи<sup>3</sup>.

Про притаманну праву функцію «пошуку справедливості» постійно згадує німецький теоретик і філософ права Р. Ціппеліус<sup>4</sup>. Відомі американські вчені Г. Дж. Берман, В. Грейнер та С. Саліба в одній з останніх робіт з даної проблематики досліджують такі функції права, як розв'язання спорів, забезпечення історичної поступовості та доктринальної послідовності, запобігання свавільним оборудкам та розв'язання соціальних конфліктів<sup>5</sup>.

Дж. Бренд з Університету Айова (США) в навчальному курсі «Природа, функції та межі права» говорить про право як про: 1) інструмент задоволення скарг; 2) інструмент визначення та покарання злочинів; 3) інструмент адміністративного регулювання; 4) інструмент забезпечення укладання приватних угод між людьми; 5) шлях забезпечення безпеки людей та їхніх прав<sup>6</sup>. Р. Еліксон з Гарвардського університету (США), обстоюючи можливість існування соціального порядку без права, згадує про три головні функції права: розв'язання спорів між людьми, формування правил поведінки та примушування до їх додержання<sup>7</sup>.

Лон Ланца-Кадуче з Університету Флорида (США) зазначає, що «на жаль, такого переліку функцій права, який всіх би задовольнив,

<sup>1</sup> Див.: *Roderic T. Long*. The Nature of Law. — <http://libertarianation.org/a/f2113.html#3.5>.

<sup>2</sup> Див.: *John M. Scheb and John M. Scheb-II*. An Introduction to the American Legal System. — <http://web.utk.edu/~scheb/foundation.html>.

<sup>3</sup> <http://myphiliputil.pearsoncmg.com/student/bp/cheeseman/bla5/lec01.html>.

<sup>4</sup> *Cinneltyc P.* Юридична методологія. — К., 2004. — С. 11.

<sup>5</sup> *Harold J. Berman, William R. Greiner, Samir N. Saliba*. The Nature and Functions of Law (University Textbooks (Hardcover)). — N. Y., Foundation Press; 5th edition, 1996.

<sup>6</sup> <http://web.grinnell.edu/courses/pol/S01/POL295-03>.

<sup>7</sup> Див.: *Robert C. Ellickson*. Order Without Law: How Neighbors Settle Disputes. — Cambridge, 1991.

не існує», і досліджує особисто такі функції, як соціальний контроль (забезпечення узгодженості поведінки людей з груповими очікуваннями через негативні та позитивні санкції); зміна та розвиток цих очікувань через встановлення обов'язкових правил; функція механізму вирішення спорів або врегулювання конфліктів; функція соціальної інженерії (впровадження планованих соціальних змін), яка за змістом має прогностичне значення; функція соціальної підтримки, ствердження наявних процесів, а також ідеологічна функція<sup>1</sup>. Представник лінгвістичного напрямку в теорії права фінський дослідник Т. Салмі-Толонен розрізняє первинні і вторинні функції права. До перших він відносить становлення правил наділення владою і накладання обов'язків; до вторинних — визначення умов, цілей та процедур їх здійснення<sup>2</sup>.

Але (і це, мабуть, стало основним мотивом написання цієї статті) зараз на вітчизняних теренах утвердилося, як уявляється, певне інерційне, стереотипне бачення функцій права, красномовним свідченням чого є той факт, що в більшості сучасних підручників з теорії держави і права матеріал про функції часто немовби виписаний під копірку. Для того, хто має хоча б віддалене відношення до вивчення теорії права і особливо — її викладання, це до такої міри очевидний факт, що він робить просто зайвими відповідні посилання. Навряд чи це можна вважати виправданим: адже підручник має презентувати всебічну конструктивну інформацію про предмет вивчення, що є в розпорядженні теоретичної науки на даний момент часу (якщо вона не є очевидно проблемною), не кажучи вже про те, що він має демонструвати своєрідність авторських концепцій та стилю.

Метою даної статті є стислий (наскільки дозволяє її обсяг) аналіз деяких методологічних аспектів загального бачення функцій права в людському суспільстві, при цьому висловлюються деякі критичні міркування відносно звичної картини функцій права, відтвореної в навчальних програмах з теоретичного правового курсу у вітчизняних юридичних вищих закладах освіти (і відповідній методичній літературі), — картини, яка, на мою думку, є не виправдано спрощеною і не відтворює належною мірою специфіку права як регулятивного чинника.

Отже, повторимо, попри відчутну строкатість картини загально-го бачення функцій права у вітчизняній і зарубіжній науці та їх кла-

<sup>1</sup> <http://www.clas.ufl.edu/users/llkkl1/lawandlegal.html>.

<sup>2</sup> <http://216.109.117.135/search/cache?p=the+functions+of+Law&toggle=1&ei=UTF-8&b=21&u=www.legaltheory.demon.co.uk/Salmi-Tolonen.html&w=function+law&d=DCFCFAD082&icp=1&.intl+us>.



сифікації, в навчальній літературі спостерігається певна усталеність у тому, як це явище сприймається і пояснюється на елементарному рівні. Але усталеність, як і взагалі традиційність тієї чи іншої теоретичної позиції, не доводить її автоматичну коректність. Загальна картина функцій права зазвичай подається, як уявляється, надто спрощено. Так, у підручниках останнього часу (як, втім, і в недалекому минулому), говорячи про спеціальні функції права, згадують, зокрема, про функції *регулятивну* (держава, видаючи обов'язкові для виконання правила поведінки, організовує, спрямовує розвиток суспільних відносин у конкретному напрямку) та *охоронну* (держава захищає наявний стан цих відносин через низку заборон та силовий контроль їх виконання). Регулятивна функція при цьому розпадається на *динамічну* (активний цільовий розвиток) і *статичну* (закріплення того, що держава вважає за необхідне). От, власне, і все. Попри очевидне збіднення такого ряду, він уявляється ще й не дуже логічним. Охоронна і власне регулятивна функції виявляються розведеними, але наскільки це виправдано? Адже охорона — це встановлення певного режиму вчинків через заперечення альтернативних, ствердження одних форм поведінки через недопущення інших. У будь-якому разі людська поведінка виявляється конкретно спрямованою, впорядкованою, зорієнтованою, введеною у певні рамки. Хіба це не регулювання і хіба охорона в даному контексті — не складова тієї ж регулятивної функції?

Але, можливо, це не найголовніше, чим звертає на себе увагу цей функціональний ряд. Більш суттєвим є те, що він передбачає виключно і відверто позитивістське, державоцентричне бачення права. Адже право за згаданими функціями є нічим іншим, як знаряддя у руках суб'єкта влади для силової підтримки того, що цей суб'єкт вважає за потрібне підтримати, ствердити, розвинути і захистити від посягань. Право, інакше кажучи, — знаряддя політики і насамперед — політики державної<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Інколи про це в навчальній літературі говориться абсолютно недвозначно. Так, деякі автори функції права розуміють як «головні напрямки нормативно-правового впливу держави на суспільні відносини, які відповідають соціально-політичному, економічному та ідеологічному змісту регулювання» (Абдулаев М. И., Комаров С. А. Проблемы теории государства и права. — СПб., 2003. — С. 213). Наступним логічним кроком тут є визнання функцій права і держави такими, що невіддільні одні від інших або такими, що збігаються (Див.: Абдулаев М. И., Комаров С. А. Вказ. праця. — С.121; Пьянов Н. А. Понятие, сущность и назначение права. — <http://www.law.isu.ru/ru/science/vestnik/2002/ryanov.html>).

Подібний погляд, можливо, і є до певної міри корисним (принаймні, він є цілком утилітарним). Але право як соціальний регулятивний чинник, як глобальне суспільне явище виявляється зведеним при цьому до простого політичного інструменту (інструменту здійснення влади). Якщо скористатися грубим порівнянням, воно є ремінцем у руках держави, за допомогою якого вона може спонукати тих, ким вона керує, рухатись швидше в потрібному напрямку, або ж, навпаки, натягнувши ремінець, стримати надмірну активність; нарешті, цим ремінцем можна добре відшмагати того, хто не слухає команди. Одним словом, картина доволі похмура. Людина, яка, захищаючи свій виправданий інтерес, може конфліктувати саме з владою і повинна бути мінімально озброєною проти свавільного ставлення до себе, за такого бачення права та його функцій опиняється десь дуже далеко на задньому плані. Держава як суб'єкт влади у її стосунках із суспільством домінує безвідносно до того, якого типу політику і управління вона здійснює.

У контексті згаданого підходу під функціями права найчастіше розуміються основні напрямки його впливу на суспільні відносини, через які реалізується його призначення; при цьому воно сприймається як щось споконвічно доцільне за своєю суттю. Подібне телеологічне розуміння функцій права логічно впливає з версії розуміння його як системи правил, установлених раціональною державною владою, що діє цілеспрямовано.

Тим часом функцію можна розуміти просто як спосіб (прояв) активного і ефективного існування елемента системи, в результаті якого інші елементи і система в цілому набувають необхідних якостей і отримують змогу нормально існувати і функціонувати<sup>1</sup> (стверджуватися, розвиватися, нарощувати зовнішню експансію, виконувати власні специфічні функції тощо). Приблизно так співвідноситься право з суспільним цілим — саме як елемент суспільства зі специфічним функціональним навантаженням. Оформлене (структуроване) конкретним чином явище права (в комплексі з йому подібними явищами) гармонізує складне, суперечливе суспільство і виступає об'єктивним чинником його самозбереження і саморозвитку. Функціональність права — в його ефекті. Конкретний причинно-наслідковий зв'язок між активним проявом існування права та спокійним, впоряд-

<sup>1</sup> У спеціальній літературі функція і характеризується інколи як активність одного елемента системи відносно інших, здійснення якої викликає в них відповідні зміни (див.: Пономарева Л. Н., Чичканов В. П., Ковалев Г. А., Мазырин В. П. Эффективность труда руководителя. — М., 1988. — С. 37).



кованим, відносно рівноважним існуванням суспільства і відтворює його функцію. Якщо ж спостерігається не один, а декілька причинно-наслідкових зв'язків, можна говорити відповідно про ряд функцій.

За загальною закономірністю функції права є визначальними стосовно того, що воно являє собою за його структурною побудовою. Якщо дане співвідношення відтворити в філософських термінах, функція виступатиме змістовною, структура — формальною характеристикою права. *За змістом право є чинником (типом, способом) соціального регулювання*<sup>1</sup>; це підтверджується не тільки історичною реальністю, а й відповідними теоретичними висновками: право завжди так чи інакше сприймалося і сприймається як те, що спрямовує людську поведінку і впорядковує суспільство. За своєю природою, генезою, порядком здійснення правове регулювання (як, втім, й інші способи соціального регулювання) не є ні раціональним, ні доцільним; воно є спонтанною, об'єктивною, внутрішньою реакцією суспільства на ускладнення його організації, накопичення суперечливих відносин і зв'язків між його внутрішніми елементами. Від інших численних чинників соціального регулювання право відрізняється саме функціональним навантаженням, яке полягає в організації відносин між людьми та групами як між *рівними, взаємно відповідальними суб'єктами*, причому взаємна відповідальність забезпечується *зовнішнім відносно відповідальних суб'єктів примусовим впливом*.

На подібне розуміння функціональної специфіки права орієнтує (я вважаю це принципово важливим) вже етимологічний аналіз слова «право» та його однокореневого словникового ряду в різних мовах світу. На це ж орієнтують логіка та історія існування людських суспільств. Дійсно, *фактично* члени цих суспільств, людські індивіди та їх групи є завжди *різними*, більше того — неповторними за їх природою. Але в рамках певного типу соціальних зв'язків (насамперед гостроконфліктних зв'язків) вони мають взаємодіяти як порівнянні, *однакові* з точки зору їх *обопільної, взаємно очікуваної поведінки*. Остання є об'єктивно необхідною для подолання і попередження надмірної конфліктності, а отже, для забезпечення відносної рівноважності та стабільності в суспільстві і тому має бути в певному мінімумі здійснена *неодмінно*. Остання обставина і викликає до життя чинник силового забезпечення взаємоочікуваної, взаємовідповідальної поведінки, яке

<sup>1</sup> На думку В. Лазарева, сформульовану, як може здатися, занадто категорично, «будь-яке розуміння права засновано на тому, що визнається здатність права бути регулятором суспільних відносин» (Теория государства и права / Под ред. В. К. Бабаева. — М., 2001. — С. 443).

в кінцевому результаті здійснює наявний у соціумі владно-силовий механізм (зовсім необов'язково ототожнювати його з механізмом державним).

Варто ще раз підкреслити, що право як тип регулювання з'являється не як прояв вищого розуму і не як результат активності раціональної влади. Це результат спонтанної, об'єктивно детермінованої активності самих членів соціуму, здатних діяти як суб'єкти (реалізовувати хоча б мінімальне власне волевиявлення), їх натуральна реакція на об'єктивну потребу мати гарантовану можливість діяти в соціально припустимих рамках на власний розсуд для задоволення своїх інтересів без ризику викликати сварку або бійку. Передумовою існування права є, таким чином, здатність людей до хоча б мінімального, конкретно-історично зумовленого раціонального суб'єктивного вибору і прагнення діяти за власним волевиявленням. Важко не погодитись із Гегелем, який стверджував, що принцип волі — це те, з чого потрібно виходити при осягненні поняття права<sup>1</sup>. Це філософське твердження відтворює відповідний соціологічний і психологічний факт: воля суб'єкта зумовлює характер поведінки, а поведінка обов'язково несе корисний або шкідливий результат для його оточення.

Соціологічно право виявляється можливим тільки в складному, диференційованому суспільстві, достатньою мірою атомізованому, в середовищі суб'єктів, здатних до особистого самовизначення у взаємовідносинах один з одним. Як суб'єкти, як носії однієї й тієї ж здатності до самостійного волевиявлення вони порівнянні, однакові; вони нічим не відрізняються одне від одного щодо цього. Звідси — висновок про їх специфічну *рівність* і про *право* як сферу і практику здійснення взаємовідносин *рівних* суб'єктів. Ця теза може доводитись і протилежним шляхом, через заперечення: якщо воля одного поглинається волею іншого, якщо можливість самовизначення відсутня, відповідно немає обопільності обов'язків, немає і права; цьому висновку не заважає той соціологічний факт, що за жодних історичних обставин і в жодному соціумі далеко не всі його члени завжди і повністю реалізують свою волю і виступають як повноцінні суб'єкти. Одні не здатні робити це суб'єктивно, інші не можуть робити це через об'єктивні обставини. Звідси — підстави говорити про різний рівень поширення права, правової культури і правового розвитку соціумів.

Подібний погляд на право передбачає відповідне бачення його функцій. У загальному плані генеральна функція (макрофункція) пра-

<sup>1</sup> Див.: Гегель Г. В. Ф. Философия права. — М., 1990. — С. 67, 387.

ва одна — регулятивна: адже право за найбільш загальним визначенням, за змістом, як це було зазначено раніше, — це *спосіб соціального регулювання*. Однак обмежитись таким вкрай абстрактним баченням було б, безумовно, недостатньо, або, за висловом американського теоретика права Дж. Реза, «сказати це — не означає сказати багато». Соціальне регулювання — не проста технологія, яка передбачає численні складові. Тому макрофункція права як соціального регулятора розпадається на цілий ряд конкретних функцій<sup>1</sup>, що здійснюються комплексно, одночасно і в результаті організують і стабілізують суспільство на засадах відносно гарантованої обопільної відповідальності його членів. Відповідно до функціонального ряду, притаманного саме (або переважно) праву, можна віднести, зокрема:

— *функцію балансування інтересів і відповідної поведінки суб'єктів з різними соціальними прагненнями*. Коротко її можна визначити як «*функцію компромісу*». Це функція, яку можна вважати «першою серед рівних», оскільки взаємне погодження різноспрямованих воľ і позицій — це найбільш органічний і надійний шлях до спокою, миру, порядку у відносинах різних суб'єктів. Історичний же шлях появи такого механізму соціального регулювання простежити неможливо — на надто ранніх етапах людської історії він бере свій початок. Найбільш сильним соціальним проявом цієї функції є практика укладання угод у людському суспільстві на всіх його рівнях і в усіх формах (від звичайного цивільного правочину до міжнародного договору). Як уявляється, угода (незалежно від рівня її технологічної досконалості) — це найбільш чиста і органічна форма буття права, логічно і історично перше його джерело, і це не випадково: за своєю суттю угода і є формально-вольовий акт, що узгоджує, балансує, приводить до компромісу різні інтереси, в тому числі й гостросуперечливі, якщо не антагоністичні. Крім угоди як такої тут варто згадати про законотворчий процес у рамках законодавчих дебатів і процедур, форми яких історично можуть бути різними — від вічового до парламентського (га)голосування. Акт ухвалення закону на основі дебатів — це в кінцевому результаті теж своєрідна специфічна угода (люди це розуміли ще в античні часи), хоча реальна соціальна практика нерідко робить цю угоду фіктивною;

— *функцію перспективного жорсткого моделювання поведінки соціальних суб'єктів (функцію організації)*, причому маються на увазі як

<sup>1</sup> Про розгортання єдиної загальнорегулятивної функції права на ряд специфічних функцій див. також: Пьянов Н. А. О понятии и классификации функций позитивного права // Сибирский Юридический Вестник. — 2000. — № 4.

одиничні, так і типові форми цієї поведінки. Одиничні (персональні) форми творяться через індивідуально-правові акти різних видів (від договорів до наказів суб'єктів, що володіють легітимною владою); типові — через ствердження стандартів (норм) правової поведінки і мислення в різний спосіб — від спонтанного (звичай) до раціонально-цільового (нормативний акт). Наявність цих жорстких (формалізованих і підкріплених можливістю силового коригування) моделей, а також нормативних стандартів іншої природи (моральних, релігійних тощо) дозволяє соціальним суб'єктам планувати власну тактичну та стратегічну поведінку на основі уявлень про запрограмовані дії інших суб'єктів. У результаті їх існування виступає як більш-менш організоване;

— *функцію фіксації наявних соціальних статусів і ствердження відповідної соціально-рольової структури суспільства (функцію соціальної стабілізації)*. Реальні статуси і типові ролі суб'єктів у соціумі перетворюються на міцний каркас суспільного життя, коли вони формалізовані і спонтанно або свідомо взяті під захист соціумом з його інститутами влади включно (знову ж таки не йдеться тільки про інститути державні). Ця функція права є одним з основних чинників, що забезпечує ефект впорядкованості суспільного життя, його консервації в позитивному і певною мірою негативному значенні цього слова. Інструменти її виконання — сталі статусні (компетенційні) норми плюс практика їх словесного захисту плюс вкорінена в культуру соціуму психологічна готовність його членів рахуватися з ними. Константуючи цей момент, слід зважати відповідним чином на співвідношення категорій «соціальний статус» і «правовий статус». Перша є категорією соціологічною, друга — правовою. Соціальний статус (реальне, фактичне становище, що займає суб'єкт у рамках соціального цілого і що визначається знову ж таки насамперед його корисною функцією) передує правовому, є його підґрунтям. Правовий статус побудовано на певних конвенціях (мовчазних або прямих погодженнях відносно того, що суб'єкт відповідно до своїх соціальних функцій *може і має* робити) і хоча б мінімально є формалізованим відтворенням статусу реального. Якщо наявна сукупність соціальних статусів спирається на пряме або принаймні мовчазне, але очевидне вольове сприйняття суб'єктами одне одного і формально фіксується (наприклад, у первинних політичних громадах статус одноосібних керівників — царів, базилевсів, князів тощо — формалізується через договори з громадою), то це відповідно формалізує, а відтак, стверджує, кристалізує, стабілізує все суспільство чи його певний важливий сегмент;

— *функцію засобу і механізму розв'язання конфліктів, що виникають з приводу порушення узгоджених інтересів або загальних формалізованих,*

владно контрольованих стандартів необхідної поведінки (норм) (конфліктнорозв'язувальну функцію). Це дуже важлива функція, оскільки повного додержання обов'язків ніколи немає (це соціологічно неможливо); волевиявлення суб'єктів систематично деформується з різних причин, відповідно деформується їх взаємоочікувана поведінка. Звідси постійні реальні конфлікти з різним ступенем жорсткості і руйнівних наслідків. Чинником припинення конфлікту до його самовичерпання може бути тільки зовнішня сила або компроміс учасників конфлікту, який має набути твердого, формалізованого вигляду. В певному розумінні справедливо стверджувати, що право народжується саме з конфліктів, як, до речі, і основні правові інструменти (договори, закони, судові рішення, структури правосуддя тощо). Усталені договори і закони — запобіжники конфліктів; чітко формалізовані нормативні обмежувачі і орієнтири поведінки людей у суспільстві, що виставляються як жорстко обов'язкові, найчастіше мають у своїй основі дуже тяжку, драматичну і трагічну практику людських конфліктів, гіркий досвід невинуватих втрат і жертв. Ця обставина, на наш погляд, дозволяє пояснити й деякі інші факти з правової історії людства. Так, якщо культура соціуму на ранніх етапах її становлення виявляється акцентовано спрямованою на антиконфліктний алгоритм людської поведінки, на виховання толерантності, здатності до самообмежень, до відчуття порядку, ієрархії й т. под. (що, наприклад, спостерігається в рамках конфуціанської культури, яка суттєво визначає специфіку далекосхідної транснаціональної правової системи), то право там не набуває значення сильного нормативного регулятора, не набуває такого якісного та кількісного розвитку, як у суспільствах індивідуалістичного типу, підвищено конфліктогенних за своєю природою;

— функцію засобу та механізму поновлення довільно порушеного інтересу й адекватної компенсації втрат, яких зазнав суб'єкт у результаті чийхось довільних дій (тобто дій поза вимогами угод та чинних стандартів соціальної поведінки) (відновлювально-компенсаційну функцію). Ця функція — пряме продовження попередньої, але про неї варто говорити окремо, оскільки вона є матеріальним свідченням реалізації принципу рівності, рівноважності у відносинах між суб'єктами; вона виправляє те, що виявилось викривленим, вона приводить скривдженого до справедливого стану речей. На наш погляд, компенсаційну функцію не варто вважати лише функцією цивільного права, як це інколи робиться<sup>1</sup>; зрештою, суб'єкт прагне отримати певне (інколи

<sup>1</sup> Див., напр: Рыженков А. Я. Компенсационная функция советского гражданского права. — Саратов, 1983.

хоча б символічне) повернення втраченої цінності чи блага щоразу, коли він звертається до механізму юстиції, в рамках якої правової галузі це не відбулося б. Стверджуючи це, потрібно знову ж таки врахувати, що в реальному бутті соціуму далеко не в усіх випадках довільно порушений інтерес знаходить адекватний захист, довільні втрати — компенсуються, справедливість — захищається. Повна справедливість — доля ідеальних суспільств, тобто суспільств неможливих. Але, з другого боку, кожен окремих випадок, коли довільно порушений суб'єктивний інтерес вдається захистити, є матеріальним свідченням життя і дії права як соціального регулятора, конкретним випадком, коли принцип справедливості спрацьовує. Завдання раціональної правової політики в суспільстві полягає відповідно в тому, щоб постійно вдосконалювати захисно-компенсаційні можливості його правової системи;

— функція засобу соціальної відплати («воздаяния» рос. мовою), тобто вжиття від імені соціуму заходів за шкідливі дії (дії, що порушують баланс, рівноважність матеріальних та інших інтересів). Сутністю цієї функції є, приблизно кажучи, помста (кара), і це логічно: безкарність діяння, яке порушує виправдані і формалізовані очікування від поведінки суб'єкта без симетричної реакції, означає, що зламані відносини рівності залишаються деформованими, а це не є нормальним ні з об'єктивно-соціальної, ні з суб'єктивно-психологічної точок зору людей, що потерпіли. Саме на забезпечення захисної, компенсаційної, відплатної функції спрямовано такий гострий і непересічний правовий механізм, як механізм правосудний, механізм розв'язання складного конфлікту через посередника, що є носієм авторитету і влади і діє за межами можливого зацікавленого тиску.

Тут згадано про мінімальний ряд функцій права, які воно виконує в суспільстві як специфічний чинник соціального регулювання, що має в основі принцип рівноважності, формальності і гарантованої обопільної відповідальності. Найвірогідніше, цей перелік може бути розширений, уточнений, поданий в іншій інтерпретації. Тому питання про функції права не варто вважати остаточно вирішеним і приймати його інерційно.

Все наведене дозволяє, як видається, зробити деякі висновки теоретичного порядку, а саме: а) бачення системи функцій права принципово зумовлене загальнотеоретичним підходом до сприйняття явища права в цілому, його сутності і змісту. Справедливою буде і зворотна теза: чітке виявлення особливих, неповторних, специфічних функцій права дасть конкретний спосіб праворозуміння; б) функціональне

навантаження права в суспільстві пов'язано не стільки з реалізацією влади, скільки з досягненням рівноваги в суперечливих стосунках соціальних суб'єктів; право — чинник самоорганізації і самозбереження суспільства, а не інструмент політичного управління.

Надійшла до редколегії 13.06.05

С. Погребняк, доцент НЮА України

### Вимоги до нормативно-правових актів, що впливають з принципу правової визначеності

Втілення в життя задекларованих в Конституції України принципів верховенства права і правової держави неможливе без удосконалення системи законодавства. У зв'язку з цим перед нами постає завдання щодо визначення переліку вимог, яким мають відповідати нормативно-правові акти в умовах режиму верховенства права. На нашу думку, деякі з цих вимог ґрунтуються на новому для правової системи України принципі правової визначеності.

Дослідження принципу правової визначеності започатковано в роботах Н. Варламової, Г. Гаджиєва, Ф. Гаєка, Р. Дворкіна, М. Козюбри, П. Рабіновича, Г. Радбруха, Л. Фуллера, Т. Хартлі, Р. Хорольського, С. Шевчука, Р. Циппелюса та ін. Проте їх роботи або присвячені аксіологічним аспектам цього принципу, або зосереджують увагу на його втіленні в праві Європейської Конвенції про захист прав і основних свобод (далі — Конвенція) і праві Європейського Союзу (далі — ЄС). Водночас існує потреба дослідження принципу правової визначеності в контексті вимог, що висуваються до нормативно-правових актів України.

Для досягнення цієї мети, на наш погляд, необхідно з'ясувати сутність принципу правової визначеності, проаналізувати його дію в праві Конвенції і праві ЄС, сформулювати основні вимоги, що впливають з цього принципу, дослідити рівень сприйняття цих вимог правовою системою України.

Викладемо основні положення нашого дослідження. Сьогодні принцип правової визначеності має розглядатися як одна з головних складових верховенства права, його необхідний наслідок і умова ре-

алізації<sup>1</sup>. Найяскравіше ця думка була висловлена Ф. Гаєком, який у роботі «Шлях до рабства» підкреслював, що верховенство права — це вимога того, «щоб державна влада в усіх своїх діях була пов'язана правилами, зафіксованими і оголошеними заздалегідь, — такими правилами, які роблять можливим передбачувати з усією вірогідністю і явною визначеністю те, як влада використовуватиме свої примусові засоби за певних обставин»<sup>2</sup>.

Отже, в умовах верховенства права нормативно-правові акти *повинні відповідати принципу правової визначеності, або певності* (англ. legal certainty). Цей принцип, який іноді іменують «юридичною безпекою» (англ. «legal security»), або правовою стабільністю (нім. «Rechtssicherheit»), — широка концепція, стрижнем якої є *передбачуваність*.

Згідно з цим принципом люди повинні мати змогу планувати свої дії з упевненістю, що знають про їх правові наслідки. Він вимагає, зокрема, щоб правові акти заздалегідь оприлюднювалися, діяли на майбутнє, були ясними, простими, точними, чіткими і несуперечливими. Застосування актів має бути передбачуваним для індивідів. Така передбачуваність збільшує автономію особи щодо держави і врешті-решт забезпечує її свободу.

Принцип правової визначеності знайшов найповніше відображення в праві Конвенції і праві ЄС. Враховуючи те, що ця Конвенція є частиною законодавства України, і беручи до уваги курс України на євроінтеграцію, вважаємо за доцільне зупинитися на втіленні даного принципу в зазначених системах права.

Хоча принцип правової визначеності прямо не закріплено в Конвенції, на думку Європейського суду з прав людини, він невід'ємно притаманний праву Конвенції<sup>3</sup>. З практики Суду випливає, що критерієм доступності закону є усвідомлення особою того, які саме дії або бездіяльність карає або дозволяє норма, тобто її суб'єктивна оцінка закону<sup>4</sup>. Проте при формуванні своєї суб'єктивної оцінки особа не

<sup>1</sup> Див.: Варламова Н. Принцип правової определенности в практике Европейского Суда по правам человека // Конституционное право: Восточно-европейское обозрение. — 2002. — № 4. — С. 94.

<sup>2</sup> Цит. за: Политико-правовые ценности: история и современность / Под ред. В. С. Нерсесянца. — М., 2000. — С. 85–86.

<sup>3</sup> Див., напр.: Brumarescu v. Romania. — Judgment of 28 October 1999. — Reports. — 1999-VII.

<sup>4</sup> Див.: Хорольський Р. Застосування закону з нечітким змістом (досвід США та європейських судів і можливість його застосування в Україні) // Укр. правовий часопис. — 2004. — Вип. 6. — С. 45.



повинна проявляти недбалість і має докласти належних зусиль для усвідомлення змісту закону: зокрема, отримати в разі необхідності юридичну консультацію, ознайомитися з відповідною судовою практикою. Інакше кажучи, особа має бути розсудливою і обачною. При цьому особлива завбачливість очікується від осіб, які виконують закони, що стосуються їх професійної діяльності.

Проте Суд вважає, що для правової визначеності людині недостатньо бути **чітко обізнаною** щодо конкретних правових наслідків своїх дій. Вона повинна бути впевненою в їх неминучому настанні. Отже, ще одне важливе завдання держави — **гарантувати реалізацію** правових приписів за допомогою необхідних процесуальних механізмів, унеможливити свавілля з боку державних органів при застосуванні права. Лише поєднання зрозумілості закону з його ефективною реалізацією забезпечує правову визначеність, яка є гарантією правової безпеки особи в умовах демократичної, правової держави.

Правова визначеність прямо не фігурує в установчих договорах ЄС, проте визнана Судом ЄС як загальний принцип права ЄС. Це є природним, враховуючи той факт, що даний принцип притаманний більшості правових систем держав-членів ЄС. Слід зазначити, що Суд ЄС, розробляючи концепцію правової визначеності, зупинився на її німецькій моделі<sup>1</sup>.

Правова визначеність розглядається в праві ЄС як зобов'язання державних владних органів забезпечити особам **легкість з'ясування права і можливість скористатися цим правом у разі необхідності**.

Легкість з'ясування права забезпечується завдяки вимозі зрозумілості і точності законодавства ЄС. Крім того, правова визначеність вимагає, щоб застосування законодавства було передбачуваним для індивідів. У праві ЄС це завдання вирішується за допомогою різних концепцій, найважливішими з яких є **відсутність у законів зворотньої сили** (non-retroactivity), **закріплені (надані) права** (vested rights)<sup>2</sup> і **законні (правомірні) очікування** (legitimate expectations).

Найбільш цікавим для сприйняття українською правовою системою є принцип законних очікувань. Він означає, що правові заходи ЄС не повинні вводити в оману особу, яка переконана, що досягне

<sup>1</sup> Див.: Кернз В. Вступ до права Європейського Союзу / Пер. з англ. — К., 2002. — С. 105.

<sup>2</sup> Цей принцип є доповненням до правила про закон, що не має зворотньої сили, і стосується таких прав, які надані фізичним особам і які наступне законодавство не може зменшувати або скасовувати. Певний аналог цього принципу закріплено в ст. 22 Конституції України.

певного результату, якщо діятиме відповідно до правових норм. Однак принцип законних очікувань підлягає певним обмеженням. Перше з них — критерій доцільності: право захищає очікування лише розсудливих і обачних осіб. Друге — критерій законності. Тому на цей принцип можна посилалися лише у разі, коли очікування мають законний характер<sup>1</sup>.

Тепер розглянемо проблеми, пов'язані з застосуванням принципу правової визначеності в правовій системі України. Насамперед зазначимо, що в законах він у прямій формі не закріплений. Проте, на нашу думку, є підстави стверджувати, що цей принцип все ж таки сприйнятий Конституцією України і поточним законодавством. Проте, зокрема, свідчать відповідна практика Конституційного Суду України, а також факти нормативно-правового закріплення основних вимог, що становлять зміст принципу правової визначеності (зокрема, в тексті Конституції України).

Так, досліджуючи акти Конституційного Суду України, можна знайти непрямі посилання на принцип правової визначеності. Наприклад, у рішенні в справі про податкову заставу від 24 березня 2005 р. № 2-рп/2005<sup>2</sup> і висновку в справі про внесення змін до статті 46 Конституції України від 2 червня 1999 р. № 2-в/99<sup>3</sup> Суд наголошує на важливості **визначеності відносин між людиною і державою**. У рішенні в справі щодо несумісності депутатського мандата від 13 травня 1997 р. № 1-зп<sup>4</sup> зазначається, що закріплення заборони зворотної дії законів у часі є **гарантією стабільності** суспільних відносин, породжуючи у громадян **впевненість** у тому, що їх існуюче становище не буде погіршене прийняттям більш пізнього закону. А в рішенні у справі про податки від 5 квітня 2001 р. № 3-рп/2001<sup>5</sup> Суд розглядає закріплення принципу незворотності дії в часі законів як **гарантію безпеки** людини і громадянина, **довіри до держави**.

Проаналізуємо основні вимоги, що повинні становити зміст принципу правової визначеності. На нашу думку, вони впливають з ідей передбачуваності права, легкого з'ясування і користування правом. Оскільки згадані ідеї мають втілюватися як на етапі правотвор-

<sup>1</sup> Детальніше про принцип законних очікувань та практику Суду ЄС щодо його застосування див.: Хартли Т. К. Основы права Европейского общества / Пер. с англ. — М., 1998; Кернз В. Вказ. праця. — С. 107.

<sup>2</sup> Див.: Офіційний вісник України. — 2005. — № 13. — Ст. 674.

<sup>3</sup> Див.: Там само. — 1999. — № 24. — Ст. 1121.

<sup>4</sup> Див.: Там само. — 1997. — Число 20. — Ст. 117.

<sup>5</sup> Див.: Там само. — 2001. — № 43. — Ст. 1933.



чості, так і на етапі правореалізації (правозастосування), це логічно зумовлює *дві групи відповідних вимог*: вимоги до нормативно-правових актів і вимоги до їх застосування.

**Вимоги до нормативно-правових актів** можуть бути розподілені на вимоги змістовні і процедурні.

**Вимоги до змісту нормативно-правових актів.** Серед цих вимог насамперед слід виділити такі: акти мають бути зрозумілими (доступними), несуперечливими і повинні пропонувати повне врегулювання суспільних відносин, не допускаючи існування прогалин. Крім того, додаткові вимоги щодо заборони широких дискреційних повноважень стосуються норм, які визначають компетенцію державних органів.

Ці вимоги тісно переплетені між собою, мають єдине ідеологічне обґрунтування. Порушення хоча б однієї з них може призвести до невизначеності змісту правової норми. Підкреслимо, що вони впливають з конституційного принципу рівності всіх перед законом і судом, оскільки така рівність може бути забезпечена лише за умови однакового розуміння і тлумачення норми всіма правозастосовувачами. Незрозумілість, неповнота норми права або її суперечність щодо іншої норми, навпаки, допускають можливість необмеженого розсуду в процесі правозастосування і можуть привести до свавілля, а відтак — до порушення принципів рівності, справедливості та верховенства права. Усе це, підкреслює Конституційний Суд України в рішенні у справі К. Г. Устименка від 30 жовтня 1997 р. № 5-зп<sup>1</sup>, негативно позначається на стані забезпечення конституційних прав і свобод людини і громадянина.

1. *Тексти нормативно-правових актів*, наскільки це можливо, повинні бути зрозумілими (доступними) кожному. Це означає, що вони мають бути максимально простими, стислими і ясними (точними і однозначними), системними і послідовними. Необхідність дотримання цих вимог була усвідомлена ще римськими юристами, які стверджували: коли закон є невизначеним — закону немає (*ubi jus incertum, ubi nullum*). Окремі прояви цих вимог можна знайти і у вітчизняному законодавстві. Так, у Законі України «Про систему оподаткування» серед принципів оподаткування задекларовано принцип доступності — забезпечення дохідливості норм податкового законодавства для платників податків і зборів (обов'язкових платежів).

Для того щоб виключити появу норми, текст якої залишиться незрозумілим для її адресата, при створенні актів необхідно дотримуватися правил юридичної техніки. Наприклад, зрозумілість і доступність

<sup>1</sup> Див.: Офіційний вісник України. — 1997. — Число 46. — Ст. 126.

породжують певні вимоги до юридичної термінології, побудови нормативних речень, структури тексту нормативного акта тощо<sup>1</sup>.

Необхідний мінімум визначеності правової норми часто дуже важко встановити. А. Соколов на підставі німецького правового досвіду пропонує таку формулу: законодавець повинен формулювати норму так точно, як це тільки гранично можливо у світлі проблеми, що вимагає регулювання<sup>2</sup>. Наприклад, підвищені вимоги до точності ставляться до норм законів, що регламентують питання позбавлення волі. А от положення Конституції через їх найбільш загальний характер можуть бути менш точними, ніж положення інших законів. При цьому лише значне порушення вимог визначеності призводить до визнання недійсності (неконституційності) правових норм.

У практиці Конституційного Суду України ми знайшли лише одну справу, в якій норма закону була визнана неконституційною через її невизначеність. Рішенням у справі про заощадження громадян від 10 жовтня 2001 р. № 13-рп/2001<sup>3</sup> Суд, зокрема, визнав таким, що не відповідає Конституції України, положення ст. 7 Закону України «Про державні гарантії відновлення заощаджень громадян України». Обґрунтовуючи власне рішення, Суд зазначив, що словосполучення «інших обставин» як одна з умов повернення відновлених вкладів допускає його довільне тлумачення у процесі застосування Закону, що може призвести до порушення рівності власників відновлених та проіндексованих вкладів у їх правообмеженні на повернення цих вкладів.

Більш багатою в цьому аспекті є практика Конституційного Суду Російської Федерації, який неодноразово визнавав неконституційними приписи актів з мотивів їх невизначеності за змістом: зокрема, було скасовано положення закону, що передбачали відповідальність за різні склади правопорушень, які недостатньо розмежовані між собою; норми, диспозиції яких не встановлювали заздалегідь точні умови, при яких може мати місце відповідальність; норми, в яких використано невизначені поняття, що не мають юридичного змісту і неодноково тлумачаться при застосуванні<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Див.: З цього приводу див., напр.: Справочник по нормотворческой технике / Пер. с нем. — 2-е изд., перераб. — М., 2002. — С. 24–47.

<sup>2</sup> Див.: Соколов А. Н. Правовое государство: от идеи до ее материализации. — Калининград, 2002. — С. 168.

<sup>3</sup> Див.: Офіційний вісник України. — 2001. — № 42. — Ст. 1895.

<sup>4</sup> Див., напр.: Постановления Конституционного Суда РФ от 8 октября 1997 г. № 13-П; от 11 марта 1998 г. № 8-П; от 15 июля 1999 г. № 11-П; от 30 января 2001 г. № 2-П.

Одним із засобів усунення недостатньої визначеності норми права може бути застосування найбільш сприятливого для особи тлумачення цієї норми. Сьогодні правило про так званий конфлікт інтересів на законодавчому рівні закріплено лише в податковому праві. Згідно з пп. 4.4.1 п. 4.4 ст. 4 Закону України «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами» у випадку, коли норма закону чи іншого нормативно-правового акта або норми різних законів чи різних нормативно-правових актів припускають неоднозначне (множинне) тлумачення прав та обов'язків платників податків або контролюючих органів, рішення приймається на користь платника податків, а не контролюючого органу.

2. *Нормативно-правові акти мають бути несуперечливими.* В українській правовій системі суперечливість законів не розглядається як підстава для визнання їх неконституційними. Одним із засобів усунення суперечності в даному випадку може бути застосування вищезгаданого правила про конфлікт інтересів. На нашу думку, подібне правило є справедливим: якщо держава не здатна забезпечити видання зрозумілих правил, то саме вона і повинна розплачуватися за свої недоліки, потерпаючи від негативних наслідків, зокрема у вигляді недонадходження коштів до бюджету. Вважаємо, що, керуючись принципом верховенства права, аналогічне правило доцільно поширити і на інші галузі публічного права.

3. *Нормативно-правові акти повинні пропонувати повне врегулювання суспільних відносин, не допускаючи існування прогалін.* Конституційний Суд України в рішенні у справі про відповідальність юридичних осіб від 30 травня 2001 р. № 7-рп/2001<sup>1</sup> підкреслив небезпеку практики неповного правового регулювання суспільних відносин. Так, Суд вважає неповним і таким, що не відповідає конституційному визначенню України як правової держави, стан регулювання притягнення юридичних осіб до відповідальності за порушення законодавства в публічних сферах (зокрема, відсутність норм щодо строків застосування заходів впливу, порядку оскарження рішень про накладення стягнення). А в уже згаданому рішенні у справі про заощадження громадян Суд, зокрема, зазначає, що відсутність саме в законі конкретних етапів, строків повернення заощаджень та обсягів бюджетних асигнувань може призвести до повної втрати громадянами своїх вкладів, тобто до порушення їх конституційного права власності.

4. *Акти не повинні наділяти державні органи широкими дискреційними повноваженнями.* На думку Ф. Гаєка, законодавче обмеження

<sup>1</sup> Див.: Офіційний вісник України. — 2001. — № 24. — Ст. 1076.

адміністративної дискреції (свободи дій) — визначальна проблема сучасності; така дискреція — це шпарина, через яку може втекти свобода кожної людини<sup>1</sup>. Надання державним органам широких дискреційних повноважень у їх стосунках з громадянином призводить до підвищення рівня свавілля в діяльності цих органів і зменшення здатності особи передбачити їх дії. Через це безсумнівно потерпає права визначеність.

З практики Європейського суду з прав людини випливає, що один із способів законодавчого обмеження свободи розсуду органів виконавчої влади — чітке визначення підстав, меж і способів здійснення компетентним органом владних повноважень. Зокрема, несумісними з визначеністю права є надання повноважень без установлення обов'язковості їх здійснення, відсутність конкретних життєвих обставин, за наявності яких можливе застосування певних повноважень, надання повноважень за допомогою невизначених правових понять. Інший важливий шлях обмеження свободи розсуду — зробити дискреційні дії органів державної влади предметом судового нагляду, тому що саме суд надає найкращі гарантії незалежності, неупередженості і належної процедури<sup>2</sup>.

Певні кроки в напрямку обмеження свободи розсуду державних органів зроблено і Україною. Так, у ст. 19 Конституції щодо державних органів закріплено спеціально дозвільний правовий режим: органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України. Стаття 22 Конституції підкреслює, що конституційні права і свободи гарантуються і не можуть бути скасовані, забороняючи при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод. Стаття 92 Конституції встановлює коло питань, які через свою особливу важливість можуть бути визначені виключно законами (наприклад, це права і свободи людини і громадянина, гарантії цих прав і свобод; основні обов'язки громадянина). Таким чином, Конституція прямо забороняє нормативне втручання в дані сфери органів виконавчої влади. Стаття 55 Конституції гарантує право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб, а ст. 124 поширює юрисдикцію судів на всі правовідносини, що виникають у державі.

<sup>1</sup> Див.: Гаєк Ф. А. Конституція свободи / Пер. з англ. — Львів, 2004. — С. 218.

<sup>2</sup> Про зазначені способи обмеження свавілля див., напр.: Klass and Others v. Federal Republic of Germany. — Judgment of 6 October 1978. — Ser. A. — No 28.

**Процедурні вимоги до нормативно-правових актів.** Для того щоб особа мала можливість покластися на норми права, про них її слід заздалегідь поінформувати. Інакше зусилля щодо формулювання змісту актів зводяться нанівець. Вимоги, що супроводжують створення і оприлюднення нормативно-правових актів та спрямовані на забезпечення своєчасного інформування осіб про зміст актів, можна умовно іменувати процедурними. Їх порушення зазвичай підриває сталість правовідносин, позбавляє громадян упевненості в стабільності свого правового становища, не дозволяє планувати свою поведінку. Таким чином, загальним підґрунтям цієї групи вимог є принцип законних (правомірних) очікувань.

Перелічимо найважливіші процедурні вимоги, з дотриманням яких пов'язується правова визначеність.

1. **Вимога про обов'язкове оприлюднення актів.** Продовжуючи думку Л. Фуллера, підкреслимо, що правова система з неоприлюдненими законами могла б існувати лише як гротеск, гідний фантазії Льюїса Керола і Франца Кафки<sup>1</sup>. Ця вимога знайшла своє відображення в ст. 57 Конституції України, згідно з якою закони та інші нормативно-правові акти, що визначають права і обов'язки громадян, мають бути доведені до відома населення у порядку, встановленому законом. Якщо ж ці акти не доведені до відома населення, вони є нечинними.

2. **Вимога, що забороняє зворотню силу актів.** За виразним висловом, запитувати, як треба оцінювати якусь уявну правову систему, що складається лише із законів зі зворотною силою, — все одно запитувати, який рівень атмосферного тиску в повному вакуумі<sup>2</sup>. Зазначена вимога закріплена в ст. 58 Конституції України: закони та інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії в часі, крім випадків, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи. Надання законам зворотної сили неприпустимо не тільки шляхом прямої вказівки на це в самому законі, а й через прийняття законів, які за своїм змістом мають таку силу, хоча б і без спеціальної вказівки на це в тексті закону. Неприпустимим є також надання законам зворотної сили в актах офіційного тлумачення чи правозастосовною практикою.

3. **Вимога розумної стабільності права,** що забезпечує незмінність правових приписів протягом певного періоду і зумовлює заборону їх частих змін. Цю вимогу втілено в законодавстві України. Зокрема, в Законі України «Про систему оподаткування» задекларовано принцип стабільності, який передбачає забезпечення незмінності податків і зборів (обов'язкових платежів) та їх ставок, а також податкових пільг

<sup>1</sup> Див.: Фуллер Лон Л. Мораль права / Пер. з англ. — К., 1999. — С. 75.

<sup>2</sup> Див.: Там само. — С. 56.

протягом бюджетного року. Проте, на жаль, ми вимушені констатувати непоодинокі порушення цієї вимоги на практиці.

4. **Вимога послідовності правотворчості,** що включає насамперед заборону необґрунтованих змін. В Україні здійснено спроби закріпити цю вимогу в поточному законодавстві. Так, Закон України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності» проголошує принцип передбачуваності, який означає послідовність регуляторної діяльності, відповідність її цілям державної політики, а також планам з підготовки проектів регуляторних актів, що дозволяє суб'єктам господарювання здійснювати планування їхньої діяльності. Однак на практиці цієї вимоги також не завжди дотримуються.

5. **Вимога надання достатнього часу для змін у системі правовідносин, викликаних прийняттям нового закону.** Зміну норм права доцільно проводити за умови завчасного попередження про неї: вона не повинна набувати чинності настільки швидко, щоб для пристосування до нового стану права залишилось занадто мало часу. Крім того, закон має містити перехідні положення, які б спрощували зміну старих правил на нові і дозволяли особі адаптуватися до змін. У конкретній ситуації слід знайти оптимальний баланс між принципом правомірних очікувань і зацікавленістю держави в негайній реалізації вимог нового закону. У випадках, коли негайна дія акта може спричинити значну шкоду майновим інтересам особи і вимагати суттєвих зусиль для швидкої перебудови відносин, яка не зумовлена адекватним публічним інтересом, законодавець повинен вдаватися до надання законам переживаючої дії.

На нашу думку, принципу правомірних очікувань в багатьох ситуаціях не відповідає поширена практика набуття чинності законами з моменту оприлюднення. У такому випадку адресат закону позбавлений можливості вчасно з ним ознайомитися і перебудувати свою діяльність відповідно до нього.

**Вимоги до застосування нормативно-правових актів.** Оскільки існування права пов'язується не з правилами, а з їх ефективною реалізацією, принцип правової визначеності зумовлює низку вимог до застосування нормативно-правових актів:

1. **Нормативно-правові акти повинні виконуватися.** Закону притаманна вимога його регулярного дотримання, оскільки без цього атрибуту він навряд чи матиме право взагалі іменуватися законом<sup>1</sup>. Закон, що є «мертвою літерою», має нульовий внесок у справу формування

<sup>1</sup> Див.: Ллойд Д. Идея права / Пер. с англ. — М., 2000. — С. 110.

правової визначеності і безпеки. На жаль, в Україні трапляються випадки прийняття законів, виконання яких практично не забезпечується. Так, Закон України «Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів» набув чинності з 1 січня 2005 р., проте переважна більшість власників транспортних засобів, беручи до уваги відмову держави від застосування механізму примусу, і дотепер не виконала свій обов'язок щодо страхування.

Важливо підкреслити, що вимога виконання законів стосується не тільки громадян, а й самої держави. На думку Г. Радбруха, гарантія дії законів є порожнім звуком, якщо б сама держава звільнялася від підкорення цим законам<sup>1</sup>.

2. *Повинна існувати практика уточнення (конкретизації) змісту нормативно-правових актів.* Норма права, як відомо, не регламентує деталі, оскільки правотворець не може точно передбачити всього розмаїття конкретних справ, що виникають на практиці і в майбутньому підпадуть під її регулювання. Тому в наданні законодавчої ясності і чіткості важлива роль належить судам, які тлумачать і застосовують його положення щодо конкретних життєвих ситуацій.

3. *Повинна існувати практика одноманітного застосування закону.* Зрозуміло, що право не можна тлумачити і застосовувати сьогодні і тут так, а завтра і в іншому місці — інакше. Державна влада зобов'язана дотримуватись обраної правової позиції й не відхилитися від неї доти, доки не з'являться вагомі й виправдані підстави змінити її і звернутися до нового розуміння тієї чи іншої норми<sup>2</sup>. Тільки так можна досягти тієї необхідної сталості та впевненості, які нерозривно пов'язані з самим поняттям права. Засобом забезпечення одноманітності правозастосування в англо-американському праві виступає принцип *stare decisis* («стояти на вирішеному»), а в романо-германському праві — принцип *status quo* (довіри до «наявного стану справ»).

Оцінюючи українську правову дійсність, ми вимушені констатувати наявність порушень цієї вимоги як у діяльності суду, так і в діяльності виконавчих органів. Свою стурбованість щодо різних та часто суперечливих підходів до застосування і тлумачення внутрішнього законодавства українськими судовими органами висловлював навіть Європейський суд з прав людини<sup>3</sup>. Яскравим прикладом такого порушення є стан розгляду справ, пов'язаних з оподаткуванням податком

на додану вартість операцій з передавання векселів за індосаментом, господарськими судами першої, апеляційної і касаційної інстанцій<sup>1</sup>.

4. *Рішення судів щодо застосування закону повинні бути остаточними і обов'язковими та підлягати виконанню.* Принцип правової визначеності вимагає, щоб судові рішення, в якому певне питання одержало остаточне вирішення, не ставилося під сумнів<sup>2</sup>. Реалізація цієї вимоги пов'язана, зокрема, із впровадженням у національну правову систему принципу *res judicata*<sup>3</sup>. Однак на практиці ця вимога все ж таки порушується. Так, факт її порушення відзначався в рішенні Європейського суду з прав людини у справі «Совтрансавто-Холдинг» проти України від 25 липня 2002 р.

Ще одна складова правової визначеності — право на виконання судового рішення, яке є ніби продовженням права на судовий захист. Як зазначає з цього приводу Європейський суд з прав людини, право на суд було б ілюзорним, якщо б правова система держави дозволяла остаточному, обов'язковому судовому рішенню не діяти<sup>4</sup>. Порушення цієї вимоги, на жаль, трапляється на практиці. Наприклад, виконання рішення суду без невинуватих затримок зафіксовано Європейським судом з прав людини в рішенні у справі Войтенко проти України від 29 червня 2004 р.

Отже, викладене підтверджує наше припущення про сприйняття принципу правової визначеності українською правовою системою. Він ґрунтується на конституційних принципах правової держави, верховенства права і рівності (ст. 1, 8 і 24 Конституції України), а вимоги, що випливають з цього принципу, втілено у ст. 19, 22, 55, 57, 58, 92 і 124 Конституції України, положеннях поточного законодавства, актах Конституційного Суду України. Дотримання цих вимог при створенні нормативних актів є обов'язковим для визнання за ними правового характеру.

Надійшла до редколегії 01.06.05

<sup>1</sup> Детальніше про це див.: *Погребняк С.* Темный лес векселей и такая же темная судебная практика // *Бухгалтер.* — 2005. — № 22. — С. 40–42.

<sup>2</sup> Обов'язковість цієї вимоги як складової принципу правової певності для національної правової системи підкреслюється в рішенні Європейського Суду з прав людини у вищезгаданій справі *Bramarescu v. Romania* (Брамареску проти Румунії).

<sup>3</sup> *Res judicata* (лат.) — правовий принцип, згідно з яким неприпустимо повторно розглядати справу, щодо якої вже винесено судові рішення. Обов'язковість цього принципу для національної правової системи підкреслюється в рішенні Європейського Суду з прав людини у вищезгаданій справі *Bramarescu v. Romania* (Брамареску проти Румунії).

<sup>4</sup> Див.: *Hornsby v. Greece*, Judgment of 19 March 1997. — Reports. — 1997-II.

<sup>1</sup> Див.: *Радбрух Г.* *Философия права* / Пер. с нем. — М., 2004. — С. 202–203.

<sup>2</sup> Див.: *Циппеліус Р.* *Юридична методологія* / Пер. з нім. — К., 2004. — С. 119.

<sup>3</sup> Див.: Рішення у справі «Совтрансавто-Холдинг» проти України від 25 липня 2002 р.



# ПИТАННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА

*В. Погорілко*, академік АПрН України,  
член-кореспондент НАН України

## Конституційні основи українського державотворення і розвиток безпосереднього народовладдя в Україні

Сучасні держави в переважній більшості прагнуть бути суверенними, незалежними, демократичними, соціальними, правовими і, звичайно, розвинутими, квітучими державами і сприяють становленню, існуванню і розвитку громадянського суспільства. До таких держав належить і Україна. Про це свідчать насамперед політичні й правові акти, прийняті в Україні протягом останніх 15 років, — Декларація про державний суверенітет України (16 липня 1990 р.), Акт проголошення незалежності України (24 серпня 1991 р.), Конституція України (28 червня 1996 р.) та найважливіші політичні події, зокрема, проголошення Незалежності України (24 серпня 1991 р.), всеукраїнські референдуми (1991 і 2000 рр.), президентські й парламентські вибори, парламентська, адміністративна, судова і конституційна реформи та Помаранчева революція (листопад-грудень 2004 р.). В ході цих подій Україна значною мірою перетворилась на дійсно демократичну державу або, принаймні, наблизилась до загальносвітових стандартів демократії. Завдяки цьому істотно зріс авторитет України серед світового співтовариства, зменшилися претензії до України європейських і світових інституцій з питань порушень прав людини і демократії в цілому.

Головною передумовою якнайскорішого і незворотного утвердження України як демократичної, правової держави і розвитку безпосереднього народовладдя в Україні є, звичайно, наявність конституційно-правових основ такої держави і демократичного суспільства. Ці основи надають процесам і результатам державотворення стабільності і незворотності.

Нині є достатні підстави стверджувати, що чинною Конституцією передбачені такі основи. При приведенні їх в дію Україна може і повинна бути однією з найдемократичніших держав світу або, принаймні, типовою демократичною, правовою державою початку ХХІ ст., а суспільство дійсно демократичним.

Найважливішими конституційними положеннями, які свідчать про наявність таких основ, можна назвати:

- 1) проголошення України суверенною, незалежною, демократичною, соціальною, правовою державою (ст. 1);
- 2) проголошення України за формою правління — республікою;
- 3) проголошення принципу здійснення державної влади в Україні на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу і судову;
- 4) проголошення народу носієм суверенітету і єдиним джерелом влади (ст. 5);
- 5) проголошення принципу здійснення влади народом як безпосередньо, так і через органи державної влади та органи місцевого самоврядування (ст. 5), тобто поєднання представницької і безпосередньої демократії як основної;
- 6) проголошення права народу визначати і змінювати конституційний лад як його виключне право, яке не може бути узурповане державою, її органами або посадовими особами (ст. 5);
- 7) визнання і гарантування в Україні місцевого самоврядування (ст. 7);
- 8) визнання принципу верховенства права і найвищої юридичної сили Конституції та можливості прямої дії її норм (ст. 8);
- 9) проголошення політичного, економічного та ідеологічного плюралізму (багатоманітності) принципами суспільного життя в Україні (ст. 15);
- 10) проголошення людини, її життя і здоров'я, честі і гідності, недоторканності і безпеки найвищою соціальною цінністю, а забезпечення реалізації прав і свобод та їх гарантування — змістом і спрямованістю діяльності держави (ст. 3);
- 11) проголошення і гарантування однієї з найбільших розгалужених систем конституційних прав і свобод людини і громадянина, зокрема громадянських, політичних, економічних, соціальних, культурних, екологічних прав і свобод та визнання пріоритетними громадянських і політичних прав і свобод, що відповідає світовим стандартам;
- 12) проголошення в Україні правопорядку, за яким ніхто не може бути примушений роботи те, що не передбачено законодавством, і що органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх по-

садові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України (ст. 19);

13) визначення Конституцією основних форм безпосереднього народовладдя — виборів і референдумів та проголошення права народу на будь-яку форму безпосереднього народовладдя (розділ III);

14) проголошення парламенту — Верховної Ради України єдиним органом законодавчої влади і тим самим українського парламентаризму — уособленням представницької демократії;

15) положення про конституційний статус Президента України як главу держави, гарант державного суверенітету, територіальної цілісності України, додержання Конституції України, прав і свобод людини і громадянина тощо;

16) положення про Конституційний Суд як єдиний орган конституційної юстиції.

Ці положення Конституції дають підстави стверджувати, що чинна Конституція України не лише проголошує нашу державу суверенною, правовою, соціальною, демократичною республікою, втілюючи в Конституції національну ідею державотворення, а й передбачає створення дійсно демократичного державного і суспільного ладу в цілому, дійсно демократичну організацію державної влади, зокрема відповідну систему органів державної влади, демократичний порядок їх формування (щодо парламенту, Президента, Уряду тощо) і функціонування, а також надійні гарантії діяльності органів державної влади і найвищих посадових осіб у вигляді системи стримувань і противаг та їх конституційно-правової відповідальності. Адже за Конституцією парламент і Президент України обираються безпосередньо народом і при наявності передбачених законом підстав можуть бути достроково припинені їх повноваження, а Уряду може бути виявлена недовіра, яка передбачає його відставку.

Дійсно, демократичною цінністю Конституції є й те, що вона, проголошуючи Україну демократичною державою, визнає найвищий конституційно-правовий статус народу як носія суверенітету і єдиного джерела влади, його необмежені можливості у безпосередній та представницькій демократії і найбільше в світі коло конституційних прав і свобод людини і громадянина, зокрема право на об'єднання, на інформацію, на управління державними справами, на мирні збори, мітинги, походи і демонстрації.

Визнаючи верховенство влади народу і його повновладдя, Конституція тим самим визнає неприпустимість узурпації влади народу державою і право народу на протидію узурпації будь-якими засобами, а

також, звичайно, неприпустимість узурпації (незаконного присвоєння) державної влади будь-якою суспільною силою.

Проголошуючи широке коло громадянських і політичних прав і свобод людини і громадянина та їх гарантії, держава визнає неприпустимість її свавілля щодо особи, а також можливість людини і громадянина протистояти цьому свавіллю, тобто незаконній діяльності органів державної влади і посадових осіб.

Конституційна обмеженість державної влади щодо народу та людини і громадянина і є дійсним демократизмом суспільства, держави і Конституції.

Такі найцінніші риси Конституції, які свідчать про її велику позитивну роль у державотворенні і формуванні громадянського суспільства і розвитку безпосереднього народовладдя.

Але, на жаль, Конституція з різних причин вирішує далеко не всі проблеми демократизації держави, перетворення її на соціальну і правову, а іноді вирішує частково. Які ж положення чинної Конституції викликають занепокоєння щодо демократизму нашої держави, суспільства і самої Конституції?

По-перше, її недоліком є передбачена Конституцією абсолютна недоторканність народних депутатів України, яка є єдиним у світі видом недоторканності парламентаріїв. Адже відповідно до ст. 80 Конституції України народні депутати України не можуть бути без згоди Верховної Ради України притягнуті до кримінальної відповідальності, затримані чи заарештовані.

Абсолютна недоторканність народних депутатів зумовлює в дійсності їх абсолютну безвідповідальність за будь-яку протиправну діяльність. Але народний депутат є клітиною представницької демократії і це справляє деструктивний, руйнівний вплив на представницьку демократію і демократію в цілому. А встановлення громадянського, в тому числі парламентського, контролю над Збройними Силами України при абсолютній депутатській недоторканності певною мірою обеззброює Україну.

Абсолютна недоторканність народних депутатів України та їх фактична абсолютна безвідповідальність за будь-які правопорушення може загрожувати перетворенню парламенту на орган державної влади, до якого будуть найбільші претензії правоохоронних органів і народу і тим самим занепаду українського парламентаризму.

По-друге, чинною Конституцією України передбачена практично лише символічна конституційно-правова відповідальність парламенту і Президента України у вигляді дострокового припинення по-

вноважень парламенту і імпічменту Президента України. Зокрема, відповідно до ст. 90 Конституції України Президент України може достроково припинити повноваження Верховної Ради України, якщо протягом тридцяти днів однієї чергової сесії пленарні засідання не можуть розпочатися. Цього розпуску, звичайно, парламентарії можуть завжди уникнути, і в більшості конституцій світу передбачено значно ширше коло підстав дострокового припинення повноважень парламенту. Це коло підстав дострокового припинення повноважень парламенту істотно збільшено Законом «Про внесення змін до Конституції України», бажано, щоб він набрав юридичної сили у передбаченому порядку. Відповідно до ст. 111 Конституції Президент України може бути усунений з поста Верховною Радою України в порядку імпічменту в разі вчинення ним державної зради або іншого злочину, що, як правило, не може бути доведено під час перебування на посаді будь-якого Президента.

По-третє, хоча Україна проголошена Конституцією демократичною і правовою державою, проте не створено достатніх правових основ діяльності органів державної влади. Зокрема, в ст. 8 Конституції зазначається, що закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України і повинні відповідати їй, а вичерпне коло цих нормативно-правових актів Конституцією не передбачено.

По-четверте, Конституція передбачає надмірну концентрацію законодавчої влади в парламенті, у зв'язку з чим об'єктивно він не може своєчасно і якісно здійснювати свої функції. Відповідно до змісту ст. 75 Конституції парламент — Верховна Рада є однопалатним і єдиним органом законодавчої влади в Україні, який не має будь-якого внутрішнього органу загальної компетенції, що може остаточно вирішувати найпростіші питання. Це все більше суперечить світовій практиці парламентаризму і здійснення законодавчої влади. Так, у зв'язку із постійним збільшенням обсягу роботи парламенти великих і середніх країн перетворюються на двопалатні парламенти, або приймають лише рамкові закони, а інші закони приймають глави держав і урядів, або утворюють президії чи бюро як органи загальної компетенції, які вирішують значне коло питань, що належать до повноважень парламенту, чи вдаються нерідко до референдумів. У 2000 р. Український народ проголосував під час референдуму за двопалатний парламент, але це рішення Верховна Рада не виконала. Ми цим шляхом не пішли.

5. Функції і повноваження окремих інститутів держави визначаються в Конституції вельми довільно як за змістом, так і формою. Так,

відповідно до ст. 102 Президент України є главою держави, гарантом суверенітету, територіальної цілісності України, додержання Конституції України, прав і свобод людини і громадянина, а за ст. 106 він призначає Прем'єр-міністра України, членів Кабінету Міністрів України, керівників інших центральних органів виконавчої влади, тобто формує Уряд, що властиво Президенту як главі виконавчої влади. Тому передача парламенту повноважень Президента щодо формування Уряду відповідно до Закону «Про внесення змін до Конституції України» чекає свого вирішення.

Об'єктивно не маючи можливості врегулювати всі питання, що стосуються діяльності Президента України, Конституція не передбачила прийняття Закону «Про Президента України», у зв'язку з чим у Президента можуть нагромаджуватися приховані повноваження, зокрема щодо вступу до міжнародних органів та організацій, утворення і діяльності в Україні неконституційних і нелегітимних органів та організацій.

6. Конституція України визначила як основні форми безпосереднього народовладдя вибори і референдуми, проте не передбачила виборчу систему парламентських виборів, хоча ці вибори є пріоритетним видом виборів. У зв'язку з цим майже кожен парламентський вибори, як і президентські, приймаються нові закони про вибори і визначається виборча система стосовно парламентських виборів, що істотно ускладнює вибори. До того ж ці закони приймаються, як правило, не завчасно, а напередодні виборів, що часом більше прийнятне для кандидатів у депутати, ніж для виборців.

7. Конституція визнала і гарантувала місцеве самоврядування, проте не передбачила утворення виконавчих органів обласних і районних рад, у зв'язку з чим місцеве самоврядування має значною мірою символічний характер, оскільки повноваження органів місцевого самоврядування здійснюють відповідні місцеві державні адміністрації, що суперечить світовій практиці і міжнародно-правовим актам, ратифікованим Україною.

8. Недостатньо повно визначено основні об'єктні функції держави — економічна, соціальна, культурна та ін., — що дає державі можливість ухилятися від здійснення своїх функцій або відсторонювати державу, узурпувати її функції і повноваження чи привласнювати державою не властиві їй функції. Як результат держава тривалий час дбала про вирішення економічних питань у напрямі максимальної приватизації об'єктів, створених протягом тривалого часу і майже безоплатною працею громадян України, а не про зростання добробуту і духовності своїх громадян.

Звичайно, ці положення Конституції знижують демократизм держави, суспільства й самої Конституції, але не ліквідують його як систему безпосереднього народовладдя, державної влади, місцевого самоврядування, прав і свобод людини і громадянина, демократію в цілому.

Та, звичайно, найголовнішим щодо конституційних основ демократизму держави і суспільства є стан реалізації позитивних конституційних положень відносно демократизації держави і становлення громадянського суспільства.

Можна стверджувати, що чинна Конституція є реальною, а не символічною, адже переважна частина її позитивних положень діє. Це стосується більшості форм безпосереднього народовладдя — виборів, референдумів, народних обговорень, зборів, мітингів, походів, демонстрацій тощо. До того ж коло цих форм постійно збільшується, збагачується їх зміст.

Нещодавно, як відомо, реальне безпосереднє народовладдя в Україні збагатилось Помаранчевою революцією.

У виборах і референдумах бере участь переважна частина громадян, які мають право голосу. Референдуми в Україні, на відміну від інших країн, проводяться як місцеві, так і загальнонаціональні.

Відповідно в переважній більшості реалізуються такі політичні права громадян, як право брати участь в управлінні державними справами, обирати і бути обраним тощо. Реалізується й право громадян України на об'єднання: в Україні діє понад 120 політичних партій і кілька тисяч громадських організацій.

Громадяни України все більше звертаються до органів державної влади і посадових осіб, принаймні, до Президента і Прем'єр-міністра, які реально допомагають громадянам у захисті їх прав і вирішенні багатьох питань.

Про реалізацію громадянами права на інформацію свідчать утворення і функціонування більше тисячі телерадіокомпаній і кількох тисяч друкованих засобів масової інформації, користування великим колом громадян системою Інтернет.

Процес державотворення є спільною справою всіх громадян України, всього Українського народу, в тому числі вчених України. Лише за останні роки членами Національної академії наук України, зокрема науковими співробітниками Інституту держави і права ім. В. М. Корецького, та Академії правових наук України підготовлено такі фундаментальні праці з питань державотворення і безпосереднього народовладдя: «Український парламентаризм: минуле і сучасність» (1999),

«Державотворення і правотворення в Україні: досвід, проблеми, перспективи» (2001), «Конституційно-правові форми безпосередньої демократії в Україні: проблеми теорії і практики» (2001), В. Цветков, В. Горбатенко. «Демократія — Управління — Бюрократія» (2001), «Органи державної влади України» (2002), В. Селіванов. «Право і влада суверенної України. Методологічні аспекти» (2002), «Виконавча влада і адміністративне право» (2002), «Проблеми реалізації Конституції України: теорія і практика» (2003), «Державне управління: проблеми адміністративно-правової теорії та практики» (2003), О. Батанов. «Конституційно-правовий статус територіальних громад в Україні» (2003), І. О. Кресіна, Є. В. Перегуда. «Парламентські вибори в Україні: правові і політичні проблеми» (2003), В. Цветков, І. Кресіна, А. Коваленко. «Суспільна трансформація і державне управління в Україні: політико-правові детермінанти» (2003), «Конституційно-правові основи політичної системи України» (2005) та ін. В цих працях сформульовано наукові концепції функцій політичної системи та її складових: держави, політичних партій, територіальних громад та ін., наукові основи безпосереднього народовладдя та його основних форм (виборів, референдумів тощо), державної влади, українського парламентаризму, виконавчої влади, конституційної юстиції та ін.

Нині набуває дійсного демократизму діяльність більшості органів державної влади і органів місцевого самоврядування, про що неодноразово говорив Президент України Віктор Ющенко. «Ми з вами вже зробили незворотний крок до демократії... — сказав він у Зверненні до Українського народу 23 січня 2004 р. на Майдані Незалежності. — Ми створимо демократичну владу — чесну, професійну і обов'язково патріотичну».

Та все ж стан реалізації положень Конституції в частині демократичного державотворення і демократизації суспільства ще не можна вважати задовільним через такі причини.

1. Україну в Конституції проголошено демократичною, правовою державою, проте не створено належних правових основ функціонування деяких органів державної влади, зокрема органів виконавчої влади. Хоча всі органи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України, органи виконавчої влади діють на основі підзаконних актів, які є неконституційним. Закони — це своєрідні «крила Конституції» і без їх прийняття вона сповна не реалізується.

2. Значну кількість правових актів, що визначають порядок діяльності органів державної влади та посадових осіб, а також здійснення



безпосереднього народовладдя, не приведено у відповідність з Конституцією, що свідчить про неповагу держави до народу і громадян і відверте ігнорування державою їх волі. Отже, має місце поглиблення суперечностей між народом і державою, зокрема парламентом. Це стосується законів України «Про всеукраїнський і місцевий референдуми», «Про статус народного депутата України», «Про прокуратуру України», Регламенту Верховної Ради України тощо, які тривалий час не приймаються без істотних причин.

3. Штучно зволікається в деяких відношеннях здійснення судової, адміністративної та інших реформ. Вони набувають негативних рис у свідомості громадян.

4. Незадовільно реалізуються соціальні та культурні права громадян, хоча Україну проголошено соціальною державою. Нині близько 5 млн українців працюють за кордоном і зберігається значне безробіття в Україні, декілька років в Україні смертність переважає над народжуваністю, щороку кількість громадян України зменшується на 200–300 тис., вкрай низькою є в Україні заробітна плата. Так, у США оплата праці вища від оплати праці в Україні в 12 разів, у Франції — у 9, у Великій Британії та Німеччині — майже у 8 разів<sup>1</sup>. Незадовільно реалізуються права громадян на житло, на охорону здоров'я, інші соціальні і культурні права.

5. Допускаються істотні порушення економічних прав людини і громадянина в Україні. І якщо соціальні і культурні права громадян реалізуються неповністю через те, що держава не створює для цього належних умов (робочих місць, житла тощо), то економічні права (право власності, право на підприємницьку діяльність та ін.) реалізуються незадовільно, оскільки держава реально не перешкоджає правопорушенням у сферах приватизації, підприємницької діяльності через масову корупцію серед державних службовців і службовців органів місцевого самоврядування. Лише останнім часом держава стала боротись із сумнівною приватизацією і псевдопідприємництвом як засобом відмивання коштів та іншої незаконної діяльності.

6. Держава не забезпечує виконання обов'язків громадянами щодо сплати податків. Олігархи, а згодом і середній клас тривалий час ухилялись і продовжують певною мірою ухилятися від повної сплати податків через корупцію чиновників, а держава, яку вони тим самим знекровлюють і практично знищують, твердить про відсутність середнього класу, який свідомо не хоче виходити з «тіні», з нелегального

<sup>1</sup> Див.: Уряд. кур'єр. — 2005. — 21 трав.

становища в погоні за надприбутками. Але, знищуючи свою, буржуазну державу, українська велика і середня буржуазія знищує й Український народ, оскільки позбавляє державу можливості реалізувати свої соціальні та економічні програми. Тому Президент і Уряд нині ведуть і мають вести рішучу боротьбу з цими явищами.

7. Але найважливішим, найістотнішим недоліком державотворення в Україні є те, що держава не здійснює належним чином більшості своїх функцій і повноважень з числа як передбачених, так і не передбачених Конституцією України. Це характерно й для більшості органів державної влади: парламенту, Уряду, судів загальної юрисдикції, прокуратури та ін., що зумовлено як корумпованістю, непрофесійністю, несумлінністю кадрів та їх безвідповідальністю, так і відсутністю належних правових та інших основ їх діяльності (інформаційних, фінансових, організаційних тощо).

Отже, попри всі недоліки Конституції щодо організації і діяльності держави, її інститутів держава та її інститути не використовують усіх своїх можливостей і не несуть відповідальності за свою діяльність.

Основними напрямками вирішення конституційно-правових проблем українського державотворення мають бути такі:

1. Всебічне сприяння здійсненню конституційної (політичної) реформи шляхом введення в дію Закону «Про внесення змін до Конституції України», прийнятого 8 грудня 2004 р., оскільки цей Закон є ключовим не тільки у подальшому розвитку українського парламентаризму й Української держави, а й у становленні і розвитку політичної системи України в цілому.

З огляду на пріоритет народу в політичній системі насамперед потребують подальшого вдосконалення конституційні форми безпосереднього народовладдя: вибори, референдуми та ін. Ми повинні остаточно визначитись з системою парламентських виборів, що є головним питанням, надавши їй конституційного і законодавчого статусу. Адже держава, всі органи державної влади залежать передусім від того, як вони формуються.

Ми маємо також якнайскоріше визначитись і з системою (чи системами) місцевих виборів. Надалі не можна, щоб з кожними виборами приймалися нові закони, оскільки суспільство виявляється не зовсім готовим до таких виборів і вони несуть небезпеку суспільних криз. Слід нарешті прийняти Закон про референдуми. Зволікання з його прийняттям може розглядатись як неповага до народу.

Центральним питанням розвитку політичної системи і здійснення політичної реформи є подальше вдосконалення організації держав-

ної влади — законодавчої, виконавчої і судової — і визначення форми державного правління. Уряд має формуватись парламентом. Він мусить бути відповідальним як перед главою держави, так і перед парламентом, держава має бути парламентсько-президентською, а згодом — парламентською республікою.

Має утвердитись правляча (урядова) партія або правлячий блок партій. Лише після цього можна говорити про становлення в Україні якійсно нової політичної системи.

2. Створення цілісної завершеної в своїй основі правової системи, яка б мала основоположні законодавчі акти чи систему як матеріальних так і процесуальних законодавчих актів стосовно не лише кожної галузі права, а й щодо кожної основної функції держави, зокрема соціальної, культурної, екологічної, і кожного виду органів державної влади, а згодом — кожного основного інституту держави: Збройних Сил, грошової, банківської й бюджетної системи, державних символів тощо, оскільки нині деякі ключові функції і органи держави не мають системи законодавства. Це стосується насамперед владних функцій: законодавчої, виконавчої і навіть об'єктних, зокрема соціальної і культурної функцій.

3. Істотне розширення наукових досліджень у галузі державотворення, повніше використання потенціалу юридичної науки в діяльності органів державної влади та сприяння посиленню розвитку юридичної науки в напрямі підготовки фундаментальних праць у галузі державотворення, зокрема з проблем функцій держави та її механізму, державної влади, форм держави.

Поліпшення стану підготовки і використання юридичних кадрів органами державної влади і місцевого самоврядування. Встановлення обов'язкової квоти юридичних кадрів у міністерствах та інших центральних і місцевих органах державної виконавчої влади.

4. Посилення політичної, економічної, духовної, соціальної єдності держави, створення завершеної, цілісної і реальної, а не символічної системи органів державної влади та органів місцевого самоврядування.

Постійне підвищення кваліфікації суддів, працівників прокуратури, інших органів державної влади та органів місцевого самоврядування. І кадри, і система органів влади мають формуватися і вдосконалюватися одночасно.

5. Послідовне проведення принципу поділу влади і встановлення реальної конституційно-правової відповідальності органів державної влади та органів місцевого самоврядування, обмеження депутатської

недоторканності народних депутатів України, адже існуюче становище у вигляді абсолютної депутатської недоторканності може незабаром перетворити парламент на небезпечний для суспільства інститут, замість того, щоб він був надією і опорою суспільства й держави, пріоритетним органом державної влади. «Від нас чекають рішучих кроків, — говорив Президент України В. Ющенко на Всеукраїнських зборах представників місцевого самоврядування 26 квітня 2005 р., — і ми не маємо часу відкладати реформи. Я переконаний, що ідеали Помаранчевої революції, ідеали Майдану будуть всіма нами втілені. Ми зробимо це заради української нації, заради її майбутнього». Тобто держава і суспільство зможуть успішно вирішувати питання, які стоять перед ними, лише за умов максимальної їх злагоди і максимального використання всіх наявних можливостей: політичних, економічних, соціальних, культурних, правових, особливо наукових як вищих духовних, інтелектуальних можливостей суспільства, держави й особистості.

*Надійшла до редколегії 02.06.05*

*М. Савчин, кандидат юридичних наук*

### **Президент України у конституційній системі: забезпечення континуїтету та належного функціонування публічної влади главою держави**

У демократичному суспільстві завжди існує політичний дискурс щодо характеру та змісту правових актів, спрямованих на реалізацію повноважень конституційних органів влади. В умовах поділеної влади виникає проблема забезпечення легітимності прийняття владних рішень з огляду на конституційні положення про поділ влади (ст. 6) та рамки здійснення владних функцій (ч. 2 ст. 19). Тому у засобах масової інформації, суспільстві, політичному середовищі точаться широка дискусія щодо ситуації, яка склалася у відносинах між Верховною Радою України, Президентом та Кабінетом Міністрів у результаті прийняття низки рішень<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Див.: *Мостовая Ю.* Игра со спичками вокруг бензина // Зеркало недели. — 2005. — № 19 (547). — С. 1, 3; *Лысенко О.* Юлинка ошибка // Корреспондент. — 2005. — № 19 (158). — С. 18–20.

Метою цієї статті є визначення місця і ролі Президента України в системі конституційного ладу, розгляд основних структурних елементів статусу глави держави як його гаранта. Тому в роботі буде проаналізовано: досвід здійснення арбітражної функції глави держави в Україні та зарубіжних країнах; роль інституту президентства в утвердженні режиму панування (верховенства) права в Україні; критерії правових актів Президента України при здійсненні арбітражної функції; роль актів глави держави у забезпеченні конституційного ладу.

Згідно з класичною теорією поділу влади президент розглядається як глава виконавчої влади. Однак більшість сучасних конституцій європейських країн обминають проблему конституційного закріплення статусу президентів та визначення їх місця у системі поділу влади<sup>1</sup>. Закладену французькою конституцією V Республіки модель перерозподілу владних повноважень між главою держави (президентом) та урядом (колегіальним органом, що очолює власне виконавчу владу) було запозичено більшістю постсоціалістичних республік, у тому числі й Україною.

Відмова від втілення класичної моделі поділу влади засвідчила у цілому неефективність президентської форми правління, яка сьогодні діє лише в США<sup>2</sup>. В умовах президентської форми правління функції уряду можуть бути заблоковані парламентом, оскільки практика конституціоналізму свідчить про рідкі випадки наявності у парламенті пропрезидентської більшості, готової однозначно підтримати політичні рішення глави держави. Такий дисбаланс, зрозуміло, не сприяє урядові, очолюваному президентом, у вирішенні стратегічних питань розвитку суспільства і держави. Такий стан речей особливо небезпеч-

<sup>1</sup> Див.: Конституционное право государств Европы / Отв. ред. Д. А. Ковачев. — М., 2005. — С. 199.

<sup>2</sup> Дж. Сарторі зазначає, що ефективність американської президентської моделі пов'язана із високим ступенем доходів населення, наявністю двопартійної системи: «За іронією долі, переконання в тому, що президентські системи є сильними системами, призводить до найгіршої (із можливих) структурної організації — розділеної влади, беззахисної перед розділеним урядом. І незрозуміло, як працює чи працювала американська система, незважаючи на свою конституцію і навряд чи завдяки їй. Щоб ця система могла функціонувати, необхідна наявність трьох деблокуючих чинників: ідеологічної безпринципності, слабких і недисциплінованих партій і політики, орієнтованої на місцеві інтереси. Тільки в цьому випадку президент може залучити на свій бік конгресменів, щоб потім за допомогою вигідної політичної угоди одержати прихильність у виборчих округах» (Сарторі Дж. Порівняльна конституційна інженерія. Дослідження структур, мотивів і результатів. — К., 2001. — С. 84).

ний для перехідних суспільств, що має своїм наслідком надмірну концентрацію влади у глави держави<sup>1</sup>.

При парламентському правлінні забезпечується поділ влади між її законодавчою і виконавчою гілками. За цих умов можливе існування: прем'єрської системи, при якій виконавча влада домінує над законодавчою (Ізраїль, Італія, Словаччина); системи з необмеженими повноваженнями парламенту (Франція періоду IV Республіки, Україна до 1995 р. з паралельними функціями Президента); парламентаризму з партійним контролем (Угорщина, ФРН, Чехія). Система парламентаризму передбачає існування сильних парламентських партій та системи парламентського контролю над урядом<sup>2</sup>.

Щодо цього є цікавими положення правової доктрини країн з парламентським правлінням. У словацькій доктрині, визнаючи статус президента як глави держави, роблять застереження, що він «має такі повноваження, статус та авторитет, щоб у критичній ситуації був здатен повністю забезпечити охорону правового континуїтету держави»<sup>3</sup>. Основний закон ФРН визначає засади несумісності його посади Федеральному президенту (ст. 55), процедуру контрасигнації його актів з боку Федерального канцлера або відповідального міністра (ст. 58), представницькі функції у міжнародно-правових відносинах (ст. 59). Континуїтет держави забезпечується шляхом участі Федерального президента у процедурах інвестиції (формування) уряду (ст. 63, 64) та прийняття рішення про його відставку за процедурою «конструктивного вотуму» (ст. 67). Отже, ефективність діяльності уряду залежить від парламенту. Відповідно до французького прототипу напівпрезидентського (змішаного) правління існує подвійна структура влади, вірніше, «дуалізм» виконавчої влади. За цією моделлю уряд повинен мати підтримку глави держави і парламенту. Така система дає змогу урядові самостійно приймати відповідальні і стратегічні рішення у випадках як «розділеного правління», так і наявності пропрезидентської парламентської більшості, що підтримує уряд.

У російській доктрині наголошується на тому, що Президент РФ, «будучи юридично дистанційований від всіх гілок влади, творить нор-

<sup>1</sup> В Україні у період укладення Конституційного договору 1995 р. сторони (Президент і Верховна Рада) дійшли згоди про установлення фактично президентського правління на перехідний період (строком на один рік). Досвід показав, що за цієї системи у 1996 р. лише політичним силовим шляхом (призначення Президентом всеукраїнського референдуму в обхід парламентських процедур) можна було ухвалити нову Конституцію України на тлі недодержання визначених строків її ухвалення.

<sup>2</sup> Див.: Сарторі Дж. Вказ. праця. — С. 97–98.

<sup>3</sup> Urbančok, M. Krizové ustavné orgány Slovenskej republiky a pravna kontinuita štátu // Justična Revue. — 2004. — # 4. — S. 221.

ми, управляє, вирішує спори, здійснює конституційний контроль»<sup>1</sup>. Тому висловлюються думки про посилення авторитарних елементів у російській конституційній системі: «Сучасний етап розвитку російського конституціоналізму пов'язаний із виявленням і розвитком не стільки її [конституції] демократичного потенціалу (особливо у вульгарно-ліберальному тлумаченні поняття демократії), скільки у виявленні її авторитарного потенціалу»<sup>2</sup>. Однак видається, що з огляду на розуміння конституціоналізму такий висновок є далеко не очевидним, а навіть проблемним з точки зору верховенства права.

Арбітражна функція президента будується на основі забезпечення збалансованого функціонування публічної влади, а не виходячи із «авторитарного потенціалу» конституції. Таке становище президента дає йому змогу знайти вихід із парламентської кризи, призначивши уряд меншості, коли неможливо сформувати парламентську більшість і відповідно уряд більшості. При цьому президент може розпустити парламент і призначити нові вибори у встановлений конституцією строк<sup>3</sup>.

У вітчизняній літературі прийнято вважати, що Президент України не входить до жодної гілки влади<sup>4</sup>, а як глава держави посідає

<sup>1</sup> Коментарій к Конституции Российской Федерации / Под общ. ред. Ю. В. Кудрявцева. — М., 1996. — С. 363.

<sup>2</sup> Здається, що у російській доктрині останнім часом обґрунтовується позиція щодо легітимності суперпрезидентського правління зі слабкими партіями та парламентом, про що свідчить наведена цитата зі статті: *Боброва Н. А.* Реформа власти и перспективы развития авторитарных элементов российской Конституции // Конституционное и муниципальное право. — 2005. — № 1. — С. 10–12.

<sup>3</sup> Згідно з конституційним законом № 2222-IV, який набирає чинності 1 вересня 2005 р. (або 1 січня 2006 р.), Президентом належатиме право розпустити парламент, якщо: протягом місяця у парламенті не сформовано «коаліцію депутатських фракцій» на основі парламентської більшості; протягом 60 днів парламент не здатен сформувати уряд; та парламент протягом 30 днів однієї чергової сесії не може розпочати пленарні засідання (див.: Закон України від 8 грудня 2004 р. № 2222-IV «Про внесення змін до Конституції України» // Голос України. — 2004. — 8 груд.).

<sup>4</sup> Ю. Тодика визнає, що повноваження президента «у сфері забезпечення конституційної законності, національної безпеки, стабільності конституційного ладу та його захисту посідають центральне місце в його компетенції» (*Тодика Ю. Н.* Основы конституционного строя Украины. — Х., 1999. — С. 202); «це вимагає від нього бути відповідальним за діяльність державної виконавчої влади в країні, адже йому за Конституцією підпорядковується вся виконавча вертикаль (Конституційне право України / За ред. Ю. М. Тодики, В. С. Журавського. — К., 2002. — С. 394). Тому Президент не належить до жодної з «гілок влади», оскільки він «отримує свої повноваження безпосередньо від народу», а його «політична позиція часто нагадує роль політичного арбітра у взаєминах між окремими гілками державної влади (Там само. — С. 395).

місце над законодавчою, виконавчою і судовою гілками влади<sup>1</sup>. Оскільки державна влада заснована конституцією, то спостерігається безпосередній зв'язок між арбітражною функцією Президента та принципом верховенства права.

Істотним елементом конституційного статусу Президента України є те, що глава держави виступає гарантом державного суверенітету, територіальної цілісності України, додержання Конституції України, прав і свобод людини і громадянина (ст. 102). Для здійснення своїх функцій Президент може створювати консультативні, дорадчі та інші допоміжні органи і служби (п. 28 ст. 106 Конституції).

Принцип поділу влади передбачає збалансований розподіл владних повноважень та, залежно від форми правління, існування декількох центрів прийняття політичних рішень. Згідно з принципом верховенства права політичні рішення мають бути підпорядковані праву, оскільки вони можуть одержати оцінку з боку Конституційного Суду на предмет додержання повноважень, визначених у Конституції і законах України. Конституційний контроль норм урівноважує вищі органи влади, — парламент, главу держави, уряд, орган конституційної юстиції та інші органи, статус яких в істотних елементах визначено Конституцією України.

Відповідно до Конституції України статус глави держави має специфіку, оскільки за своїм становищем він посідає місце арбітра у механізмі публічної влади України, тобто забезпечує правонаступність і належне функціонування публічних інститутів. Президент України володіє високим ступенем легітимності, бо він обирається народом шляхом загальних і прямих виборів. У цьому аспекті може виникати небезпека застосування референдарних процедур в обхід парламентських процедур прийняття суспільно важливих рішень.

Взаємодія Президента з парламентом забезпечується шляхом його участі у законодавчій роботі як суб'єкта законодавчої ініціативи, який має право наполягати на розгляді законопроектів як невідкладних (ч. 2 ст. 93

<sup>1</sup> В. Погорілко визначає статус Президента таким чином: «Президент як глава держави втілює національну єдність, наступність державної влади, він є гарантом національної незалежності і територіальної цілісності, а іноді проголошується також арбітром, координатором діяльності державних органів тощо» (Конституційне право України / За ред. В. Ф. Погорілка. — К., 2000. — С. 472); «загальною рисою статусу президента для напівпрезидентських держав є прагнення поставити президента над традиційними гілками влади, всіма інститутами держави... в самостійній якості як арбітра, координатора» (Конституційне право України / За ред. В. Я. Тація, В. Ф. Погорілка, Ю. М. Тодики. — К., 1999. — С. 222).



Конституції), що зв'язує парламент. Глава держави має право відкладального вето, яке долається 2/3 народних депутатів від конституційного складу Верховної Ради. Підставою для накладання вето на прийняті закони не обов'язково має бути їх неконституційність, врешті-решт це питання остаточно вирішує Конституційний Суд України. Порівняльно-правовий аналіз показує, що президенти найчастіше використовують право вето з політичних міркувань.

В Україні спостерігається дуалізм виконавчої влади, що проявляється у відповідальності уряду перед главою держави (ч. 2 ст. 113 Конституції) та його підзвітності і підконтрольності парламенту. Отже, Основний Закон залишає за Президентом прерогативу владного втручання у діяльність виконавчої влади, однак таке повноваження за своєю природою є дискреційним<sup>1</sup>. З контексту Конституції випливає, що Президент володіє широкою самостійністю у сфері виконавчої влади, залишаючи за собою функції контролю за ефективністю урядових рішень. У той же час глава держави має право врегульовувати діяльність органів виконавчої влади. В зарубіжній доктрині з цього приводу говориться, що глава держави у напівпрезидентській республіці володіє регламентарною владою<sup>2</sup>, оскільки це впливає із принципу поділу влади та конституційного визначення його статусу.

Роль Президента як гаранта додержання основних прав і свобод є ще малодослідженою у вітчизняній літературі. У конституційній дер-

<sup>1</sup> Проблема використання Президентом України своїх дискреційних повноважень стала предметом розгляду в Конституційному Суді (Рішення Конституційного Суду України від 6 липня 1998 року № 10-рп/98 // Конституційний Суд України. Рішення. Висновки (1997 – 2001 роки) / Відп. ред. П. Б. Євграфов. – К., 2002. – Кн. 1. – С. 247 і наст.). Згідно з Указом Президента України від 24 квітня 1997 р. № 371 було утворено Національне бюро розслідувань, на яке покладалися функції зміцнення НБ, забезпечення належного захисту основних прав і свобод, посилення боротьби із злочинністю, зокрема її організованими формами. Парламентарії піддали сумніву такого роду повноваження глави держави, оскільки вони не передбачені Конституцією України. Визнавши деякі положення зазначеного Указу неконституційними, орган конституційної юрисдикції у принципі визнав наявність у Президента дискреційних повноважень. Суд зазначив, що конституційне повноваження Президента України утворювати центральні органи виконавчої влади не пов'язується з наявністю законів стосовно організації і діяльності таких органів влади. Отже, зроблено вагомий крок до правової доктрини, яка у США відома як доктрина «повноважень, що припускаються».

<sup>2</sup> Див.: Жакке Ж.-П. Конституционное право и политические институты / Пер. с фр. – М., 2002. – С. 208; Ардан Ф. Франция. Государственная система. – М., 1988.

жаві захист основних прав і свобод покладається на органи правосуддя, які компетентні встановлювати факти порушення основних прав і на основі закону застосувати відповідні санкції. З огляду на це роль Президента України полягає в оперативному реагуванні на ці факти шляхом звернення до органів прокуратури та судової влади. Зокрема, прийняття Президентом України Указу від 25 грудня 2003 р. № 1486 «Про заходи щодо забезпечення конституційних прав громадян та нормалізації життєдіяльності м. Мукачєвого Закарпатської області»<sup>1</sup> мотивувалося «необхідністю вжиття заходів щодо забезпечення конституційних прав жителів міста Мукачєвого»<sup>2</sup>. Думки фахівців з приводу конституційності цього Указу Президента розділилися: одні вважали, що він сприяв реальному забезпеченню конституційності та гарантуванню основних прав жителів м. Мукачєва; другі — положення цього Указу не відповідають Конституції; треті — існує прогалина в законодавстві у випадку невизначеності порядку призначення виконуючого обов'язки глави територіальної громади<sup>3</sup>. Тому можна лише висловити деякі пропозиції щодо правових актів Президента як гаранта додержання основних прав і свобод.

У правовій державі, де поважається принцип верховенства права, реагування глави держави на факти порушення прав людини безпосередньо шляхом видання указів є сумнівним на предмет його легітимності. Встановлення фактів порушення прав людини належить до компетенції органів судової влади. Оскільки у цьому випадку мала місце колізія застосування конституційних положень судами загальної юрисдикції одного рівня<sup>4</sup>, то ці питання згідно з п. 2 ст. 150 Конституції належать до юрисдикції Конституційного Суду України, який мав би дати офіційне тлумачення Конституції і законів України щодо

<sup>1</sup> Уряд. кур'єр. – 2003. – 30 груд.

<sup>2</sup> З цього Указу нечітко видно, якими міркуваннями керувався глава держави при здійсненні своїх арбітражних функцій, хоча на повторних виборах міського голови Мукачєва у липні 2003 р. мали місце численні порушення права на рівне і вільне виборче право, що зафіксували ряд національних та міжнародних неурядових організацій, а також рішення судів, які за своїм змістом виключали одне одного. Конституційний Суд відмовив у розгляді конституційного звернення Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини та 52 народних депутатів, оскільки на момент звернення цей Указ втратив чинність.

<sup>3</sup> Див.: Вісник Конституційного Суду України. – 2005. – № 1. – С. 37.

<sup>4</sup> Маються на увазі рішення Мукачєвського районного суду та Сихівського районного суду міста Львова, які за змістом виключали одне одного. Фактично мав місце спір про компетенцію між судами загальної юрисдикції першої інстанції, правомірність визначення підсудності розгляду справи.

визначення належного суду (підсудності цієї справи) та його компетенції (меж судової юрисдикції), визнавши розгляд справи невідкладним. Оскільки до повноважень парламенту належить вирішення питання про призначення чергових та позачергових виборів до органів місцевого самоврядування (п. 30 ст. 85 Конституції), то Президент міг вжити заходів через свого представника у Верховній Раді щодо розгляду цього питання на її пленарному засіданні.

Здійснення арбітражної функції Президента України можливе шляхом звернення до компетентних органів влади про вжиття невідкладних заходів щодо забезпечення нормального функціонування органів влади. Якщо ці заходи не дають змоги належним чином забезпечити основні права і свободи, Президент може вжити заходів у рамках режиму воєнного чи надзвичайного стану, що потребує додаткового схвалення у дводенний строк парламентом (ч. 3 ст. 83 Конституції). При цьому вжиття цих екстраординарних заходів має бути пропорційним і не накладати надмірних обмежень у сфері основних прав і свобод<sup>1</sup>.

З огляду на це можна припустити, що арбітражна функція глави держави у сфері національної безпеки та у військовій сфері має забезпечуватися через діяльність Ради національної безпеки і оборони України. Внаслідок свого статусу РНБО координує і контролює діяльність органів виконавчої влади у сфері національної безпеки і оборони (ч. 2 ст. 107 Конституції) і не є консультативним, дорадчим органом при Президентові в сенсі п. 28 ст. 106 Конституції. Згідно з принципом верховенства права здійснення арбітражної функції глави держави у сфері національної безпеки і оборони має здійснюватися шляхом ухвалення рішень на засіданнях РНБО, які вводяться в дію указами Президента України.

Прийняття правових актів у рамках забезпечення континуїтету та стабільності конституційного ладу пов'язано не лише із консти-

<sup>1</sup> Європейський суд з прав людини дав визначення критеріїв пропорційності. Відповідно до усталеної практики, судового прецедентного права ЄСПЛ: 1) доктрина пропорційності застосовується в тих випадках, коли держава або її окремі органи мають намір посягнути на право, передбачене Конвенцією, в ім'я більш високої мети; 2) Суд розглядає, чи відповідає оскаржене посягання на право насущної соціальної необхідності, і чи було воно пропорційне обґрунтованій меті; 3) якщо ні, то держава або її окремі органи визнаються винуватими у порушенні права, передбаченого Конвенцією; 4) між суспільною політикою і засобами, що використовуються державою для її застосування, повинен існувати раціональний зв'язок; 5) між інтересами суспільства у цілому і вимогами про захист індивідуальних фундаментальних прав індивіда має бути встановлено баланс.

туційно визначеними повноваженнями глави держави (ст. 106) чи міркуваннями недостатності законодавчого регулювання, а також його конституційним статусом. Хоча ця думка у доктрині сприймається неоднозначно<sup>1</sup>, глава держави покликаний забезпечити принцип поділу влади, ефективну взаємодію конституційних органів влади і вживати належних заходів щодо забезпечення ефективного здійснення функцій держави.

Застосування Президентом необхідних заходів у рамках ч. 2 ст. 102 Конституції України передбачає: а) вжиття заходів у рамках правових актів — указу, розпорядження, конституційного подання; б) такі заходи мають відповідати критеріям пропорційності і не накладати надмірних обмежень у сфері основних прав і свобод; в) вони повинні бути оперативними, своєчасними і переслідувати соціально значущу мету в рамках забезпечення засад конституційного ладу; г) порушення повинні мати принциповий характер і вжиття інших заходів не дає змогу забезпечити режим конституційності; ґ) підставою цього є саме забезпечення принципів верховенства права, поділу влади, належного функціонування публічної влади та правонаступності її інститутів; д) вжиття заходів, пов'язаних із обмеженням основних прав і свобод, повинні стати предметом невідкладного парламентського або конституційного контролю в порядку, визначеному Конституцією і законами України.

Конституційний закон № 2222-IV може внести дисбаланс у «трикутник» відносин «парламент — глава держави — уряд». Право Президента України на розпуск парламенту з мотивів, що не сформовано протягом місяця «коаліцію депутатських фракцій» (п. 1 ст. 90 Закону № 2222-IV), яка повинна бути заснована на конституційній більшості складу Верховної Ради (ч. 6 ст. 83 цього Закону), не гарантує режим парламентаризму і створює істотні труднощі у формуванні уряду меншості.

У власному сенсі арбітражна функція глав держави проявляється в разі нездатності парламенту сформувати уряд або підтримати його

<sup>1</sup> Висловлюються протилежні думки з цього приводу: згідно з правовою позицією Конституційного Суду РФ не виключається можливість прийняття правових актів Президентом, якщо такі укази не суперечать конституції і федеральним законам, а їх чинність у часі обмежується періодом до прийняття наступних законодавчих актів (див.: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 30 апреля 1996 г. № 11-п // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. — 1996. — № 3). На протигагу цьому говорять, що президент може здійснювати лише ті повноваження, які прямо передбачені у конституції (див.: *Лучин В. О., Мазуров А. В.* Указы Президента РФ: основные социальные и правовые характеристики. — М., 2000. — С. 49–50; *Российское законодательство: проблемы и перспективы.* — М., 1995. — С. 139).

політичний курс, якщо уряд запитує у законодавчого органу вотум довіри або пов'язує це із парламентською підтримкою окремих урядових законодавчих ініціатив. У такому разі глава держави приймає рішення про розпуск парламенту та призначає дострокові парламентські вибори. Аналіз конституційного закону № 2222-IV свідчить про те, що, з одного боку, встановлюються надмірні підстави для розпуску парламенту в разі його нездатності сформувати уряд, оскільки виключається можливість створення уряду меншості, функціонування якого, до речі, є звичайним явищем для країн Бенілюксу та Північної Європи. З другого боку, уряд не застрахований від мінливого політичного розкладу в парламенті, оскільки він позбавлений можливості ставити питання про довіру.

Право глави держави призначати деяких міністрів вносить дисбаланс у діяльність виконавчої влади, оскільки це є проблематичним з огляду на статус Президента згідно з ст. 102 Конституції України. Відповідно до принципу верховенства права і єдності правової системи внесення змін до конституції, її перегляд повинні мати системний характер<sup>1</sup> і не звужувати, обмежувати гарантії засадничих цінностей конституційного ладу, зокрема принципи верховенства права і поділу влади.

З точки зору поділу влади та забезпечення державного суверенітету арбітражну функцію Президента України можна тлумачити як компенсуючу. В разі законодавчого недогляду або відсутності регламентування правовідносин постановами уряду можливе президентське втручання у формі видання указів із неврегульованих питань. Укази Президента у зазначених випадках можна обговорювати колегіально на засіданнях РНБО. Такі укази необхідно вносити на розгляд Конституційного Суду України, який можна наділити повноваженнями по здійсненню попереднього конституційного контролю над ними<sup>2</sup>. Лише з винесенням позитивного висновку прийняті укази Президента могли б набирати

<sup>1</sup> Правова позиція Конституційного Суду України в одній із справ з цього приводу була така: «Відсутність комплексних, системних змін до Конституції України у зв'язку із запровадженням двопалатного парламенту в запропонованому народними депутатами України варіанті вже сама по собі унеможливує всебічний аналіз пропонованих змін до Конституції України на предмет їх відповідності статті 157 Конституції України». Зрозуміло, що Конституційний Суд України залишив відкритою проблему вимоги системності конституційних законів (див.: Абз. 8 пп. 3.1 висновку № 2-в/2000 від 11 липня 2000 року // Правові позиції Конституційного Суду України в рішеннях і висновках (1997–2003 роки) / Чаюн М. Г., Кириченко Ю. М., Кидисюк Р. А. та ін. – К., 2003. – С. 93).

<sup>2</sup> Також не виключено, що за французьким взірцем можна запровадити відносно указів Президента України, спрямованих на «компенсацію» правотворчих повноважень парламенту та уряду, винесення попереднього консультативного висновку з боку спеціалізованої палати Вищого адміністративного суду.

чинності і приводитися до виконання. Отже, існують перспективи щодо можливості введення у вітчизняну конституційну систему елементів доктрини «компенсації повноважень»<sup>1</sup>, яка передбачає правотворче втручання через акти глави держави або шляхом ухвалення органом конституційної юстиції доповнюючих, конкретизуючих рішень, які б за своїм сенсом доповнювали зміст конституційних норм<sup>2</sup>.

З наведеного можна зробити такі висновки. Еволюція інституту президента в Україні залежатиме від динаміки політичної системи та публічної влади. Нещодавно прийняті конституційні закони у цілому не зачіпають істотних елементів статусу Президента України та здійснення ним арбітражної функції. Тому існує перспектива подальшого розвитку практики здійснення Президентом арбітражних функцій шляхом забезпечення: 1) правонаступності інститутів публічної влади (континуїтету) при вирішенні питання про розпуск парламенту та призначення дострокових виборів або прийняття відставки уряду; 2) поділу влади, тобто організаційної єдності, автономності, функціональної відокремленості органів публічної влади; 3) взаємоузгодженого функціонування органів публічної влади із залученням їх представників на засідання РНБО; 4) єдності національної правової системи при здійсненні законодавчої ініціативи, права вето, зупиненні чинності правових актів уряду з одночасним зверненням до Конституційного Суду України, а також прийнятті у виключних випадках регламентарних актів при відсутності законодавчого регулювання; 5) верховенства основних прав і свобод, спонукаючи органи судової влади та правоохоронні органи своєчасно і належним чином реагувати на факти порушення прав людини.

У правовій державі здійснення Президентом функцій арбітражу багато в чому залежатиме від його співпраці із Конституційним Судом України. Зважаючи на високий ступінь легітимності глави держави, який обирається прямими, демократичними виборами більшістю виборців, Президент може вживати необхідних заходів на основі та у визначених Конституцією України межах. Такі заходи мають відповідати критеріям пропорційності, не тягти за собою надмірний тягар для фізичних та юридичних осіб, служити суспільно значущій легітимній меті, забезпечувати цілісність конституційного ладу.

*Надійшла до редколегії 04.06.05*

<sup>1</sup> Кляйн Ханс Х. Юрисдикція конституційного суду і структура конституції. От правового государства к конституционному государству // Государство и право. – 1999. – № 8. – С. 111–112.

<sup>2</sup> Див.: Цунтеліус Р. Юридична методологія / Переклад, адаптація, приклади з права України і список термінів Романа Корнута. – К., 2004. – С. 20–28, 95–100, 116–124.

*Н. Жук*, головний спеціаліст Харківського обласного управління юстиції

## Про конституційне реформування влади

Щонайпершою вимогою будь-якої державної реформи є її відповідність менталітету нації, духу національної політики, рівню розвитку суспільства та його очікуванням. Конституційна реформа може бути вдалою, якщо основа її змісту ґрунтується на передбаченні її довгострокових наслідків.

Демократичну основу здійснення державної влади становить вимога її деконцентрації, тобто поділу всього масиву влади держави між групами органів різної функціональної спрямованості, що складають так звані гілки влади. Але деконцентрація влади сама по собі не здатна забезпечити збалансовану систему правління — єдино розумну модель управління суспільством. Іншою невід'ємною рисою поділу влади є вимога внутрішньої рівноваги її гілок, їх самостійності, взаємовпливу, взаємостримування і співробітництва. В системі поділу влади урівноваження її органів здійснюється за допомогою системи стримувань і противаг, що забезпечують загальний баланс влади.

Для збалансованої системи державного управління неприйнятні як режим «правління Зборів», так і «кабінетне правління», і «державна суддів». Загальним правилом встановлення рівноваги між гілками влади є подолання переваги, якщо така має місце, однієї з них над іншими. Це досягається шляхом визначення для кожної з гілок влади власного джерела рівноваги і наділення їх відповідними засобами взаємовпливу.

В процесі розвитку незалежної держави Україна прямо або приховано триває боротьба двох таборів: прихильників пріоритету парламентарної і президентської влади. Відобразивши компроміс між ними, Конституція України втілила змішану, президентсько-парламентарну форму правління. Разом із відповідальністю уряду перед президентом і принципом персональної несумісності посад — характерними рисами президентської форми правління — було введено політичну відповідальність уряду і перед парламентом. Закономірним наслідком недостатньо послідовного політичного компромісу у сфері управління став пошук нової моделі концепції «балансу влад», яка б примирила прихильників сильної і незалежної виконавчої гілки влади і дійової системи парламентського контролю за нею.

Можна виділити такі пропозиції по конституційній реформі: посилення ролі парламенту у «раціоналізованому» вигляді; конституційну легалізацію впливу політичних партій в механізмі державної влади; усунення переваги президента у сфері виконавчої влади; посилення стримувань і противаг між гілками влади і всередині кожної з них.

Посилення ролі парламенту можливе за рахунок удосконалення інституту відповідальності перед ним уряду. «Система управління, при якій інститут політичної відповідальності уряду перед парламентом або відсутній зовсім, або присутній в «усіченому вигляді», позбавлена одного з головних реквізитів демократії — можливості делегувати відповідальність і тримати правителів у стані підзвітності народів»<sup>1</sup>. Обопільна відповідальність законодавчої і виконавчої гілок влади за зміни, що відбуваються у державі, відповідає вимогам поділу влади, збалансованості її гілок, і може стати умовою поліпшення їх співробітництва. «Раціоналізація» парламентаризму, що зачіпає інститут відповідальності уряду, покликана у першу чергу сприяти підвищенню ефективності парламентського контролю за урядом.

Динаміка взаємовідносин законодавчої і виконавчої гілок влади повинна забезпечувати стабілізацію урядової діяльності. Шлях до цього — створення правових умов для заснованої на демократичних принципах діяльності парламентських сил у протиборчих таборах: правлячому і опозиційному. Результатом цього має стати конституційна легалізація впливу партій на систему поділу влади. Вплив партій може суттєво підвищитися у разі введення пропорційної виборчої системи, формування парламенту й уряду виключно на основі представництва парламентської більшості.

Нарешті, ефективний поділ влади передбачає звільнення президента, який формально не входить до виконавчої гілки влади, від виконання повноважень власне виконавчого характеру; передачу цих повноважень урядові; забезпечення самостійності уряду у сфері виконавчої влади; підвищення значущості глави уряду.

Проекти конституційної реформи в Україні відображають прагнення наблизити існуючу форму правління до парламентарної. Але реформа зачіпає не тільки проблему вибору тієї чи іншої форми правління — перш за все йдеться про пошук якісно нової системи балансу влади в державі. Для того щоб віддати перевагу тій чи іншій з цих систем, звернемо увагу на зарубіжний досвід поділу влади.

<sup>1</sup> Джеймс Пфиффнер. Разделенное управление и проблема власти // Разделенная демократия. Сотрудничество и конфликт между Президентом и Конгрессом. — М., 1994. — С. 63.



Незадоволені могутністю президента США політики і вчені шукають засоби приборкання виконавчої гілки влади — їх побоювання можливості перетворення президентства на особисту диктатуру пояснюються недооцінкою існуючою системою правління ролі парламенту. З метою запобігання цьому реформатори припускають можливість як поєднання елементів президентства і парламентаризму, так і переходу до парламентарної системи<sup>1</sup>. Цікаво, що пропозиції конституційних реформ мають місце і в таких традиційно парламентарних державах, як Англія і Канада. Тамтешні вчені незадоволені зрощенням виконавчої і законодавчої гілок влади, що сталося внаслідок формування уряду з депутатів, які становлять більшість у парламенті<sup>2</sup>. Розчарування існуючим балансом гілок влади властиве і державам із змішаними формами правління. Так, у Франції аж до 1986 р. висловлювалося незадоволення з приводу всемогутності президента республіки, аж до порушення ним вимог конституції<sup>3</sup>.

Активне підключення до механізму здійснення державної влади деяких нових, нерідко неконституційних чинників (політичних партій, фінансово-промислових груп, кар'єрного чиновництва, наддержавних органів) спровокувало зміну механізму дії традиційних стримувань і противаг, що виявилось, зокрема, в послабленні їх дієвості. Звернемо увагу на те, яким чином вторгнення в механізм поділу влади феномена так званої «держави партій» вплинуло на доктринально-запрограмовану рівновагу гілок влади.

Прихильники парламентаризму як найпривабливішу його властивість і зразок контролю за діяльністю виконавчої влади зазвичай називають право парламенту змінювати уряд, відмовляючи йому в довірі. Проте в «державі партій» вотум довіри, увійшовши до механізму «кабінетного правління», лише поповнив арсенал засобів впливу уряду на парламент, ставши ще одним засобом приборкання прем'єр-міністром непокірних законодавців. Більш того, характерною слабкістю сучасного парламентаризму вважаються саме формалізм і ілюзорність парламентського контролю за діями адміністрації.

Існує думка, згідно з якою «корінь зла» сучасної системи поділу влади — не в приписах конституції, не «в організаційній структурі, не

в особливостях її механізму, а в тій соціально-економічній основі, яку вона обслуговує політично»<sup>1</sup>. Інакше кажучи, визначити справжній коефіцієнт корисної дії конституційної системи стримувань і противаг можливо лише за допомогою дослідження і урахування дії чинників соціально-політичного характеру.

Так, за ідеєю, парламентарна модель передбачає певний пріоритет законодавчих органів. Але в сучасних умовах на практиці виконавча влада тут явно домінує над законодавчою: всі політичні ініціативи і рішення виходять від уряду, що добивається їх схвалення за підтримкою більшості, яку він має у парламенті. В президентській системі, що ґрунтується на більш жорсткому поділі влади, законодавча влада, навпаки, формально має більшу самостійність, бо не відчуває постійного тиску з боку виконавчої влади. «Злиття» законодавчої і виконавчої гілок влади, притаманне парламентаризму, в президентстві можливе лише у разі неподіленого партійного правління, тобто тоді, коли одна партія контролює обидві ці гілки влади. Щоправда, і в цьому випадку принцип персональної несумісності посад і слабка партійна дисципліна, якою відрізняються, наприклад, партії США, сприяють розмежуванню обох гілок влади та їх урівноваженню.

Звернемо увагу на переваги вітчизняної системи поділу влади, сконструйованої в 1996 р. Конституція України на відміну від сучасних парламентарних конституцій зуміла забезпечити певну рівновагу законодавчої і виконавчої гілок влади. Саме тому надмірного посилення ролі уряду за рахунок приниження самостійності і значущості парламенту в цілому не відбулося. Парламенту було забезпечено автономію в питаннях визначення своєї організації, правил процедури і фінансування; вирішення долі парламенту (можливість його розпуску) могло відбутися лише за умов правового характеру і не було поставлене в залежність від розсуду органів виконавчої влади; інститут делегованого законодавства мав місце незначний час, а сфера закону, парламентська ініціатива і права парламентських комітетів не зазнали обмеження.

Важливо, що було створено правові передумови для деполітизації судової гілки влади. На відміну, скажімо, від французької моделі, в якій президент має незрівнянно більше важелів впливу на судову гілку влади, ніж парламент, в Україні судова влада рівновіддалена як від законодавчої, так і від виконавчої гілок влади. Наділення політичних гілок влади симетричними і рівнозначними засобами взаємного тиску відносно суду забезпечило рівновагу їх можливостей у галузі правосуддя.

<sup>1</sup> Мишин А. А. Вказ. праця. — С. 47.

<sup>1</sup> Див.: Мишин А. А. Принцип разделения властей в конституционном механизме США. — М., 1984. — С. 46–47.

<sup>2</sup> Див.: Шлезингер-мл. А. М. Циклы американской истории / Пер. с англ. — М., 1992. — С. 445.

<sup>3</sup> Див.: Франсуа Платон. Исполнительная власть в Пятой Французской Республике. Логика и интерпретация // Президент — Правительство — Исполнительная власть: российская модель. — М., 1997. — С. 57–68.

Свою роль у справі підтримання рівноваги законодавчої і виконавчої гілок влади в Україні зіграли і чинники політичні. Крім переваг змішаної виборчої системи, в «позитив» системи стримувань і противаг зіграли принцип неприпустимості одночасного поєднання однією особою посад в органах різних родів влади; слаба структурованість парламентських партій, що не дала змогу одній партії зосередити в своїх руках надмірні можливості впливу на співвідношення законодавчої і виконавчої гілок влади; багатополосність політичної системи тощо.

В той же час система поділу влади, встановлена у 1996 р., не може бути визнана повністю урівноваженою та фактично повною мірою реалізованою. Проблема переваги, не припустимої з погляду належно збалансованої системи правління, того чи іншого органу державної влади над іншими, має місце в багатьох сферах функціонування держави. Ось лише деякі аспекти цієї проблеми.

Необгрунтованою перевагою президента над парламентом відзначаються конституційні схеми їх взаємодії у сфері установчої влади (за рахунок президентського права вето на закони про внесення змін до Конституції України); сфері законодавства (внаслідок прогалини в Конституції, завдяки якій президент має можливість блокувати небажані йому закони, у тому числі прийняті в результаті подолання вето, попросту не підписуючи їх); відповідальності уряду (більш вагомої перед президентом, ніж перед парламентом); призначення та відставки посадових осіб органів державної влади (чого варта можливість відставки Генерального прокурора України за одноособовим рішенням президента, або право призначення президентом керівників «інших» центральних органів виконавчої влади без участі парламенту).

Особливим дисбалансом відрізняється сама система органів виконавчої влади, яка стійко перебуває у стані «нерівноправної діархії» — виконавча влада замикається на президенті, який формально не є її главою, але у своєму розпорядженні має незрівнянно більш широкі повноваження щодо уряду, ніж прем'єр-міністр. Кабінет Міністрів України, проголошений вищим органом виконавчої влади, насправді не в змозі проводити незалежну від президента політику. Цьому сприяють право президента одноособово вирішувати питання про відставку уряду, своїми актами визначати функції його діяльності і скасовувати акти уряду, головувати в Раді національної безпеки і оборони (далі — РНБО). Неясний поділ влади і відповідальності вищої виконавчої влади на конституційному рівні на практиці збільшився необгрунтованим посиленням допоміжних органів при президентові і неконституційним перерозподілом повноважень між президентом, його адміністрацією (державним секретарем), урядом і РНБО.

Крім правових чинників, «перевазі» президента серед інших органів державної влади сприяють передумови політичного характеру. Відсутність або слабкість конституційно-політичної бази діяльності уряду — стабільної парламентської більшості — зумовлює неможливість установа злагодженого співробітництва гілок влади у сфері законодавства. Крім цього, якщо уряд не спирається на більшість депутатів, він апоріорі не може претендувати на автономію щодо глави держави: членам уряду залишається погоджуватися на підлеглу роль, що має на увазі готовність виконувати свої повноваження лише у форматі бажань президента. Такий стан справ незмінно негативно позначається на системі поділу влади, що засновується на парламентарних засадах.

Становище ускладнила відсутність будь-яких чітких прав у опозиції. Все це зовсім не сприяло встановленню діалогу між представленими у вищих органах державної влади суспільно-політичними силами.

Нарешті, про збалансовану систему публічної влади не доводиться говорити в умовах недостатньої її децентралізації. Центральна державна влада має бути урівноважена незалежною від неї владою адміністративно-територіальних одиниць у мірі, достатній для запобігання її надмірній могутності (система стримувань і противаг по вертикалі).

Усунути дисбаланс влади, не виправдану перевагу того чи іншого органу над іншими можна тільки ліквідувавши джерело такої переваги. Конституційна реформа, затверджена Законом України від 8 грудня 2004 р. № 2222-IV «Про внесення змін до Конституції України», сприяє усуненню деяких чинників і умов, що негативно впливають на систему поділу влади. Це відбувається шляхом перерозподілу повноважень між президентом і парламентом щодо уряду — на користь парламенту; між президентом і урядом щодо органів виконавчої влади — на користь уряду; між центральними органами державної влади і місцевими громадами щодо регіональних органів влади — на користь безпосередньої демократії. Поза сумнівом, позитивним ходом конституційної реформи є усунення переваги президента над парламентом у сфері законодавства шляхом встановлення особливого механізму введення в дію законів, прийнятих парламентом, у разі їх непідписання президентом у строк, встановлений Конституцією.

З другого боку, конституційна реформа не увірала в себе весь напрацьований світовою практикою позитивний досвід збалансування системи стримувань і противаг між гілками влади. Так, вона залишила поза увагою проблему необхідності створення другої палати в пар-

ламенті — регіонального представництва, так само як і питання забезпечення рівноваги судової гілки влади з іншими гілками влади у сфері законодавства, що могло відбутися за рахунок надання Верховному Суду права законодавчої ініціативи. Реформою не враховано й рішення, прийняті на всенародному референдумі в 2000 р., зокрема стосовно імунітету депутатів. У ході конституційної реформи не було піднято і питання про раціоналізацію системи парламентського контролю за президентом. Відповідно до проголошеної на вищому рівні держави мети наблизити вітчизняні конституційні інститути до стандартів європейського парламентаризму логічним було б скорочення кількості депутатів, необхідної для ухвалення парламентом рішення про відставку президента в результаті імпічменту, з 3/4 до 2/3 від конституційного складу Верховної Ради. Це забезпечило б більшу реалістичність використання парламентом цього інституту як засобу стримування президента у критичних ситуаціях.

Деякі зауваження викликає введення пропорційної виборчої системи в закріпленому реформою варіанті. На нашу думку, ні народ України, ні її партійна система ще не готові безболісно прийняти наслідки виняткової залежності функціонування всіх органів державної влади від волі партій (зазначимо, що практика деяких європейських країн демонструє переваги змішаної виборчої системи). Крім загальновідомих ризиків для незрілої демократії, які таїть у собі пропорційна виборча система (слабшають контакти виборців із депутатами, при голосуванні нівелюється значення особистих якостей кандидатів у депутати), в Україні ця система небезпечна порушенням рівноваги представництва регіонів у парламенті, необґрунтованими перевагами для столичної еліти і партійної верхівки. Конкретні державно-правові форми виразу впливу політичних партій на систему поділу влади, перш ніж бути реалізованими на практиці, повинні підлягати оцінці з погляду їх відповідності загальним основам державної політики, підготовленості суспільства до них.

Вплив низки нових, винятково важливих соціальних (у першу чергу політичних і економічних) чинників на механізм дії системи стримувань і противаг між гілками влади ускладнює пошук гарантовано ефективної схеми взаємодії органів державної влади. Але без урахування реалій, без аналізу особливостей дії цих різноманітних чинників у системі поділу влади розкрити специфіку взаємовідносин органів державної влади вже неможливо.

З часу ухвалення конституційної реформи феномен «держави партій» став невід'ємною ознакою вітчизняної політичної системи.

Тому ми не можемо ігнорувати окремі аспекти проблеми підтримання конституційної рівноваги влади в нових для нашого суспільства умовах.

Ураховуючи негативні наслідки двопартійної системи для реалізації поділу влад, слід прагнути до створення здорової багатопартійності, з достатньою кількістю сильних істинно народних партій, здатних як протистояти одна іншій, виступаючи на захист суспільного блага, так і об'єднуватися задля досягнення мети одержання і реалізації державної влади.

В «державі партій», де справжній поділ влади має місце не стільки між законодавчою і виконавчою гілками влад, скільки між урядом і опозицією<sup>1</sup>, особливе місце посідає опозиція. Через це виняткової важливості набувають її конституційна легалізація, правові і політичні механізми її підключення до розроблення й ухвалення державних рішень. Консолідація всіх політичних сил, представлених у парламенті, сприятиме урахуванню бажань різних верств населення, урівноваженню інтересів більшості і меншості. Проте це не заперечує нагальної потреби в тому, щоб опозиція була справді альтернативною. Тільки при біполярній політичній системі, коли не всі партії репрезентують інтереси одного соціального прошарку (скажімо, великих власників), а є явне розмежування «правих» і «лівих» партійних ідеологій, формальна відмінність між більшістю і опозицією знаходитиме своє вираження у таких діях опозиції, які сприятимуть реалізації мети поділу влади і дії взаємних стримувань між її гілками.

*Надійшла до редколегії 17.08.05*

<sup>1</sup> Див.: Мишель Амеллер. Парламенты. — М., 1967. — С. 293.

## ПИТАННЯ ІСТОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

В. Єрмолаєв, доцент НЮА України

### Деякі питання юридичної природи Переяславського акта 1654 р.

Як відомо, Переяславська рада 8 (18) січня 1654 р. стала кардинальним моментом у державотворчій політиці Б. Хмельницького. Ця подія принципово вплинула й на подальшу історію українського народу і Європи в цілому<sup>1</sup>. Незважаючи на давню історіографічну тенденцію її дослідження, питання щодо рішень ради, форми державно-правових зв'язків між Україною і Росією все ще залишаються дискусійними, недостатньо вивченими. Їх з'ясування ускладнюється відсутністю офіційного тексту документів, єдиної наукової термінології, яка б допомогла у тлумаченні форми державно-правових зв'язків, закріплених Березневими статтями, відмінністю політико-правових поглядів учасників договірної процедури тощо<sup>2</sup>. Тому актуальним залишається питання юридичної природи Переяславського акта 1654 р.

Передусім слід звернути увагу на таку важливу обставину: з самого початку договірної процедури гетьманський і царський уряди бачили сутність і значення майбутнього україно-російського союзу зовсім по-різному. В листуванні з московським царем і його воєводами 1648 р. Б. Хмельницький схилив царя до зайняття польського трону, просив, щоб російські війська почали наступ від Смоленська<sup>3</sup>. М. Грушевський вважав: «Хмельницький з старшиною з самого початку повстання хотіли, щоб московське правительство своїм військом зв'язало Польщу, а особливо Литву і дало змогу Україні обернути всі сили на визволення всієї української землі і сформування її в Українську

<sup>1</sup> Див.: Переяславська угода 1654 року: історичні уроки для Українського народу. Аналітичні оцінки Національного інституту стратегічних досліджень. — К., 2004. — С. 3.

<sup>2</sup> Див.: Історія держави і права України: Підручник у 2 т. / За ред. В. Я. Тація, А. Й. Рогожина, В. Д. Гончаренка. — К., 2003. — Т. 1. — С. 227–228.

<sup>3</sup> Див.: Документи Богдана Хмельницького/ Упорядники І. Крип'якевич та І. Бутич. — К., 1961. — С. 48–49, 57–58, 94–95.

державу»<sup>1</sup>. Проте цар, надсилаючи гінців і подарунки гетьману, умовляв його, щоб «в покое жили с ляхами и княжеством Литовским», адже для Росії мир з Річчю Посполитою «нарушить немочно»<sup>2</sup>.

Попри блискучі перемоги над коронними військами на Жовтих Водах, під Корсунем і Пилявцями Б. Хмельницький у листуванні і перемовинах з російськими послами настійливо шукав протекції російського царя, аргументуючи це єдністю і необхідністю захисту православної віри — «от Владимирова святого крещения одна наша благочестивая христианская вера с Московским государством и имели едину власть»<sup>3</sup>. Отже, як відзначають дослідники, для гетьмана у його прагненнях до україно-російської угоди найважливішими були єдність православ'я, бажання Війська Запорізького визнати владу царя як сюзерена-протектора<sup>4</sup>.

З імперських позицій цей майбутній союз розглядали у Москві. 1 жовтня 1653 р. Земський собор ухвалив про розрив «вічного миру» з Річчю Посполитою і прийняття Війська Запорізького під «государскую высокую руку... для православные христианские веры и святых божиих церквей...», а також щоб не допустити його перехід у підданство турецькому султану чи кримському хану<sup>5</sup>.

Переяславський акт 1654 р. також приймався спочатку на законодавчому рівні — козацькою радою — вищим представницьким органом Української держави. За процедурою і договірно-правовим оформленням переходу України під протекторат російського царя цей акт мав дві складові, а в часі — два етапи: усну на «явній», «повній» раді з присягою російському цареві і письмову угоду в березні того ж року. Те й інше відповідало тодішній дипломатичній практиці.

На Переяславській раді, як відомо, було оголошено царську грамоту, ухвалено рішення про прийняття протекції царя та присягання йому (присягу склали 284 особи)<sup>6</sup>. Вона легітимізувала рішення гетьмана і генеральної старшини, яке ставало правовою підставою письмового оформлення конкретних умов україно-російської угоди.

<sup>1</sup> Грушевський М. С. Хто такі українці і чого вони хочуть. — К., 1991. — С. 42.

<sup>2</sup> Див.: Документи Богдана Хмельницького. — С. 95; Воссоединение Украины с Россией. Документы и материалы: В 3 т. — М., 1953. — Т. II. — С. 308–309.

<sup>3</sup> Див.: Воссоединение Украины с Россией. — Т. II. — С. 152.

<sup>4</sup> Див.: Степанков В. С. Переяславська присяга 1654 р.: зміст і наслідки // Укр. іст. журнал. — 2003. — № 6. — С. 31.

<sup>5</sup> Див.: Российское законодательство X–XX веков. В 9 т. — Акты Земских соборов. — М., 1985. — С. 457.

<sup>6</sup> Див.: Смолій В. А., Степанков В. С. Українська національна революція XVII ст. (1648–1676 рр.) / Україна крізь віки. — К., 1999. — Т. 7. — С. 181.



Не виключено, що рада генеральної старшини, яка відбулася вранці 8 січня<sup>1</sup>, ухвалила рішення домагатись від російського посольства боярина В. Бутурліна складання присяги на зобов'язаннях царя захищати Військо Запорізьке від Польщі, зберігати його вольності.

Процедура складання присяги старшиною і козаками передбачала її здійснення і закріплення молебнем у соборній церкві. Б. Хмельницький поставив вимогу російським послам у свою чергу присягнути за царя в тому, що «их гетьмана Богдана Хмельницького и все Войско Запорожское, польскому королю не выдавать, и за них стоять, и вольностей не нарушать, и кто был шляхтич, или казак и мещанин, и кто в каком чину наперед сево и какие маетности у себя имел, и тому б всему быть по-прежнему»<sup>2</sup>. Отже, обопільна присяга закріплювала б взаємні зобов'язання сторін, з чого й виходили, очевидно, гетьман і старшинська рада. Але В. Бутурлін категорично відмовився присягати за царя — «того, что за великого государя веру учинити, николи не бывало и впредь не будет...»

Відтак, відмінностям у правових системах двох держав, чинним нормам звичаєвого і міжнародного права російська сторона не надавала істотного значення. Переяславський акт передбачав спрощену процедуру, як її бачили в Москві і посольство В. Бутурліна: «чтоб ему гетьману государеву грамоту подать и государев указ сказать на съездем дворе (а не на козацькій раді. — В. Є.), а потом учинить в церкви гетьману и полковникам и иным начальным и всяким людям веру, как им были под государевой высокою рукою»<sup>3</sup>. М. Грушевський з цього приводу зазначав, що «московське правительство діяло у відповідності до прийнятих традицій: цар стоїть понад правом, не може бути відносин рівного з рівним»<sup>4</sup>. Українській стороні з цим змиритись було важко, адже вона не одержувала ніяких гарантій і зобов'язань російського царя щодо захисту України від Польщі і збереження її вольностей.

На користь складання односторонньої присяги з боку гетьмана, старшини й козаків вплинули, очевидно, такі чинники:

1) небезпека для України залишитись без військової допомоги, наодинці перед загрозою її окупації польсько-татарськими військами; 2) неодноразові посилення В. Бутурліна (у відповідь на вимогу гетьмана) на непорушність царського слова про те, що цар «учнет их дер-

жать в своем государском милостивом жалованье, и в призьенье, и недругов их во оборони и в защищенье, и вольностей у них не отымает, и маетностями их, чем кто владеет, великий государь их пожалует, велит им владеть по-прежнему»<sup>1</sup>. Можна погодитись з А. Яковлівим у тому, що посилення російських послів на непорушність царського слова «було витлумачене й оцінене Б. Хмельницьким і старшиною як акт, рівнозначний присязі царя»<sup>2</sup>; 3) гетьман і старшина дійшли думки, про яку вони повідомили послам: «о своих делех учнут они, гетьман и все Войско Запорожское, бити челом великому государю»<sup>3</sup>. Отже, усна угода на основі царської грамоти і рішення Переяславської ради не задовольняла їх через відсутність чітких правових гарантій додержання російською стороною цієї угоди.

Проект письмових умов україно-російського союзу розроблявся в Чигирині довго й ретельно. Складався він, мабуть, за зразком «Декларації ласки короля й. мил. дана на пункти прошення Війська Запорозького» (Зборівська угода 1649 р.), складеної від імені короля<sup>4</sup>.

Вирушаючи 17 лютого 1654 р. до Москви, повноважні послы України на чолі з генеральним суддею С. Зарудним і полковником П. Тетерею мали з собою наказ-інструкцію для ведення перемовин, список «Прохальних пунктів» та лист Б. Хмельницького до царя<sup>5</sup>. У листі гетьман нагадував про запевнення В. Бутурліна, який у Переяславі «увещевал и уверил и на той вере (тобто присязі. — В. Є.) нас непоколебимо утвердил». Гетьман просив прийняти і вислухати українських послів «и права, уставы, привилыя и всякие свободы и державы добр от духовных и мирских людей утвердить... и указать навеки». У листі висловлювалось сподівання, що цар «добрами пожалует паче королев польских». Цей момент наголошувався і в «Наказі» українським послам. Вони мали домогтись підтвердження прав Війська Запорізького, «чтоб напотом какое бесправие поспольству не деялося».

У «Прохальних пунктах» Б. Хмельницький виклав 23 пункти домагань української сторони. Пункт 1 починався з прохання: «В начале изволь твое царское величество подтврдити права и вольности наши войсковые, как из веков бывало в Войске Запорожском, что

<sup>1</sup> Воссоединение Украины с Россией... — Т. III. — С. 464–465.

<sup>2</sup> Яковлів А. Українсько-московські договори в XVII–XVIII віках // Укр. іст. журнал. — № 4–6. — С. 103.

<sup>3</sup> Воссоединение Украины с Россией... — Т. III. — С. 465.

<sup>4</sup> Див.: Слюсаренко А. Г., Томенко М. В. Історія української конституції. — К., 1993 — С. 13–14.

<sup>5</sup> Див.: Документи Богдана Хмельницького. — С. 320–322, 323–325, 333–334.

своими правами суживалися, и вольности свои имели в добрых и судах». У своєму зверненні гетьман доповнив титулатуру московського царя — «самодержец Великая и Малая Руси», що тому сподобалось і було використано у документах україно-російських перемовин. Далі в п.п. 1, 3, 7, 13 конкретизовано положення про права, привілеї і маєтності Війська Запорізького та української шляхти; п. 2 — про чисельність козацького реєстру; п.п. 8–12, 21 — про платню старшині та кошти на утримання козацького війська; п.п. 4, 15 — про збереження місцевої адміністрації та збирання податків; п.п. 5, 6 — про передачу Чигиринського староства гетьманові в рангове володіння та право Війська Запорізького обирати гетьмана; п. 14 — про право зносин гетьманського уряду з іншими державами; п. 16 — про невтручання царських воевод та інших посадовців у внутрішні справи України; п. 17 — про підтвердження козацьких і шляхетних вольностей та становище посполитих; п. 8 — про збереження прав київського митрополита; п.п. 19, 20 про направлення царських військ під Смоленськ та утримання військової залоги на україно-польському кордоні; п. 22 — про оборону України від нападів татар; п. 23 — про забезпечення козацької залоги в Кодаку.

Отже, гетьманський уряд сформулював у «Прохальних пунктах» найважливіші і найзлободенніші умови україно-російської угоди, потвердження яких забезпечувало фактичну незалежність України під протекторатом російського царя, недоторканність козацького устрою, прав і вольностей всіх станів держави, її фінансової системи, території та кордонів, захист від польської і татарської агресії. У «Прохальних пунктах» сформульовано конституційні, демократичні засади Української козацької держави, зафіксовано основи суспільного і державного ладу, форму гетьманського правління, республіканські принципи функціонування механізму і апарату держави, правовий статус гетьмана, старшини, козаків, міщан, духовенства, селян, умови його захисту тощо. Тому їх потвердження без обмежень царським урядом було малоімовірним. Судячи з «Наказу» українським послам, це розумів і Б. Хмельницький.

І дійсно, перемовини з представниками царського уряду в Москві виявилися досить складними і тривалими (13–27 березня 1654 р.). В перші дні було узгоджено дві редакції 23 пунктів з незначними поправками, але з істотними змінами і доповненнями в царських ухвалях низки статей<sup>1</sup>. Так, у ст. 4 збирання «доходів всяких денежних и хлебных» залишалось у віданні місцевої адміністрації, але прибутки передавались

<sup>1</sup> Див.: Источники Малороссийской истории... — С. 53–58, 62–67.

тим людям, яких надішле царський уряд. Вони ж мали наглядати за збирачами податків, щоб ті діяли «по правде». У ст. 13 хоч «государь указал и бояре приговорили: оставитъ права духовные и мирские без всякого нарушения», проте «митрополиту же киевскому, также и иным духовным Малой Руси быть под благословением Святейшего Патриарха Московского...» У ст. 14 царським указом Українська держава фактично визнавалась суб'єктом міжнародного права, але гетьманська дипломатія обмежувалась: послів іноземних «о добрых делах принимать и отпускать», повідомляючи про них царя, а «с противным делом» — затримувати і не відпускати «без указа». З турецьким султаном і польським королем «без указа не ссылаются». Істотні зміни було внесено й до ст. 15 (про порядок зборів до державної казни) та ст. 21 (про жалування Війську Запорізькому). Ці зміни і доповнення були спрямовані на обмеження суверенітету Української держави, закріплювали початок її васальної залежності від Московського царства.

У перебігу подальших україно-російських перемовин царським посадовцям і цього здалось замало. Після нового «редагування» «Прохальних пунктів» 21 березня царю було подано документ вже з 11 статей<sup>1</sup>. У тій редакції Московські статті включали більшу частину «Прохальних пунктів», решта їх лягла в основу царських жалуваних грамот, датованих 27 березня 1654 р. Вони завершували правове оформлення Переяславської угоди.

Таким чином, гетьманський уряд Української держави досяг своєї мети — всі запропоновані ним умови переходу України під протекторат московського царя було закріплено Московськими статтями і царськими жалуваними грамотами. Вони проголошували: гетьману і всьому Війську Запорізькому «...быти под нашего царского величества рукою по прежним их правам и правилам... и тех прав и вольностей нарушати не велели». Цар обіцяв йти самому з військом проти польського короля, забезпечити охорону західного і південного кордонів України тощо. Це була перемога й української дипломатії, яка домоглась юридичного оформлення україно-російської угоди, що відповідало інтересам обох сторін.

Але Московські статті, письмово закріпивши Переяславську угоду, зазначав М. Грушевський, не були проголошені в Україні, а отже, й не набрали чинності. Вони зберігалися в гетьманському архіві, і лише після смерті Б. Хмельницького при обранні на гетьманство І. Вигов-

<sup>1</sup> Див.: Яковлів А. Вказ. праця. — № 7–8. — С. 115.

ського їх текст було зачитано на козацькій раді<sup>1</sup>. Непопулярність Московських статей полягала, зрозуміло, в тих обмеженнях суверенних прав України, з якими не хотів погоджуватися гетьманський уряд. До того ж, як вважав М. Грушевський, «Козаччина привикла більше цінити реальний факт, ніж букву привілею»<sup>2</sup>.

Документи Б. Хмельницького підтверджують думку видатного українського вченого про те, що гетьман мало рахувався з обмеженнями прав і вольностей України в Московських статтях. Проте добровільне підданство, закріплене Переяславським актом, було для XVII ст. звичною формою свободи, збереження державності. Гетьман цінував «міцну дружбу і союз з московським царем» і не мав «наміру дати привід до порушення цього зв'язку, скріпленого присягою»<sup>3</sup>.

Переяславський акт 1654 р. в його усній та письмовій частинах не дає однозначного визначення форми державно-правових зв'язків України з Росією. Але їх правове оформлення, на нашу думку, відбулося з найменшими втратами для української сторони. Укази царя під пунктами Б. Хмельницького і жалувані грамоти за своєю юридичною природою є ратифікаційними актами, а відтак — визнанням конституційних засад держави, яка одержала протекцію за угодою. Інша річ, що її номінальна васальна залежність, зафіксована в царських указах і привілеях, стала підставою для подальшого брутального порушення Московю «Переяславської Конституції», як почали називати в Україні Переяславський акт. Ще майже століття він залишався для гетьманів і генеральної старшини своєрідною конституцією, втіленням державотворчого потенціалу українського народу.

*Надійшла до редколегії 25.06.05*

**А. Козаченко**, доцент Полтавського факультету НЮА України

## Полтавське земство.

### Підготовка до впровадження земських установ

Однією із важливих складових вітчизняної правової науки є дослідження місцевого самоврядування, в результаті чого має бути

<sup>1</sup> Див.: *Грушевський М. С.* Вказ. праця. — С. 56–60.

<sup>2</sup> Там само. — С. 54.

<sup>3</sup> Документи Богдана Хмельницького. — С. 484–485.

розроблено розраховану на перспективу теорію самоврядування. Необхідність такої теорії очевидна з огляду на неефективність існуючої системи самоврядування, котра, хоча і вийшла на новий прогресивний рівень з прийняттям Конституції України 1996 р., все ж успадкувала низку анахронізмів, притаманних радянському періоду. Серед комплексу наукових проблем, пов'язаних із вивченням місцевого самоврядування, слід виділити, зокрема, необхідність дослідження історичного досвіду розвитку вітчизняного самоврядування<sup>1</sup>.

Не викликає сумніву, що у процесі реформування місцевого самоврядування на сучасному етапі стане в нагоді досвід діяльності на території України земств — органів самоврядування, котрі діяли впродовж більш ніж півстоліття — з 1865 по 1919 р.

Автор ставить перед собою за мету, спираючись на теорію самоврядування, провести історико-правове дослідження земства в межах окремого регіону щодо його відповідності (чи, навпаки, невідповідності) основним ознакам місцевого самоврядування<sup>2</sup>, а також, користуючись логічним методом сходження від простого до складного, від абстрактного до конкретного, виявити специфіку Полтавського земства порівняно із земськими установами інших губерній та встановити загальні закономірності їх розвитку. Предметом наукового дослідження є земська виборча система, склад та організаційна структура земських установ, принципи і порядок їх функціонування та повноваження. Вибір саме такого напрямку наукового пошуку зумовлюється такими чинниками: 1) до останнього часу земські установи Полтавської губернії залишалися поза увагою історико-правової науки; 2) Полтавська губернія<sup>3</sup> була однією із 18 російських та 6 українських губерній, де в 1865 р. було впроваджено земські установи; 3) Полтавське земство посідало перші місця у рейтингу земських установ Росії, було впливовим суб'єктом регіональної політики та активним членом земського ліберального руху.

<sup>1</sup> Див.: *Кампо В. М.* Місцеве самоврядування в Україні. — К., 1997. — С. 11–12.

<sup>2</sup> Див.: *Журавський В. С., Серьогін В. О., Ярмиш О. Н.* Державне будівництво та місцеве самоврядування в Україні: Підручник. — К., 2004. — С. 497.

<sup>3</sup> Полтавську губернію створено 1802 р. в ході проведення адміністративно-територіальної реформи Російської імперії. До складу губернії входило 15 повітів, які у 1831 р. було перейменовано в уїзди. Площа губернії складала 46,6 тис. км<sup>2</sup> (для порівняння: нині Полтавська область охоплює площу 28,9 тис. км<sup>2</sup>). За переписом населення 1859 р. у Полтавській губернії проживало 1762 тисячі жителів (див.: *Полтавщина. Енциклопедичний довідник / За ред. А. В. Кудрицького.* — К., 1992. — С. 712; *Богданович А. В.* Сборник сведений о Полтавской губернии. — Полтава, 1877. — С. 3).

З проблем земського самоврядування в Росії напрацьовано потужний науковий доробок, котрий проливає світло на основні аспекти діяльності земських установ: політичну, господарську, культурно-просвітницьку, оздоровчу, благодійну та ін. Але юридичних досліджень земств як органів місцевого самоврядування проводилося обмаль<sup>1</sup>. За радянських часів земство не розглядалося як один із пріоритетних напрямів юридичної науки, що зумовлювалося негативною оцінкою земства лідерами більшовицької партії, зокрема В. Леніним, котрий називав його «п'ятым колесом в телеге русского государственного управления»<sup>2</sup>. Так, не знайшлося місця законодавству про земства у фундаментальному дев'ятитомному виданні правових джерел — «Законодательные акты России IX–XX вв.» «Положение о губернских и уездных земских учреждениях» 1864 р. вперше було оприлюднено в Росії лише 1998 р.<sup>3</sup> Цю подію та наукові публікації з даної проблеми В. Абрамова, О. Верещагіна, Л. Жукової, Н. Корольової, Л. Лаптевої, А. Шутова та інших вчених слід розглядати як свідчення того, що дослідження земського самоврядування стало одним із важливих напрямів наукового пошуку посткомуністичної Росії у галузі історії держави і права.

Регіональний підхід — дослідження земства в межах однієї губернії — було започатковано ще наприкінці XIX ст. У 60–80-ті роки XX ст. об'єктом вивчення стали Московське, Воронежське, В'ятське, Нижегородське та Самарське земства<sup>4</sup>.

Грунтовне вивчення земств, що діяли на території етнічних українських губерній, як стверджує Н. Полонська-Василенко, вперше було проведене у 30-ті роки XX ст. в еміграції О. Моргуном<sup>5</sup>. Об'єктом дослідження стали і окремі українські губернські земства<sup>6</sup>. Науковий інтерес до українських земств, крім закономірного бажання знати власну національну історію, зумовлювався тими, порівняно високими показниками соціально-економічного розвитку, яких їм вдалося досягти. Так, за статистичними даними на 1910 р. із 34 губернських

<sup>1</sup> Див.: *Лаптева Л. Е.* Земская реформа в России: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 1986. — С. 5.

<sup>2</sup> *Ленин В. И.* Полн. собр. соч. — Т. 5. — С. 35.

<sup>3</sup> Див.: Реформы Александра II / Составители О. Н. Чистяков, Т. Е. Новицкая. — М., 1998. — С. 212–230.

<sup>4</sup> Див.: *Лаптева Л. Е.* Вказ. праця. — С. 8.

<sup>5</sup> Див.: *Полонська-Василенко Н.* Історія України. — К., 1992. — Т. 2. — С. 311.

<sup>6</sup> Див.: *Маскина А. С.* Таврическое земство в 1866–1890 гг.: Автореф. дис. ... канд. ист. наук. — М., 1982; *Лохматова А. И.* Катеринославське земство. — Запоріжжя, 1999; *Калугін С.* Земське самоврядування на Харківщині. — Х., 2000.

земств Росії шість українських земств (Катеринославське, Полтавське, Таврійське, Харківське, Херсонське, Чернігівське), як правило, посідали перші чотири місця за обсягом фінансування місцевої промисловості і будівництва, освіти, медицини, соціальних програм<sup>1</sup>.

Останнім часом у вітчизняних наукових періодичних виданнях з'явилася значна кількість публікацій з окремих галузей діяльності земських установ, що свідчить про поживлення наукового інтересу до цієї проблеми.

Початок вивчення Полтавського земства було покладено наприкінці XIX ст.<sup>2</sup> Досить докладно перші вибори земських гласних 1865 р. змальовує у своїй праці Ф. Щербина<sup>3</sup>. Власне, на цьому перелік спеціальних праць, присвячених установам Полтавського земства, і закінчується. Відносно коротку інформацію про внесок земств у розвиток кустарної промисловості та медицини можна знайти у географічному та історико-економічному нарисові про Полтавську область<sup>4</sup>. Дещо більшу кількість згадок про Полтавське земство та його установи містить ґрунтовний енциклопедичний довідник «Полтавщина»<sup>5</sup>. Про окремі аспекти господарської, просвітницької та оздоровчої діяльності Полтавського земства можна дізнатися із історичного нарису про Полтаву<sup>6</sup>.

Джерелом дослідження Полтавського земства є документи Полтавської губернської земської управи (Ф. 107) та п'яти повітових управ (Ф. 694, Ф. 612, Ф. 610, Ф. 828, Ф. 109), що зберігаються у фондах Державного архіву Полтавської області. Хоча таких архівних матеріалів незначна кількість і вони містять обмаль інформації про діяльність земських установ<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> Див.: *Лохматова А. И.* Вказ. праця. — С. 6.

<sup>2</sup> Див.: *Велецкий С. Н.* Двадцать пять лет деятельности земства в Полтавской губернии. — Полтава, 1894.

<sup>3</sup> Див.: *Щербина Ф. А.* История Полтавского земства. Дореформенный период и введение земских учреждений. — Полтава, 1914.

<sup>4</sup> Див.: Полтавська область: природа, населення, господарство. Географічний та історико-економічний нарис. — Полтава, 1998. — С. 192, 210.

<sup>5</sup> Див.: Полтавщина. Енциклопедичний довідник / За ред. А. В. Кудрицького. — К., 1992. — С. 288–292.

<sup>6</sup> Див.: Полтава. Історичний нарис / За ред. О. Б. Супруненко та ін. — Полтава, 1999. — С. 122–123.

<sup>7</sup> Див.: *Зенкова Л.* Документи державного архіву Полтавської області як джерело вивчення діяльності місцевого самоврядування у пореформений період // Архіви і документальна спадщина Полтавщини: минуле, сучасне, перспективи. — Полтава, 2003. — С. 170–174.



Вагомим історико-правовим джерелом земських установ Полтавщини є низка опублікованих наприкінці ХІХ — на початку ХХ ст. збірників документів, а саме: «Доклады Полтавскому губернскому собранию губернской земской управы», «Ежегодники Полтавского губернского земства», «Отчеты Полтавской губернской управы», «Систематический свод постановлений и распоряжений Полтавского губернского земства», «Постановления уездных земских собраний», «Отчеты уездных земских управ», «Журналы уездных земских собраний» та ін.

Перш ніж вести мову про впровадження земської реформи на Полтавщині, слід охарактеризувати соціально-економічні умови, за яких вона проводилася. Як відомо, земська реформа стала однією із буржуазно-демократичних реформ, покликаних до життя внаслідок ліквідації кріпосного права в 1861 р.

Полтавська губернія перебувала чи не у найгіршому становищі, порівняно з іншими регіонами Росії, щодо проведення селянської реформи. Вона була аграрною губернією — близько 90% населення були зайняті у сільськогосподарському виробництві. При цьому 72,2% сільськогосподарських земель належали поміщикам, котрі склали 1,6% від усього населення губернії<sup>1</sup>. За кількістю населення Полтавська губернія посідала сьоме місце по Росії і друге місце серед українських губерній, що разом призвело до такого явища, як безземелля<sup>2</sup>.

У 1861 р. на території Полтавської губернії проживало 682 тис. кріпосних селян, що складало майже 37,5% від усього населення<sup>3</sup>. Селяни звільнялися від кріпосної залежності тільки після викупу землі у поміщиків. До цього селяни перебували на становищі тимчасово залежних: як і раніше, вони мали відпрацьовувати панщину та сплачувати оброк за користування земельним польовим наділом.

Грабіжницький характер реформи спричинив масовий селянський рух, котрий на Полтавщині продовжувався до весни 1863 р. Найбільшого розмаху селянські виступи набули у Гадяцькому, Кобеляцькому, Кременчуцькому та Хорольському повітах. Імператор Олександр II, проїжджаючи через Полтаву 15 серпня 1861 р., змушений був пояснювати місцевим урядовцям, що «ніякої іншої волі не буде, крім

<sup>1</sup> Див.: Лихіна Л. С. Зміни у землекористуванні поміщицьких селян Полтавської губернії в результаті реформи 1861 року // Питання історії народів СРСР. — Х., 1966. — Вип. 2. — С. 107.

<sup>2</sup> Див.: Бодянский П. Памятная книжка Полтавской губернии за 1865 год. — Полтава, 1865. — С. 129.

<sup>3</sup> Див.: Лихіна Л. С. Вказ. праця. — С. 107.

наданої, тому селяни повинні виконувати все те, що вимагає від них закон і становище»<sup>1</sup>.

У березні 1862 р. губернатор О. Волков особисто приїздив до Кременчука і намагався заспокоїти селян. Але селянські виступи вдалося придушити тільки за допомогою регулярних військ та підрозділів поліції. У кінцевому результаті за три пореформені роки було покарано близько 3,5 тис. селян — заслано до Сибіру, ув'язнено, січено різками, віддано під нагляд поліції<sup>2</sup>.

Тільки під тиском влади селяни змушені були викупляти землю у поміщиків. За офіційними даними станом на 1865 р., близько третини колишніх кріпосних селян викупили землю та отримали уставні грамоти від поміщиків<sup>3</sup>. При цьому в зв'язку із малоземеллям на Полтавщині селяни загалом втрачали до 40% землі порівняно із дореформеними площами<sup>4</sup>, тоді як у середньому по українських губерніях цей показник становив близько 28%<sup>5</sup>.

Отже, земська реформа на Полтавщині проводилася за умов, коли основна частина населення губернії — селянство — була невдоволеною результатами попередньої реформи. Тому селяни ставилися з недовірою до земської реформи.

Звільнення селян від кріпосної залежності тягнуло за собою необхідність впровадження органів сільського управління і суду. «Положение о крестьянах, вышедших из крепостной зависимости» передбачало створення нових територіальних одиниць — сільської громади і волості<sup>6</sup>. Органами селянського самоврядування мали бути сільський схід та сільський староста у громаді і волосний схід, волосне правління і волосний селянський суд у волості. З огляду на те, що переважну більшість населення губернії склали селяни, проведення земської реформи залежало від того, як у ході проведення підготовки до реформи спрацюють органи селянського самоврядування.

Влітку 1861 р. на території Полтавської губернії було створено 278 волостей та 2413 сільських громад<sup>7</sup>, а також відповідні органи се-

<sup>1</sup> Див.: Соколовський О. Х. Селянський рух на Полтавщині в період проведення реформи 1861 року // Питання історії народів СРСР. — Х., 1967. — Вип. 4. — С. 131.

<sup>2</sup> Див.: Соколовський О. Х. Вказ. праця. — С. 133.

<sup>3</sup> Див.: Бодянский П. Вказ. праця. — С. 316.

<sup>4</sup> Див.: Полонська-Василенко Н. Вказ. праця. — С. 312.

<sup>5</sup> Див.: Історія держави і права України: Навч. посіб. / За ред. А. С. Чайковського. — К., 2000. — С. 208.

<sup>6</sup> Див.: Русское законодательство ІХ–ХХ веков: В 9 т. Документы крестьянской реформы. — М., 1989. — Т. 7. — С. 45–49.

<sup>7</sup> Див.: Бодянский П. Вказ. праця. — С. 316.

лянського самоврядування. Отже, сільське самоврядування мало певний час для напрацювання досвіду управлінської діяльності, необхідного у процесі здійснення земської реформи.

1 січня 1864 р. набрало чинності «Положение о губернских и уездных земских учреждениях» (далі — Положення 1864 р.), що знаменувало початок земської реформи. Як відомо, Положення 1864 р. передбачало створення виборних, всестанових, строкових органів місцевого самоврядування. До системи земських установ входили земські виборчі з'їзди, земські збори і земські управи. Вибори повітових земських гласних мали відбуватися один раз на три роки на земських виборчих з'їздах. Законодавство встановило позастанову куріальну систему виборів, в основу якої було покладено майновий ценз. Виборці поділялися на три курії: землевласники, мешканці міст і представники від сільських громад<sup>1</sup>.

По землевласницькій курії у Полтавській губернії згідно з спеціальним розкладом право на участь у виборах належало особам, котрі володіли землею на території повіту площею не менше 200 десятин<sup>2</sup>; особам, котрі володіли іншим нерухомим майном вартістю не менше 15 тис. крб. або промисловими підприємствами із річним оборотом не менше 6 тис. крб.; уповноваженим від кількох землевласників, кожен із яких володіє не менше як 1/20 площі землі, що дає право на участь у виборах по даній курії (по Полтавській губернії така площа складала відповідно 10 десятин землі)<sup>3</sup>.

За ст. 21 Положення 1864 р. право брати участь у земських виборах по землевласницькій курії мали особи, котрі орендують земельні наділи на території повіту за умови, якщо контракт було укладено за два роки до виборів строком більше шести років і якщо до закінчення контракту залишилося не менше трьох років<sup>4</sup>.

По міській курії право на участь у виборах належало мешканцям міст, котрі мали купецькі свідоцтва, власникам торговельно-промислових підприємств з річним оборотом не менше 6 тис. крб., особам, котрі володіли нерухомістю на території міста з кількістю мешканців більше 10 тис. — вартістю не менше 3 тис. крб., у містах від 2 тис. до 10 тис. мешканців — вартістю від тисячі до 3 тис. крб., у містах до 2 тис. мешканців — вартістю від 500 до тисячі крб.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Див.: Полное собрание законов Российской империи (далі — ПСЗРИ). — СПб., 1867. — Собр. 2. — Отд. 1. — Т. 39. — С. 4.

<sup>2</sup> Див.: Там само. — Отд. 3. — Т. 39. — С. 4.

<sup>3</sup> Див.: Там само.

<sup>4</sup> Див.: Там само. — Отд. 1. — Т. 39. — С. 4.

<sup>5</sup> Див.: ПСЗРИ. — Отд. 1. — Т. 39. — С. 5.

Виборці першої і другої курії обирали своїх представників — повітових гласних безпосередньо на виборчому з'їзді. Для сільської курії майновий ценз не передбачався — виборчим правом користувалися всі селяни-домогосподарі, в тому числі і тимчасово залежні селяни. Але для сільських виборців було встановлено трьохступеневу систему виборів<sup>1</sup>. Спочатку сільський схід призначав виборщиків від сільської громади. На другому етапі виборщики сільських громад на волосному сході обирали селянських виборщиків від волості. Кількість таких виборщиків не повинна була перевищувати одну третину від загальної чисельності осіб, котрі мали право брати участь у волосному сході<sup>2</sup>. І насамкінець, селянські виборщики брали участь у повітовому земському виборчому з'їзді.

Згідно з ст. 17 Положення 1864 р. до виборів не допускалися особи, які на час виборів не досягли 25-річного віку; особи, які перебували під слідством; особи, зганьблені за постановою суду чи громадським осудом; іноземці, котрі не мали російського підданства<sup>3</sup>. Не мали права брати участь у виборах земських гласних жінки. Проте за ст. 18 Положення 1864 р. жінки, котрі володіли необхідним майновим цензом, за умови, якщо на них не поширювалися обмеження, передбачені ст. 17, могли делегувати свій голос довіреним особам<sup>4</sup>.

Кількість земських гласних була визначена централізовано Комісією з підготовки земських установ, виходячи із середніх земельних наділів та кількості населення по станах у кожній губернії і повіті<sup>5</sup>. Інформацію про це містив Земський табель — спеціальний додаток до Положення 1864 р. Так, по Полтавській губернії мало бути обрано 618 гласних, у тому числі: по землевласницькій курії — 285 осіб, по сільській курії — 257 осіб, по міській курії — 76 осіб. Земський табель вказував, що по кожному повіту потрібно було обрати у середньому від 30 до 54 гласних. Губернськими земськими гласними мали бути обрані 100 осіб<sup>6</sup>.

Законодавство передбачало проведення виборів земських гласних шляхом відкритого голосування. Вибори мали проводитися за допо-

<sup>1</sup> Див.: Ерошкин Н. П. История государственных учреждений дореволюционной России. — М., 1983. — С. 231.

<sup>2</sup> Див.: ПСЗРИ. — СПб., 1867. — Собр. 2. — Отд. 1. — Т. 39. — С. 5.

<sup>3</sup> Див.: Там само. — С. 4.

<sup>4</sup> Див.: Там само.

<sup>5</sup> Див.: Абрамов В. Земская избирательная система // Родина. — 1992. — № 11—12. — С. 31.

<sup>6</sup> Див.: ПСЗРИ. — Собр. 2. — Отд. 3. — Т. 39. — С. 7.

могою спеціальних куль, які виборці опускали через отвір до ящиків. Виборчі ящики містили прізвища кандидатів у гласні і склалися із двох частин: «за» і «проти». Отже, виборці могли віддати свій голос як «за», так і «проти» одного із кандидатів. Обраними вважалися ті із кандидатів, що набрали просту більшість голосів, з урахуванням тих голосів, котрі були подані «проти».

Таким чином, вибори земських гласних, передбачені Положенням 1864 р. та іншими нормативними актами, по суті мали станово-куріальний характер, були цензовими та не всезагальними, не рівними, не прямими, проводилися при відкритому голосуванні. Земська виборча система поєднувала норми феодалного та буржуазного права, була досить складною і суперечливою.

Свідченням напівфеодалного характеру земської виборчої системи слід вважати і те, що за Положенням 1864 р. посади голів повітових і губернських земських зборів не були виборними. Їх займали предводителі повітового та губернського дворянства відповідно. Обраних земськими зборами голів повітових управ затверджував на посаді губернатор, а голову губернської управи — міністр МВС<sup>1</sup>.

Згідно з постановою Державної ради «По введению в действие Положения 1864 года» розроблення програми створення земських установ та практичне її втілення покладалося на міністра МВС П. Валуєва і губернаторів<sup>2</sup>. За програмою створення земських установ організацію перших виборів до земств забезпечували тимчасові губернські комітети і тимчасові повітові комісії.

Полтавський тимчасовий губернський комітет очолив губернатор О. Волков. За його рішенням до складу комітету ввійшли губернський прокурор та члени губернського присутствія по земських повинностях і по селянських справах. Тимчасовому губернському комітету належали досить широкі установчі та контрольно-наглядові повноваження. Він здійснював перевірку списків виборців, складених повітовими комісіями, встановлював порядок проведення виборів виборчими з'їздами, перевіряв списки повітових гласних, розглядав скарги про допущені в ході виборів порушення<sup>3</sup>.

Тимчасові повітові комісії було сформовано в усіх 15 повітах губернії. Їх очолили призначені губернатором предводителі повітового дворянства. Запропонований головою комісії персональний склад повітової комісії затверджував губернатор. До складу комісії, як правило, входили мирові посередники, справники, чиновники палати державного май-

<sup>1</sup> Див.: ПСЗРИ. — Собр. 2. — Отд. 3. — Т. 39. — С. 7.

<sup>2</sup> Див.: Там само. — С. 21.

<sup>3</sup> Див.: Щербина Ф. А. Вказ. праця. — С. 122.

на, міські голови. Основною функцією комісії було складання списків осіб, що мають право брати участь у повітових виборчих з'їздах<sup>1</sup>.

Тимчасові повітові комісії розпочали свою роботу у листопаді 1864 р., про що було оприлюднено інформацію у газетах «Северная почта», «Московские ведомости», «Полтавские губернские ведомости». Повітові комісії зобов'язали волосні правління, міських та станових представів, домогосподарів подати інформацію про осіб, котрі, на їх погляд, мають право брати участь у земських виборах.

На жаль, у джерелах не збереглося інформації про те, як і коли відбувалося призначення на сільських сходах виборщиків від сільських громад, скликання волосних сходів і вибори селянських виборщиків від волостей. Але з упевненістю можна стверджувати, що цей процес відбувався на етапі підготовки тимчасовими повітовими комісіями списків земських виборців.

У січні 1865 р. тимчасові комісії попередньо завершили роботу по складанню виборчих списків. До 10 лютого 1865 р. виборці могли ознайомитися із списками, а в разі необхідності подати скаргу до губернського комітету<sup>2</sup>.

За результатами перевірки попередніх списків виборців тимчасовим губернським комітетом було виявлено більше двох тисяч порушень ст.ст. 17, 18, 21, 23 та 28 Положення 1864 р. Найпоширенішим порушенням законодавства було включення до виборчих списків осіб, які не мали права брати участь у виборах. Найбільше порушень було допущено у списках дрібних землевласників — майже 90% всіх порушень. До цих списків повітові комісії включили 830 жінок, які не мали права голосу, 632 особи, котрі не досягли 25 років, 328 осіб, що не володіли законодавчо передбаченим майновим цензом<sup>3</sup>.

Такі порушення, на нашу думку, зумовлювалися низкою обставин, зокрема різноманітними цензовими обмеженнями виборчих прав. Цілком закономірно, що особи, котрі за законодавством не мали виборчих прав, могли вдаватися до фальсифікації даних про себе або до підкупу чиновників, відповідальних за складання виборчих списків. Іншу причину порушень слід вбачати у складності виборчого законодавства. І насамкінець, члени волосного правління та повітових комісій не мали достатнього рівня підготовки і досвіду для проведення значного обсягу раніше невідомих для них робіт.

19 березня 1865 р. тимчасовий губернський комітет опублікував остаточні списки земських виборців по куріях та повітах. По землевласницькій курії право брати участь у виборчих з'їздах отримали 36764 осо-

<sup>1</sup> Див.: Щербина Ф. А. Вказ. праця. — С. 122.

<sup>2</sup> Див.: Там само. — С. 123.

<sup>3</sup> Див.: Там само. — С. 125.

би, у тому числі 1657 великих землевласників, що володіли землею більше 200 десятин і мали право брати участь у виборах безпосередньо, 96% із них були дворянами<sup>1</sup>. Землевласники, які володіли землею від 10 до 200 десятин і мали право брати участь у виборах через уповноважених, налічували відповідно 35107 осіб, 86% з них склали козаки та селяни. По сільській курії право на участь у виборах отримали 4595 козаків і вільних селян, а також 3653 тимчасово залежних селян. По міській курії таке право отримали 1596 осіб<sup>2</sup>, з них 66% склали купці і 26% дворяни та чиновники. Всього право на участь у земських виборах по Полтавській губернії отримали 46614 осіб<sup>3</sup>. За станами 11,5% із них склали дворяни, 82% — козаки та селяни, 3,2% — міщани і менше одного відсотка — духовенство. Отже, селяни склали основну частину земських виборців. Але якщо мати на увазі ту обставину, що за переписом 1859 р. у Полтавській губернії налічувалось 260 тис. дворів<sup>4</sup>, то до виборів було допущено лише близько 15% селян-домогосподарів.

Полтавський тимчасовий губернський комітет на підставі ст. 31 Положення 1864 р. для проведення земських повітових з'їздів встановив 58 виборчих дільниць і визначив час проведення виборів. Єдиної для всіх виборців дати проведення виборчих з'їздів не існувало. Кожна виборча курія проводила вибори у відведений для неї час. Крім того, землевласницьку курію було поділено на дві частини: великих землевласників та малих землевласників разом із уповноваженими, кожна з яких мала проводити вибори у різний час. Строки проведення повітових виборчих з'їздів тимчасовий губернський комітет встановив таким чином: 1) для дрібних землевласників і уповноважених — з 9 квітня по 13 травня; 2) для сільських товариств — з 20 по 25 травня; 3) для великих землевласників і міських виборців — з 6 по 31 травня<sup>5</sup>. Проведення земських виборів у різний час давало додаткові можливості тимчасовим повітовим комісіям і місцевій адміністрації контролювати виборчий процес.

Отже, підготовка до проведення земської реформи на Полтавщині, як і в інших губерніях Російської імперії, здійснювалася місцевою адміністрацією під керівництвом і контролем губернатора. Місцеві територіальні громади до цього процесу допущені не були, що суперечить принципам самоврядування і свідчить про антидемократичний характер підготовки проведення земської реформи.

*Надійшла до редколегії 21.03.05*

<sup>1</sup> Див.: Бодянский П. Вказ. праця. — С. 331.

<sup>2</sup> Див.: Там само. — С. 332–334.

<sup>3</sup> Див.: Там само. — С. 331–334.

<sup>4</sup> Див.: Полтавщина: Енциклопедичний довідник. — С. 712.

<sup>5</sup> Див.: Щербина Ф. А. Вказ. праця. — С. 128.

## ПИТАННЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА

*В. Цвєтков*, академік АПрН України,  
*В. Селіванов*, член-кореспондент  
АПрН України

### Проблеми методологічного забезпечення вітчизняного державного управління

Побудова України як суверенної і незалежної, демократичної, правової, соціальної держави, котра ефективно здійснює свої функції служіння українському суспільству і кваліфіковано вирішує завдання прогресивного руху країни, неможлива без її демократичної трансформації. Фактично йдеться про створення необхідних умов забезпечення ефективного публічно-владного управлінського впливу держави на різні сфери життєдіяльності українського суспільства, яке єдине може не тільки реально визначати межі державного втручання у справу суспільства, а й становить разом з державними інститутами систему державної організації і управління українським суспільством. Слушно, як видається, зазначав Голова Верховної Ради України В. Литвин, що «...демократичною держава є тоді, коли активно співпрацює з суспільством, коли суспільство впливає на неї, визначає пріоритети, принципи та напрями її діяльності»<sup>1</sup>. Тобто, немає зазначеної співпраці, немає й демократичної держави, немає, зокрема, демократичного державного управління як різновиду діяльності держави.

Як відомо, основні принципи ефективного управлінського впливу в будь-яких системах, у тому числі соціальних, сформульовані пе-

<sup>1</sup> Тільки невинуваті оптимісти можуть стверджувати, що ми вже переступили поріг загального благоденства і демократії. Тези виступу Голови Верховної Ради України Володимира Литвина на спільній сесії Секції суспільних і гуманітарних наук НАН України, Академії правових наук України, Інституту законодавства Верховної Ради України з питань розвитку правової системи та наукового забезпечення законотворчого процесу 25 червня 2004 року // Голос України. — 2004. — 26 черв.



редусім кібернетикою як наукою про загальні закономірності управління в різних системах (технічних, біологічних, соціальних тощо). Ця наука, визначаючи кінцеву мету управління як оптимізацію функціонування досліджуваної системи, формулює категорію «ефективність управління» стосовно певного суб'єкта управління як досягнення максимального ефекту при мінімумі управлінських зусиль і витрат. Саме тому ефективність державного управління як форми реалізації державної влади, державної політики передбачає позитивні зміни в русі керованого суспільства, в окремих його сферах. У зв'язку з цим оцінка ефективності державного управління, тобто управлінської діяльності всієї системи органів держави, має ґрунтуватися насамперед на висновках науки (зокрема теорії) державного управління, основою яких має бути міцна сучасна методологічна база. Проте, з погляду саме цієї науки, її методологічного забезпечення деякі принципи позиції в практиці реформування вітчизняного державного управління викликають серйозні сумніви<sup>1</sup>.

Сучасні потреби трансформації (не тільки становлення, а й зміцнення) українського державно впорядкованого суспільства і відповідної законодавчої бази державного управління зумовлюють нагальність активізації наукових досліджень, зокрема проблем філософії і теорії держави, права і державного управління. Як видається, нині ці дослідження мають не тільки базуватися на сучасних досягненнях соціальної філософії й теорії права і держави, а й бути націлені на радикальну зміну соціальної значущості вітчизняної юриспруденції в Україні, спрямованої на оптимізацію державної діяльності, зокрема на підвищення ефективності державного управління, щодо розроблення і реалізації державної політики у різних сферах організації життєдіяльності українського суспільства.

Оцінка сучасного стану розвитку українського державно впорядкованого суспільства, зокрема його політичної і правової систем, державного управління передбачає передусім усвідомлення того, що ми нині живемо в суспільстві, якого ще вчора не існувало і яке треба ще

<sup>1</sup> Слід зазначити, що наші сумніви, зумовлені передусім нашими суб'єктивними уявленнями про закономірності державної організації і управління сучасним українським суспільством, відображають лише наше особисте розуміння їх сутності (див.: *Селіванов В. М.* Право і влада суверенної України: методологічні аспекти. — К., 2002; *Цветков В. В., Горбатенко В. П.* Демократія — Управління — Бюрократія: в контексті модернізації українського суспільства. — К., 2001). Див. також: Введение в теорию государственно-правовой организации социальных систем / Под общ. ред. Е. Б. Кубко. — К., 1997. — С. 30).

державно організувати за допомогою як політичних, так і не-політичних засобів та інститутів. Таке усвідомлення, з одного боку, може допомогти окремим людям з розумінням ставитися до всіх вад сучасної Української держави, а з другого — відчути себе учасниками реальної розбудови української державності.

Зазначене усвідомлення вимагає, зокрема, переосмислення старих і вироблення нових соціальних знань про державу, владу, право, управління тощо як багатомірні, але єдині за природою соціальні феномени, котрі органічно пов'язані із соціальним буттям, є імперативними чинниками суспільного життя, специфічними соціальними регуляторами, як пов'язаними між собою, так і впливовими на людську поведінку.

Якщо природі властивий кругообіг фізичних явищ, про що писав ще Гегель<sup>1</sup>, то суспільству (органічній складовій природи, хоча і якісно відмінній від інших складових форм — фізичної, біологічної тощо), не притаманна закономірність жорсткого, раз і назавжди даного причинно-наслідкового зв'язку. Йдеться передусім про детермінацію одного виду суспільних відносин іншим, наприклад, політики і управління економікою, коли досконалість, зокрема ефективність, політики і управління повністю і завжди залежить від економіки. І це насамперед тому, що в суспільстві діють люди як унікальні, обдаровані свідомістю, творчі соціально-біологічні істоти, котрі постійно розвиваються. «Людський розум, — писав І. Кант, — так схильний до творення, що вже багато разів зводив вежу, а потім знову зносив її для того, щоб подивитися, як можна було б краще закласти фундамент»<sup>2</sup>. Будучи носіями чуттєвого і свідомого, люди характеризуються водночас рухливою, двоїстою, суперечливою природою. З одного боку, вони відстоюють, зокрема, ідею впорядкованості соціального буття, яка об'єктивно зумовлена потребою виживання, а з другого — схильні діяти супроти вимог порядку, свавільно<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> «В природі, — зазначав мислитель, — ніщо не є новим під Місяцем, і в цьому відношенні багатоманітна гра її форм викликає нудьгу. Лише в змінах, які відбуваються в духовній сфері, з'являється нове. Це явище, яке відбувається в духовній сфері, дозволяє взагалі виявити в людині інше визначення, ніж в суто природних речах, в яких завжди виявляється один і той же постійний характер, котрий залишається незмінним, а саме реальну здатність до змін, і до того ж до кращого — прагнення до *вдосконалення*.» (*Гегель Г. В. Ф.* Лекції по філософії історії. — СПб., 1993. — С. 103).

<sup>2</sup> *Кант И.* Пролегомени ко всякой будущей метафизике, которая может появиться как наука. 1763. // Сочинения: В 8 т. — М., 1994. — Т. 4. — С. 7.

<sup>3</sup> Див.: *Бачинин В. А.* Природа правовой реальности // Право и политика. — 2004. — № 2. — С. 5.

Щодо цього слушно наголошує С. Алексєєв: «глобальна проблема людства — це співвідношення і боротьба зазначених аспектів свободи [свободи у формі свавілля з точки зору негативних характеристик і свободи у формі творчої активності. — *В.Ц., В.С.*] (у спрощеному вигляді співвідношення і боротьба у галузі моралі, зла і добра), а також сполучення свободи окремого індивіда із свободою кожного іншого, співтовариства людей (різного рівня) в цілому» (*Алексєєв С. С. Избранное. — М., 2003. — С. 393–394.*)

Проте у своїй узагальненості, незалежно від окремих випадків неправомірної (анормативної) поведінки, люди (людство) здатні в принципі до нескінченного соціального прогресу, зокрема від несвободи і свавілля до свободи і права, до олюднення, гуманізації, що є, якщо так можна визначити, однією з вищих об'єктивних цілей соціального розвитку на Землі взагалі. І відбувається це передусім за допомогою так званих зовнішніх відносно людини чинників — моралі, права, управління, різноманітних знань і особливо виховання, що пов'язане з емоціями людини і спрямоване головним чином на привчання людини до порядку, дотримання соціальних, у тому числі юридичних, норм, без реалізації яких, зокрема за допомогою управління<sup>1</sup>, будь-яка форма соціальної взаємодії, серед них і державна, неможливі. Управління, реалізуючи зазначені норми, по суті об'єктивно сприяє посиленню організації суспільних відносин через створення умов співпричетності кожного до загального блага, певної форми соціальної взаємодії, захисту цілості останньої. Саме тому, як видається, будь-які наукові дослідження у сферах права, управління тощо мають бути спрямовані на вивчення зазначених сфер у співвідношенні з поведінкою людини, яка має розглядатися як осердя цих сфер.

Це актуалізує процеси наукового пізнання і розроблення не тільки спеціальних, формально-юридичних, а й загальносоціологічних і соціально-філософських проблем держави, права і управління. Йдеться, зокрема, про проблеми, що зумовлюються насамперед об'єктивними закономірностями руху суспільства як соціального цілого, водночас структури і процесу суспільних відносин, які за всіх обставин мають бути упорядковані, врегульовані на основі соціальних, в тому числі юридичних, норм. Вони мають бути спрямовані, зокрема за допомогою державного управління, на створення не стільки умов приватного добробуту, скільки на створення умов соціальної взаємодії. Не можна забувати думку відомого італійського громадського і держав-

<sup>1</sup> «Управління, — писав ще Гегель, — є передусім формальне виконання законів і їх підтримання» (*Гегель Г. В. Ф. Вказ. праця. — С. 448.*)

ного діяча XV–XVI ст.ст. Н. Макіавеллі, згідно з якою «велич держави ґрунтується не на приватній користі, а на загальному добробуті»<sup>1</sup>. Ця ж думка була розвинута Ш. Лоренцом у 70-х роках XIX ст. стосовно державного управління. Він писав, що «результатом управління має бути не особистий розвиток, духовний, фізичний, господарський або соціальний, а тільки *умови* для них. Будь-яке управління, що дає більше, перекидає прогрес народу; будь-яке, що дає менше, перекидає йому»<sup>2</sup>.

І хоча суспільне «сьогодення — це минуле, яке обернено в сучасність», суспільне минуле ніколи прямо не зумовлює майбутнє, що завжди є багатоваріантною величиною, йдеться чи то про економіку, чи то про чинне право або державне управління. Але для того, щоб зрозуміти перспективи і напрям суспільного, зокрема управлінського, прогресу, необхідно бачити і усвідомлювати корені впливу політико-юридичного і управлінського минулого на сучасність та майбутнє. «Повніше усвідомлюючи минуле, — писав О. Герцен, — ми розуміємо сучасне; глибше усвідомлюючи сенс колишнього — розкриваємо сенс майбутнього; дивлячись назад — крокуємо вперед...»<sup>3</sup>

Проте суспільні відносини, як ніякі інші об'єктивні зв'язки, потребують свідомого визначення мети і напряму (в наш час — державного) свого руху вперед і засобів їх реалізації. Без цього у сучасному державно впорядкованому суспільстві неможливо забезпечити цілості соціуму, взаємодії окремих свідомо діючих на основі різних інтересів людей, досягнення загальнонаціональних цілей. Відомо, що людина в соціальному бутті не тільки змінює форму і зміст того, що дається природою. Вона разом з тим здійснює і свій певний ідеал, свою свідому мету, які певними чином і мірою впливають на визначення характеру її поведінки й існуючих суспільних відносин, учасником яких є ця людина. У суспільстві, як правило, ніщо не робиться без свідомого наміру, бажаної мети, хоча і постійно спостерігаються випадки немотивованих вчинків, основою яких можуть бути різноманітні почуття, наприклад пристрасть. Це стосується як індивідуальних, так і колективних дій, які завжди потребують свого впорядкування, урегульованості. В тому чи іншому юридичному акті цілевизначення здійснює

<sup>1</sup> *Макиавелли Н.* Государь. Рассуждения о первой декаде Тита Ливия. О военном искусстве. — М., 1996. — С. 1.

<sup>2</sup> *Лоренц Ш.* Учение об управлении и право управления. — СПб., 1874. — С. 577.

<sup>3</sup> *Герцен А. И.* Дилетанты-романтики // Сочинения: В 2 т. — М., 1985. — Т. 1. — С. 98.

ідеальний зв'язок оцінки наявних умов соціальної (в ній — державно-юридичної) дійсності та передбачення результатів її руху. Через цілевизначення в тому чи тому юридичному акті теперішнє як реальний момент, зокрема людської взаємодії пов'язується не тільки з її минулим, а й з майбутнім. Саме вибір мети, напряму руху відповідних суспільних відносин і засобів досягнення мети та реалізації визначеного руху виконує в процесі державного управління певну регулюючу функцію. І чим складнішими стають ця врегульованість, законодавство, за допомогою якого вона здійснюється, тим більш обов'язково вони мають ґрунтуватися на наукових прогнозах і моделюванні<sup>1</sup>.

Здатність людської свідомості ідеально випереджати розвиток суспільного буття, зокрема юридичної й управлінської дійсності, надає юридичним і управлінським науковим абстракціям (поняттям і категоріям) та юридичним нормам і управлінським актам, в які певним чином втілюються наукові поняття (абстракції), політичне, юридичне і управлінське знання, справляє активну зворотну дію на реальні управлінські процеси, що протікають у державно впорядкованому суспільстві, є основою й засобом свідомості і певною мірою планомірної організації суспільних відносин і відомого управлінського впливу на суспільство. В нормативних моделях людської поведінки, зокрема юридичних, що здатні вийти за межі реальної соціальної взаємодії, згорнуті (філософською мовою) її об'єктивна складність і суб'єктивна можливість прогнозувати тенденції її руху, закладені творчі потенції права й управління і не тільки можливості прогнозу-

<sup>1</sup> Докладніше про це див.: Селіванов А. М. Підприємництво в Україні як об'єкт моделювання та прогнозування. — К., 2001. — С. 5–8 та ін.

Ми вже маємо приклад ненаукового підходу до організації державного управління суспільством. У серпні-вересні 1917 р. в праці «Держава і революція» В. Ленін сформулював один з основних принципів державного управління при соціалізмі, який більшовики спробували реалізувати в практиці соціалістичного будівництва: «Облік і контроль — ось *головне*, що потрібне для «налагодження», для правильного функціонування *першої* фази комуністичного суспільства. *Всі* громадяни перетворюються тут у найманих службовців держави, якою є озброєні робітники... Вся справа в тому, щоб вони працювали порівну. Облік цього, контроль за цим, *спрощений* капіталізм омар до краю, до надзвичайно простих, всякій письменній людині доступних операцій наглядю і запису, знання чотирьох дій арифметики...» (Ленін В. І. Повне збр. тв. — Т. 33. — С. 96).

Хоча слід зазначити, що вже через п'ять років В. Ленін визнав «принцип вільної промисловості й торгівлі» в межах непу, закликав відмовитися від спрощення, примітивних уявлень про державне управління, поставив завдання створити державні органи, здатні вирішувати нові завдання в нових історичних умовах.

вати майбутній стан системи державного управління, а й сприяти (в разі необхідності) її (системи) перетворенню.

Управлінські взаємовідносини в державно впорядкованому суспільстві, зокрема в Україні, детерміновані як об'єктивною потребою забезпечення публічних інтересів, вищого загального блага соціуму, насамперед збереження його цілості, так і суб'єктивними цілями організації та реалізації державної влади. Щодо останніх цілей, то вони зумовлені наявністю в суспільстві різноманітних приватних інтересів окремих осіб, соціальних груп, прошарків, класів, часом таких, що суперечать публічним інтересам.

Нині стає більш зрозумілим, що управлінський розвиток, як в цілому соціальний, у своєму історичному вимірі не є висхідним лінійно-поступальним прогресом. Практика соціально-політичних рухів, особливо ХХ ст., засвідчила, що соціальна історія становлення і розвитку соціальних інститутів і норм є процесом поступового усвідомлення сутності соціальної свободи, поєднаної із свободою окремої людини лише врешті-решт. Вона дійсно «знімає» все попереднє, але не чиниться ані автоматично, ані кумулятивно. Всесвітня історія соціального управління є результатом складної діалектичної взаємодії природних і соціальних явищ, комбінації численних матеріальних та духовних чинників, процесом зміни стабільності певних управлінських відносин, доброго і поганого в них. Вона свідчить, зокрема, про постійне становлення і розвиток управлінської свідомості, певних управлінських цінностей, в тому числі управлінських наукових знань. І головне — управлінський процес, як різновид соціального, це «не просто спокійний процес, який здійснюється без боротьби, — писав Гегель, — подібно до розвитку органічного життя, а є важкою недобровільною працею, спрямованою супроти себе»<sup>1</sup>. І це стосується усіх форм і змісту соціальної взаємодії, належить до будь-якого історичного періоду. Звідси і терміни «прогрес», «прогресивний» чи то відносно конкретних політичної або управлінської систем, чи то суспільного розвитку в цілому не є соціально-нейтральним. Вони відображають певну конкретно-історичну якість мети суспільного руху, що обумовлюється реальними історичними не тільки можливостями, а й обмеженнями у процесі забезпечення (серед нього — державного) умов людського існування та розвитку, яка може і не співпадати з цілями конкретної державної політики.

Проте, прогрес або розвиток суспільства — це, зокрема, якісні зміни управлінських форм і процесів, заснованих, як усі соціальні форми і процеси, в тому числі юридичні норми і процеси, передусім

<sup>1</sup> Гегель Г. В. Ф. Вказ. праця. — С. 104.

на законах природи<sup>1</sup>, та пов'язаних з перетвореннями відповідно до реальних соціальних потреб і інтересів, що мають діалектичну природу, сутність якої полягає у переході, зокрема, політичної якості суспільних явищ у свою протилежність. Це робить єдність протилежностей по суті конкретною, умовною, тимчасовою. Наприклад, порядок, стабільність і гармонія управлінських відносин у процесі суспільного руху такі ж змінні величини (момент суспільного руху), як і їх нерівновага, хаос, дезорганізація, безлад. Відповідно до діалектики, що відображає перехід явищ у свою протилежність, зміна, зокрема, управлінських відносин, яка характеризує стан управлінського хаосу, є не тільки можливою, а й закономірним етапом постійного процесу соціального руху. Вона виявляється в реальній соціальній дійсності не тільки у формі пристосування старого до нового, а й як прояв певних змін управлінських відносин, що спрямовані на збереження системності, цілості існуючого суспільства, хоча й на новому рівні функціонування. Правда, ідея суспільного, зокрема правового, прогресу іноді некоректно, як видається, отожднюється з ідеєю юридичного руху як прирощуванням нових юридичних норм, актів. Але це не так. По-перше, суспільний рух може мати як прогресивний, так і регресивний характер. По-друге, категорія «суспільний прогрес» не тотожна категорії «суспільний рух». По-третє, кількісна оцінка, якою вона не була б важливою і точною, не може замінити якісну. Просте кількісне накопичення, прирощування певних чинників не веде однозначно до якісної зміни сутності певного явища, зокрема законодавства, управління, що має нині, як видається, бути визнаним одним з важливих методологічних принципів вітчизняних як юридичної науки в цілому, так і законотворчого, і управлінського процесів зокрема. Тому і сучасне державне управління в Україні має бути глибоко науково обґрунтованим і виваженим, мають бути визначені не тільки його тактика, а й стратегія. Знання орієнтирів, які дозволяють визначити на тривалий термін модель суспільного розвитку, добре і погане передусім в державній і суто політичній діяльності, мають нині обов'язково становити основу ухвалення як правових, зокрема справедливих<sup>2</sup>, за-

<sup>1</sup> Докладніше про це див.: *Костенко О.* Соціальний натуралізм як методологічний принцип юриспруденції і кримінології // Вісник Академії правових наук України. — 2004. — № 4(39). — С. 133–139.

<sup>2</sup> В літературі слушно зазначається, що «правління правового закону надає конституційному ладу стабільності, підпорядковує всі сили влади праву, обмежує владу, надає їй правового характеру... Доки діють несправедливі закони, правової держави немає» (*Стефанюк В.* Верховенство права чи верховенство закону? Політико-правовий принцип поділу державної влади «працює» лише за умови взаємодії владних структур, а не їх конфронтації // Віче. — 2004. — № 2. — С. 20).

конів, так і необхідних управлінських рішень, в яких здоровий глузд окремих державників і політиків має поступитися новітнім знанням теорії управління як складової управлінської культури, що сприятиме (але лише сприятиме) демократизації українського державно-впорядкованого суспільства. Бо демократія — це не тільки висока моральність, а й передусім професіоналізм, компетентність у своїй справі. «Справжня демократія, — зазначав Голова Верховної Ради України В. Литвин, — є альтернативою як тоталітарно-авторитарному централізму, так і анархістському децентралізові. Це такий стиль соціальних взаємин, коли силові методи правління, засновані на майновій нерівності, витісняються авторитетом людяності, освіченості, компетентності»<sup>1</sup>.

Якщо йдеться про соціально-управлінські цінності, зокрема управлінські ідеї, знання, то криза завжди означає наявність у суспільстві певних сумнівів щодо сучасного і невизначеності щодо майбутніх цілей, напрямів і засобів організації суспільного руху, які (сумніви) повільно поступаються місцем новій творчості і новим пошукам та поступовій втраті сили старих віри і свідомості (зокрема теорій). Звідси і об'єктивні та суб'єктивні перепони, труднощі перехідних історичних періодів, різних суспільних перетворень, наприклад, державно-владних, правових, управлінських тощо реформ організації суспільних відносин, що обов'язково передбачають якісне перетворення старих загальних соціальних цінностей, зміну старого суспільного світогляду.

Так і в незалежній Україні втрата багатьох усталених, як здавалося за умови колишнього радянського політичного режиму, цінностей, моральних і політико-правових орієнтирів, не тільки призвела до глибоких кризових явищ у сфері як духовних, так і матеріальних суспільних відносин, у тому числі відносин власності<sup>2</sup>, а й зумовлює необхідність вироблення сучасного суспільного світогляду, зокрема управлінської свідомості.

Будь-які соціальні зміни зумовлені, як правило, певними як внутрішньою, так і зовнішньою необхідністю. Тому, зокрема державне управління, його наукове і юридичне забезпечення в процесі соціального руху, його зміни мають свою історію, колишнє своє становлення. Як справедливо зазначає Є. Кубко, зміни, певна суспільна криза як їх можливий наслідок виконують у цьому русі в принципі стимулюючу роль. В певному розумінні з моменту свого виникнення

<sup>1</sup> Голос України. — 2004. — 26 черв.

<sup>2</sup> Див.: *Чирва А.* Право працює на випередження // Уряд. кур'єр. — 2005. — 24 лют.



будь-яка система державного управління рухається у напрямі свого перехідного стану, який, якщо постійно досліджувати цей рух, може стати опорною точкою для глибшого усвідомлення сутності і змісту даної системи управління, підвищення рівня її оптимізації, ефективності подальшого функціонування<sup>1</sup>.

Накопичений майже за чотирнадцять років незалежності України досвід демократичної трансформації українського суспільства засвідчує, що це не тільки кардинальне (на конкурентно-ринкових засадах) перетворення його економіки<sup>2</sup>, а й докорінна реорганізація (на правових засадах) його політичної, юридичної, ідеологічної та інших соціальних систем, це перетворення не тільки прямих зв'язків системи органів держави із суспільством, а й зворотних — суспільства з державою.

Ще в 1996 р., хоча Конституція України не містила жодного згадування про поняття «державне управління», один із співавторів даної статті писав, що «кризовий стан українського суспільства є не стільки кризою економіки, скільки результатом неефективної діяльності передусім управлінських структур». «Криза українського суспільства — це значною мірою криза управління»<sup>3</sup>. Коли ми говоримо про соціальне, в тому числі державне, управління, то його суб'єктом і об'єктом завжди виступає людина, зокрема її свідомо воля. Саме остання перебуває під впливом різних управлінських рішень, які приймаються певним суб'єктом управління, що в свою чергу є певним вираженням існуючих суспільних світогляду, політичної, правової, управлінської тощо культур (зокрема свідомості, мислення, знання).

Якщо оцінювати ступінь прогресивності сучасної демократичної трансформації українського державного управління, його юридичних форм, то ця трансформація перш за все має бути спрямована на вільний розвиток індивідуальності конкретної людини (рівень її свідомості, зокрема політичної і правової, особистої ініціативи, самостійності, підприємливості, свободи, творчості тощо), безумовно, за

<sup>1</sup> Див.: Введение в теорию государственно-правовой организации социальных систем / Под общ. ред. Е. Б. Кубко. — К., 1997. — С. 58–62.

<sup>2</sup> Розкриваючи сутність такого соціального явища, як соціальна ринкова економіка, президент Світового Союзу Християнських Підприємців Мішель Альбер ще у березні 1993 р. зазначав, що йдеться про економіку, «безумовно, засновану на конкуренції, вільному підприємстві і особистій ініціативі, але в якій ринок є лише засобом: мета ж соціальна, мета полягає у справедливості, мета передбачає підвищення життєвого рівня кожної людини» (Альбер Мишель. Экономическое и социальное будущее планеты. — Брюссель, Бельгия. — 1993. — С. 13).

<sup>3</sup> Цвєтков В. В. Вказ. праця. — С. 4, 21.

умови задоволення загальних соціальних потреб і інтересів. Якщо за умови радянського тоталітарного політичного режиму людина являла собою форму буття, в тому числі управлінського, яка часто визначалася тим чи тим адміністративно-політичним актом, іноді законом, то за умови Української демократичної держави не людина має існувати для закону і державного управління, а юридичний закон і державне управління мають функціонувати заради людини, її потреб та інтересів, які не повинні шкодити потребам та інтересам інших людей, суспільства в цілому.

Як доводить світовий досвід суспільного розвитку та й наш власний досвід розбудови незалежної української державності, жодні соціальні перетворення, особливо системного характеру, неможливі без серйозного сучасного методологічного і теоретичного обґрунтування. Зокрема, щодо трансформації державності та правової системи в Україні, які мають слугувати потребам та інтересам усіх українців, то слухними є слова академіка НАН України В.Тация, «що на початку ХХІ століття **методологія вітчизняного правознавства** потребує істотного оновлення, значних зрушень у напрямку наближення до найбільш вагомих загальноновизнаних досягнень європейської та світової філософської й соціологічної думки»<sup>1</sup>. Без урахування сучасних вітчизняних і світових методологічних і теоретичних досягнень соціальної філософії та загальної теорії права і держави не можна створити національну доктрину державного управління, яка б ґрунтувалася на міцному методологічному і теоретичному фундаментах. А без цього годі й сподіватися на підвищення ефективності державного управління в Україні, розроблення, прийняття і реалізацію якісних управлінських рішень на всіх рівнях державно впорядкованого суспільства<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Таций В. Значення юридичної науки у формуванні правової системи України // Вісник Академії правових наук України. — 2001. — № 3. — С. 10.

<sup>2</sup> Див.: Мороз В. Як змінити методологію прийняття рішень // Уряд. кур'єр. — 2005. — 28 січ.

Слід зазначити, що проблеми методів і методології наукового пізнання явищ реального світу не є якоюсь новиною в наукознавстві. Відомо, що досягнення в будь-якій сфері науки, в тому числі і юридичній, визначаються багато в чому методом дослідження. Важливо не тільки визначити предмет дослідження, а й знайти відповідні шляхи, способи і методи, за допомогою яких досягається цей предмет. Так, ще Рене Декарт, досліджуючи проблеми методів та методології пізнання, підкреслював: «Для пошуку істини речей необхідний метод... Значно краще ніколи не думати про розшукування істини будь-якої речі, якщо робити це без методу: бо цілком безперечно, що внаслідок безладних занять такого роду і невиразних роздумів розсіюється при-

Разом з тим стан розроблення методології українського державно-управління вочевидь відстає, як неодноразово визнавали вітчизняні дослідники, від потреб як сучасної практики державно-правового будівництва в країні, так і потреб розвитку, зокрема юридичної науки, вдосконалення її власного методологічного арсеналу<sup>1</sup>. Це стосується всіх галузей вітчизняної юридичної науки, покликаної вивчати сутність і зміст юридичних відносин у всіх сферах життєдіяльності українського суспільства, в тому числі у сфері державного управління, національного законодавства, що має регулювати зазначені відносини і становити систему українського права як основу української державності і правової системи українського суспільства.

Надійшла до редколегії 12.06.05

родне світло і засліплюються уми... Недостатньо просто мати добрий розум (esprit), головне — це добре його застосовувати. Найвеличніша душа здатна як до великих пороків, так і до великих чеснот, і ті, хто йде дуже повільно, можуть, завжди, прямуючи вірним шляхом, просунутись значно далі за того, хто біжить і віддаляється від цього шляху» (*Декарт Р.* Рассуждение о методе, чтобы верно направлять свой разум и отыскивать истину в науках // Сочинения: В 2 т. — Т. 1. — С. 251).

Істинність методу визначається не ним самим (як річ у собі), а насамперед певною відповідністю знань, одержаних за допомогою конкретного методу, в процесі дослідження реального предмета, що безпосередньо не залежить від суб'єкта пізнання в реальному вимірі часу. Попри суб'єктивний, особистий характер пізнання соціальної, зокрема управлінської, дійсності, свідомості дослідника результатом пізнання є цілком об'єктивне знання (хоча воно може бути неістинним) про цю об'єктивну дійсність, конкретні управлінські явища. Істинність у кінцевому результаті визначається відповідністю одержаних знань і методу, що застосовувався в процесі дослідження, об'єктивній реальності предмета, що вивчався.

Крім того, дослідження будь-якої управлінської проблеми, щоб результати були більш менш повними, істинними, має бути здійснено комплексно, за допомогою декількох методів, способів, прийомів, операцій, які б доповнювали один одного.

Як правило, метод дослідження формується на основі конкретної системи певних принципів суспільного світогляду, котрі застосовуються до процесу пізнання, до духовної творчості взагалі, до предметно-практичної діяльності в цілому, тобто в основі певного філософського вчення про методи пізнання і перетворення реальної дійсності, яке становить осердя будь-якої науки, лежить певна система пізнавальних принципів, яка і називається методологією.

<sup>1</sup> Див.: Проблеми методології сучасного правознавства. 9–10 жовтня 1996 р. — К., 1996. — С. 20; Рекомендації міжнародної наукової конференції «Методологічні проблеми правової науки», 13–14 грудня 2002 р. — Х., 2002. — С. 3; *Рабінович П.* Проблеми трансформації правознавства: досягнення, втрати, перспективи // Вісник Академії правових наук України. — 2002. — № 4. — С. 3.

Ф. Фіночко, доцент НЮА України

## Предмет адміністративного права: дискусійна проблематика

Дискусії про предмет адміністративного права точилися ще наприкінці XIX ст.<sup>1</sup> Не стало винятком і XX ст. Наприкінці 40-х у 50-х і на початку 60-х років учені-адміністративісти, а також представники інших галузей права обговорювали предмет і визначення поняття адміністративного права. Що таке визначення та яке місце вони посідають у системі адміністративного права? Визначення — це процес пояснення труднощів (складних речей, явищ, предметів правових інститутів) шляхом зведення їх до більш простих елементів. Згідно з цим, коли ми досягаємо найбільш простих термінів, то визначення має припинитись. Найпростіші терміни не мають більш простих термінів, за допомогою яких вони можуть бути визначені.

У результаті цих обговорень на той час було підбито підсумки наукових досліджень, які виявились у тому, що в юридичній літературі під державним управлінням розумілось:

- 1) або вся діяльність держави з організації суспільних зв'язків;
- 2) або вся діяльність органів управління;
- 3) або тільки виконавчо-розпорядча діяльність органів державного управління<sup>2</sup>;
- 4) або виконавчо-розпорядча діяльність усіх підзаконних органів держави.

Отже, це свідчить про те, що будь-яка наука тоді наука, коли існують декілька концепцій.

По-перше, державне управління — вся діяльність держави з організації суспільних зв'язків — включає в себе діяльність законодавчих, судових,

<sup>1</sup> В Росії невдоволення старими методами розробки адміністративного права викликало полеміку, в якій брали участь не тільки адміністративісти, а й представники інших юридичних дисциплін (див.: *Лазаревский.* Административное право // Право. — 1898. — № 2; *Петражицкий.* Полицейское право // Там само. — № 3); *Цытович.* Еще по поводу полицейского права // Там само. — 1899. — № 6; *Левицкий В.* Предмет, задачи и метод науки полицейского права. — Х., 1894; *Раевский А.* Предмет и задачи науки полицейского права. — Х., 1905; *Кобалевский В.* Советское административное право. — Х., 1929. — С. 12.

<sup>2</sup> За Конституцією Української РСР органи держави поділялися на такі основні види: органи державної влади (представницькі органи — ради народних депутатів); органи державного управління (виконавчо-розпорядчі органи); органи правосуддя та прокурорського нагляду (ст. ст. 20, 39, 58, 84, 93).

виконавчих і розпорядчих органів управління. В такому розумінні державного управління адміністративне право має охоплювати всі зазначені сфери державної діяльності та поглинути ті галузі права, які регламентують законодавчу і судову діяльність. По-друге, під державним управлінням розуміється вся діяльність тільки органів державного управління.

Таке розуміння державного управління не повністю відображає його зміст. Аналіз різних сфер державної діяльності показує, що виконавчо-розпорядча діяльність здійснюється також судовими органами, органами прокуратури та органами влади. До виконавчо-розпорядчої сфери належать дії судових і прокурорських органів, які не стосуються безпосередньо функцій правосуддя чи прокурорського нагляду — призначення і звільнення працівників, облік діяльності цих органів, організації їх роботи тощо. І далі, розуміючи державне управління як усю діяльність органів державного управління, слід мати на увазі й такі сторони діяльності цих органів, які взагалі не належать до юридичних або є юридичними, але регулюються іншими галузями права.

Слід зазначити, що в юридичній літературі на той час широке практикування обсягу виконавчо-розпорядчої діяльності, що включає діяльність всіх підзаконних органів держави, не поділялося більшістю адміністративістів. Тоді панувало обмежене поняття виконавчої і розпорядчої діяльності, яке становить переважно діяльність органів державного управління. Тому більшість адміністративістів вважали, що предметом адміністративного права є суспільні відносини, котрі виникають у сфері виконавчої і розпорядчої діяльності органів державного управління. Отже, явно несумісні точки зору можуть збігатись, якщо як сполучну ланку запропонувати яку-небудь особливу проміжну позицію. Пізніше, коли адміністративісти визначились із питанням про розмежування точок зору, предмет дискусії мав такий теоретичний аспект: виконавчо-розпорядча діяльність є основною ознакою державного управління, вирішальною, головною, домінуючою. Що стосується законодавчої та судової влади, то управлінська діяльність для них теж характерна, але вона здійснюється як не головна, а допоміжна для виконання законодавчої діяльності та правосуддя. Теоретично це відповідало основному положенню, яке на той час існувало, а саме: предметом адміністративного права є управлінське право, яке домінує і на сьогодні в навчальній та науковій літературі.

В. Авер'янов, розглядаючи предмет адміністративного права з позиції нової доктринальної оцінки<sup>1</sup>, звернув увагу на «вузьке» ро-

зуміння поняття державного управління. Він підтвердив теоретичні позиції другої половини ХХ і початку ХХІ ст.

У зазначеному тлумаченні державне управління — як в цілому, так і у вигляді своїх окремих функцій, форм, методів та інших елементів — у тому чи іншому обсязі здійснюється різними державними органами, що належать до різних гілок державної влади. Однак якщо для органів виконавчої влади державне управління означає провідний напрямок діяльності (хоча і далеко не всеохоплюючий, а тим більше не єдиний), то для органів інших гілок влади — законодавчої та судової, а також решти державних органів (наприклад, органів прокуратури, Рахункової палати, Вищої ради юстиції тощо) — здійснення державного управління обмежується організаційними рамками певного органу і має обслуговуюче значення стосовно його профілюючих (основних) завдань і функцій (тобто йдеться про так зване управління внутрішньо-організаційного спрямування).

У літературі іноді стверджується, що термін «державне управління» тепер майже не використовується в нормах чинного вітчизняного законодавства, як це було за часів СРСР, а в деяких наукових джерелах можна натрапити на суперечливі думки щодо його подальшої долі. Суперечливість цього твердження є очевидною, але відкидати термін «державне управління», яке завжди існувало й існує в зарубіжній теоретичній літературі, а також і вітчизняній, недоречно. Управління — категорія вічна. Воно було завжди (управління державою, управління армією, управління економікою, управління виробництвом). Але науки про управління тривалий час не було. В цій сфері по суті завжди панувала інтуїція. Нею керувалися практично всі люди, яким тією чи іншою мірою випадало управляти великою або маленькою справою, величезним колективом чи невеликою групою працівників. Новий рівень виробництва і науки вимагав більш досконалих форм управління. Настав час обміркувати накопичену практику та подумати про створення системи знань про управління, підняти їх на рівень науки (бо будь-яка велика сума знань, об'єднаних за певними критеріями, ідеями, перетворюється на науку), яка б застосовувалася на всіх рівнях виробництва, науки і суспільства в цілому. І така наука народилася — з дослідженнями, зі своєю теорією. А тому заперечувати її існування немає підстав. Розмежовуючи поняття «управління» та «адміністративне право», не можна їх протиставляти та вивчати ізольовано одне від одного. При встановленні меж адміністративного права не можна забувати, що воно за своїм змістом вужче, ніж величезна сфера управління, і що адміністративне право є окремою галуз-

<sup>1</sup> Див.: Авер'янов В. Предмет адміністративного права: нова доктринальна оцінка // Право України. — 2004. — № 10. — С. 26.

зю права. У великій кількості випадків ми роз'єднуємо те, що було єдиним цілим, і зводимо разом те, що було ізольованим. Але в небагатьох вирішальних випадках людина здатна створювати нові поняття, гіпотези, теорії та світоглядні погляди із зовсім непідготовленого сирого матеріалу.

Поняття адміністративного права у першій половині ХХ ст. визначалося так: адміністративне право є сукупністю норм, що регулюють виконавчо-розпорядчу діяльність органів держави<sup>1</sup>.

Поняття «адміністративне право» вужче за поняття «управління». Органи управління діють, користуючись не тільки формами адміністративної діяльності і керуючись не тільки нормами адміністративного права, вони також укладають цивільно-правові угоди, здійснюють різні матеріально-технічні операції тощо. Розкриваючи зміст одного поняття, слід відзначити, що, говорячи про регулювання організації і діяльності виконавчо-розпорядчих органів, слід мати на увазі зазначені форми адміністративної діяльності, характерні, як основне правило, для виконавчо-розпорядчих органів, котрі з огляду на їх величчя реалізують покладені на них законом права й обов'язки. Виконавчо-розпорядчі органи не мають диспозитивності щодо користування своїми правами. Вони повинні активно ними користуватись як адміністрація, що здійснює організуючу діяльність держави.

Визначення поняття «адміністративне право», його предмета містяться в підручниках для юридичних інститутів і факультетів (1940, 1946, 1959, 1960, 1968, 1970 (загальна частина), 1974, 1986, 1990 рр.) В останньому радянському підручнику за редакцією Василенкова адміністративне право визначається як галузь права, норми котрої регулюють суспільні відносини в сфері державного управління, тобто ті суспільні відносини, які виникають у ході організації і здійснення органами радянської держави виконавчої та розпорядчої діяльності<sup>2</sup>.

Наведений перелік підручників ХХ ст. не є вичерпним. Ми перерахували деякі з них, тобто ті визначення поняття предмета адміністративного права, які були характерними для тоталітарного режиму. При формулюванні предмета у великій кількості випадків ми роз'єднуємо і з'єднуємо та переставляємо. Питання про предмет адміністративного регулювання в радянській науці адміністративного

<sup>1</sup> Див.: *Евстихьев И. И., Власов В. А.* Административное право СССР: Учебник. – М., 1946. – С. 9.

<sup>2</sup> Див.: *Советское административное право: Учебник.* – М., 1990. – С. 41–42.

права є суперечливим. Існують різні позиції, які можна згрупувати таким чином. Прибічники першої позиції стверджують, що предметом регулювання адміністративного права є суспільні відносини, що виникають у процесі виконавчої та розпорядчої діяльності лише органів державного управління. Прибічники другої позиції вважають, що предметом адміністративного права є суспільні відносини, які складаються в процесі виконавчої та розпорядчої діяльності усіх органів держави<sup>1</sup>.

Але твердження без доказів не є доказами. Тому автор I розділу підручника (Н. Саліщева) на доказ своєї позиції доводить, що розуміння адміністративного права як галузі, котра регулює тільки виконавчу та розпорядчу діяльність органів управління, не може бути признане вірним, бо в дійсності норми адміністративного права регулюють ті суспільні відносини, які складаються в процесі виконавчої та розпорядчої діяльності держави, і звертається до прикладу проходження державної служби. Цей приклад нічого не підтверджує, а сам інститут державної служби регулюється, до речі, щонайменше трьома галузями права: адміністративного, фінансового, трудового. Але деякі положення визнаються і приймаються без доказів. Відповідно до визначення (дефініції) проблемою називається ситуація, яка вимагає вирішення, причому вважається, що це рішення, у свою чергу, вимагає пошуку.

Ю. Козлов критикує точку зору С. Студенікіна. На погляд Ю. Козлова, багато з того, що С. Студенікін відносить до завдань і функцій державного управління, виконується в процесі здійснення усіх видів державної діяльності і не входить до виключної сфери державного управління<sup>2</sup>. Ю. Козлов зробив намір дати визначення поняття як предмета адміністративного права, так і державного управління шляхом поєднання організаційних та функціональних (матеріальних) елементів. Він вважає, що радянське державне управління є виконавчо-розпорядчою діяльністю органів державного управління, яка виражається в практичному виконанні радянських законів у процесі безпосереднього керівництва народним господарством і культурно-політичним будівництвом. Відштовхуючись від визначення державного управління, даного Ю. Козловим, бачимо, що державним управлінням є лише діяльність органів державного управління, а не інших

<sup>1</sup> Див.: *Советское административное право: Учебник / Под ред. А. Е. Лунова.* – М., 1960.

<sup>2</sup> Див.: *Козлов Ю. М.* Советское административное право. – М., 1962. – С. 5.



державних органів. При цьому мається на увазі лише діяльність, зазначена вище. Пізніше (у 1973 р.) Ю. Козлов стверджував, що об'єктом державного управління є все організоване суспільство в цілому.

Його загальні висновки такі: про державне управління можна говорити у широкому сенсі, розуміючи під ним всю діяльність держави з організаційного впливу на суспільні відносини. Поняття державного управління у вузькому (власному) розумінні є похідним від поняття управління взагалі. У такому сенсі під державним управлінням необхідно розуміти здійснення управлінських функцій від імені держави і в масштабах держави<sup>1</sup>. Заслужовує на увагу і таке концентроване визначення: управління — це творчий, організований процес діяльності всіх органів радянської держави і головний державний обов'язок виконавчих і розпорядчих органів, система яких становить радянську адміністрацію<sup>2</sup>.

Розгляд визначень предмета адміністративного права далеко не вичерпаний, бо обсяг статті обмежений. Для такого дослідження необхідна монографічна форма.

Не можу не зупинитись на такому питанні, що має відношення до предмета адміністративного права. Після прийняття Конституції України 1996 р. в окремих журнальних статтях з'явилися твердження про «реформу вітчизняного адміністративного права». Можуть бути адміністративні реформи, і вони були, є і будуть в майбутньому. Але реформувати науку, конкретно-адміністративне право? Такого в науці не спостерігається, вона розвивається еволюційно.

Панування старих (попередніх) ідей перекинулось і на юридичну літературу пострадянського періоду як в Україні, так і в Російській Федерації. І підтвердженням цього є те, що визначення предмета адміністративного права в підручниках і окремих статтях юридичних журналів залишилось *status quo ante*, на позиціях попереднього періоду.

З'явилися, правда, новели, зумовлені результатами останніх досліджень теоретичного характеру за минуле десятиріччя. Так, дефініції стосовно визначення предмета адміністративного права стали більш конкретними і за змістом більш об'ємними. Як ілюстрацію доречно навести визначення предмета, сформульоване Є. Курінним: «Предмет адміністративного права — це сукупність груп однорідних суспільних відносин регулятивного, охоронного, матеріального чи

<sup>1</sup> Див.: Советское административное право / Под ред. Ю. М. Козлова. — М., 1973. — С. 9.

<sup>2</sup> Див.: Лунев А. Е. Некоторые теоретико-правовые вопросы науки управления // Правовые проблемы науки управления. — М., 1966. — С. 3.

процесуального характеру, в яких реалізуються права, свободи і обов'язки учасників владно-управлінської діяльності»<sup>1</sup>. Крім цього визначення нові редакції предмета наводяться і в деяких інших теоретичних дослідженнях<sup>2</sup>.

Закінчуючи побіжний (частковий) розгляд проблематики предмета адміністративного права, слід зауважити, що докази учасників дискусії були цілком логічні й важкоспростовні. Вони, власне, впливали на засадах поділу влади на законодавчу, виконавчу та судову. Проте при цьому не приділялася належна увага взаємовідносинам громадянина, людини та влади.

*Надійшла до редколегії 10.06.05*

<sup>1</sup> Див.: Курінний Є. Межі та поняття предмета адміністративного права // Право України. — 2002. — № 10. — С. 24-28.

<sup>2</sup> Див.: Адміністративне право України / За ред. Ю. П. Битяка. — Х., 2001. — С. 19; Кубко Є. Про предмет адміністративного права // Право України. — 2000. — № 5. — С. 3-6.

## ПИТАННЯ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

*І. Спасибо-Фатєєва*, член-кореспондент АПрН України

### Не створюйте протилежності

1. Уявімо собі мурашник або вулик, в якому одна з комах змінила ставлення до своїх обов'язків: скажімо, запишавшись тим, що їй наближення до королеви-матки надає особливих переваг, вирішила це використати у власних інтересах. Наприклад, запропонувала іншій комасі забезпечити безперешкодний доступ до королеви для набрання більшої кількості її рідини замість перекладення з себе частини своїх функцій. Одразу виникнуть спочатку непорозуміння, потім проблеми та збій налагодженої системи і нарешті її крах. Це пов'язано з тим, що функціональність системи забезпечується вивіреним та збалансованим природним механізмом, для якого характерним є те, що всім кохам не потрібно зайвого і не може бути недостатнього.

У суспільній же системі, навпаки, ми такі ситуації часто й спостерігаємо, а сама ця система виявляється нездатною не просто їх вирівняти, а й не допустити їх виникнення. Члени ж спільноти постійно перебувають не в адекватних станах та зв'язках між собою для загальної користі всіх, а, відчуваючи збій системи, постійно або час від часу намагаються її налагодити. Відчуття ж наближення її краху, як правило, відсутнє, навіть і тоді, коли він уже настав.

Одним із показників проявів цього відчуття є проблематика громадянського суспільства (ГС), якої нині так чи інакше торкаються, аналізують, обіграють, насамперед зводячи до співвідношення держави та ГС. Однак корені цієї проблематики значно глибші, а її мережа — ширша. Спробуємо в загальних рисах їх окреслити.

Насамперед вимагає прояснення питання про співвідношення держави та ГС, що звичайно сприймаються як протилежності в їх фундаментальному протистоянні «суспільство — влада», в яке можуть злитися практично всі конфлікти<sup>1</sup>. Структуруючи їх як протилежні

<sup>1</sup> Див.: *Сегал Л.* Кінець епохи ясності. — Проблеми Восточної Європи. — 1989. — № 27–28. — С. 10.

полюси, ми тим самим упускаємо головне: всі протилежності споріднені; вони ступені одного явища. При усвідомленні цього відбудеться звільнення від їх полярності як різних категорій, і вони будуть тим, чим є насправді — єдиним.

За відсутності подібного підходу до їх розуміння держава та ГС розчленовуються з виявленням рис і сутності, а також їх проявів у реальній дійсності кожного з них. При цьому слід зазначити, що така постановка питання має місце лише нагально. Були й інші спроби абсорбувати риси тієї чи іншої інституції для представлення її полярності зі своїм антиподом. Як приклад можна навести проблематику «громадянин — держава». При розширенні ж рамок сполучень зазначених понять нітрохи не менше проблематики у співвідношенні «громадянин — ГС». А якщо ці інституції побудувати за типом трикутника («громадянин — ГС — держава»), то зв'язків, що переплітаються, буде набагато більше.

Сьогодні ще не відродилася актуальність такого зв'язку, як «церква — держава» та «церква — ГС — держава», хоча така постановка питання вже також на часі. Проблем же тут ще більше, особливо якщо не хтувати присутністю в цих зв'язках і громадянина.

Зрозуміло, що з підключенням до тієї чи іншої дихотомії додаткових інституцій підсилюється напруженість у ланцюгу, і на якійсь стадії стає неможливо простежити та вичленувати окремі проблеми його різних ланок. Очевидно, тому останні зазвичай прийнято розбивати на протилежності, тим самим відзначаючи соціальні зв'язки між можливими антагоністичними суб'єктами. Однак весь спектр цих взаємозв'язків свідчить не тільки про штучність вичленовування, а й про небезпеку такого для кінцевої мети. А нею, без усякого сумніву, є досягнення гармонізації в соціумі. Тому сам підхід до розгляду цієї проблематики вимагає відповідного коригування з урахуванням вищесказаного, що стисло можна назвати так: «не створюйте протилежності».

2. Закликаючи до зміщення точки зору на поняття ГС у співвідношенні з іншими і позиціонуючись на ньому, слід зазначити складність у розумінні ГС як такого. Навіть не кажучи про визначення ГС, це поняття саме по собі має скоріше почуттєвий, ніж догматичний характер. І це так, оскільки кожен відчуває, де йдеться про ГС, а де — про державу, церкву тощо. Це так ще й тому, що громадянин, церква і держава в тому чи іншому ступені суб'єктивовані на відміну від ГС, оскільки воно: а) сприймається як аморфна маса на протигагу структурованій державі; б) не має представників, з якими б його ототожнювали, як держава ототожнюється зі своїми органами; в) не має за-

собів свого прояву в соціальній дійсності; г) не має захисних механізмів, подібних до державних, тобто механізмів захисту як самого суспільства від держави, так і окремих його членів.

Звідси і може випливати розуміння того, які є реально існуючі можливості активізувати ГС рівно настільки, наскільки воно самою своєю суттю може і має взаємодіяти з державою і зрівноважувати її.

3. **Держава.** Пам'ятаючи про ніцшевське бачення держави як «пса лицемірства», але не зациклюючись на цьому, безумовно сприймаємо те, що держава покликана служити суспільству. *По-перше*, необхідно визначитися в способах, стратегії і тактиці цього служіння, виходячи з інтересів усього суспільства. Неоднозначність підходів і оцінок дій держави при цьому породжена тим, що суспільство є зовсім не однорідною масою. Крім того, держава не повинна формувати свої власні інтереси, адже вона існує стільки, скільки існує суспільство. Тут можна навести порівняння з танцюристом та танцем: зупиниться танцюрист — зникне танець, не буде танцю — не стане й танцюриста як такого. *По-друге*, держава, будучи структурованою системою, повинна налагодити роботу цієї структури, в першу чергу для оптимального виконання своїх завдань і функцій. І що важливо — ця структура та її діяльність мають перебувати під постійним контролем з боку суспільства. *По-третє*, держава повинна розуміти, що у свою чергу вона поряд із ГС є лише елементом більш загальної, цільної й значущої структури, що як така не може допустити посилення лише одного свого елемента, оскільки тоді вона перестане існувати. Тому в інтересах цілого і самої держави як його частини підтримувати сталість цієї структури. Очевидно, що актуальність проблематики ГС нині й полягає, з одного боку, в усвідомленні небезпеки для держави нехтуванням ГС, а з другого боку — у вживанні мінімально необхідних заходів щодо підтримання рівноваги для того, щоб ГС не відчуло на якості етапі досить сил зрівноважити державу, а ще більше — переважити її, що також може призвести до негативних наслідків.

4. **Громадянське суспільство**, навпаки, звичайно уявляється як «царина загальної активності», що існує, *по-перше*, в атмосфері спільної волі, ініціативи, а тому воно не догматичне, не формалізоване, рухливе. ГС перебуває в площині впливів економічної системи, культури, традицій тощо, з одного боку, і держави — з другого, не будучи, проте, придатком ані перших, ані, тим більше, другої. *По-друге*, воно є різноманітним і «виступає ареною діяльності різноманітних організацій, кожна з яких прагне захистити ... інтереси визначеної соціаль-

ної групи»<sup>1</sup>. При цьому не слід ідеалізувати кінцеву об'єднаність цієї різноманітності на противагу державі, якій ГС саме внаслідок такої об'єднаності може чинити спротив<sup>2</sup>. На тому чи іншому етапі свого існування ГС може «роздиратися» такими суперечностями, що затьмарюють основну суперечність «держава — суспільство».

5. Звідси випливає, що такі протилежні за своєю суттю субстанції мають різні пріоритети і втілення, а саме:

а) держава покликана вирішувати таку тріаду: впорядкувати, стабілізувати, захистити. Для цього вона повинна: регулювати, управляти, судити;

б) ГС, будучи проявом такої тріади, як вільна ініціатива, динамізм, спонтанна активність, фактично є осередком формування й існування природних і цивільних прав та воль. Як таке ГС є колискою права і держави, тим самим воно покликано забезпечити їхню дієвість.

Це свідчить про традиційні взаємини держави і суспільства як проявів балансу різних інтересів цих субстанцій у єдиній сфері існування. Відтак, вони мають зрівноважити свою полярність не як антиподи, а як складові цілого, що становлять арену соціального буття. Звідси й ті конкретні питання, що цим зумовлені, передусім щодо їх взаємовпливу.

6. Внаслідок наведеного мова про те, як впливатиме ГС на владу, одномоментно припускає і протилежне: як влада повинна впливати на ГС, оскільки вплив може бути тільки взаємним. Українські ж реалії свідчать про те, що така взаємодія вищою мірою є спонтанною, залежною від численних обставин і чинників, непередбачуваною. Ми були свідками й учасниками осінньо-зимових подій, коли як влада, так і ГС оперували тими ж самими поняттями, вказували на однакові цілі (благо народу, поліпшення економічних показників, забезпечення реалізації прав і свобод), однак їх сприйняття різними верствами ГС було протилежним. Більш того, в Україні не склалося одного з істотних проявів дієвості ГС — впевненості в тому, що зміна влади не торкнеться його основних засад. Навпаки, саме зі зміною влади ГС пов'язує свою свободу. Це пояснюється тим, що нова влада в Україні саме «родом» з ГС. З одного боку, це позитивний чинник. Однак з другого боку його можна розглядати як поштовх для того, щоб існування ГС було не синусоїдальним із критичними спалахами в часи революцій, а про-

<sup>1</sup> Свіницький В., Федорченко П. Громадянське суспільство в Україні: концепції і реалії // Бюлетень Міжнародного фонду «Відродження». — К., 1994. — № 4—5. — С. 16.

<sup>2</sup> Оксфорд Ф. Наводиться за: В. Речицкий. Свобода и государство. — Х., 1998. — С. 28.

ходило в нормальному режимі стримування влади і тим самим забезпечувало неможливість виникнення цих криз і потрясінь.

З цієї загальної сфери міркувань впливає більш конкретна: а) як ГС може впливати на визначення функцій держави та їх здійснення; б) значущість ГС для правової системи, у першу чергу балансу приватного і публічного права. Щодо цього можна вказати на деякі аспекти глобальної проблеми, що тут порушується.

7. Для ГС давно стала очевидною надмірність функцій держави. Відзначимо лише окремі сфери їхніх проявів — регулювання і контроль за підприємницькою діяльністю, реєстрацією об'єктів нерухомості і правочинів із нею, розподіл державної власності і здійснення управління нею.

7.1. Відносно першого дійсність беззаперечно підтверджує той факт, що має місце явне перевищення рамок державних турбот і державного втручання. Свідченням цього є труднощі, а часто і нездоланні перешкоди, які влада «забезпечує» підприємцеві вже на початковому етапі його діяльності (державної реєстрації), у процесі одержання всіх необхідних ліцензій, нескінченних перевірок різними державними органами.

Які заходи реагування на негативне ставлення ГС до цього може запропонувати (і пропонує) влада? Підсилити державний контроль, змінити кадровий склад органів влади, оновити механізми взаємодії влади і підприємця. І все це з поясненнями необхідності підтримки підприємництва, його значущості для економічного і соціального розвитку тощо. Однак протягом тривалого часу такі способи не приводили і не приведуть до розв'язання проблеми. Існують закономірності в поведінкових моделях, які зруйнувати подібними заходами неможливо. Виходом буде лише істотне скорочення функцій держави в цій сфері, передача частини з них підприємницьким структурам (а виходить, структурам ГС), установлення суспільного контролю за діяльністю бюрократії (через засоби масової інформації, правозахисні організації тощо) з дієвими засобами реагування на виявлені порушення.

Разом з тим не слід забувати про те, що покладання певних функцій на суспільні структури буде можливим лише за умови, коли ці структури готові до їх прийняття. Так, законодавством про фондовий ринок було передбачено можливість передачі частини функцій Державної комісії з цінних паперів самоврядним організаціям. Однак ще й досі ці організації «не дозріли» до того, щоб прийняти їх на себе. Для порівняння: подібні організації в Канаді не тільки здійснюють більшість функцій щодо регулювання фондового ринку, а й створили дієві

механізми захисту прав інвесторів, зокрема фонд компенсації їхніх збитків, що формується за рахунок стягнення з порушників неправомірно отриманих ними коштів. Причому ці кошти спрямовуються не до бюджету, а до приватного фонду, яким розпоряджаються недержавні організації.

7.2. Показовою для демонстрації того, що держава не справляється зі своїми функціями, є державна реєстрація нерухомості й правочинів із нею, передбачена ст.ст. 182, 210 ЦК та ін. В Україні склалася парадоксальна ситуація, коли після набрання ним чинності правочини з нерухомістю не могли вчинятися в зв'язку з відсутністю спеціального регулювання цього питання, незважаючи на те, що в Перехідних положеннях ЦК Кабінету Міністрів України ставилося за обов'язок розробити відповідний закон. ГС активно реагувало на таку ситуацію шляхом проведення численних конференцій нотаріусів, працівників бюро технічної інвентаризації (БТІ), земельпорядних служб, об'єднаних у різні асоціації та громадські організації, тощо.

Не менш показовою в оцінці функцій держави є очевидна боротьба різних державних структур за здійснення реєстрації прав на нерухомість. Проявом цієї боротьби стало позбавлення БТІ функцій щодо державної реєстрації і передача цих функцій Державному комітету по земельних ресурсах<sup>1</sup> із продовженням їхнього здійснення БТІ і до цього часу<sup>2</sup>, а також невизначеність того, хто здійснюватиме державну реєстрацію правочинів із нерухомістю, яку нині здійснює Мін'юст<sup>3</sup>. Подібний «переділ сфер» у такому значущому питанні, як оборот нерухомості, вимагає відповідальності держави перед ГС за породжену плутанину і порушення прав та інтересів власників. Однак так ставити питання українське ГС ще не навчилося.

7.3. На прикладі державної реєстрації можна проілюструвати й такий аспект, що характеризує Українську державу, як пристосування механізму здійснення законів таким чином, щоб це було зручно

<sup>1</sup> Див.: Постанова Кабінету Міністрів України від 17 липня 2003 р. № 1088 «Про створення єдиної системи державної реєстрації земельних ділянок, нерухомого майна та прав на них у складі державного земельного кадастру».

<sup>2</sup> Див.: Тимчасове положення про порядок реєстрації прав власності на нерухоме майно: Затв. наказом Міністерства юстиції України від 7 лютого 2002 р. № 7/5, зареєстр. в Мін'юсті 18 лютого 2002 за № 157/6445, а в подальшому — ч. 5 розд. V Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень».

<sup>3</sup> Див.: Тимчасовий порядок державної реєстрації правочинів, затв. постановою Кабінету Міністрів України від 26 травня 2004 р. № 671.



чиновникам, а не тим, хто вимушений до них звертатися для реалізації своїх прав. Так, існуюча процедура реєстрації прав на нерухомість вимушує громадянина тричі «дефілювати» між БТІ та виконкомом місцевої ради, вистоюючи черги й очікуючи засідань виконкому та годин прийому посадових осіб.

7.4. Що стосується розподілу державної власності і здійснення управління нею, то показовим для України є усунення ГС від вирішення питань приватизації із самого початку її проведення. Видимість загального розподілу благ за типом «кожній сващці по ковбасці», покладеному в основу визначення вартості приватизаційного майнового сертифіката, і нібито надана всім громадянам України рівна можливість участі в придбанні державної власності — це все, що було зроблено як реверанс Українському народові. Самі ж процеси приватизації, визначення її способів, об'єктів, що підлягають чи не підлягають приватизації, залишилися поза контролем ГС. При численності нормативно-правових актів стан, в якому перебуває й досі приватизація, не тільки не ясний, а й безконтрольний. Факти виявлених порушень, що з'являються «на злобу дня» (а часто — внаслідок лобювання інтересів тих чи інших економіко-політичних структур), досить неоднозначно сприймалися, доки не нагромадилася критична маса, що переконливо свідчить про тенденцію (яка не намітилася, а майже реалізована) усунути суспільні структури від процесів приватизації, забезпечити надходження від приватизації певним групам або особам.

Ці факти також доводять, що ГС до революційних подій в Україні не в змозі було закумуляватися для недопущення порушення своїх інтересів. Що ж стосується органів влади, то їхня роль у цій ситуації взагалі досить цікава і багатогранна, вона вимагає окремого аналізу. Лише одне залишається однозначним: влада, як і ГС, залишилася осторонь<sup>1</sup> при порушеннях інтересів суспільства.

Не менш важливою і показовою для України є відсутність законодавчого регулювання питань управління об'єктами права державної власності, розрізненості державних органів, які покликані здійснювати або фактично здійснюють ці функції. ГС узагалі усунуто з цієї сфери, хоча час від часу в пресі з'являється інформація про об'єкти нерухомості, що є власністю державних чиновників і депутатів, державних органів, про способи їх придбання, контроль тих чи інших осіб (груп) над економічними процесами, ринками тощо.

<sup>1</sup> Говорячи в розумінні їх належного забезпечення та захисту, а не використання владних структур для порушень.

8. Питання власності, будучи фундаментальними для будь-якого суспільства, є і виразниками дійсного співвідношення сил у ньому. При неймовірній заплутаності ситуації щодо цих питань зрозумілим залишається одне: рівності усіх власників, проголошеної в Конституції України, досягти не вдалося. Про це свідчать реалії, серед яких можна вказати хоча б на такі:

— держава як власник сама встановлює для себе правила гри, внаслідок чого, вступаючи в правовідносини з іншими власниками, має нескінченну кількість пріоритетів;

— держава неефективно використовує свою власність. Більш того, вона дотепер не визначилася в основному питанні: чи мислить вона себе підприємцем і чи повинна налагодити прибуткове управління своїм майном, чи вона має його передати в приватну власність і одержувати доходи до казни у вигляді податків, а не дивідендів;

— держава займає непослідовну позицію стосовно майна різних осіб, яким вона стала володіти в різні історичні періоди. Так, поряд із повсюдним поверненням церковного майна, держава вживає різних заходів, що протидіють поверненню майна приватним особам (так звана проблематика реституції власності). А майно громадських організацій держава намагається, навпаки, привласнити<sup>1</sup>.

9. Питання про те, «хто» здійснюватиме функції влади і управління, нерозривно пов'язане і з тим, «як» вони здійснюватимуться. Сьогодні ці функції фактично комерціалізовані: за одержанням дозволу, ліцензії, сертифіката тощо стоять громіздкі і суперечливі механізми з можливістю їх обходу шляхом оплати різних послуг (формально чи неформально). Звідси, з одного боку, корупція і виникнення різних «благодійних» фондів, до яких підприємці перераховують кошти аж ніяк не добровільно. З другого боку — абсолютне нехтування думкою ГС щодо планів забудови міст, можливістю вільно пересуватися по тротуарах тощо у зв'язку зі зростанням не тільки стихійних ринків, але і кіоско-лоточних «променадів», розташуванням незліченної кількості бензозаправок у центральних частинах міст, забудовою тротуарів входами до магазинів і кафе, будівництвом «супер»- і «гіпермаркетів» оптового і складського типу на центральних вулицях, що знижує і без того вбогий архітектурний ансамбль.

10. Говорячи про значущість ГС для правової системи й у першу чергу балансу приватного і публічного права, слід наголосити на тому,

<sup>1</sup> Див.: Постанови Верховної Ради України про майнові комплекси і фінансові ресурси громадських організацій колишнього Союзу РСР від 10 квітня 1992 р. та 4 лютого 1994 р.

яким чином ГС зможе врегулювати відносини приватного порядку без втручання держави як законодавця. Насамперед при цьому варто вказати на надмірність законодавства як виразника функції впорядкованості. Йому може бути протиставлено ініціативність, свободу договору і можливість для осіб регулювати свої відносини саме на цьому рівні, що органічно притаманне ГС.

Очевидною є й необхідність у формуванні ГС своїх способів і інститутів вирішення конфліктів. І в цьому також мусить проявитися авторитет права, що по своїй суті має підніматися над авторитетом влади<sup>1</sup>. У ЦК вбачається прояв його основних засад. Сьогодні не просто актуалізована проблема необхідності «зрівняти» державу й особистість, державу і ГС, а й оснастити кожну людину надійними засобами захисту, безвідмовно діючими механізмами реалізації невід'ємних людських прав<sup>2</sup>.

Однак знову ж, якщо говорити про це в контексті ГС, ми повертаємося до його інфраструктури, яка б дозволяла це зробити. Нинішній же стан з номінальними елементами цієї інфраструктури ГС (політичними партіями, громадськими організаціями тощо) не свідчить про її дієвість. Перші вирішують основну проблему — доступ до влади, й у самому цьому вже закладено певну суперечність з їх призначенням саме як елементів ГС, окремих від влади. Тобто у період боротьби за владу вони відповідають такому поняттю, а після досягнення своєї мети — навпаки. Громадські організації на цьому поприщі не виявили себе як структура ГС. Наприклад, такими повинні були б стати за своїм покликанням Вища рада юстиції, організації в сфері науки, освіти, професійних інтересів, такі як спілки адвокатів, юристів, нотаріусів, письменників тощо. У «старих» спілках (літераторів та ін.) процвітають амбіційні застарілі підходи, що раз за разом виносяться на поверхню при різних внутрішніх конфліктах. «Нові» не відіграють тієї ролі, що мала б бути їм відведена (саме формовані ними органи повинні висувати вимоги до представників своєї професії, ліцензування у разі потреби в такій, застосовувати заходи щодо недопущення до цієї сфери при порушеннях корпоративних норм). Однак усе зосереджено в руках держави. Абсолютно відсутній громадський контроль за освітою на перевірку відповідності дійсності рівня одержаних знань, недопущення до заняття професійною діяльністю осіб, які не мають достатнього рівня і впливу на вищі навчальні заклади, що видали та-

ким дипломи. А нині стало й взагалі можливим призначення на посади державних службовців осіб без вищої освіти, або спеціалістів не за фахом, або без досвіду роботи внаслідок віку чи попереднього виду діяльності. І ГС інертно реагує на це.

11. Отже, інфраструктура ГС має формуватися паралельно з удосконаленням функцій державної влади. При цьому очевидними є, принаймні, три напрямки впливу ГС:

- влада повинна сприйматися як менеджери, підзвітні ГС;
- суспільна і державна власність має знаходитися під контролем ГС;
- влада та її представники повинні нести відповідальність за свої дії та їхні результати. Це має особливо важливе значення за відсутності будь-якої відповідальності, у тому числі за збитки, завдані ГС невірними підходами до суспільно значущих проблем, непродуманістю, небажанням або неможливістю забезпечити дієвість законодавчих рішень тощо.

Важливе значення при цьому мають і самі норми права, що народжуються не «зверху», а в самому ГС, у процесі спільної діяльності людей при постійному зіткненні їх інтересів. При цьому виробляються правила їхнього об'єднання, взаємодії і пригнічення, правила, що відміряють «зону» свободи цих інтересів. Ці правила і є нормами права як мірами свободи<sup>1</sup>, у зв'язку з чим вважаємо необхідним:

- установа процедури проходження законів з обов'язковим додержанням відповідних механізмів, що вимагаються залежно від їх специфіки і сфери регулювання, як от: загальнонародне обговорення, слухання в підприємницьких громадських організаціях, а також у професійних організаціях юристів;
- обґрунтування прийняття або відхилення внесення змін до законопроектів із повідомленням про це відповідних громадських організацій, що надіслали свої міркування з цих питань;
- звернення до Конституційного Суду в разі порушення процедури або необґрунтованості відхилення пропозицій тієї чи іншої структури ГС.

Тільки такий процес може забезпечити переведення наголошень про дієвість ГС в його взаємозв'язку з державою та врахування їх взаємної збалансованості на користь суспільства в цілому і кожного з нас.

*Надійшла до редколегії 20.05.05*

<sup>1</sup> Див.: Руссо Ж.-Ж. Трактати. — М., 1969. — С. 117.

<sup>2</sup> Див.: Алексеев С. С. Право: время новых подходов // Сов. государство и право. — 1991. — № 2. — С. 9.

<sup>1</sup> Див.: Разумович Н.Н. Источники и форма права // Сов. государство и право. — 1988. — № 3. — С. 21; Мушинский В.О. Правовое государство и правоприменение // Там само. — 1990. — № 2. — С. 24.

*І. Жилинкова*, професор НЮА України

## Превентивний спосіб захисту права власності

Захист права власності здійснюється за допомогою спеціальних юридичних механізмів, ефективність яких значною мірою впливає на розвиток відносин власності в цілому. Логічним продовженням визнання в Україні права приватної власності й інституту прав на чуже майно стало розширення способів захисту речових прав, які знайшли системне закріплення в новому Цивільному кодексі України (далі — ЦК). Відомо, що ЦК містить окрему главу, норми якої визначають основні способи захисту права власності (глава 29). В першу чергу йдеться про такі традиційні способи захисту, як віндикаційний (ст.ст. 387–390) та негативний (ст. 391) позови. Разом з тим вперше в ЦК закріплено й інші способи захисту — визнання права власності (ст. 392) та визнання незаконним правового акта, що порушує право власності (ст. 393). Перелік способів захисту не є вичерпним, бо суд може захистити цивільне право або інтерес іншим способом, що встановлений договором або законом (ч. 2 ст. 16). Немає підстав сумніватися, що це правило стосується також захисту права власності.

Аналіз положень ЦК дає можливість дійти висновку про те, що в ньому вперше закріплено окремий спосіб захисту права власності — *превентивний* (ч. 2 ст. 386). В цілому превенція (лат. *praeventio*) означає «попередження». На відміну від усіх інших превентивний спосіб передбачає захист права у разі, коли порушення права ще не відбулося, але є підстави вважати, що воно може статися. У зв'язку з цим виникають питання щодо місця превентивного способу в системі інших способів захисту речових прав, підстав його виникнення, умов задоволення позовних вимог, сутності превентивного правового примусу до порушника права власності.

В цілому заходи захисту суб'єктивних прав розглядаються в праві як різновид державного правового примусу. Сутність захисту полягає в тому, що у передбачених законом випадках держава застосовує примусові заходи до правопорушника без притягнення його до юридичної відповідальності<sup>1</sup>. На відміну від цивільно-правової відповідальності захист не передбачає покладення на правопорушника додаткових обов'язків, які б полягали у відшкодуванні матеріальної та моральної шко-

<sup>1</sup> Див.: Теория государства и права: Учебник для юрид. вузов и фак-тов. Под ред. В. М. Корельского и В. Д. Первалова. — М., 1997. — С. 432.

ди або сплати неустойки<sup>1</sup>. Метою застосування захисних заходів у першу чергу є відновлення становища потерпілої сторони.

В цивільному праві багато уваги приділяється питанням захисту цивільних прав, у тому числі права власності, в разі їх порушення<sup>2</sup>. Відзначається існування речово-правових та зобов'язальних заходів захисту, передбачених законом способів захисту цивільних прав та інтересів тощо. Разом з тим поява превентивного способу дає підстави розглядати захисні цивільно-правові способи дещо в іншій площині — виходячи з мети застосування правового примусу. З урахуванням цього можна запропонувати виділення *двох груп цивільно-правових способів захисту права власності*: а) *превентивні способи*, які застосовуються для попередження порушення права власності; б) *відновлювальні способи*, які спрямовані на відновлення правового та майнового становища потерпілої сторони (віндикаційний та негативний позови, визнання права власності тощо). В цілому превентивний захист спрямований на попередження порушення права власності, яке є відсутнім на момент подання позову, але за всіма обставинами розвитку подій реально можливе у майбутньому. Традиційні (відновлювальні) заходи захисту спрямовані на приведення потерпілої сторони у становище, в якому вона знаходилася до порушення, відновлення порушеного права або його визнання.

Аналіз чинного законодавства дає підстави вважати, що останнім часом межі превентивного захисту права власності значно розширилися. Новітнє законодавство передбачає різні механізми, які так чи інакше спрямовані на попередження порушення права власності, тобто на його превентивний захист, і правила ч. 2 ст. 386 ЦК — це тільки один з їх різновидів. Найбільшу увагу щодо цього привертають норми, які закріплюють механізми усунення загрози майну особи від можливої небезпеки (ст. 1163 ЦК), а також попередження шкідливого впливу на здоров'я людей, тварин, на повітря, земельні ділянки та інше (ст. 104 Земельного кодексу; далі — ЗК). Ці норми поєднують дві обставини: по-перше, прямо або опосередковано передбачають захист речових прав; по-друге, спрямовуються на попередження порушення цих прав у майбутньому, тобто мають превентивний характер.

Незважаючи на певну спорідненість юридичних механізмів, закріплених у ч. 2 ст. 386, ст. 1163 ЦК, ст. 104 ЗК, кожен з них має свою влас-

<sup>1</sup> Див.: Гражданское право. Ч. 1: Учебник / Под ред. Ю. К. Толстого, А. П. Сергеева. — М., 1996. — С. 246.

<sup>2</sup> Див.: Дзера І. О. Цивільно-правові засоби захисту права власності в Україні. — К., 2001. — С. 30.

ну природу і суттєві особливості, які стосуються підстав застосування, порядку здійснення, способів реалізації правового примусу тощо.

Спрямованість на превентивний захист права власності ч. 2 ст. 386 ЦК не викликає сумнівів. Про це свідчить не тільки її зміст, а й місце розташування ст. 386 ЦК в главі 29 «Захист права власності». В ній, зокрема, сказано, що власник, який має підстави передбачати можливість порушення свого права власності іншою особою, може звернутися до суду з вимогою про заборону вчинення нею дій, які можуть порушити його право, або з вимогою про вчинення певних дій для запобігання такому порушенню.

Стаття 1163 ЦК моделюється інакше: фізична особа, життю, здоров'ю або майну якої загрожує небезпека, а також юридична особа, майну якої загрожує небезпека, мають право вимагати її усунення від того, хто її створює. Хоча превентивний характер захисту в даному разі також є очевидним, звертає на себе увагу те, що наголос в ст. 1163 ЦК робиться на захисті життя та здоров'я людини, а вже потім йдеться про захист майна. Таким чином, ст. 1163 в першу чергу спрямована на попередження завдання шкоди саме особі. В літературі норми ЦК щодо усунення загрози життю, здоров'ю та майну (ст.ст. 1163–1165) пов'язуються із правом людини на здорове довкілля та безпечну екологічну обстановку. І хоча в ЦК про це прямо не йдеться, такі висновки мають певні підстави. Зокрема, в ЦК сказано, що особа має право вимагати заборони діяльності, яка створює загрозу (ст. 11643). Діяльність, яка загрожує життю або здоров'ю фізичної особи, в першу чергу асоціюється із такою, що порушує екологічні або санітарно-гігієнічні вимоги та стандарти. Не викликає сумнівів, що загроза життю та здоров'ю може виникати і з інших джерел, тому правила ст. 1163 ЦК мають широкий характер і порушення екологічного стану є лише окремим різновидом підстав її застосування.

Передбачені законодавством засоби, спрямовані на усунення загрози, можуть стосуватися випадків загрози не тільки життю та здоров'ю людини, а й майну фізичної або юридичної особи. Разом з тим загальна спрямованість ст. 1163 ЦК і наголос на захисті життя та здоров'я фізичної особи надають певного відтінку і заходам, спрямованим на захист майна. Видається, що захист майна у розумінні ст. 1163 ЦК, не є превентивним захистом права власності, бо такий захист безпосередньо передбачено в ст. 386 ЦК. Захист майна згідно із ст. 1163 ЦК має бути безпосередньо пов'язаний з можливістю виникнення загрози життю та здоров'ю особи і тому здійснюватиметься не окремо, а поряд із захистом особистих прав особи. Таким чином, захист права власності має не прямиий, а певною мірою опосередкований характер.

Близькою до ст. 1163 ЦК за своїм змістом є ст. 104 ЗК, яка передбачає заходи попередження шкідливого впливу на сусідню земельну ділянку. Згідно із ст. 104 ЗК власники та землекористувачі земельних ділянок можуть вимагати припинення діяльності на сусідній земельній ділянці, здійснення якої може призвести до шкідливого впливу на здоров'я людей, тварин, на повітря, земельні ділянки та інше. Ця норма також спрямована на превентивний захист прав особи. Як і в ст. 1163 ЦК, можливість захисту майнових прав має в ній дещо завуальований характер, бо основна увага акцентується на захисті здоров'я людей. Зрозуміло, що передбачений ст. 104 ЗК захист тварин та земельних ділянок означає захист не особистих, а саме майнових прав особи, бо тварини та земельні ділянки є об'єктами саме речових прав. Разом з тим, їх захист застосовується в контексті захисту здоров'я людини та її особистих прав.

Отже, серед згаданих юридичних механізмів тільки той, що його закріплено в ч. 2 ст. 386 ЦК, безпосередньо спрямований на превентивний захист речових прав, зокрема права власності. Заходи захисту від настання шкоди, яка загрожує життю та здоров'ю особи, передбачені ст. 1163 ЦК та ст. 104 ЗК, не можна розглядати як способи захисту права власності. Вони мають розглядатися як способи превентивного захисту від можливого настання правопорушення проти особи.

Повертаючись до ст. 386 ЦК, перш за все необхідно з'ясувати *обставини*, за наявності яких власник може звернутися до суду з вимогою про захист ще не порушеного права. З огляду на зміст ч. 2 ст. 386 ЦК позов про превентивний захист може бути пред'явлений власником, який має підстави передбачати можливість порушення свого права власності іншою особою. ЦК не визначає конкретні прояви такого «можливого порушення», а відтак, вирішення цього питання залишається на розгляд суду.

Слід відзначити, що превентивний захист права власності не є винаходом нашого законодавця. Він застосовувався ще в римському праві. Тому цікаво дослідити, які підстави звернення до суду визнавалися римськими юристами. В римському праві існували спеціальні юридичні механізми, спрямовані на попередження загрози збитків. Підставами виникнення збитків могли бути як ті, що безпосередньо пов'язані з діяльністю людини, так і зумовлені певними природними явищами, зокрема: а) аварійний стан будівлі, яка розташована на сусідній ділянці; б) проведення робіт власником (володільцем) сусідньої ділянки; в) природні процеси, які мають місце на території сусідньої ділянки і можуть загрозувати інтересам власника іншої



ділянки (зсуви ґрунту, можливість падіння дерева тощо)<sup>1</sup>. З цього очевидно, що загроза виникнення збитків у першу чергу була пов'язана з діяльністю власника (володільця) сусідньої земельної ділянки, тому захисні заходи застосовувалися для врегулювання відносин саме землевласників-сусідів.

Можна передбачати, що превентивні механізми і сьогодні в першу чергу застосовуватимуться для захисту прав власників сусідніх ділянок. Це пов'язано з тим, що процеси, які виникають на одній земельній ділянці, безпосереднім чином можуть впливати на стан сусідніх ділянок, причому такий вплив може мати негативний, руйнівний характер. У зв'язку з цим треба відзначити, що ЗК також містить норму, яка закріплює певні механізми превентивного захисту власників земельних ділянок. Згідно із ст. 104 ЗК власники та землекористувачі земельних ділянок можуть вимагати припинення діяльності на сусідній земельній ділянці, здійснення якої може призвести до шкідливого впливу на здоров'я людей, тварин, на повітря, земельні ділянки та інше.

Звертає на себе увагу, що норми ЦК та ЗК дещо по-іншому визначають підстави превентивного захисту права власності. В ч. 2 ст. 386 ЦК зазначено, що власник може звернутися до суду, якщо він має підстави передбачити порушення свого права власності. Невизначення конкретних підстав дає можливість для широкого тлумачення цієї норми. В свою чергу ст. 104 ЗК має більш конкретизований характер. У ній, зокрема, вказується, що власник (землекористувач) може вимагати припинення діяльності на сусідній земельній ділянці, якщо здійснення такої діяльності може призвести до шкідливого впливу на здоров'я людей, тварин, на повітря, земельні ділянки та інше.

По-перше, в ст. 104 ЗК йдеться лише про здійснення певної діяльності на сусідній ділянці, яка може мати шкідливі наслідки. Однак, як показує історичний досвід, необхідність застосування превентивного захисту може виникати не тільки у разі здійснення такої діяльності. Потреба у захисті може з'явитися і у разі виникнення на сусідній ділянці загрози, яка має об'єктивний характер і не пов'язана з діяльністю людини, — небезпечний нахил дерева, що може впасти, аварійний стан будівлі тощо.

По-друге, ст. 104 ЗК має певну цільову спрямованість і конкретизує підстави звернення за захистом — можливість настання шкідливого впливу на здоров'я людей, тварин, на повітря, земельні ділянки та інше.

<sup>1</sup> Див.: *Дождев Д. В.* Римское частное право: Учебник для вузов / Под ред. проф. В. С. Нерсесянца. — М., 1997. — С. 349.

Разом з тим така конкретизація має і зворотний бік: здається, що в ст. 104 ЗК йдеться про можливість захисту прав не тільки власника сусідньої земельної ділянки, а взагалі широкого кола осіб, права яких можуть бути порушені. Така думка виникає у зв'язку із застосуванням в ЗК такого широкого поняття, як «здоров'я людей», а не «права власника», як це передбачено ЦК. Отже, відповідно до ЦК з позовом може звернутися власник земельної ділянки, якщо існує загроза порушення саме його прав (аналогічний позов може подати інша особа, яка має речове право на чуже майно — ст. 396 ЦК), у той час, як ЗК передбачає превентивний захист у разі виникнення загрози здоров'ю широкого кола людей.

По-третє, в ЦК наголошено на превентивному захисті саме права власності, тобто речового права, що належить особі, в той час як ЗК акцентує увагу на шкідливому впливі на здоров'я людей, тварин та погіршенні стану довкілля. Невипадковим є і місце розташування зазначених норм. Статтю 104 ЗК поміщено в главу 17 «Добросусідство», яка врегулює відносини власників сусідніх ділянок, а ст. 386 ЦК — у главу 29 «Захист права власності».

Таким чином, ч. 2 ст. 386 ЦК та ст. 104 ЗК у питанні щодо підстав виникнення права на превентивний захист перетинаються лише в певній частині.

Аналізуючи норми щодо цивільно-правового механізму превентивного захисту права власності, необхідно звернути увагу на два проблемні моменти теоретичного й практичного характеру, які виникли у зв'язку з прийняттям нового ЦК. Перший пов'язаний з місцем нормативного закріплення правил щодо превентивного захисту права власності. Звертає на себе увагу порядок розташування норм глави 29 ЦК. В першу в чергу в ній закріплюються загальні засади захисту права власності (ст. 386). Зокрема, визначається, що держава забезпечує рівний захист прав усіх суб'єктів права власності (ч. 1 ст. 386), та закріплюються загальні права власника на відшкодування завданої йому майнової та моральної шкоди (ч. 3 ст. 386). Після цього в главі 29 послідовно визначаються окремі способи захисту права власності: витребування майна із чужого незаконного володіння, захист від порушень, не пов'язаних із позбавленням володіння, тощо. Логіка розташування норм глави 29 значною мірою порушується правилом щодо превентивного захисту права власності, яке вміщено в ч. 2 ст. 386. Як вже зазначалося, ст. 386 присвячено загальним засадам захисту права власності, однак превентивний захист права власності стосується лише окремих випадків, а не загальних правил, тому ч. 2 ст. 386 логічно «випадає» із загального змісту цієї статті.

Друга проблема вбачається у некоректному співвідношенні положень щодо превентивного захисту права власності та загальних норм захисту цивільних прав. Так, у ст. 15 ЦК, яка містить загальні підстави звернення особи за захистом, зазначено, що особа має право на захист свого цивільного права у разі його *порушення*, невизнання або оспорювання. З цього однозначно випливає, що звернутися до суду особа має право лише у разі порушення права, а не у разі можливості такого порушення. Формально суд може відмовити у прийнятті позовної заяви, якщо порушення ще не відбулося, а лише може статися у майбутньому. Такий стан речей може призвести до значних негативних наслідків і по суті зробити неможливим превентивний захист права власності, передбачений ЦК. У зв'язку з цим необхідно змінити ч. 1 ст. 15 ЦК і визначити, що особа має право на захист свого цивільного права у разі його порушення або *можливості такого порушення*, невизнання або оспорювання.

*Надійшла до редколегії 08.06.05*

*Р. Стефанчук*, професор Хмельницького університету управління та права

## До питання про особисті немайнові відносини як структурну складову предмета цивільного права

Питання предмета галузі права завжди було та залишатиметься основоположним при визначенні методологічних засад будь-якої галузі права. Це рівною мірою стосується й цивільного права. Питанням визначення сукупності суспільних відносин, які підлягають цивільно-правовому регулюванню та охороні, присвятили свої праці мало не всі кращі уми цивілістичної науки. Однак особливу роль у вирішенні цього питання відіграли праці таких вчених-цивілістів, як М. Агарков, Ч. Азімов, С. Алексєєв, Д. Боброва, В. Борисова, М. Брагінський, М. Братусь, Б. Гонгало, О. Дзера, А. Довгерт, А. Дозорцев, М. Єгоров, О. Іоффе, В. Коссака, О. Красавчиков, Л. Красавчикова, Н. Кузнецова, В. Луць, А. Маковський, М. Малєїн, М. Малєїна, З. Ромовська, М. Сібільов, Ю. Толстой, Є. Харитонов, Я. Шевченко та ін. Проте й донині серед науковців немає спільної думки щодо багатьох питань, які стосуються предмета цивільного права. Особливо актуаль-

ною на цьому тлі є проблема особистих немайнових відносин, котрі, як слушно зазначається в літературі, або тривалий час залишаються «бездоглядними», або оголошуються такими, що «належать» багатьом галузям права<sup>1</sup>. Саме цим питанням ми і присвятимо нашу статтю та спробуємо висвітлити власний погляд на проблему включення особистих немайнових відносин до предмета цивільного права.

Проблема особистих немайнових відносин та їх галузевої належності сягає ще кінця XIX — початку XX ст. Саме в той період у літературі питання особистих немайнових прав було піддано тотальному замовчуванню. Так, проблемі включення особистих немайнових відносин (під якими на той час розумілись лише особисті сімейні відносини) до сфери цивільного права обійшли увагою в більшості праць тодішніх представників юридичної думки, які категорично відкидали будь-яку спробу розширення сфери цивільного права, включаючи до нього виключно майнові відносини<sup>2</sup>. Проте вже і в той час були наукові праці, в яких автори піднімали питання щодо доцільності правового регулювання окремих особистих немайнових відносин. При цьому були науковці, які говорили про таку можливість винятково на рівні включення до сфери цивільного права особистих сімейних відносин<sup>3</sup>, а були і такі, які вважали, що цивільне право має охоплювати й інші особисті немайнові відносини<sup>4</sup>.

Певним чином ситуація змінилась після жовтневого перевороту та під час першої кодифікації цивільного законодавства в Україні. Це насамперед було пов'язано з тим, що прийнятий у 1922 р. ЦК УРСР не відносив до предмета цивільно-правового регулювання особисті немайнові відносини і включав до нього виключно відносини майнові. Така позиція законодавця зумовила те, що і більшість науковців-

<sup>1</sup> Див.: Гонгало Б. М. Предмет гражданского права // Проблемы теории гражданского права. — М., 2003. — С. 16.

<sup>2</sup> Див.: Мейер Д. И. Русское гражданское право (в 2 ч. Часть 1). По испр. и доп. 8-му изд., 1902 г. — М., 1997. — С. 34; Кавелин К. Д. Избранные труды по гражданскому праву. — М., 2003. — С. 162.

<sup>3</sup> Див.: Муромцев С. А. Определение и основное разделение права. — М., 1879; Победоносцев К. П. Курс гражданского права: В 3 т. (по изд. 1896 г.) / Под ред. В. А. Томсинова. — М., 2003 — Т. 2; Гамбаров Ю. С. Гражданское право. Общая часть (по изд. 1911 г.) / Под ред. и с пред. В. А. Томсинова. — М., 2003; Синайский В. И. Русское гражданское право (по изд. 1914 г.) — М., 2002 та ін.

<sup>4</sup> Див.: Табашиков И. Г. Литературная, музыкальная, художественная собственность. — СПб., 1878; Пассек Е. Неимущественный интерес в обязательстве. — Юрьев, 1893; Эжитейн И. Честь в философии и праве. — СПб., 1899; Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права (по изд. 1917 г.). — М., 1998.

юристів у той період відстоювали думку про можливість регулювання цивільним правом лише майнових відносин<sup>1</sup>. Вважаємо, що основною причиною цього в радянський період були ідеологічні чинники. Адже стверджувалось, що оскільки питання особистих немайнових відносин лежить у площині забезпечення основних прав людини, то воно є неактуальним для радянського законодавця, оскільки проблеми з правами людини в СРСР немає. Саме через це впродовж практично всього періоду існування України на теренах радянського правового простору питання щодо захисту прав людини, особливо в сфері духовній, немайновій, як правило, вважались «чужими радянському устрою» та таврувались як «буржуазні». Однак уже наприкінці 20-х років ХХ ст. з'являються перші публікації про можливість та необхідність цивільно-правового регулювання особистих немайнових відносин. Так, пропонувалося включити в структуру цивільного права принаймні найбільш загальні особисті немайнові відносини, зокрема пов'язані із сферою авторства, патентного права, імені фізичної особи тощо<sup>2</sup>. Одним із перших у цьому напрямку вважається М. Агарков, який увів до одного з розділу у підручнику 1938 р. підрозділ під назвою «Особисті блага»<sup>3</sup>. Цей термін у подальшому тісно вкоренився в юридичну термінологію. Наступний крок дослідження можливості цивільно-правового регулювання особистих немайнових відносин — монографія О. Флейшиц<sup>4</sup>, а наприкінці 40-х років ХХ ст. ідея про віднесення особистих немайнових відносин до предмета цивільного права стала фактично загальновизнаною серед науковців<sup>5</sup>. Проте знадобилось ще близько двадцяти років, щоб цю ідею було втілено

<sup>1</sup> Див.: Генкин Д. М. Предмет советского гражданского права // Сов. государство и право. — 1939. — № 4. — С. 38; Венедиктов А. В. О системе гражданского кодекса СССР // Там само. — 1954. — № 2. — С. 28.

<sup>2</sup> Див.: Канторович Я. А. Основные идеи гражданского права. — Х., 1928. — С. 196–285.

<sup>3</sup> Див.: Гражданское право / Агарков М. М., Братусь С. Н., Генкин Д. М. и др. — М., 1938. — Ч. 1. — С. 136.

<sup>4</sup> Див.: Флейшиц Е. А. Личные права граждан в гражданском праве Союза ССР и капиталистических стран // Уч. тр. Всесоюз. ин-та юрид. наук НКЮ СССР. — М., 1941. — Вып. IV.

<sup>5</sup> Див.: Агарков М. М. Предмет и система советского гражданского права // Сов. государство и право. — 1949. — № 8–9. — С. 67; Рясенцев В. А. Неимущественный интерес в советском гражданском праве // Уч. зап. Моск. юрид. ин-та. — М., 1939. — Вып. 1. — С. 26; Гуревич И. Честь и другие неимущественные права граждан и их охрана в социалистическом гражданском праве // Сов. юстиция. — 1939. — № 3. — С. 18 та ін.

в Основах цивільного законодавства Союзу РСР та союзних республік 1961 р., а також прийнятому на їх основі ЦК УРСР 1963 р. У цих нормативно-правових актах визначалось, що цивільне законодавство регулює майнові та пов'язані з ними немайнові відносини, а у випадках, передбачених законом, й інші особисті немайнові відносини. Однак навіть така позиція законодавця не припинила спори в науці щодо можливості та доцільності включення особистих немайнових відносин до предмета цивільного права. Повсякчас особистим немайновим відносинам постійно нав'язувалась певна вторинність у співвідношенні із хрестоматійними майновими відносинами, що і дало можливість деяким авторам влучно охарактеризувати їх «пасинками» цивільного права<sup>1</sup>.

Така неоднорідність теоретико-правових підходів ставила питання: чи справді ці суспільні відносини включаються до предмета цивільного права і на яких підставах? Відповідаючи на нього, О. Красавчиков умовно розподілив існуючі в науці точки зору з цієї проблеми на три концепції: негативну, позитивну та радикальну<sup>2</sup>. *Негативна концепція* зводиться до того, що цивільне право регулює лише ті з особистих немайнових відносин, які пов'язані із майновими. Що ж стосується тих немайнових відносин, які не мають такого зв'язку із майновими, то воно їх не регулює, оскільки у законодавстві не міститься визначення кола тих активних діянь, які могла б здійснити уповноважена особа, а лише охороняє у випадках, прямо передбачених у законі<sup>3</sup>. Це і привело деяких авторів до висновку, що відносини, які складаються з приводу немайнових благ, за своєю природою допускають лише юридичну охорону та виключають можливість їх регулювання. На їх думку, термін «регулювання» вживається в цивільному законодавстві в широкому розумінні, що має на увазі також правову охорону, а не у вузькому, коли воно обмежується лише нормуванням

<sup>1</sup> Див.: Флейшиц Е. А. Общие начала собственности // Сов. государство и право. — 1962. — № 3. — С. 51–56.

<sup>2</sup> Див.: Красавчиков О. А. Гражданско-правовое регулирование личных неимущественных отношений и Свод законов Советского государства // Проблемы гарантий осуществления и защиты прав граждан: Мат. науч.-практ. конф., посвящ. 175-летию возобновления Тартуского университета. — Тарту, 1977. — С. 13.

<sup>3</sup> Див.: Гражданско-правовая охрана интересов личности / Иоффе О. С., Черепяхин Б. Б., Толстой Ю. К. и др. — М., 1969. — С. 58; Иоффе О. С. Личные неимущественные права и их место в системе советского гражданского права // Сов. государство и право. — 1966. — № 7. — С. 57; Советское гражданское право. В 2 ч. / Маслов В. Ф., Пушкин А. А., Бару М. Й. и др.; Под ред. В. Ф. Маслова и А. А. Пушкина. — К., 1983. — Ч. 1. — С. 182–183 та ін.

суспільних відносин в їх нормальному стані без спрямованості на відновлення порушених відносин<sup>1</sup>. Ці твердження свого часу критичували представники *позитивної концепції*, яка по суті зводиться до того, що цивільне право не тільки охороняє, а й регулює особисті немайнові права, в тому числі не пов'язані з майновими<sup>2</sup>. Їх позиція зводилась до того, що регулятивні та охоронні приписи тісно переплетені між собою, виступаючи в нероздільній єдності, а регулятивна та охоронна підсистема зовні не об'єктивуються у вигляді відокремленого «регулятивного» чи «охоронного» права<sup>3</sup>. Крім цього, прибічники позитивної концепції стверджують, що особисті немайнові відносини мають самостійну форму правового регулювання, подібні ознаки, що притаманні їм та майновим відносинам, а також специфіку цивільно-правового захисту, покликану відновлювати порушені суспільні відносини<sup>4</sup>. На продовження цих аргументів підкреслюється, що не можна встановити санкцію, не встановивши права, які ця санкція покликана охороняти, та обов'язок, додержання якого вона забезпечує, тобто не врегулювавши це відношення<sup>5</sup>. Але попри загальну концептуальну єдність, що цивільне право і регулює, і охороняє особисті немай-

<sup>1</sup> Див.: *Иоффе О. С.* Избранные труды: В 4 т. Т. II. Советское гражданское право. — СПб., 2004. — С. 28; *Иоффе О. С.* Развитие цивилистической мысли в СССР. — Л., 1975. — Ч. 1. — С. 92–93.

<sup>2</sup> Див.: *Красавчиков О. А.* Охрана интересов личности и Свод законов Советского государства // Гражданско-правовая охрана личности в СССР. — Свердловск, 1977 — С. 23; *Малеин Н. С.* Тенденции развития гражданского права // Сов. государство и право. — 1978. — № 1. — С. 41; *Малеина М. Н.* Защита личных неимущественных прав советских граждан. — М., 1991. — С. 12–16; *Ромовская З. В.* Личные неимущественные права граждан СССР (понятие, виды, классификация, содержание, гражданско-правовая защита): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.712. — К., 1968. — С. 4–5 та ін.

<sup>3</sup> Див.: *Алексеев С. С.* Общая теория права. — М., 1981. — Т. 1. — С. 193, 261–262; *Вилейта А. П.* Личные неимущественные правоотношения по советскому гражданскому праву: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.712 — Вильнюс, 1967. — С. 5–7; *Яковлев В. Ф.* Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений. — Свердловск, 1972. — С. 49.

<sup>4</sup> Див.: *Белявский А. В.* Защита чести и достоинства в советском гражданском праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.712. — М., 1966. — С. 10.

<sup>5</sup> Див.: *Флейшиц Е. А., Маковский А. Л.* Теоретические вопросы кодификации республиканского гражданского законодательства // Сов. государство и право. — 1963. — № 1. — С. 90; *Малеин Н. С.* Гражданский закон и права личности в СССР. — М., 1981. — С. 25; Цивільне право. Загальна частина / Підпригора О. А., Боброва Д. В., Дзера О. В. та ін. / Під ред. Підпригори О. А., Бобрової Д. В. — К., 1995. — С. 339.

нові відносини, які включаються до його предмета, прибічники позитивної концепції не можуть дійти спільної згоди у вирішенні питання, на яких засадах ці відносини включено до предмета цивільного права. Розглядаючи цю проблему, деякі науковці стверджують, що особисті немайнові відносини включаються до предмета цивільного права, оскільки вони є подібними до майново-вартісних<sup>1</sup>. Однак таку подібність вони тлумачать по-різному. Так, М. Єгоров вважає, що незважаючи на зовнішню протилежність двох складових частин предмета цивільного права (майново-вартісних та особистих немайнових відносин), у них є загальна властивість, яка і дає змогу об'єднати їх в предметі однієї галузі — цивільного права. Така властивість — взаємооціночний характер. При цьому, якщо майново-вартісні відносини передбачають взаємну оцінку учасниками цих відносин кількості та якості праці, що втілена у відповідному матеріальному благові, то особисті немайнові відносини передбачають взаємну оцінку їх учасниками індивідуальних якостей особистості, яка бере участь у цих відносинах<sup>2</sup>. Натомість, на думку С. Алексеева, така подібність між цими відносинами зумовлена подібним станом їх учасників. Так, особисті блага виражають суспільний стан учасників цивільних правовідносин, а майнові цінності виражають стан їх майнової відокремленості та самостійності<sup>3</sup>. Ще одну позицію стосовно подібності особистих немайнових відносин висловив О. Пушкін, який вважав, що подібність майнових та особистих немайнових відносин полягає в належності окремих благ певним особам, юридичній рівності учасників цих відносин, їх майновій відокремленості та автономності волі<sup>4</sup>. Дещо з відмінних методологічних засад підходять до вирішення питання про включення особистих немайнових відносин до предмета цивільного права інші науковці. На їх думку, об'єднання в одному предметі майново-вартісних та особистих немайнових відносин зумовлено не стільки їх подібністю, скільки можливістю застосування до них єди-

<sup>1</sup> Див.: *Егоров Н. Д.* Личные неимущественные права граждан и организаций как институт советского гражданского права // Правоведение. — 1984. — № 6. — С. 34; *Малеина М. Н.* Вказ. праця. — С. 13.

<sup>2</sup> Див.: *Егоров Н. Д.* Гражданско-правовое регулирование общественных отношений: единство и дифференциация. — Л., 1988. — С. 16–17, 119–120.

<sup>3</sup> Див.: *Алексеев С. С.* Предмет советского социалистического гражданского права // Уч. тр. — Сер. Гражданское право. — Свердловск, 1959. — Т. 1. — С. 149–150.

<sup>4</sup> Див.: *Гражданское право Украины: В 2 ч. / Под ред. А. А. Пушкина, В. М. Самойленка. — Х., 1996. — Ч. 1. — С. 16–17.*



ного методу цивільно-правового регулювання<sup>1</sup>, що визначається рівністю учасників зазначених відносин<sup>2</sup>.

Третью є *радикальна концепція*, представники якої вважають, що особисті немайнові права, які не пов'язані з майновими, являють самостійний предмет регулювання, але незначна питома вага відносин, що пов'язані з особистими немайновими благами, незначна питома вага норм, що регулюють ці відносини, не дозволяють виділитись їм в самостійну галузь права<sup>3</sup>. Однак по суті ці відносини є оригінальними, автономними, відокремленими від інших відносин, а для їх захисту використовуються не тільки цивільно-правові способи<sup>4</sup>. Проте, як слушно зазначалося в літературі, ця концепція не була сприйнята наукою, виявившись на засадах предмета критики, що проводиться з різних позицій<sup>5</sup>.

Продовжуючи аналіз предмета цивільного права щодо включення в його структуру особистих немайнових відносин, слід відмітити, що ситуація суттєво змінилась після розпаду СРСР. У той період кожна із країн стала перед вибором щодо свого майбутнього, основою чого мало стати кардинальне переосмислення ролі та значення людини в системі соціальних пріоритетів. І саме людина та її непорушні права повинні були стати основою вдосконалення юридичних процесів та побудови правової політики у «постсоціалістичних» державах. Так, відповідно до ст. 3 Конституції України людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Аналогічні підходи закріплено і в конституціях більшості країн СНД (ст. 2 Конституції РФ, ст. 2 Конституції Білорусі, ст. 12 Конституції Азербайджану, ст. 4 Конституції Вірменії,

ст. 7 Конституції Грузії, ст. 1 Конституції Казахстану, ст. 1 Конституції Молдови та. ін.). Це означає, що, визначивши за людиною та її непорушними (насамперед внутрішніми духовними) правами першість в ієрархії суспільних пріоритетів, держава повинна не тільки наповнити це реальним правовим змістом, а й забезпечити ефективний правовий захист, що відповідало б сучасним європейським стандартам у сфері прав людини. Як справедливо відмічає С. Алексєєв, «...права людини, що юридично «піднеслись», здійснили найбільш потужний вплив на основний предмет цивільних законів — на людину, її статус та можливості — і звідси на силу приватноправових засад, що містяться в цивільних законах»<sup>1</sup>. За логікою речей такий підхід мав би негайно бути втілений у галузеве законодавство (насамперед у цивільне). Це потягло б за собою відповідне розширення сфери цивільно-правового регулювання та охорони за рахунок включення якомога більшої кількості особистих немайнових відносин. Однак такий логічний, на перший погляд, розвиток подій відбувся далеко не у всіх державах. Безперечно, що деякі з них, розробивши та прийнявши нові кодифікаційні акти в сфері приватного права, віднесли особисті немайнові відносини до предмета цивільно-правового регулювання (абз. 1 п. 1.2 ст. 1 ЦК Азербайджану, ч. 5 ст. 1 ЦК Вірменії, ст. 1 ЦК Грузії, ч. 3 ст. 2 ЦК Молдови), подекуди навіть установивши щодо них певну пріоритетність порівняно із класичними майновими (ч. 1 ст. 1 ЦК України). Проте залишаються держави, які, встановивши свій цивільний правопорядок, виходять із того, що предметом цивільного права визнають лише особисті немайнові відносини, які тісно пов'язані із майновими. Інші особисті немайнові відносини регулюються цивільним законодавством, оскільки інше або не передбачено законодавчими актами, або не впливає із сутності цих відносин (ч. 2 ст. 1 ЦК Білорусі, ч. 2 ст. 1 ЦК Казахстану, ч. 5 ст. 1 ЦК Таджикистану, ч. 2 ст. 2 ЦК Туркменістану, ч. 4 ст. 2 ЦК Узбекистану).

Неоднозначно визначений предмет цивільно-правового регулювання у ч. 2 ст. 2 ЦК РФ, де йдеться про те, що «невідчужувані права та свободи людини і інші нематеріальні блага захищаються цивільним законодавством, якщо інше не впливає із сутності цих нематеріальних благ». Така нормативна невизначеність щодо розуміння предмета цивільного права та місця в ньому особистих немайнових відносин спонукала деяких науковців до думки про виключення цих відносин

<sup>1</sup> Див.: *Вердников В. Г.* Вопросы гражданского права в свете решений XXII съезда КПСС. — М., 1964. — С. 10–14; Советское гражданское право / Под ред. В. П. Грибанова, С. М. Корнеева. — М., 1979. — Т. 1. — С. 14.

<sup>2</sup> Див.: *Толстой Г. К.* Кодификация гражданского законодательства в СССР (1961–1965 гг.): Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03. — Л., 1970. — С. 9–10.

<sup>3</sup> Див.: О предмете советского гражданского права. К итогам дискуссии // Сов. государство и право. — 1955. — № 5. — С. 60; *Тархов В. А.* Гражданское право. Общая часть. — Чебоксары, 1997. — С. 57; *Иванов О. В.* Проблемы правовой охраны личных неимущественных благ граждан в социалистическом обществе // Актуальные проблемы социалистического государственного управления. — Иркутск-Варшава, 1973. — С. 70, 72–73.

<sup>4</sup> Див.: *Кулагин М. И.* Тенденции развития законодательства о личных неимущественных правах граждан // XXVI съезд КПСС и проблемы гражданского и трудового права, гражданского процесса. — М., 1982. — С. 60–61.

<sup>5</sup> Див.: *Красавчиков О. А.* Вказ. праця. — С. 14.

<sup>1</sup> Див.: *Алексєєв С. С.* Гражданское право в современную эпоху. — М., 1999. — С. 17.

із загального предмета цивільного права<sup>1</sup>. Інші автори відстоюють позицію, згідно з якою цивільне право регулює особисті немайнові відносини, однак у надзвичайно обмеженому вигляді, обмежуючись відносинами щодо таких благ, як ім'я та псевдонім<sup>2</sup>. Однак більшість науковців все ж таки вважають, що цивільне право має включати до свого предмета особисті немайнові відносини у повному їх обсязі. Їх позиції переважно ґрунтуються на тому, що цивільне право здійснює щодо цих відносин охоронну функцію, яка не може розглядатись у відриві від функції регулятивної<sup>3</sup>, а також на тому, що дані відносини піддаються опосередкованому регулюванню з боку цивільного права<sup>4</sup>.

Більш чітко предмет цивільно-правового регулювання визначено в законодавстві України. У ст. 1 ЦК України, зокрема, встановлено, що цивільним законодавством регулюються особисті немайнові та майнові відносини (цивільні відносини), засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників<sup>5</sup>. Як видно, український законодавець при визначенні предмета цивільно-правового регулювання сконцентрував увагу на найбільш істотних ознаках цих відносин та методі їх регулювання, що робить наведене визначення більш прийнятним, ніж подібні у законодавствах країн постсоціалістичного простору. На нашу думку, позитиви такого фор-

мулювання полягають у тому, що воно: 1) чітко та однозначно визнає за особистими немайними відносинами якість предмета цивільного права; 2) спрямоване на розгляд особистих немайними відносин як повноцінних, рівноправних та самодостатніх відносин, що усуває попередню залежність їх від майнових; 3) розглядає особисті немайнові відносини як єдиний комплекс відносин та не розділяє їх залежно від їх зв'язку із майновими; 4) визначає загальний пріоритет особистих немайними відносин перед майновими; 5) встановлює підстави включення особистих немайними відносин до предмета цивільного права. Проте, незважаючи на загальні позитивні моменти, ми зауважили б, що зазначене формулювання має і певні недоліки. Так, незрозумілим залишається те, чому засадами включення до предмета цивільного права особистих немайними відносин є майнова самостійність їх учасників, чим фактично здійснюються їх прирівнення до «квазімайнових» та чергове нав'язування залежності від майнового аспекту. Однак особисті немайнові відносини якраз і є тими відносинами, яким *не притаманний майновий субстрат, вони не можуть мати майново-грошової цінності (вартості) та у них відсутній економіко-майновий еквівалент*. В протилежному разі нам довелося б стверджувати, що особи, які не є самостійними в майновому аспекті, не можуть вступати в особисті немайнові відносини щодо власного життя, здоров'я, особистої недоторканності тощо. А це є неприпустимим. Навпаки, інколи особи, які ведуть не майновий, а здебільшого духовний спосіб життя (наприклад, Ісус, Марія Тереза, Діоген тощо), мають набагато більший рівень чеснот та духовних особистих немайними благ, ніж ті, хто за мету своєї життєдіяльності ставить майновий пріоритет. Безперечно, що майново самостійна особа може більш ефективно здійснити чи захистити надані їй особисті немайнові права, проте жодної взаємозумовленої залежності між станом майнової самостійності чи відокремленості фізичної особи та наявністю у неї особистих немайними прав немає і не може бути. Тому радше це слід сприймати як не зовсім вдалу редакцію зазначеної норми.

Водночас ми не можемо погодитись із висловленою в літературі позицією щодо розширеного тлумачення особистих немайними відносин, котрі становлять предмет цивільного права. Така позиція приводить деяких авторів до думки, нібито ЦК України регулює абсолютно всі особисті немайнові відносини<sup>1</sup>. Вважаємо, що ЦК Ук-

<sup>1</sup> Див.: Комментарий части первой Гражданского кодекса Российской Федерации для предпринимателей / Под общ. ред. В. Д. Карповича. — М., 1995. — С. 18-19; Дозорцев В. А. Понятие исключительного права // Проблемы современного гражданского права. — М., 2000. — С. 315—316.

<sup>2</sup> Див.: Нохрина М. Л. Гражданско-правовое регулирование личных неимущественных отношений, не связанных с имущественными. — СПб., 2004. — С. 31.

<sup>3</sup> Див.: Гражданское право: Учебник: В 2 т. / Отв. ред. Е. Суханов. — М., 2004. — Т. 1. — С. 722; Гражданское право России. Общая часть: Курс лекций / Отв. ред. О. Н. Садилов. — М., 2001. — С. 25—26; Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой / Под ред. Т. Е. Абовой, А. Ю. Кабалкина. — М., 2002. — С. 32; Пиляева В. В. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (постатейный). Часть первая. — М., 2003. — С. 13 та ін.

<sup>4</sup> Див.: Красавчикова Л. О. Перспективы и проблемы в регулирование личных неимущественных отношений по новому ГК РФ // Цивилистические записки. — М., 2001. — С. 53; Малеина М. Н. О предмете гражданского права // Государство и право. — 2001. — № 1. — С. 29—30.

<sup>5</sup> Окремі із встановлених ознак відносин, що регулюються цивільним законодавством, вже було піддано критиці у сучасній літературі. Зокрема, див.: Ярема А. Г., Карабань В. Я., Крищенко В. В., Ротань В. Г. Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України: В 4 т. — К.; Севастополь, 2004. — Т. 1. — С. 9.

<sup>1</sup> Див.: Цивільний кодекс України: коментар / За заг. ред. Є. О. Харитонова, О. М. Калітенко. — Одеса, 2004. — С. 10.

раїни може регулювати лише ті особисті немайнові відносини, які мають *приватноправовий характер*, тобто ґрунтуються на засадах юридичної рівності учасників цих відносин, а також їх вільному волевиявленні (диспозитивності). Решта ж відносин, яким не притаманні ці ознаки, мають регулюватись іншим галузевим законодавством, зокрема, конституційним, трудовим, екологічним тощо.

Окремо слід відмітити, що в літературі ставиться питання про необхідність перейменування особистих немайнових відносин в особисті цивільні відносини з огляду на те, що вони в принципі не можуть бути майновими<sup>1</sup>. Ця позиція, на нашу думку, має деякі вади. Насамперед при поділі відносин на особисті немайнові немає єдиного кваліфікаційного критерію, оскільки низка майнових відносин може мати особистий характер. Так, по-перше, відносини щодо доручення, виконання (надання) ексклюзивних робіт (послуг) тощо, будучи за своїм змістом майновими, водночас мають особистий, а інколи навіть фідусійний характер. По-друге, окремі відносини, які є за своїм характером особистими, не лише мають майновий характер, а й не входять до предмета цивільно-правового регулювання за критерієм методу. Прикладом цього можуть слугувати аліментні, податкові, бюджетні відносини тощо. По-третє, назва «особисті цивільні відносини» не відповідає законодавчій термінології, оскільки під поняттям «цивільні відносини» слід розуміти як майнові, так і особисті немайнові (ч. 1 ст. 1 ЦК України). Тому поєднання понять «цивільні» та «особисті» в одному словосполученні матиме певною мірою тавтологічний характер. З огляду на це запропонована авторами пропозиція не може бути прийнята.

Попри однакості щодо включення особистих немайнових відносин до предмета цивільного права в Україні, що зумовлена однозначним законодавчим формулюванням, у наукових колах немає єдності щодо ознак даних відносин та підстав їх включення до предмета цивільно-правового регулювання. Так, М. Сібільов вважає, що включення особистих немайнових відносин до складу предмета цивільного права потребує знаходження спільних рис цих відносин із майновими відносинами, що регулюються нормами цивільного права. І такими спільними рисами, на думку автора, є: належність певних благ (у даному випадку нематеріальних) певним особам, юридична рівність цих осіб, їх майнова відокремленість та автономність

<sup>1</sup> Див.: Цивільне право України: Курс лекцій: У 6 т. / За ред. Р. Б. Шиш-ка та В. А. Кройтера. – Х., 2004. – Т. 1. – Кн. 1. – С. 25.

волі<sup>1</sup>. Натомість О. Дзера та Д. Боброва вважають, що твердження про наявність у особистих немайнових відносин тих самих правових ознак, що і у майнових відносин, є спірним. У свою чергу вони стверджують, що специфіка зазначених відносин полягає в тому, що їх об'єктом є нематеріальне благо, яке не є товаром, позбавлене вартісної оцінки, а також, як правило, не підлягає правовому регулюванню. Наведене дає можливість авторам приєднатись до точки зору науковців, які вважають, що особисті немайнові права на нематеріальні блага прирівнюються законодавцем до майнових прав за способами їх правового захисту<sup>2</sup>. Не погоджується із твердженнями цих авторів В. Борисова, яка переконана, що цивільне право не лише покликане здійснювати захист особистих немайнових прав, а й визнає наявність в особи нематеріальних благ, а також право визначати свою поведінку в індивідуальній життєдіяльності на власний розсуд, що і зумовлює важливість регулятивного впливу цивільного права на дані відносини<sup>3</sup>. На необхідності правового регулювання приватного духовного інтересу як підстави включення особистих немайнових відносин до предмета цивільного права наполягав і Ч. Азімов<sup>4</sup>. На нашу думку, цивільне право як регулює, так і охороняє особисті немайнові відносини, однак підставою їх віднесення до предмета цивільного права є не їх подібність із майновими, не можливість застосування до них методу цивільного права, а їх *приватний характер*. Це означає, що особисті немайнові відносини становлять предмет цивільного права тому, що вони ґрунтуються на засадах юридичної рівності їх учасників, вільного волевиявлення, а також спрямовані на забезпечення приватного немайнового інтересу. Крім цього, їх слід розглядати як *первинні, самостійні та рівні* за значенням у структурі предмета цивільного права. Також необхідно відмітити, що, як слушно відзначається в літературі, в сучасному світі значущість особистих немайнових прав, які становлять зміст цих відносин, є настільки високою, що вони є передумовою забезпечення справжньої свободи власності, свободи договору, свободи підприємництва та всіх інших прав, які існують у матеріаль-

<sup>1</sup> Див.: Цивільне право України. Частина перша / За ред. Ч. Н. Азімова, С. Н. Приступи, В. М. Ігнатенка. – Х., 2000. – С. 9.

<sup>2</sup> Див.: Цивільне право України: Підручник: У 2 кн. / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. – К., 2004. – Кн. 1. – С. 19.

<sup>3</sup> Див.: Цивільне право України: Підручник: У 2 т. / За заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасиво-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. – К., 2004. – Т. 1. – С. 13.

<sup>4</sup> Див.: Азімов Ч. Про предмет і метод цивільного права // Вісник Академії правових наук України. – 1999. – № 1 (16). – С. 148.

ній сфері суспільства. Це та духовна основа, яка дає змогу повною мірою реалізувати принципи громадянського суспільства<sup>1</sup>.

Ще однією характерною ознакою названих відносин є їх абсолютний характер. При цьому ми не підтримуємо висловлену в літературі точку зору, згідно з якою особисті немайнові права втілюються у так званих загальнорегулятивних правовідносинах, які характеризуються зв'язком кожного із кожним, тобто в яких на боці уповноваженої сторони — кожен, а на боці зобов'язаної сторони — всі<sup>2</sup>. На нашу думку, правовідносини — завжди конкретні, і коли ми характеризуємо відносини, які виникають, наприклад, з приводу життя, здоров'я, честі чи гідності однієї фізичної особи, то ми не можемо стверджувати, що у цих конкретних правовідносинах на боці уповноваженої особи виступає кожен, хто наділений цими особистими немайновими благами життя, здоров'я, честі та гідності. Ні, на боці уповноваженої особи залишається саме ця одна фізична особа, особисте немайнове благо якої є об'єктом зазначених правовідносин та відповідного немайнового права. А решта фізичних осіб, які мають аналогічне благо, є суб'єктами в інших правовідносинах, які вже складаються відокремлено, стосовно їх особистих немайнових благ. Ще одним аргументом проти наведеної схеми цих правовідносин «кожен — всі» є те, що в цьому разі неминуче відбудеться поєднання уповноважених та зобов'язаних осіб, що тягне за собою припинення будь-яких зобов'язань (ст. 606 ЦК України). Тому, на нашу думку, зазначені особисті немайнові відносини як предмет цивільного права мають характер *абсолютних*. Крім наведених ознак, особистим немайновим відносинам притаманні також ознаки особистих немайнових прав, які становлять їх зміст<sup>3</sup>.

Отже, з огляду на наведене ми можемо визначити *особисті немайнові відносини як вид суспільних відносин, що складаються з приводу закріплення за їх учасниками особистих немайнових благ та їх використання і є первинними, самостійними і рівними в структурі предмета цивільного права, ґрунтуються на засадах юридичної рівності їх учасників, їх вільного волевиявлення, спрямовані на забезпечення приватного*

<sup>1</sup> Див.: Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар / За ред. розробників проекту Цивільного кодексу України. — К., 2004. — С. 7.

<sup>2</sup> Цивільне право України: Підручник: У 2 кн. / За ред. О. В. Дзери та Н. С. Кузнецової. — С. 85.

<sup>3</sup> Про ознаки особистих немайнових прав див.: Стефанчук Р. О. Особисті немайнові права фізичних осіб як суб'єктивні цивільні права // Держава і право. — 2005. — № 28.

*немайнового інтересу їх учасників, позбавлені майново-грошового змісту, а також характеризуються абсолютним характером. Це визначення дає змогу запропонувати власну редакцію ч. 1 ст. 1 ЦК України: «Цивільним законодавством регулюються особисті немайнові відносини, що мають приватноправовий характер, та майнові відносини (цивільні відносини), засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, а для майнових відносин — додатково на майновій самостійності їх учасників.»*

*Надійшла до редколегії 25.06.05*

*Д. Задихайло, доцент НЮА України*

### **Держава та економічне ринкове середовище: господарсько-правовий контекст**

Проблема впливу держави на зміст і форми економічних ринкових відносин та його адекватного правового забезпечення була і залишається центральною не тільки для господарсько-правової науки, а й тією чи іншою мірою для всієї юридичної науки як такої. Дійсно, щодо необхідності такого впливу існує досить стабільний консенсус у середовищі як науковців, так і політиків, але на цьому, здається, суспільна згода стосовно цього питання і закінчується. Адже, коли починає йтися про цілі, масштаби, напрямки, засоби такого впливу, точки зору дуже суттєво розходяться. Можливо, саме через це ми повинні констатувати відсутність у країні дієвого механізму, який забезпечував би якісну і своєчасну розробку і затвердження державної економічної політики у відповідних нормативно-правових актах, а також чіткого механізму її впливу як суспільного імперативу на реальні ринкові економічні відносини.

Реальна економічна система будь-якої країни сьогодні як ніколи перебуває в фокусі впливу найрізноманітніших зовнішніх і внутрішніх чинників, що і визначають врешті-решт параметри та режими її функціонування. Дійсно, соціальні, екологічні, суто економічні вимоги, що ставляться до результатів економічної діяльності, в сучасному суспільстві є не тільки об'єктивними категоріями, але мають і соціально-психологічний вимір із власною динамікою. Ці вимоги є постійним чинником публічно-правового регулювання економічних відносин, що з часом стає все більш жорстким. З другого боку, тиск лідерів



глобального економічного простору, а саме транснаціональних компаній (далі — ТНК) та їх організаційно-виробничих мереж, що мають на меті власні інтереси і відповідно — власну стратегію і тактику розвитку, тиск ситуації усвідомлюваної вичерпності традиційних видів енергетичних ресурсів та сировини, перехід економічно розвинутих країн до освоєння нових технологічних укладів, побудови економік інформаційного типу з відповідним структурним перерозподілом виробничих потужностей у масштабі світової економіки і адекватним спрямуванням інвестиційних потоків тощо також безпосередньо впливають на зміст завдань економічної політики держав, їх вимогливості до якісних і кількісних параметрів національних економік та правових механізмів їх функціонування.

Слід звернути увагу на цікавий парадокс. В умовах глобального економічного простору, що функціонує в організаційно-правових параметрах ГАТТ/СОТ, включаючи й більш тісні угруповання країн, що входять до окремих митних союзів, вирощування нових власних, потужних ТНК в окремо взятих «лабораторних умовах» функціонування саме ліберальної ринкової моделі є справою практично неможливою. Адже ті ТНК, що свого часу утворилися в США, країнах Західної Європи, країнах Південно-Східної Азії, в тому числі і за всебічної підтримки національних держав, зараз за рахунок надзвичайної концентрації капіталу, сформованої транснаціональної мережі дочірніх підприємств та багаторічного досвіду роботи на ринках різних країн з місцевими партнерами та урядовими структурами є своєрідним непрохідним бар'єром для формування власних, нових, заснованих на капіталі національного походження, вітчизняних ТНК, що тільки і можуть репрезентувати національну економіку у вищій лізі змагань на глобальному економічному просторі. В протилежному разі національна економіка може розглядатися лише як певна сукупність чинників виробництва для іноземних економічних гігантів.

Можливо, для невеликих за територією та чисельністю населення країн така ситуація не є драматичною, а навпаки, містить у собі певні плюси за умови правильного використання конкурентних переваг, але Україна є країною, що потенційно має і повинна відігравати самостійну роль у світовому геоелектрономічному просторі, а тому в основу такої самостійності має бути покладено чіткий консенсус між «клубом» вітчизняних ТНК у стратегічних галузях економіки та державою, що в загальних інтересах розробляє і спільно реалізує державну економічну політику. Важливо підкреслити, що проблема створення національних суб'єктів економічної суперліги не заперечує функціонування іноземного капіталу в країні. Навпаки, постановка питання

про формування вітчизняних ТНК в стратегічних галузях економіки України органічно передбачає необхідність заповнення вакууму економічної активності в усіх інших секторах.

Зауважимо, що невідворотність вступу України до Світової Організації Торгівлі також вимагає на етапі, що передує процедурі вступу, та перехідному етапі після такого вступу за рахунок активних заходів державного регулювання забезпечити національним товаровиробникам максимальний високий рівень конкурентоспроможності. Забезпечення економічного зростання за рахунок інноваційних чинників виробництва з усіма вельми сприятливими соціальними й екологічними наслідками таких структурних перетворень також неможливе без активної державної економічної політики, відповідного державного регулювання економічних відносин. (Подальша інтеграція економіки України у світову господарську систему є спокусою в умовах нерозвинутого внутрішнього ринку скористатися можливостями світового ринку. Але слід пам'ятати стару військову мудрість: «Якщо супротивник в межах досяжності, то і ви також». Особливо, якщо цей супротивник значно краще озброєний.) Всі ці та багато інших чинників зумовлюють сучасну актуалізацію проблематики державного регулювання ринкових економічних відносин.

Ця проблематика вельми активно обговорюється вченими-економістами, але не менше значення вона має і для юридичної науки, адже, по-перше, сфера приватного права в його позитивно-правовому розумінні визначається також і кордоном сфери дії публічно-правових засобів, до яких належить інструментарій державного регулювання. По-друге, система заходів впливу держави на економічні відносини, включаючи засоби їх державного регулювання, є об'єктом господарсько-правової науки та господарсько-правового законодавчого регулювання. Врешті-решт жодна економічна концепція, навіть за умови, що вона стає панівною в середовищі політичної еліти, не може бути інструментом реальних економічних перетворень без відповідного законодавчого механізму. Отже, для побудови такого механізму фахівцями-юристами сьогодні як ніколи необхідно дійти згоди щодо уніфікованого розуміння тих засад, на яких має бути побудовано саму юридичну конструкцію взаємодії держави та суб'єктів господарювання. Особливість такої постановки питання полягає в тому, що в період до 90-х років ХХ ст. юридична наука спиралась на теоретичні розробки панівної ідеології, а в 90-ті — на міфологічні уявлення про ліберальну ринкову економічну модель, яка начебто може існувати в сучасних позалабораторних умовах. Власне ринковий досвід

економічного розвитку, з усіма умовностями такого твердження, додав значно більше реалізму до наших уявлень про особливості ролі держави в економічних відносинах, але, на жаль, ні політикум, ні вітчизняна економічна наука не сформулювали узгодженого теоретичного фундаменту, на якому юридична наука могла б зосередитись власне на нормативно-правовій розбудові цього типу суспільних відносин. Виникає ситуація, коли юристи, особливо юристи-господарники, змушені «власноруч» аналізувати економічні концепції з точки зору їх придатності як теоретичного підґрунтя, водночас потенційно наражаючи себе на критику в нефаховому підході.

З'ясування принципів засад змісту правового регулювання відносин між державою та суб'єктами господарювання неможливе без урахування таких соціально-політичних чинників, як національні економічні інтереси; національний економічний та інформаційно-інтелектуальний суверенітет; національна економічна та інформаційна безпека. Саме трикутник цих взаємодіючих соціально-політичних чинників справляє основний публічно-правовий вплив на зміст і спрямованість господарсько-правового регулювання економічних відносин, зокрема їх державного регулювання. Разом з тим саме ці чинники потребують юридичного закріплення та нормативно-правового визначення, адже необхідно чітко з'ясувати, що являють собою сьогодні внутрішні або зовнішні національні економічні інтереси в умовах глобалізації світового економічного і інформаційного простору, зростаючого дефіциту природних ресурсів та ролі ТНК в світовій економічній системі. (Формально визначення національних інтересів наведено законодавцем в ст. 1 Закону України «Про основи національної безпеки України», але з'ясувати, що є ці інтереси і саме національні економічні інтереси за змістом на системному рівні, у формі нормативно-правового закріплення волі держави, на жаль, неможливо.)

Слід констатувати відсутність закріплення та визначення в законодавстві України, зокрема Конституції України, категорій «національний економічний суверенітет» та «національний інформаційно-інтелектуальний суверенітет». У той же час суспільно-політична та суспільно-психологічна передумови визнання легітимності приватної власності, наслідків приватизації базуються на певному розумінні змісту національного, народного економічного суверенітету. Один з його сутнісних елементів закріплено в ст. 13 Конституції України щодо власності Українського народу на природні ресурси. Саме це положення має стати юридичною підставою визначення або правового, або

неправового характеру приватизації таких об'єктів, як гірничозбагачувальні комбінати, шахти, фактичної приватизації газових свердловин тощо.

В свою чергу, питання національної економічної та інформаційної безпеки певною мірою одержали нормативно-правове закріплення, зокрема в ст. 17 Конституції України та Законі «Про основи національної безпеки України», але фактично їх положення майже не враховуються при формуванні поточного господарського законодавства, що є неприпустимим. Адже питання не тільки в автономному правовому закріпленні названих категорій, а й у формуванні інтегрованого механізму їх впливу на функціонування всього ринкового економічного організму шляхом створення господарського законодавства відповідного спрямування. Тим часом названий Закон у ст. 7 серед загроз національним інтересам і національній безпеці України називає, зокрема, «ослаблення системи державного регулювання і контролю у сфері економіки», «критичну залежність національної економіки від кон'юнктури зовнішніх ринків», «зниження інвестиційної та інноваційної активності і науково-технічного і технологічного потенціалу», «нестабільність у правовому регулюванні відносин в сфері економіки» тощо. В цьому ж контексті слід навести положення Закону України «Про мобілізаційну підготовку та мобілізацію» щодо необхідності використання державою відповідних мобілізаційних потужностей — виробничих потужностей підприємств, установ і організацій, які створюють у мирний час для виробництва продукції і задоволення інших потреб держави в особливий період. Адже мобілізаційна підготовка згідно з цим Законом є комплексом організаційних, політичних, економічних, фінансових, соціальних, правових та інших заходів, які здійснюються в мирний час з метою підготовки національної економіки до своєчасного і організованого проведення мобілізації та задоволення потреб оборони держави і захисту її території від можливої агресії, забезпечення життєдіяльності населення в особливий період.

Традиційно публічно-правовим підґрунтям безпосереднього впливу держави на економічні процеси цілком слушно вважають так звані «провали ринку», тобто необхідність втручання держави пояснюється загалом двома типами диспропорцій і дисфункцій, що виникають у процесі самостійного функціонування ринкового економічного механізму. Це, по-перше, необхідність додержання суб'єктами господарювання норм економічної конкуренції та стандартів якості й безпеки товарів та послуг; чинники, що системно пов'язані між собою, а

також між диспропорціями й дисфункціями, що виникають при взаємодії економічного механізму з соціальною, екологічною та іншими сферами. Йдеться про чинники зайнятості населення, рівень оплати та безпеки праці, вплив промисловості на екологічне середовище тощо. Однак забезпечення функціонування ринкового механізму в умовах додержання конкурентних вимог, а також вимог до якості й безпеки ринкового продукту діяльності суб'єктів господарювання є досить стабільними і невідмінними чинниками організації економічного життя, його невід'ємними складовими. По-друге, питання екологічної безпеки та соціальної гармонії є об'єктами впливу відповідно екологічної та соціальної політики держави, які мають взаємодіяти і впливати ззовні на економічну політику. Тому трикутник «національні економічні інтереси» — «національний економічний суверенітет» — «національна економічна безпека» є внутрішнім чинником саме економічної політики держави, зміст якого постійно потребує корекції та особливої правової форми вираження — через нормативно-правові акти особливої призначення і особливої правової природи: державні програми економічного розвитку та окремих його напрямів.

Аналіз питань правового забезпечення взаємодії держави і суб'єктів господарювання потребує з'ясування співвідношення понять «державна економічна політика і державне регулювання господарської діяльності». Слід зазначити, що державна економічна політика реалізується через застосування державою окремих відносно усталених комплексів засобів приватноправового та публічно-правового регулювання. Серед таких комплексів можна виділити:

1) сфери переважно приватноправового регулювання, де роль держави проявляється через його законодавче забезпечення. Публічно-правове регулювання зведено до мінімуму;

2) сфери переважно приватноправового регулювання, де держава, однак, стимулює створення суб'єктами господарювання саморегульованих організацій з делегуванням їм окремих регулятивних повноважень, що зазвичай притаманні компетенції відповідних органів державної виконавчої влади;

3) сфери, де існує необхідність створення спеціальних інститутів, за допомогою котрих утворюється складна інфраструктура ринку окремих послуг, завдяки якій такі ринки можуть функціонувати. Так, реалізація державою інвестиційної політики як напряду державної економічної політики поставила питання про створення певної низки видів інвестиційних посередників — інституціональних інвесторів — у достатньо складних, специфічних організаційно-правових

формах. Маються на увазі, наприклад, корпоративні інвестиційні фонди, недержавні пенсійні фонди тощо;

4) державна економічна політика реалізується в окремих сферах ринку через створення спеціальних органів державної виконавчої влади з широким спектром функціонально-владного забезпечення залежно від особливостей економічного процесу та бажаних показників кількісного й якісного економічного зростання у відповідній сфері;

5) сферу застосування засобів державного регулювання, що є публічно-правовим за своєю природою і є найбільш впливовим чинником реалізації економічної політики держави. Маються на увазі засоби, основні з яких перелічені в ст. 12 ГК України, а спеціальні містяться в актах поточного господарського законодавства.

6) сферу, де держава вважає за необхідне здійснювати безпосередню господарську діяльність через створення й функціонування підприємств державної форми власності. Діяльність суб'єктів господарювання держави може здійснюватись на виключних (монопольних) засадах, але також і на засадах рівної конкуренції з недержавними суб'єктами господарювання. В останньому випадку держава одержує можливість безпосередньо впливати на ринкову кон'юнктуру, протидіяти антиконкурентним узгодженим діям інших учасників ринку. (Бензинові й інші «кризи» доводять необхідність таких можливостей в арсеналі держави на сучасному етапі становлення ринкових відносин.) Надто симптоматичними в цьому контексті є внесені 31 травня 2005 р. зміни та доповнення до Закону України «Про зерно та ринок зерна в Україні» щодо застосування режиму державних заставних закупівель та здійснення державної аграрної інтервенції.

Проте стосовно наведених типів, моделей реалізації державою власної економічної політики слід зауважити, що, по-перше, вони можуть, а інколи й повинні комбінуватися. Дійсно, застосування засобів державного регулювання автоматично передбачає відповідні органи держави, компетенцією яких це встановлено. Справа, однак, у тому, що в одному випадку ці органи мають міжгалузеву спрямованість (загальногосподарську), а в другому — створюються спеціально у визначеному секторі ринку (ринок фінансових послуг, ринок цінних паперів, ринок банківських послуг тощо). З другого боку, органи державної виконавчої влади можуть створюватись для виконання завдань державної економічної політики і без владних повноважень щодо застосування засобів державного регулювання. На них можуть покладатися завдання здійснення моніторингу ринкової ситуації, сприяння приходу в цей сектор економіки інвесторів, підготовки про-

ектів відповідних нормативно-правових актів, розв'язання юридичних конфліктів у досудовому режимі тощо.

По-друге, наведені моделі реалізації державою економічної політики утворюють окремі правові режими взаємодії держави з суб'єктами господарювання. Ці режими існують як типи власне організаційно-господарських відносин і їх не слід змішувати зі спеціальними режимами господарювання, передбаченими в розділі VIII ГК України. Разом з тим між ними слід констатувати й наявність глибоких змістовних взаємозв'язків.

Однак виникає питання: чи готова держава з її арсеналом напрацьованих політичних і правових засобів впливу на соціальні процеси до виконання цих, очікуваних суспільством економічних функцій? Це питання передбачає кілька площин, контекстів відповідей. Ми ж, звичайно, беремо до уваги юридичну площину, а тому необхідно визначитись із тим, якою мірою арсенал засобів правової політики та чинне законодавство України відповідають завданням сучасного державного регулювання ринкових відносин.

Чинне законодавство України не містить цілісного механізму державного регулювання ринкових економічних відносин. Дійсно, деякі засоби такого регулювання та відповідні механізми їх застосування врегульовано в окремих законах України, але системного органічного механізму, що був би ефективним, мінімізував можливості зловживати правом та корупційних дій, сьогодні не існує. ГК України започаткував у главі 2 спробу «ескізного» врегулювання основних напрямів та форм участі держави у сфері господарювання. Так, розробники ГК виділяють три ключові категорії такого механізму: економічна політика (ст. 9), основні напрями економічної політики (ст. 10), засоби державного регулювання господарської діяльності (ст. 12). Але слід визнати, що цей механізм потребує дуже ретельного вдосконалення в напрямі повної взаємодії всіх його елементів та відповідності особливостям сучасної ринкової економіки. Адже згідно із змістом ст. 5 ГК України державне регулювання макроекономічних процесів з огляду на конституційну вимогу відповідальності держави перед людиною за свою діяльність є однією з основ правового господарського порядку в Україні.

Але аналіз змісту ГК України дає можливість констатувати, що лише засади правового регулювання діяльності на ринку цінних паперів (ст. 116), інноваційної діяльності (ст. 328), зовнішньоекономічної діяльності (ст. 380 ГК України), що містять визначення цілей, в окремих випадках і засобів такого державного регулювання,

позначаючи таким чином його присутність і необхідність у відповідній сфері господарсько-правового регулювання.

В деяких випадках особливості державного регулювання в окремих сферах господарювання врегульовано в актах поточного господарського законодавства, наприклад, у законах України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг», «Про інвестиційну діяльність», «Про інститути спільного інвестування (пайові та корпоративні інвестиційні фонди)» тощо. Слід зазначити, що у ст. 12 ГК України наведено перелік саме основних засобів регулюючого впливу держави на діяльність суб'єктів господарювання, чим передбачається існування низки спеціальних, тому проблема співвідношення ГК і підгалузевого законодавства в частині забезпечення системного та ефективного державного регулювання потребує доопрацювання.

Конституція України лише в ст. 42 про право на підприємницьку діяльність фіксує обов'язок держави щодо забезпечення захисту конкуренції у підприємницькій діяльності та захисту прав споживачів. Власне цим і обмежується конституційно-правове регулювання організаційно-господарських відносин, що мають вкрай важливе значення для суспільства.

Звичайно, законодавство України містить сукупність окремих нормативно-правових механізмів застосування державою тих чи інших регулюючих засобів, таких як ліцензування, порядок регулювання цін та тарифів, встановлення спеціальних режимів господарювання тощо. Але взяті за своїм сукупним ефектом ці засоби, будучи виправданими кожен окремо, враховуючи певні автономні цілі державного регулювання, часто-густо фактично призводять до скасування підприємницької свободи як принципу господарювання й однієї із загальних засад цивільного законодавства. Дійсно, враховуючи сумарний ефект застосування таких регуляторів зовнішньоекономічної діяльності, як облік окремих зовнішньоекономічних контрактів, індикативні ціни, терміни повернення валютної виручки з-за кордону тощо, можна стверджувати, що підприємницька мотивація за цих умов є суттєво зменшеною. Ситуація, що склалась з механізмами державного регулювання економічних відносин, потребує постійного наукового й адміністративного моніторингу на предмет сумарного впливу цих засобів регулювання на обсяг можливостей реалізації принципу свободи договору та свободи підприємництва з метою необхідної законодавчої корекції їх кінцевої результативності.

Об'єктивно застосування кожного з таких засобів пов'язане з обмеженням дії названих принципів, тому не дивно, що їх безсистемне



сукупне застосування призводить до переходу межі, за якою ринкові відносини набувають іншої природи. Важливо звернути увагу на проблему неможливості досягнення функціонального призначення кожним засобом регулювання у разі, якщо дія різноманітних засобів регулювання, що скомпоновані кожен автономно, але працювати повинні одночасно. Так, існують досить подібні регулятивні функції ліцензування та сертифікації товарів і послуг, але проблема їх співвідношення фактично не вивчена.

З погляду системності законодавчого забезпечення державного регулювання економічних відносин слід констатувати гостру необхідність створення щонайменше п'ятьох напрямів у законодавчому регулюванні економічних відносин, що передбачають створення:

- 1) окремого розділу в Конституції України під назвою «Економічна система»;
- 2) Закону України «Про систему державного регулювання ринкових економічних відносин»;
- 3) Закону України «Про Кабінет Міністрів України»;
- 4) істотно удосконаленого законодавства про державні програми економічного розвитку;
- 5) проведення кодифікаційних робіт за межами ГК України, але узгоджених з ним.

Так, доцільно створити конституційно-правовий компонент у вигляді окремого розділу «Економічна система» шляхом чіткого визначення соціальних пріоритетів економічного розвитку, принципів та напрямів державного регулювання економічних відносин, прав та обов'язків держави стосовно суб'єктів господарювання з метою додержання певних параметрів стану економічного організму, соціально-економічних індикаторів виправданості такого регулювання через обмеження підприємницької свободи тощо. Отже, була б підвищена роль конституційно-правового регулювання функцій держави в сфері економічних відносин, головним чином для надання поточному законодавству ознак системності, прогнозованості, правової змістовності й ефективності.

Запропонована конституційно-правова новела мала б різноплановий вплив на зміст поточного законодавства, забезпечуючи йому, з одного боку, стабільність через необхідність законодавця додержуватись конституційно-правових вимог і орієнтирів, а з іншого — через діяльність Конституційного Суду — здійснюючи тонку «настройку» поточного законодавства на хвилю геоекономічної ситуації, на внутрішні соціально-економічні імперативи, вимоги розвитку тощо.

Необхідність прийняття законів України «Про Кабінет Міністрів України» та «Про систему державного регулювання ринкових економічних відносин» є прямою відповіддю на тезу в Програмі Уряду «Назустріч людям», де в розділі II зафіксовано мету правової політики, а саме — «чітке визначення повноважень і функцій державної влади та органів місцевого самоврядування». Адже тільки через повну нормативно-правову визначеність функцій держави в економічній сфері, компетенції органів держави, що створені задля виконання цих функцій, та вичерпний перелік правових засобів, що застосовує держава через чіткі і прозорі, законодавчо встановлені механізми і процедури — тільки за таких умов можна будувати здорові відносини між бізнесом і державою.

В цьому сенсі побудова такої досконалої системи державного регулювання має бути відносно стабільною державно-правовою конструкцією, на відміну від державних економічних програм, що мають бути відносно змінною складовою, яка змінюється час від часу залежно від результатів їх виконання.

Безперечно, нову і особливу роль мають відігравати державні програми економічного розвитку та окремих його напрямів. Чинне законодавство України представлене Законами України «Про державні цільові програми» і особливо «Про державне прогнозування та розроблення програм економічного і соціального розвитку» за своїм змістом, технікою та рівнем деталізації зовсім не відповідають своїй новій функції — головному чиннику реалізації державної економічної політики. Адже такі програми діють не тільки через організаційні зусилля держави, що реалізуються також у правовій формі, а й головним чином через зміст господарсько-правового регулювання, включаючи державне регулювання господарських відносин. Відповідно такі програми мають містити в собі важливий компонент фіксації змісту правової політики і чітких завдань удосконалення законодавства, власне — графік законотворчих робіт. Такі програми як нормативні акти особливої правової природи повинні бути функціонально адаптованими до взаємодії з галузевим законодавством України різного рівня. Державні програми як окремий нормативно-правовий компонент системи законодавчого регулювання господарських відносин мають органічно взаємодіяти з нормами Конституції України, ГК України, законами України «Про систему державного регулювання ринкових економічних відносин» та «Про Кабінет Міністрів України», а також поточним господарським законодавством.

Слід зазначити, що бурхливий розвиток законодавства в окремих сферах господарювання активно ставить питання про необхідність

відповідних кодифікаційних робіт. Дійсно, в процесі законодавчого врегулювання нових аспектів створюється законодавчий масив, що втрачає свої системні властивості, внаслідок чого зростає кількість дефектів цього законодавства, знижується його ефективність. Тому треба погодитись з тим, що кодифікація законодавства, наприклад у сфері інвестиційної, інноваційної діяльності, давно на часі. До таких перспективних кодифікаційних робіт слід віднести також законодавство про електроенергетику, законодавство про торговельну діяльність та ін. Підготовка таких кодексів, що мають бути узгоджені з основними положеннями ГК України, стала б формою здійснення фактично господарсько-правової реформи у відповідних підгалузях господарського законодавства і, в свою чергу, дала б поштовх до вдосконалення самого ГК. Дуже важливо при цьому, щоб кодифікаційні роботи в названих підгалузях господарського законодавства виходили із системної природи відповідних ринкових відносин, ринків окремих товарів та послуг. Адже системі суспільних відносин повинна кореспондувати система норм їх правового регулювання. Має враховуватися також та обставина, що ці системи є відкритими і такими, що постійно розвиваються, — еволюціонують. Відтак, суто юридична проблема пошуку формули співвідношення між тенденціями уніфікації та спеціалізації в розвитку законодавства стає постійним завданням законодавця.

До категорії завдань, що випливають із системної природи регульованих відносин, належить і мета — завдяки кодифікації досягти синергетичних ефектів як оновленого законодавчого регулювання. Зрештою, кодифікація законодавства в таких важливих сферах, як інвестиційні, інноваційні відносини, відносини щодо реалізації товарів та послуг, потребує його повної адаптації до засобів реалізації державної економічної політики, зокрема інвестиційної та інноваційної.

Однак існує багато істотних питань, що повинні попередньо вирішуватись і отримувати значну соціальну підтримку перш ніж питання законодавчого конструювання такої системи буде поставлено як реальне завдання правової науки. Такими питаннями слід вважати:

1) визначення національних економічних інтересів у контексті глобалізації світової економіки і безпосередньо світових ринків товарів, послуг, інвестицій, інноваційних послуг, інформації тощо;

2) визначення параметрів моделі економічного розвитку України, що має бути складною формулою поєднання рис «народного капіталізму» та необхідних форм концентрації національного капіталу, який міг би бути конкурентоспроможним порівняно зі світовими ТНК;

3) визначення ролі і місця державної власності та господарської діяльності держави в системі економічних відносин України;

4) встановлення пріоритетів та місця власне державного регулювання економічних відносин у межах обраної моделі національної економіки та визначених національних економічних інтересів з метою прогнозованості та прозорості стосунків держави з бізнесом;

5) визначення сфер інвестування та параметрів іноземних інвестицій, бажаних для України, що забезпечили б можливості саме інноваційного розвитку національної економіки.

*Надійшла до редколегії 04.07.05*

*В. Харицький, здобувач НЮА України, член Державної комісії з цінних паперів і фондового ринку України*

### **Державні цінні папери: до питання про класифікацію**

Цінні папери є важливим правовим засобом забезпечення функціонування цивільного обороту взагалі і кредитно-фінансової сфери України зокрема. Проблематика цінних паперів як об'єктів цивільних прав на сьогодні досить активно досліджується. У той же час правова природа та особливості деяких видів цінних паперів у цивілістиці предметом розгляду досі не були. Зокрема, це стосується державних цінних паперів (ДЦП), які посідають значне місце в обігу цінних паперів, виконують важливі функції в економіці: є найбільш цивілізованим ринковим засобом формування державного боргу; забезпечують касове виконання державного бюджету через покриття коротких розривів між прибутками та видатками, які виникають внаслідок розбіжностей у часі податкових надходжень та видатків бюджету; при проведенні грошово-кредитної політики держави виступають регулятором не тільки грошового обігу, а й розвитку економіки в цілому; мобілізують кошти для фінансування цільових державних та місцевих програм, що мають важливе соціально-економічне значення; можуть виступати як застава по кредиту. Наведені міркування змушують звернутися до аналізу особливостей державних цінних паперів, зокрема до такого питання, як їхня класифікація.

Питанню класифікації цінних паперів у науковій літературі приділяється досить багато уваги<sup>1</sup>. В той же час майже в усіх публікаціях йдеться про класифікацію цінних паперів взагалі. Що ж до ДЦП, то питання їхньої класифікації залишається дещо поза увагою науковців. Метою даної роботи і є спроба якоюсь мірою заповнити цю прогалину в цивілістичній науці. Для вирішення цього питання доцільно, на наш погляд, звернутися до загальних підходів до класифікації цінних паперів.

Але перш за все треба нагадати, які ж саме цінні папери об'єднуються поняттям «державні». Це питання пов'язане з класифікацією цінних паперів за таким критерієм, як особа боржника, тобто особа, яка видала папір і зобов'язана по ньому. В даному випадку такою особою виступає держава, зазвичай в особі казначейства. В Україні до ДЦП відносять такі:

1) казначейські зобов'язання — цінні папери на пред'явника, що розміщуються виключно на добровільних засадах серед населення, засвідчують внесення їх власниками грошових коштів до бюджету і дають право на одержання фінансового доходу (ст. 15 Закону України «Про цінні папери та фондову біржу»). Після закінчення встановленого строку власники таких ДЦП мають право одержати їхню вартість готівкою чи рефінансувати в інші цінні папери. У деяких випадках довгострокові зобов'язання можуть бути погашені за кілька років до офіційного строку погашення. Випускаються довгострокові (від 5 до 10 років), середньострокові (від 1 до 5 років) та короткострокові (до одного року) казначейські зобов'язання;

2) державні (казначейські) облигації — цінні папери, що засвідчують внесення їх власниками грошових коштів і підтверджують зобов'язання відшкодувати їм номінальну вартість цих цінних паперів у передбачений в них строк з виплатою фіксованого процента (якщо інше не передбачено умовами випуску) (ст. 10 Закону «Про цінні папери та фондову біржу»). Відповідно до ст. 3 цього ж Закону держава може випускати облигації внутрішніх та зовнішніх позик, а також місцевих позик. Облигації можуть випускатись іменними і на пред'яв-

ника, процентними та безпроцентними, такими, що підлягають вільному обігу, та із обмеженим колом обігу;

3) казначейські векселі — відносно новий для України вид державних цінних паперів, які увійшли в обіг менше 10 років тому відповідно до Порядку застосування векселів Державного казначейства, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 27 червня 1996 р. № 689<sup>1</sup>. Вони є короткостроковими державними зобов'язаннями, строк платежу за якими не повинен перевищувати одного року. Проценти на вексельну суму не нараховуються. Векселедавцем і платником за казначейськими векселями виступає Головне управління Державного казначейства. Казначейські векселі видаються на пред'явника<sup>2</sup>;

4) ощадний сертифікат Національного банку України, як і будь-який інший ощадний сертифікат, відповідно до ст. 18 Закону України «Про цінні папери та фондову біржу» є письмовим свідоцтвом банку про депонування грошових коштів, яке засвідчує право вкладника на одержання після закінчення встановленого строку депозиту і процентів по ньому. Відповідно до Положення про депозитний (ощадний) сертифікат Національного банку України, затвердженого постановою Правління НБУ від 5 грудня 1994 р. № 203<sup>3</sup>, ощадний сертифікат Національного банку України є одним із інструментів регулювання обсягів грошової маси в обігу і призначений для розміщення виключно через комерційні банки. Випуск таких сертифікатів здійснюється у паперовій формі. Ощадні сертифікати НБУ можуть бути строковими або до запитання, іменними та на пред'явника;

5) приватизаційні папери, поява яких стала наслідком прийняття Верховною Радою України пакету законів, спрямованих на врегулювання процесу приватизації державного майна: «Про приватизацію майна державних підприємств», «Про приватизацію невеликих державних підприємств (малу приватизацію)», «Про приватизаційні папери». Для забезпечення повноправної участі громадян України в приватизації законодавством передбачено випуск особливого, як зазначають Н. Кузнєцова та І. Назарчук, виду державних цінних паперів — приватизаційних паперів, які засвідчують право власника на безоплатне одержання у процесі приватизації частки майна державних підприємств, державного житлового фон-

<sup>1</sup> Див.: Каратуев А. Г. Ценные бумаги: виды и разновидности. — М., 1997; Онуфриенко О. До питання про критерії класифікації цінних паперів // Предпринимательство, хозяйство и право. — 2000. — № 3. — С.39–41; Панова Л. Цінні папери: правова природа та класифікація // Там само. — 1999. — № 8. — С. 47–49; Посполітак В. Правове визначення поняття цінних паперів. Ознаки та класифікація цінних паперів// Юрид. журнал. — 2005. — № 1. — С. 92–102 та ін.

<sup>1</sup> Див.: Уряд. кур'єр. — 1996. — 4 лип.

<sup>2</sup> Див.: Кузнєцова Н. С., Назарчук І. Р. Ринок цінних паперів в Україні: правові основи формування та функціонування. — К., 1998. — С. 32.

<sup>3</sup> Див.: Бізнес. — 1995. — 31 січ.

ду та земельного фонду<sup>1</sup>. Відповідно до ст. 1 Закону України «Про приватизаційні папери» випуску підлягали приватизаційні папери трьох видів: майнові сертифікати, житлові чеки та земельні бони. З метою захисту майнових інтересів громадян було передбачено випуск лише іменних приватизаційних паперів. Вони не підлягають вільному обігу, а їх продаж або відчуження іншим способом є недійсним. Дивіденди або відсотки з приватизаційних паперів не нараховуються. Житлові чеки та земельні бони враховувались органами приватизації, але емітованими так і не були<sup>2</sup>.

Наведений перелік видів цінних паперів, зокрема державних, у чинному законодавстві не є вичерпним, оскільки фондовий ринок постійно розвивається, що робить ймовірною появу нових його інструментів. Але й короткий опис ДЦП дає можливість здійснити їх класифікацію відповідно до тих підходів і критеріїв, які використовуються для загальної класифікації цінних паперів.

Багатоманітність видів цінних паперів визначає і численність критеріїв їх класифікації. Найбільш загальним є критерій їх поділу на групи, якими відповідно до законодавства є: пайові цінні папери, боргові цінні папери, похідні цінні папери, товаророзпорядчі цінні папери (ст. 195 ЦК України). Крім того, ЦК передбачає і можливість існування інших груп цінних паперів, які можуть визначатись законом. Щодо ДЦП, то за критерієм поділу на групи всі вони, за винятком приватизаційних цінних паперів, належать до групи боргових цінних паперів, тобто таких, за якими емітент зобов'язаний у визначений строк сплатити гроші відповідно до зобов'язання. У зв'язку з цією класифікацією не можна погодитись, на наш погляд, з точкою зору В. Посполітака, який вважає, що векселі складають окрему групу так званих розрахункових цінних паперів<sup>3</sup>. Із визначення векселя, який засвідчує безумовне грошове зобов'язання векселедавця (в даному випадку держави) сплатити визначену суму грошей власнику векселя, впливає, що він є перш за все борговим зобов'язанням. У цій якості його відрізняють такі ознаки: абстрактність, оскільки в ньому не обумовлюються конкретні причини появи боргового зобов'язання; безперечність, тобто обов'язок боржника сплатити гроші незалежно від умов виникнення боргу; обортаність, яка дозволяє використовувати вексель як засіб обігу замість готівкових грошей. Ці ознаки підтверджують, що вексель

<sup>1</sup> Див.: Кузнєцова Н. С., Назарчук І. Р. Вказ. праця. — С. 39

<sup>2</sup> Див.: Цивільне право України: Підручник: У 2 т./ За заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. — К., 2004. — Т. 1. — С. 188.

<sup>3</sup> Див.: Посполітак В. Вказ. праця. — С. 120.

має належати до групи боргових цінних паперів. Цієї точки зору дотримуються й інші українські дослідники, зокрема В. Яроцький<sup>1</sup>, М. Старинський<sup>2</sup>. Приватизаційні ж державні папери згідно з цією класифікацією складають ту саму «іншу групу цінних паперів», про яку йдеться у ч. 1 ст. 195 ЦК України та ч. 2 ст. 163 ГК України.

Наступним критерієм класифікації ДЦП можна назвати такий традиційний критерій, котрий використовувався при вивченні цінних паперів ще у XIX-XX ст., як спосіб визначення правомочної особи (або спосіб легітимації уповноваженої особи). Як відомо, за цим критерієм цінні папери поділяють на цінні папери на пред'явника, іменні та ордерні. Практична цінність такої класифікації виражається в тому, що спосіб легітимації уповноваженої особи визначає особливості передавання прав, посвідчених цінним папером. За даним критерієм ДЦП можна класифікувати таким чином: тільки іменними є приватизаційні папери, а тільки на пред'явника випускаються казначейські векселі та казначейські зобов'язання. Такі ж види ДЦП, як облігації та ошадні сертифікати НБУ, належать як до іменних, так і до паперів на пред'явника. У зв'язку з цією класифікацією вважаємо доречним навести декілька зауважень щодо співвідношення іменних цінних паперів та паперів на пред'явника.

Іменний цінний папір, на відміну від папера на пред'явника, має дві важливі властивості. По-перше, завжди відомий його володілець; по-друге, оскільки завдяки його першій властивості всі операції з ним зазвичай підлягають фіксації, реєстрації, то всі вони стають доступними для оподаткування з боку держави. Інакше кажучи, за умов, що ринок цінних паперів вже достатньо розвинувся, спостерігається тенденція до збільшення випуску іменних паперів, оскільки в цьому зацікавлені, з одного боку, ті, хто їх випускає, бо це дозволяє контролювати всі етапи передавання прав власності, а з другого — держава, оскільки вона тим самим збільшує свою податкову базу.

Папір на пред'явника за певних умов також фактично перетворюється на іменний. Це пов'язано з процесами зберігання пакетів таких паперів наприклад у комерційних банках, і перетворенням останніх у представників володільців цінних паперів на пред'явника. Зданий на зберігання в банк на описаних умовах папір на пред'явника має конкретного володільця, який уклав відповідну угоду з цим

<sup>1</sup> Див.: Цивільне право України. — С. 185.

<sup>2</sup> Див.: Старинський М. Щодо питання про визначення поняття «вексель» // Предпринимательство, хозяйство и право. — 2002. — № 12. — С. 26.



банком, тобто по суті він перетворився на іменний з точки зору правових відносин.

Ще однією класифікацією ДЦП є класифікація за критерієм способу їх випуску. Поділ ДЦП за цим критерієм на емісійні та неемісійні дає змогу, як зауважує О. Онуфрієнко<sup>1</sup>, реалізувати низку позитивних моментів у правовому регулюванні випуску в обіг цінних паперів в Україні. Легальне визначення емісійних цінних паперів наведено у ст. 2 Федерального Закону Російської Федерації від 22 квітня 1996 р. «Про ринок цінних паперів», де сформульовано ознаки емісійного цінного папера: він закріплює сукупність майнових і немайнових прав, які підлягають посвідченню, уступці та безумовній реалізації з дотриманням встановлених законом форми та порядку; розміщується випускати, під якими розуміється сукупність цінних паперів емітента, котрі забезпечують однаковий обсяг прав володільцям і однакові умови емісії (первинного розміщення); має рівний обсяг та строк реалізації прав усередині одного випуску незалежно від часу набуття цінного папера. Неемісійні цінні папери випускаються поштучно чи невеликими серіями. З огляду на наведені ознаки, ДЦП можна розподілити таким чином: до емісійних належать казначейські зобов'язання, казначейські облигації та ощадні сертифікати НБУ, до неемісійних — казначейські векселі та приватизаційні папери.

Наступні класифікації, які можна запропонувати для ДЦП, мають економічний зміст і характеризують роль ДЦП в економічному обороті, але в той же час дають змогу більш ґрунтовно дослідити і їх юридичний зміст.

ДЦП також можна поділяти на ринкові і неринкові — залежно від того, чи обертаються вони на вільному ринку (первинному або вторинному), чи не входять у вторинний обіг на біржах і вільно повертаються емітенту до закінчення строку їх дії. Основну частину ДЦП становлять ринкові. Зокрема, такими є облигації, казначейські зобов'язання, ощадні сертифікати НБУ на пред'явника та казначейські векселі. До неринкових належать приватизаційні цінні папери, іменні ощадні сертифікати НБУ, а також облигації з обмеженим колом обігу.

За строком дії ДЦП можна розділити на: строкові, тобто такі, що мають встановлений при їх випуску строк існування, та до запитання, тобто такі, що не мають встановленого строку обігу. До першого різновиду належать казначейські векселі, державні облигації, ощадні

<sup>1</sup> Див.: Онуфрієнко О. До питання про критерії класифікації цінних паперів // *Предпринимательство, хозяйство и право*. — 2000. — № 3. — С. 39.

сертифікати НБУ та казначейські зобов'язання; до другого — ощадні сертифікати та приватизаційні папери.

ДЦП можна класифікувати й за іншими критеріями (документарні та бездокументарні, відзивні та безвідзивні, з фіксованим доходом та нефіксованим і т. ін.). Але при цьому завжди треба враховувати мету класифікації.

Підсумовуючи розгляд питання про класифікацію ДЦП, слід зазначити, що порушена у статті проблема потребує подальшого розроблення поряд з іншою проблематикою ДЦП, а саме: аналізом їх сутності та ознак, особливостей емісії як в цілому ДЦП, так і окремих їх видів тощо. Науковий аналіз цих проблем є тим більш актуальним, зважаючи на місце та роль ДЦП у сучасних ринкових відносинах.

*Надійшла до редколегії 10.07.08*

# ПРОБЛЕМИ БОРОТЬБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ

*Ю. Грошевий*, академік, віце-президент АПрН України

## Роль професійної правосвідомості судді у формуванні рішення суду: кримінально-процесуальний аспект

Проблема професійної правосвідомості у формуванні судового рішення, у достовірності та правомірності якого суддя не має сумніву, це по суті проблема реалізації вимог закону в судовому акті, що виноситься по кримінальній справі.

В правовій літературі існують два основні підходи щодо розуміння сутності правової свідомості залежно від того, яке з понять, що складають структуру терміна «правосвідомість», є первинним – право чи свідомість.

Одні вчені розглядають правосвідомість як результат насамперед правових явищ, вважаючи, що суспільні відносини відображаються у свідомості лише після того, як опосередковуються правом. Інші ж виходять з того, що правосвідомість бере початок у суспільному бутті і є джерелом права. Видається, що ці підходи доповнюють один одного, відображають різні сторони формування правосвідомості<sup>1</sup>.

В теорії підкреслюється, що правова свідомість – це система почуттів, звичок, уявлень, оцінок, поглядів, теорій, ідей суб'єктів права (носіїв правосвідомості), які відображають правову дійсність й оціночне ставлення до неї (до соціально-правових установок і ціннісних орієнтацій суспільства; до минулого, теперішнього чи до очікуваного права) і відіграють через це роль своєрідного регулятора (саморегулятора) їх поведінки в юридично значущих ситуаціях. Правове явище як продукт свідомості – це результат нашої інтерпретації, нашого суб'єк-

<sup>1</sup> Докладніше про це див.: *Фарбер И. Е.* Правосознание как форма общественного сознания. – М., 1963; *Челпанов В. А.* Правовое содержание как разновидность социального отражения. – К., 1976.

тивного розуміння<sup>1</sup>. У зв'язку з цим великого значення набуває концепція І. Ільїна. Категорія правосвідомості посідає в його правовому вченні центральне місце, яке визначається відносно емпірично опосередкованих позитивного права, суспільного правопорядку, соціальної структури держави, системи публічної влади<sup>2</sup>.

На думку І. Ільїна, право, закон, наказ, повноваження, обов'язок, заборона, які діють у країні, не можуть існувати й застосовуватися поза живою правосвідомістю<sup>3</sup>.

Насамперед виникає питання: чи має право на самостійне існування професійна правосвідомість суддів? У літературі виділяється професійна правосвідомість службовців державного апарату, але при цьому не розкривається специфіка прояву структури загального поняття правосвідомості стосовно окремих категорій державних службовців, які здійснюють різноманітні функції у правозастосовній діяльності органів державного управління та влади.

Крім того, єдина у своїй основі професійна правосвідомість державних службовців виступає в процесі правозастосовної діяльності не інакше як у вигляді професійної правосвідомості окремих груп державних службовців, які виконують чітко визначені завдання, реалізують правові норми особливими методами у специфічних, притаманних тільки цьому органу формах.

У загальному родовому понятті професійної правосвідомості службовців державного апарату треба розрізнити професійну правосвідомість окремих категорій цих працівників. У цьому разі доцільно виділити професійну правосвідомість суддів, професійну правосвідомість осіб прокурорського нагляду, професійну правосвідомість слідчих, професійну правосвідомість оперативних працівників, професійну правосвідомість інших посадових осіб органів державної влади і управління, пов'язаних із правозастосовною діяльністю, що дає можливість визначити специфіку професійної правосвідомості окре-

<sup>1</sup> *Бережнов А. Г.* Теоретические проблемы правопонимания и формирования содержания права // Див.: Проблема теории государства и права / Под ред. М. Н. Мариенко. – М., 2004. – С. 344 та наст.

<sup>2</sup> Цікаво відмітити, що в роботах Б. Кістяківського, М. Ковалевського, М. Коркунова, Г. Шершеневича, І. Фойницького та інших терміни «правосвідомість», «праворозуміння», «правопереконання» вживалися як взаємозамінні.

<sup>3</sup> Див.: *Ильин И. А.* Путь к очевидности. – М., 1993. – С. 247. Більш докладно про інтерпретацію поглядів І. Ільїна у сфері кримінального судочинства див.: *Александров А. И.* Уголовная политика и уголовный процесс в российской государственности. – СПб., 2003. – С. 35–82.

мих категорій посадових осіб, прослідкувати роль правосвідомості як регулюючого начала у виконанні ними своїх професійних обов'язків і, врешті-решт, показати значення правосвідомості під час застосування закону в правоохоронній діяльності.

Як відомо, судді за фахом — однорідна в професійному і соціально-психологічному відношенні група, об'єднана спільністю завдань і цілей діяльності, методу і процесуальної форми реалізації норм права під час вирішення кримінальних та цивільних справ.

Єдність цілей, завдань, методу і форми здійснення професійної діяльності виробляє у суддів спільність професійно-етичних і правових поглядів щодо реалізації норм права.

А. Ратінов пропонує називати професійну правосвідомість «спеціалізованою»<sup>1</sup>. Вважається, що оскільки суб'єктом професійної правосвідомості є посадові особи, пов'язані із реалізацією норм права за професією, то точніше говорити не про «спеціалізовану», а про професійну правосвідомість.

Професійна правосвідомість суддів є однією з форм групової правосвідомості й характеризується специфічним змістом стосовно як правосвідомості суспільства, так і індивідуальної правосвідомості судді.

Правосвідомість суспільства формує професійну правосвідомість суддів. Зв'язок професійної й суспільної правосвідомості полягає у такому: а) категорії, ідеї, принципи суспільної правосвідомості виступають як ідеологічні засоби, за допомогою котрих судді пізнають правові норми, засвоюють їх вимоги і спрямовують свою процесуальну діяльність на точне й однакове застосування закону під час відправлення правосуддя; б) суспільна правосвідомість формує соціальний престиж органів правосуддя й тим самим характеризує зміст духовної атмосфери, в якій судді виконують свої професійні функції; в) зобов'язує суддів під час винесення вироку визначати своє особисте ставлення до фактичних обставин, які встановлює цей процесуальний акт.

Разом з тим важливо враховувати, що на індивідуальну правосвідомість судді впливають політичні, філософські та моральні погляди суспільства, взяті не окремо, а в єдності, в якій проявляється цілісність стану суспільної свідомості. Тому професійна правосвідомість суддів в усіх випадках виступає і реально існує не інакше як в органічному зв'язку, єдності із його політичною і моральною свідомістю, а елементи змісту професійної правосвідомості одночасно виступають як елементи змісту політичної й моральної свідомості, визначаючи ідейну зрілість особи судді.

<sup>1</sup> Див.: Ратінов А. Р. Структура и функции правового сознания // Проблемы социологии права. — Вильнюс, 1970. — Вып. 1. — С. 178.

Незважаючи на те що багато аспектів структури правової свідомості залишаються дискусійними, під час аналізу цієї проблеми філософи і правознавці майже однотайно підкреслюють, що правосвідомість не вичерпується правовою ідеологією, а являє собою якісне «злиття» останньої із правовою суспільною психологією, які розрізняються за способом відображення правової дійсності.

Вважаємо за доцільне висловити одне зауваження, яке, з нашої точки зору, має значення для з'ясування структури професійної правосвідомості.

В юридичній літературі деякі автори розглядають правову ідеологію й правову суспільну психологію як різні рівні відображення правової дійсності, протиставляючи більш низький рівень (правова психологія) більш високому (правовій ідеології). При цьому правова ідеологія отожднюється із теоретичною свідомістю, а суспільна психологія — із повсякденною правовою свідомістю<sup>1</sup>. З такою постановкою питання навряд чи можна погодитись. Змістом ідеології є коло суспільних поглядів та принципів, які відображають у системі ідей корінні інтереси, цілі, потреби певного класу<sup>2</sup>, зокрема в галузі правового регулювання та правового режиму. Зміст правової теоретичної свідомості ширший, ніж зміст правової ідеології, оскільки перша включає низку правових понять, які самі по собі не виражають класового підходу (наприклад, такі поняття, як свідок, експерт та ін.), а є досягненням правової наукової думки. Теоретичний рівень пізнання правових явищ і повсякденна свідомість як емпіричний рівень їх пізнання включають в себе соціально-психологічний елемент. Правова суспільна психологія — не рівень пізнання правових явищ, а психологічний компонент у теоретичному та емпіричному знанні про правові явища. Інакше кажучи, явища соціально-правової психології можуть «базуватися» на рівні як теоретичного знання, так і повсякденного усвідомлення правової дійсності.

Професійна правосвідомість судді включає в себе як систему правових ідей, що виражають інтереси суспільства в сфері правосуддя, так і систему власних правових поглядів і переконань, оцінок про справедливість або несправедливість правових норм, ефективність правового регулювання, відповідність правових приписів характеру суспільних відносин, які ця норма регулює.

<sup>1</sup> Див.: Потопейко Д. А. Правосознание как особое общественное явление. — К., 1970; Чхиквадзе В. М. Государство, демократия, законность. — М., 1967.

<sup>2</sup> Див.: Самсонов Р. М. Социальная психология и идеология. — Ереван, 1970; Ядов В. А. Идеология как форма духовной деятельности общества. — Л., 1961.

У знанні про право та особистих оцінках правових приписів у концентрованому вигляді виражається професійний досвід судді, одержаний як у результаті безпосередньої участі у вирішенні кримінальних справ, так і з інших джерел (досвід вищестоящих судів, вивчення правової літератури тощо).

Правові уявлення судді, пов'язані в систему правових поглядів, активно впливають на його професійну діяльність, спонукають до правильного застосування закону і тому є однією з основ формування рішення, вільного від стороннього неправомірного впливу.

Професійна правосвідомість відіграє важливу роль у становленні тенденції щодо однакового застосування матеріальних і процесуальних законів. Її можна розглядати як своєрідний показник правильності та ефективності правового регулювання певних явищ, оскільки застосування закону в судовій практиці може свідчити як про адекватність правового регулювання, так і про неправильне розуміння суддями правової норми, або ж про те, що правова норма містить у собі недостатньо чіткі приписи, зумовлюючи певний соціально-психологічний настрій судді за професією.

Теоретична сторона професійної правосвідомості характеризується науковим підходом щодо сприйняття правової норми, науковим усвідомленням практики її застосування<sup>1</sup>.

До структури професійної правосвідомості входить суспільна правова психологія, яка виступає у вигляді правових почуттів, звичок тощо, що проявляються у професійній діяльності й напрацьовані нею.

Отже, у структурі професійної правосвідомості слід розрізняти дві групи взаємопов'язаних елементів: правові (правові поняття, оцінки, переконання тощо) і соціально-психологічні, які у практичному вираженні являють собою певну єдність і, взаємодіючи у рамках єдиної структури, становлять суб'єктивну основу суддівського переконання під час прийняття рішень.

Суспільна правова психологія впливає на сприйняття правової норми, причому цей вплив багатоплановий, може мати як позитивний, так і негативний характер.

Системний підхід до вивчення професійної правосвідомості полягає у розгляді не тільки його ідеологічної й теоретичної сторін, а й соціально-психологічної сторони, структуру якої у процесуальній

<sup>1</sup> Див.: *Аверин А. В.* Правоприменительная деятельность суда и формирование научно-правового сознания судей: проблемы теории и практики / Под ред. М. И. Байтина, Саратов. — 2003; *його ж.* Судебная достоверность (постановка проблемы). — Владимир, 2004.

теорії ще не розроблено. Вважаємо, що найбільш прийнятне вирішення цієї проблеми запропонував Б. Паригін, який включив до структури суспільної психології: 1) соціальну психологію особи; 2) психологію соціальних спільнот і спілкування; 3) психологію соціальних відносин; 4) психологію різних форм духовної діяльності<sup>1</sup>. Ця конструкція з урахуванням специфіки предмета була перенесена Є. Лукашевою на структуру правової соціальної психології<sup>2</sup>. Суб'єктивно-психологічні якості судді, напрацьовані у процесі здійснення професійних функцій, його установки, мотиви діяльності і т. ін., мають розглядатися правовою соціальною психологією під кутом перетворення правових знань на особисті правові погляди судді, його переконання, тобто на ціннісну орієнтацію.

Інтерпретуючи розроблену Є. Лукашевою структуру правової суспільної психології, відмітимо, що соціально-психологічна сторона професійної правосвідомості судді охоплює: а) цілі та мотиви професійної діяльності, які визначаються усвідомленням завдань правосуддя й системою власних знань про право; б) професійні звички, традиції, які опосередковують соціально-психологічний механізм спілкування суддів між собою (у судовій колегії) та з іншими учасниками судового розгляду і які є, у відомому сенсі, соціально-психологічною стороною правових відносин; в) правові почуття, установки та ін., які затвердилися у результаті професійної діяльності.

Таким чином, професійна правосвідомість судді — це система його правових поглядів, переконань, уявлень, оцінок про основоположні принципи права, напрацьовані в результаті засвоєння правових норм і рекомендацій правової науки під час розгляду певних кримінальних і цивільних справ, а також психологічне ставлення до чинної правової системи, своїх прав і обов'язків, які проявляються в системі правових почуттів, настроїв, звичок і зорієнтовані на верховенство закону.

Отже, структура професійної правосвідомості суддів складається з таких елементів:

а) пізнавального, змістом якого є система власних знань про право, напрацьованих судовою практикою;

б) оціночного, куди входять система оцінок і переконань про справедливість або несправедливість правових заборон, ефективність правових приписів кримінально-процесуальної форми для досягнення цілей та завдань правосуддя;

<sup>1</sup> Див.: *Парыгин Б. Д.* Основы социально-психологической теории. — М., 1971. — С. 50.

<sup>2</sup> Див.: *Лукашева Е. А.* Социальное правосознание и законность. — М., 1973. — С. 160. Також див.: *Телятников В. П.* Убеждение судьи. — СПб., 2004.



в) вольового, який виступає як усвідомлення юридичних прав та обов'язків, покладених на суддів, готовність до здійснення своїх повноважень відповідно до цілей і завдань правосуддя;

г) поведінкового, який регулює вибірковість поведінки судді під час здійснення ним професійних функцій, а також професійну систему правил поведінки;

г) елементів соціально-правової психології.

Видається спірною думка А. Ратінова про те, що під час аналізу правової свідомості з огляду на предмет відображення необхідно виділяти сфери правосвідомості й говорити про «кримінально-правову», «кримінально-процесуальну» або «адміністративно-правову» свідомість, до яких поряд із загальноправовими ідеями та принципами «входить сукупність специфічних поглядів і оцінок, котрі належать до явищ та інститутів тільки матеріального, або процесуального, або адміністративного права»<sup>1</sup>.

У кримінальному судочинстві професійна правосвідомість виконує свою функцію в цілому, а не в певних «сферах» застосування, та і межі між кримінально-правовою і процесуальною свідомістю невідомі й у реальному вираженні виступають у тісній єдності.

Перш ніж показати «роботу» професійної правосвідомості у формуванні судового рішення, необхідно хоча б у загальних рисах окреслити ті функції, які виконує професійна правосвідомість під час розгляду й вирішення певної кримінальної справи. При цьому слід виходити з того, що професійна правосвідомість «працює» у тісному взаємозв'язку та взаємозалежності з політичними, моральними переконаннями судді, практичну значущість яких опосередковано індивідуально-психологічними особливостями особи та певною ситуацією розгляду кримінальної справи, в якій судді доводиться діяти.

Професійна правосвідомість виконує дві функції: а) нормативно-оціночну, яка включає в себе вироблення ціннісного підходу до фактичних обставин кримінальної справи з погляду приписів правової норми, морально-правової оцінки поведінки підсудного; б) пізнавально-комунікативну, яка визначає вибіркове ставлення судді до інформації, одержаної в результаті судового слідства, та спрямованість спілкування з метою створення оптимального режиму в процесуальній діяльності, спрямованої на забезпечення реалізації прав сторін. І в цьому проявляється активність судді в публічно-змагальному процесі.

<sup>1</sup> Ратінов А. Р. Вказ праця. — С. 178.

Вважається, що нормативно-оціночну і пізнавально-комунікативну функцію професійна правосвідомість проявляє під час як встановлення фактичних обставин кримінальної справи, так і побудови висновків по суті останньої.

А. Ратінов стверджує, що правосвідомість не є основою переконання судді, а впливає на його формування як ідеологічний і психологічний чинник більш віддалено. Якщо ж правосвідомість розглядати як безпосередню основу внутрішнього переконання поряд із доказами, то необхідно буде визнати рівну роль та значення певних фактичних даних і правосвідомості<sup>1</sup>. Якщо навіть прийняти без заперечень наведену концепцію А. Ратінова, то все одно в ній залишається багато незрозумілого. Дослідник у цьому випадку не проводить чіткої межі між правосвідомістю, яка є ідеологічним чинником, що забезпечує соціальний престиж суду як органу правосуддя і спрямовує процесуальну діяльність на чітке додержання вимог законності, та професійною правосвідомістю судді. Докази й професійна свідомість — не однопорядкові елементи, у формуванні рішення судді вони мають різне функціональне призначення.

Достовірність висновків, що становлять зміст переконання судді, зумовлена єдністю суб'єктивних та об'єктивних елементів, які тим самим характеризують пізнавальну роль професійних знань судді.

Співвідношення доказів і професійних знань у формуванні рішення судді полягає в тому, що докази (їх сукупність, система) є об'єктивною основою, а у своїй єдності, якісному «злитті» вони приводять суддо до висновків по кримінальній справі.

У процесуальній літературі поширеною є думка, згідно з якою співвідношення суддівського переконання та професійної правосвідомості судді полягає в тому, що переконання базується на правосвідомості<sup>2</sup>. У такій постановці питання не простежується специфіка правосвідомості у формуванні переконання. Висловлювалася також думка, відповідно до якої керуватися під час оцінки доказів законом — це те ж саме, що й керуватися правосвідомістю<sup>3</sup>, а тому в ст. 17 Основ кримінального судочинства вказівка на правосвідомість була зайвою<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Див.: Теория судебных доказательств в советском уголовном процессе. — М., 1973. — С. 493.

<sup>2</sup> Див.: Строгович М. С. Курс советского уголовного процесса. — М., 1968. — Т. 1.

<sup>3</sup> Див.: Рахунов Р. Д. Независимость судей в советском уголовном процессе. — М., 1972.

<sup>4</sup> Див.: Резник Г. М. Оценка доказательств по внутреннему убеждению: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 1969.

В. Арсен'єв вважає, що суддя керується правосвідомістю поряд із законом, а його переконання ґрунтується тільки на законі; що ж стосується значення правосвідомості, то вона допомагає судді з'ясувати вимоги процесуального закону щодо оцінки доказів<sup>1</sup>.

Нарешті, М. Полянський розглядав співвідношення переконання та правосвідомості як частини до цілого<sup>2</sup>.

Ми пояснюємо таке різноманіття у тлумаченні зазначеної проблеми тим, що в процесуальній науці тривалий час існувала традиція розглядати внутрішнє переконання як категорію психологічну, як приватний прояв людських емоцій, які належать до галузі психології<sup>3</sup>, хоча при цьому, особливо М. Строговичем, підкреслювалося, що переконання — не несвідоме відчуття впевненості, воно має ґрунтуватися на зібраних у справі доказах. При такій постановці питання зникала суть переконання як процесуальної категорії, котра має гносеологічний аспект у судовому пізнанні. Переконання можна бути лише у якомусь знанні, способі дій, правильності висновків. Тому переконання судді — це не одномоментний акт. Воно формується в діяльності, а на адекватність його впливають різні складові.

Саме з цих позицій слід вітати спробу постежити багатоплановий характер співвідношення переконання й професійної правосвідомості суддів<sup>4</sup>.

Проблема ролі професійної правосвідомості у формуванні рішення судді полягає в тому, щоб показати вплив системи правових знань і оцінок судді, його настрою, почуттів тощо на становлення категоричного висновку, який виключає будь-який сумнів стосовно доведеності фактичних обставин, які встановлюються відповідним процесуальним актом.

Ця проблема може бути сформульована дещо інакше: в чому саме професійна правосвідомість зумовлює формування такого ставлення судді до знань про фактичні обставини справи, коли він упевнений в їх адекватності фактам об'єктивної дійсності, чи готовий до практичних дій відповідно до одержаних знань, за власним висновком обирає варіант рішення, який допускається процесуальним законом?

<sup>1</sup> Див.: Арсен'єв В. Д. Вопросы общей теории судебных доказательств в советском уголовном процессе. — М., 1964. — С. 175–176.

<sup>2</sup> Див.: Полянський Н. Н. Вопросы теории советского уголовного процесса. — М., 1956. — С. 144.

<sup>3</sup> Див.: Пашкевич П. Ф. Объективная истина в уголовном судопроизводстве. — М., 1961. — С. 65.

<sup>4</sup> Див.: Резниченко И. М. О соотношении социалистического правосознания и внутреннего судебного убеждения // Уч. зап. ДВГУ. — Владивосток, 1968. — Т. 14. — С. 63–68.

Разом з тим закон: а) не визначає, при якому рівні інформативності суддя може дійти достовірного висновку про винуватість підсудного і не встановлює фактичної сукупності доказів, достатніх для цього<sup>1</sup>; б) не вказує, які саме слідчі дії необхідно виконувати з цією метою.

Однак у дослідженні фактичних обставин справи настає момент, коли суддя вважає, що в ході судового слідства зібрано таку кількість доказів, які для нього здаються достатніми, мають якісну визначеність і дають змогу зробити висновок про доведеність події злочину і винуватості підсудного. В основі такого визначення достатності доказів міститься переконання судді. Інакше кажучи, в такій ситуації суддя переконаний у тому, що він досяг такого рівня інформативності, при якому можливо дійти певного висновку про винуватість підсудного: цей висновок відображає «власний погляд на фактичні обставини справи» (А. Ратінов).

«Підключення» до цього процесу професійної правосвідомості полягає в тому, що воно: а) спонукає суддю спрямовувати процесуальну діяльність на встановлення істини; б) в інформаційному аспекті інтерпретує сенс доказів з точки зору їх якісної визначеності і доказової цінності; в) співвідносить одержані знання про фактичні обставини справи із нормативним описанням кримінально-правової заборони; г) є суб'єктивною основою, яка сприяє перетворенню об'єктивно існуючої можливості встановлення фактичних обставин на власний погляд судді. Вважаємо, що цей зв'язок багатогранний і може бути простежений в інших положеннях. Але ж перехід певної кількості доказів на їх якісну визначеність, тобто встановлення їх доказової цінності, здійснюють правосвідомість судді та його професійний досвід.

У зв'язку з цим викликає сумнів запропонована деякими авторами математизація, формалізація процесу доведення. Це напрям наукового пошуку найбільш повно наводив А. Ейсман, який вважав, що формалізація знання відкриває можливість для використання формул, тобто скорочених умовних знаків (символів), схем та моделей, які у наявній формі відображають структуру правильного міркування<sup>2</sup>. Він наводить як приклад формалізацію у справі Фірсова. У нашому розумінні формалізація реально допустима там, де мають місце виявлення залежності між кількісною характеристикою та якісною визначеністю будь-якого явища. До того ж слід враховувати, що фор-

<sup>1</sup> Див.: Зеленецький В. С. Поняття і класифікація сукупності доказів у радянському кримінальному судочинстві // Рад. право, 1971. — № 1. — С. 36–38.

<sup>2</sup> Див.: Ейсман А. А. Логика доказывания. — М., 1971. — С. 7.

малізація завжди пов'язана із міркуванням «ідеалізованої» людини, яка не припускається логічних помилок.

Формалізацію правозастосовного процесу можна уявити у двох варіантах. Перший варіант – це побудова системи нагромадження юридичних ознак, які тягнуть за собою безпомилковість юридичної кваліфікації. Цей варіант дійсно потребує уточнення правових понять засобами сучасного логічного апарату і може бути формалізований, на що вказує В. Кудрявцев<sup>1</sup>.

Другий варіант – це формалізація систем нагромадження доказів, з яких із достовірністю впливав би висновок про наявність певних юридичних ознак (певного складу злочину, поставленого в провину підсудному). Щодо другого варіанта слід зауважити, що сама кількість доказів не встановлює достовірність висновку про наявність юридичних ознак складу злочину в діях підсудного. В галузі кримінального судочинства взагалі відсутні дослідження, котрі ставили б за мету визначити, при якій кількості джерел доказів і в якому їх сполученні можливе твердження про достовірне встановлення юридичних ознак складу злочину. Названі обставини слід мати на увазі під час оцінки правомірності формалізації процесу доведення.

Вважаємо, що формалізація процесу доведення ігнорує змістовну сторону суддівського міркування про доказову цінність зібраних у справі фактичних даних, яка так само індивідуально неповторна, як неповторною є людська індивідуальність. Формалізація у конкретній справі – це формалізація в одній справі, яка непридатна для формалізації в інших справах цієї ж категорії, оскільки кожного разу ми зустрічаємось із неповторною конкретною ситуацією і конкретними міркуваннями судді про ті змістовні сторони знання, які привели його до певного висновку по суті досліджуваної справи.

Звертає на себе увагу суперечність позиції прибічників формалізації процесу доведення, які, зводячи символіку математичних формул до опису, так би мовити, окремих ситуацій у розслідуванні злочинів, у той же час правильно вказують на те, що хоча в основі процесу формування внутрішнього переконання, «якщо розглядати його з кількісної точки зору, лежить перехід кількісних змін в якісні, формалізувати цей підхід, описати його математично неможливо»<sup>2</sup>.

Математизація, формалізація процесу доведення ігнорує особистість судді, його особисте та вибіркове ставлення до зібраної су-

купності доказів. Тому ми не бачимо на сьогодні у формалізації тієї перспективи, яка могла б «полегшити» розумову діяльність судді в оцінці доказів. До того ж формування рішення не можна розглядати з «кількісної точки зору», оскільки оцінка результатів судового пізнання є творчим, а не механічним процесом.

Достатність доказів для побудови певних висновків полягає не в їх кількості, а в системності. Перевірені і зібрані під час судового слідства докази повинні являти собою систему з точки зору того, що належить встановити у кримінальній справі та яку відповідь, позитивну чи негативну, дати на питання, які вирішуються у вироку суду. Інакше кажучи, система доказів має являти собою таку якісну визначеність у їх взаємозв'язку та взаємозумовленості, яка б відображала подію злочину в його цілісності та виключала інші пояснення «механізму» злочинної поведінки та її наслідків.

Професійний досвід систематизує, узагальнює правові знання судді, його навички та вміння, допомагає орієнтуватися у доказовій інформації та «вилучати» з неї те, що дійсно необхідно для правильного вирішення справи. Досвід судді зумовлює особливе професійне бачення тих фактичних обставин справи, які є найбільш значущими та суттєвими для встановлення події злочину, винуватості підсудного, індивідуалізації покарання з урахуванням вимог матеріального і процесуального законів.

Професійний досвід у формуванні рішення судді проявляється у такому:

- усвідомленні соціальної значущості покладених на суддю функцій щодо здійснення завдань правосуддя;
- адекватному розумінні сенсу вимог матеріального і процесуального законів, умінні правильно застосувати їх під час розгляду та вирішення кримінальних справ;
- вироблення навичок самостійного прийняття рішень у кримінальній справі, критичного ставлення до матеріалів досудового слідства та вмінні протиставляти свою позицію у справі стороннім поглядам;
- вмінні встановити правильний контакт із членами судової колегії та учасниками судового розгляду з метою спрямування їх діяльності на встановлення істини у справі;
- оволодінні навичками технічних прийомів під час виконання окремих слідчих дій з метою одержання найбільш повної та своєчасної доказової інформації;

<sup>1</sup> Див.: Кудрявцев В. Н. Общая теория квалификации преступлений. – М., 1972.

<sup>2</sup> Белкин Р. С., Винберг А. И. Вказ. праця. – С. 136.

– систематизації свого особистого досвіду та досвіду вищестоящих інстанцій для одержання знань про тенденції застосування матеріального й процесуального законів у судовій практиці;

– оволодінні рекомендаціями науки кримінального процесу, криміналістики та судової психології щодо оцінки доказів та їх практичної реалізації;

– економії процесуальної форми під час обрання найбільш оптимальних та надійних засобів доведення для одержання доказової інформації;

– вмінні правильно планувати судове слідство та своєчасно висувати судові версії, які зумовлюють повне, об'єктивне та всебічне дослідження обставин вчиненого злочину.

Як висновок доцільно відмітити, що навіть найбільш сучасний закон не може претендувати на абсолютну ясність для тих, хто його застосовує, особливо якщо враховувати, що у кожній кримінальній справі суддя стикається з конкретною життєвою ситуацією, індивідуальною та неповторною. Цим, зокрема, зумовлена система безперервного підвищення професійної та загальнотеоретичної кваліфікації національного суддівського корпусу, оскільки поверхове загальнотеоретичне знання права багато в чому зумовлює суддівські помилки.

*Надійшла до редколегії 18.07.05*

**В. Борисов**, академік АПрН України,  
**О. Пащенко**, кандидат юридичних наук (НЮА України)

## До питання про сутність кримінально-правової характеристики злочинів

Для розроблення наукових рекомендацій щодо пізнання злочинів, встановлення їх ознак, методик розкриття та причин їх вчинення, а також обставин, пов'язаних з ними, необхідним є не тільки вивчення нормативно-правового масиву, яким забезпечується боротьба із злочинністю та практика його застосування, а й глибоке комплексне дослідження злочинів як негативних соціальних феноменів певного виду. Це закономірно приводить до необхідності розроблення науки кримінально-правового циклу галузевих видів юридичних харак-

теристик відповідних злочинів: кримінально-правової, кримінально-процесуальної, кримінологічної та криміналістичної<sup>1</sup>. Тобто юридична характеристика надається низкою юридичних галузей знання: науками кримінального та кримінально-процесуального права, кримінологією, криміналістикою, теорією оперативного-розшукової діяльності тощо. Ці галузі знання досліджують ті чи інші види злочинів з погляду свого предмета дослідження<sup>2</sup>.

В літературі вже відзначалося, що поняття кримінально-правової характеристики ще не наводилося<sup>3</sup>, проте неодноразово висловлювалася думка, згідно з якою її слід розуміти як аналіз системи елементів складу злочину<sup>4</sup>.

Видається, що для розуміння кримінально-правової характеристики слід виходити з того, що в ній повинні відбиватися особливості певного виду злочинів, які мають значення для з'ясування їх соціальної та юридичної природи (сутності), суспільної небезпечності, змісту ознак, кримінальної відповідальності, призначення покарання тощо. Тобто *кримінально-правова характеристика являє собою систему, суму спеціалізованої наукової інформації про певний вид злочинів*. Тому, як і будь-яка інша система, кримінально-правова характеристика складається з взаємопов'язаних складових частин — певних елементів, що її утворюють. На наш погляд, такими елементами є: 1) соціальна обумовленість встановлення та збереження кримінальної відповідальності за певний вид злочинів; 2) суспільна небезпечність певного виду злочинів, як їх матеріальний субстрат; 3) протиправність діяння та її місце в системі нормативного визначення заборони відповідного виду суспільно небезпечної поведінки; 4) склад певного виду злочинів; 5) суспільно небезпечні наслідки та інші обставини вчинення злочинів, що знаходяться поза

<sup>1</sup> Див.: Криміналістика: Підручник / В. М. Глібко, А. Л. Дудніков, В. А. Журавель та ін. / За ред. В. Ю. Шепітька. — К., 2001. — С. 367, 368.

<sup>2</sup> Див.: Матусовський Г. А. Экономические преступления: криминалистический анализ. — Х., 1999. — С. 46.

<sup>3</sup> Див.: Вказ. праця. — С. 47.

<sup>4</sup> Див., напр.: Криміналістика. Криміналістична тактика і методика розслідування злочинів: Підручник / В. О. Коновалова, Г. А. Матусовський, В. Ю. Шепітько та ін. / За ред. В. Ю. Шепітька. — Х., 1998. — С. 145, 146; *Лавленко Р. М.* Кримінально-правова характеристика незаконного нарковиробництва // Вісник Запорізького юридичного інституту МВС України. — 2000. — Вип. 4. — С. 157–166; *Тяпкін А. С., Чехунов Д. Н.* Кримінально-правова характеристика злочину, передбаченого ст. 176 Кримінального кодексу України «Порушення авторського права і суміжних прав» // Вісник Національного університету внутрішніх справ. — Х., 2001. — Вип. 15. — С. 25–31 та ін.



межами складу певного виду злочинів, але притаманні їм вчиненню; б) особа злочинця.

В системі елементів кримінально-правової характеристики центрального місця посідає **склад злочину**<sup>1</sup>. Це пояснюється тими функціями, які він виконує. Серед них першочергове значення має фундаментальна функція, яка полягає в тому, що саме склад злочину є єдиною, необхідною, достатньою та законною підставою кримінальної відповідальності<sup>2</sup>. Крім того, склад злочину виконує також процесуальну, розмежувальну та гарантійну функції. Кожен склад злочину являє собою не тільки сукупність об'єктивних і суб'єктивних ознак, а й їх органічну єдність, яка ґрунтується на тому, що кожен злочин як акт людської поведінки є єдиним за своєю природою. Проте в літературі вже давно відзначалося, що склад злочину зазвичай включає у себе лише деякі риси об'єкта, суб'єкта, об'єктивної та суб'єктивної сторін, які є необхідними і достатніми для визнання даного діяння злочином<sup>3</sup>. Справа в тому, що злочин як соціальне явище об'єктивної дійсності за своїм змістом є більш ширшим поняттям, ніж його склад. Тому ознаки складу злочину не в змозі забезпечити врахування всіх особливостей злочинних діянь, які мають значення для визначення ступеня їх суспільної небезпечності, притягнення до кримінальної відповідальності та призначення співрозмірного покарання.

З огляду на те, що склад злочину є лише одним з елементів кримінально-правової характеристики, в її структурі не треба окремо перелічувати всі ознаки складу, бо як відомо, їхня кількість може бути різною для певного виду злочину. Достатньо зазначити, що обов'язковими для всіх складів є: об'єкт злочину, суспільно небезпечне діяння, вина, загальні ознаки суб'єкта злочину.

Слід також відзначити, що серед ознак складу злочину можна виділити ті, які мають визначальне (вирішальне) значення для кваліфікації та його відмежування від суміжних видів злочинів. Коло цих ознак щодо різних злочинів не є однаковим. Проте в переважній більшості випадків злочини відрізняються один від одного за об'єк-

<sup>1</sup> Склад злочину слід розглядати як певну кримінально-правову модель, що формується на підставі закону про кримінальну відповідальність, практики його застосування, теоретичного аналізу ознак злочину.

<sup>2</sup> Щодо змісту кримінальної відповідальності див.: Баулін Ю. В. Звільнення від кримінальної відповідальності. — К., 2004.

<sup>3</sup> Див.: Трайнин А. Н. Общее учение о составе преступления. — М., 1957. — С. 59; Кудрявцев В. Н. Теоретические основы квалификации преступлений. — М., 1963. — С. 82.

тивною стороною. Тому при визначенні злочинів законодавець прагне відобразити в кримінально-правовій нормі саме ознаки об'єктивної сторони, в першу чергу суспільно небезпечне діяння. Крім того, скажімо, стосовно злочинів проти власності, важливе значення має спосіб вчинення злочину. В окремих випадках вирішального значення для кваліфікації набувають ознаки суб'єктивної сторони (вчинення одного і того ж діяння умисно або з необережності тягне за собою кваліфікацію за різними статтями КК). В злочинах, що можуть вчинюватися лише певними особами, вирішального значення набувають також ознаки спеціального суб'єкта.

Сутність вчиненого діяння визначається його **суспільною небезпечністю**. «Небезпека заподіяння шкоди суспільним відносинам є безпосереднім підґрунтям норм кримінального права»<sup>1</sup>. Тому злочинним можна визнати тільки таке діяння, яке за своїм змістом є суспільно небезпечним<sup>2</sup>. Суспільна небезпечність полягає в тому, що діяння або спричиняє шкоду відносинам, що охороняються кримінальним законом, або містить у собі реальну можливість заподіяння такої шкоди<sup>3</sup>. За своєю соціальною сутністю суспільна небезпечність — це об'єктивно-суб'єктивна категорія, яка визначається сукупністю всіх обов'язкових елементів складу злочину<sup>4</sup>. В літературі вже відзначалося, що кримінологічним підґрунтям складу злочину є сукупність елементів реального суспільно небезпечного діяння, котре, в свою чергу, є головним кримінологічним підґрунтям змісту кримінально-правової норми<sup>5</sup>.

Прийнято вважати, що суспільну небезпечність діяння «розлито» серед усіх ознак складу злочину, тобто суспільна небезпечність міститься в кожній ознаці складу. Це не зовсім так. Поряд з ознаками складу, кожна з котрих містить у собі частину суспільної небезпечності

<sup>1</sup> Филимонов В. Д. Криминологические основы уголовного права. — Томск, 1981. — С. 16.

<sup>2</sup> Див.: Курс уголовного права. Общая часть. Том 1: Учение о преступлении: Учебник для вузов / Г. Н. Борзенков, В. С. Комиссаров, Н. Е. Крылова и др. / Под ред. Н. Ф. Кузнецовой и И. М. Тяжковой — М., 1999. — С. 128.

<sup>3</sup> Див.: Бажанов М. И. Уголовное право Украины. Общая часть: Конспект лекций. — Днепропетровск, 1992. — С. 20, 21; Уголовное право Украины. Общая часть: Учебник / М. И. Бажанов, Ю. В. Баулин, В. И. Борисов и др.; Под ред. профессоров М. И. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тация — 2-е изд., перераб. и доп. — Х., 1999. — С. 44.

<sup>4</sup> Див.: Трайнин А. Н. Общее учение о составе преступления. — М., 1957. — С. 78; Кудрявцев В. Н. Объективная сторона преступления. — М., 1960. — С. 48; Курс уголовного права. Общая часть. Том 1: Учение о преступлении. — С. 138.

<sup>5</sup> Див.: Филимонов В. Д. Вказ. праця. — С. 85.

діяння, є й такі, які самі по собі ніякої суспільної небезпечності не становлять. Ніякої суспільної небезпечності не може бути, наприклад, в об'єкті злочину, немає її і в низці інших ознак складу злочину<sup>1</sup>. Крім того, суспільна небезпечність може визначатися також ознаками, що знаходяться за межами складу злочину (наприклад, суспільно небезпечні наслідки при розбої). Разом з тим треба звернути увагу на те, що в кримінальному законі суспільна небезпечність визначається саме ознаками злочину, які входять в систему складу злочину.

Основними рисами суспільної небезпечності є її характер і ступінь. Під характером суспільної небезпечності розуміється її якісна властивість, а під ступенем — кількісна характеристика<sup>2</sup>. «Соціальний зміст злочину міститься в характері та ступені суспільної небезпечності»<sup>3</sup>.

Суспільна небезпечність діяння визначається перш за все важливістю, значущістю тих суспільних відносин, на які воно посягає (об'єктом), а також тими наслідками (шкодою, збитком), які настають чи можуть настати<sup>4</sup>. Істотне значення для з'ясування суспільної небезпечності злочину мають також характер вини особи, особливості самого суспільно небезпечного діяння, а в окремих випадках — особливості його суб'єкта<sup>5</sup>.

Незважаючи на те що суспільна небезпечність є одним із факторів соціальної обумовленості, вважаємо за необхідне виділити її в системі елементів кримінально-правової характеристики, оскільки вона має значення не тільки для встановлення та збереження кримінально-правової заборони діянь певного виду. Важливе значення має також суспільна небезпечність конкретного вчиненого діяння. Крім того, за допомогою суспільної небезпечності можна відмежувати злочин від кола діянь, передбачених ч. 2 ст. 11 КК. Цей елемент кримінально-

<sup>1</sup> Див.: Филімонов В. Д. Вказ. праця. — С. 89.

<sup>2</sup> Див., напр.: Карпушин М. П., Курляндский В. И. Уголовная ответственность и состав преступления. — М., 1974. — С. 97; Уголовное право Украины. Общая часть. 1999. — С. 45; Пинаев А. А. Курс лекций по общей части уголовного права. Книга 1. «О преступлении». — Х., 2001. — С. 41.

<sup>3</sup> Кузнецова Н. Ф. Преступление и преступность. — М., 1969. — С. 54.

<sup>4</sup> Див.: Карпец И. И. Уголовное право и этика. — М., 1985. — С. 102; Беляев Н. А. Уголовно-правовая политика и пути ее реализации. — Л., 1986. — С. 72, 73; Гизимчук С. В. Уголовная ответственность за нарушение правил, норм и стандартов, касающихся обеспечения безопасности дорожного движения: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. — Х., 1999. — С. 26, 27; Пинаев А. А. Вказ. праця. — С. 40.

<sup>5</sup> Див.: Ковалев М. И. Понятие и признаки преступления и их значение для квалификации. — Свердловск, 1977. — С. 29.

правової характеристики має враховуватися і при призначенні покарання (відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 65 КК).

**Протиправність** злочину означає передбачення його в кримінальному законі. Вона пов'язана із суспільною небезпечністю: є суб'єктивним виразом об'єктивної, реальної небезпечності діяння для суспільних відносин, її законодавчої оцінки. Тому кримінальна протиправність — юридична, правова оцінка суспільної небезпечності, закріплена в законі<sup>1</sup>.

Протиправність дії (бездіяльності) виражається в законі про кримінальну відповідальність по-різному. Можна виділити два основні випадки, відомі кримінальному законодавству:

1) *пряма (безпосередня) кримінальна протиправність*, коли відповідна дія (бездіяльність) безпосередньо забороняється кримінальним законом незалежно від того, чи заборонена вона також нормами інших галузей права. В такому разі встановлення заборони, передбаченої такими кримінально-правовими нормами, відбувається без конкретного зв'язку з іншими галузями права. Положення інших галузей права в цих випадках лише зумовлюють необхідність встановлення кримінально-правової заборони. Діяння, заборона на вчинення (невчинення) якого міститься в таких кримінально-правових нормах, є очевидним, елементарним для усвідомлення його суспільної небезпечності. Вчинити його може практично будь-яка особа, що має загальні ознаки суб'єкта;

2) *змішана протиправність*, коли діяння забороняється в кримінальному порядку в зв'язку з тим, що воно визнане протиправним нормами іншої галузі права. Такі випадки становлять особливий інтерес. У цьому разі для відтворення заборони в кримінально-правовій нормі законодавець, конструюючи її, використовує бланкетну диспозицію. В диспозиції заборона повторюється лише загальним чином (наприклад, практично всі норми, розміщені в розділі Х Особливої частини КК «Злочини проти безпеки виробництва», мають такі диспозиції). Що стосується конкретних заборон певного виду людської поведінки, то вони формулюються у нормах інших галузей законодавства. Використовуючи регулятивні норми цих галузей, законодавець також вказує в них суб'єктам суспільних відносин на серйозні правові наслідки, які чекають на порушника, включаючи кримінально-правові санкції.

<sup>1</sup> Див.: Кримінальне право України: Загальна частина: Підручник / М. І. Бажанов, Ю. В. Баулін, В. І. Борисов та ін.; За ред. професорів М. І. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тація. — К.; Х., 2001. — С. 69.

Тому, якщо розмірковувати про функціональне призначення такого виду кримінально-правових норм, то головним для них є не заборона вчинення діяння (така заборона вже була конкретно зазначена в регулятивній нормі), а *загроза застосування серйозних юридичних санкцій*. Крім того, можна виділити ще одну особливість таких норм КК. Вчиняючи діяння, заборонене нормою КК, яка має бланкетну диспозицію, суб'єкт *порушує вимоги, що містяться у регулятивній нормі* іншої галузі законодавства. До цих вимог і відсилає норма КК, коли виникає питання про її застосування.

**Соціальна обумовленість.** Об'єктивні соціальні потреби формують зміст закону про кримінальну відповідальність не безпосередньо, а проходячи через свідомість і волю законодавця. Тому закони про кримінальну відповідальність можуть адекватно відображати суспільну потребу або недостатньо відповідати цій потребі, досягати чи не досягати поставлених законодавцем цілей<sup>1</sup>. Отже, великого значення набувають встановлення відповідності кожної кримінально-правової норми потребам суспільства та констатація ефективності її дії.

Соціальна обумовленість і ефективність кримінального законодавства, його норм та інститутів являють собою широку проблему, котра може бути досліджена з різних боків, в різних аспектах і напрямках. Але основним її аспектом, напрямком є *розкриття і вивчення факторів*, що впливають на створення норм та інститутів кримінального законодавства та на їх ефективність<sup>2</sup>. «Вказані фактори створюють у своїй сукупності соціологічний субстрат кримінально-правової норми, підтверджуючи тим самим генетичну природу кримінального права»<sup>3</sup>. Як відзначає В. Орехов, «повний відрив, протиставлення соціального і правового, їх розгляд як не пов'язаних та взаємовиключаючих одне одного понять — означали б позбавлення кримінально-правових досліджень соціального статусу, повернення науки кримінального права на позиції догматизму, на шлях коментаторства і тлумачення окремих правових норм та інститутів»<sup>4</sup>.

Визначення факторів, які зумовлюють встановлення (існування, збереження) кримінальної відповідальності, становить певні труднощі

<sup>1</sup> Див.: Кузнецова Н. Ф., Злобин Г. А. Социальная обусловленность уголовного права и научное обеспечение нормотворчества // Сов. государство и право. — 1976. — № 8. — С. 76.

<sup>2</sup> Див.: Орехов В. В. О социологических исследованиях в уголовном праве // Вестник ЛГУ. — 1991. — Сер. 6. — Вып. 1 (№6). — С. 67.

<sup>3</sup> Коробеев А. И. Советская уголовно-правовая политика. — Владивосток, 1987. — С. 64, 65.

<sup>4</sup> Орехов В. В. Вказ. праця. — С. 66.

не тільки для законодавця, а й для представників науки кримінального права. По-перше, різні автори неоднаково іменують ці фактори, називаючи їх підставами, принципами, умовами, завданнями, критеріями. По-друге, існує різна кількість зазначених факторів для констатації соціальної обумовленості кримінально-правової норми. А. Коробеев відзначає, що цих факторів налічується близько двадцяти, до того ж у процесі криміналізації деяких специфічних видів суспільно небезпечної поведінки, наприклад необережної, пов'язаної з використанням сучасної техніки, пропонується враховувати ще більшу кількість підстав<sup>1</sup>.

**Суспільно небезпечні наслідки та інші обставини вчинення злочинів, що знаходяться поза межами складу певного виду злочинів, але притаманні їм вчиненню.** Під час вчинення злочину можлива ситуація, коли в поведінці особи наявні всі ознаки певного складу злочину, але фактично вона не досягла того злочинного результату, якого прагнула, і, як наслідок, не спричинила реальної шкоди певним суспільним відносинам. Ця ситуація може скластися у разі вчинення злочину з усиченим складом, коли законодавець переносить момент його закінчення на одну з попередніх стадій. Так, розбій є закінченим злочином із моменту нападу, тобто з моменту застосування насильства, незалежно від того, вдалося винному заволодіти майном чи ні. Проте факт реального спричинення суспільно небезпечних наслідків у вигляді майнової шкоди має істотне значення для встановлення ступеня суспільної небезпечності вчиненого розбою і призначення покарання, а відтак, такі наслідки мають враховуватися під час кримінально-правової характеристики цього злочину. Така сама ситуація виникає і під час вчинення злочину з формальним складом, коли для моменту його закінчення достатньо встановити вчинення суспільно небезпечного діяння (дії чи бездіяльності). Так, для моменту закінчення такого злочину, як державна зрада у формі шпигунства, достатньо встановити початок збирання відомостей, що становлять державну таємницю, або момент їх передачі. Для кваліфікації цього злочину не має значення, чи була спричинена реальна шкода таким суспільним відносинам, як суверенітет, територіальна цілісність або недоторканність, обороноздатність, державна, економічна або інформаційна безпека. Проте настання конкретних наслідків (наприклад, спричинення шкоди обороноздатності України) істотно підвищує ступінь суспільної небезпечності вчиненого злочину, а тому має бути враховано під час здійснення кримінально-правової характеристики державної зради.

<sup>1</sup> Див.: Коробеев А. И. Вказ. праця. — С. 65.

До інших обставин, що можуть супроводжувати злочин, можна, зокрема, віднести обставини на боці потерпілого<sup>1</sup> (наприклад, вік, на поведінку), а також мотивацію злочинної поведінки суб'єкта. Мотивація поведінки являє собою складну взаємодію зовнішнього соціального з внутрішніми психологічними процесами, яка відображається у вигляді потреб, інтересів, цілей, ціннісних орієнтацій суб'єкта, що в сукупності спонукають його до певної діяльності<sup>2</sup>. Через мотиваційну систему оцінюються всі фактори зовнішнього середовища. В результаті взаємодії особи з соціальним середовищем набуваються соціальні потреби і досвід, які накопичуються. Надалі, під впливом зовнішніх факторів на психологічну систему особи, і формується мотив поведінки. Тобто мотивація являє собою певний процес, який передує формуванню мотиву. Як відзначає В. Філімонов, мотивація — це процес визначення особистістю характеру і спрямованості поведінки, процес формування її мотиву. Мотив є результатом цього процесу<sup>3</sup>. Визначати мотив вчинення злочину можуть різні потреби, інтереси, ціннісні орієнтації. Так, корисливому мотиву при крадіжці грошей може передувати і потреба у придбанні ліків для хворого родича, і прагнення отримати кошти для придбання туристичної путівки для подорожі за кордон. Такі випадки мають кваліфікуватися однаково (бо особа прагне протиправно одержати матеріальну вигоду), але ступінь суспільної небезпечності першої крадіжки буде значно меншою, ніж другої, через різний характер мотивації, яка передувала формуванню корисливого мотиву. Таким чином, мотивація впливає на ступінь суспільної небезпечності вчиненого злочину, а відтак, повинна відображатися в його кримінально-правовій характеристиці.

**Особа злочинця.** Кожна людина, яка вчинила злочин, є носієм багатьох соціально значущих якостей, серед яких для складу злочину мають значення лише вік, осудність і, в окремих випадках, ознаки спеціального суб'єкта. Більш ширше коло соціально значущих якостей особи, яка вчинила злочин, утворює поняття «особа злочинця».

<sup>1</sup> Про обставини на боці потерпілого див., напр.: *Сенаторов М. В.* Проблеми урахування обставин, пов'язаних із потерпілим, при кваліфікації злочинів проти життя та здоров'я особи // Кримінально-правова охорона життя та здоров'я особи: Мат. наук.-практ. конф. 22–23 квіт. 2004 р. / Редкол.: Сташис В.В. (голов. ред.) та ін. — К.; Х., 2004. — С. 87–89.

<sup>2</sup> Див.: *Гілязев Ф. Г.* Социально-психологические, уголовно-правовые и криминологические аспекты вины. — Уфа, 1978. — С. 26.

<sup>3</sup> Див.: *Филимонов В. Д.* Вказ. праця. — С. 115.

Це питання виступає як міжгалузева проблема, котру досліджують кримінологія, кримінально-виконавче право, криміналістика, судова психологія, пенітенціарна педагогіка та ін. Особа злочинця має значення і для кримінального права<sup>1</sup>. В деяких випадках кримінальний закон надає істотного значення якостям особи, які знаходяться поза межами складу злочину. Перш за все це стосується таких проблем, як індивідуалізація покарання та звільнення від кримінальної відповідальності і покарання. Так, деякі обставини, що перелічуються в ст.ст. 66, 67 КК, стосуються особи злочинця, а не суб'єкта злочину (неповнолітній, вагітна жінка, повторність або рецидив злочинів, стан сп'яніння), тобто особа злочинця має певний «запал» суспільної небезпечності<sup>2</sup>. В ч. 2 ст. 64 КК встановлено, що довічне позбавлення волі не застосовується до осіб, які вчинили злочини у віці до 18 років, і до осіб у віці понад 65 років, а також до жінок, що були у стані вагітності під час вчинення злочину або на момент постановлення вироку. Крім того, вимога враховувати особу винного є однією з загальних засад призначення покарання (п. 3 ч. 1 ст. 65 КК). Таким чином, особа злочинця повинна враховуватися при призначенні покарання, а відтак, входить до структури кримінально-правової характеристики злочинів.

Кримінально-правові характеристики злочинів окремих видів містять відомості, що безпосередньо належать до конкретного масиву злочинів. Підґрунтям поділу кримінально-правової характеристики на види є кримінально-правова класифікація злочинів за об'єктом охорони. Хоча в кримінальному праві існують декілька критеріїв класифікації злочинів, вважаємо за можливе віддати перевагу саме об'єкту, оскільки головним чином за цим критерієм побудована Особлива частина КК України, а отже, саме він має вирішальне значення для побудови системи кримінально-правових характеристик злочинів.

Тому серед кримінально-правових характеристик можна виділити родову кримінально-правову характеристику злочинів (в основі якої знаходиться їх спільний родовий об'єкт), групову кримінально-правову характеристику злочинів (в основі якої знаходиться груповий об'єкт), а також безпосередню кримінально-правову характеристику злочинів, які посягають на тотожні суспільні відносини (в основі якої знаходиться безпосередній об'єкт). Слід зазначити, що чим нижчим є рівень узагальнення кримінально-правової характеристики (тобто

<sup>1</sup> Див.: Курс уголовного права. Общая часть. Том 1: Учение о преступлении. — С. 287, 288.

<sup>2</sup> Див.: *Пинаев А. А.* Вказ. праця. — С. 103.



чим менша група злочинів, що характеризується), тим ширшими є можливості визначення спільних для даної групи значущих особливостей (що мають значення для з'ясування їх соціальної та юридичної природи (сутності), суспільної небезпечності, змісту ознак, кримінальної відповідальності, призначення покарання тощо) і відповідно тим більшим є практичне значення певної кримінально-правової характеристики.

За своєю юридичною природою кримінально-правова характеристика злочину являє собою абстрактне наукове поняття, необхідне для пізнання такого соціально-негативного явища, як злочин.

*Надійшла до редколегії 18.03.05*

*М. Панов*, аспірант Інституту вивчення проблем злочинності АПрН України

### **Об'єкт незаконних дій з документами на переказ, платіжними картками та іншими засобами доступу до банківських рахунків, обладнанням для їх виготовлення (ст. 200 КК України)**

Одним з найбільш важливих показників суспільної небезпечності злочину (в тому числі розглядуваного), її якісною характеристикою<sup>1</sup> виступає об'єкт злочину<sup>2</sup>. Саме він визначає соціальну і юридичну сутність злочину, його об'єктивні і суб'єктивні ознаки, дає змогу встановити межі дії кримінально-правової норми, відмежовувати злочинні діяння від незлочинних, правильно кваліфікувати діяння, а також розмежовувати суміжні злочини<sup>3</sup>. В зв'язку з цим аналіз об'єкта злочину

<sup>1</sup> Див.: *Карпушин М. П., Курляндский В. И.* Уголовная ответственность и состав преступления. — М., 1974. — С. 89–102; *Брайнин Я. М.* Основные вопросы общего учения о составе преступления. — К., 1964. — С. 34; *Ляпунов Ю. И.* Общественная опасность деяния как универсальная категория советского уголовного права. — М., 1989. — С. 113.

<sup>2</sup> Див.: *Кривоченко Л. Н.* Классификация преступлений: Учеб. пособ. — Х., 1979. — С. 21–22; Кримінальне право України. Загальна частина: Підручник / За ред. М. І. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тація. — К., 2001. — С. 67–68.

<sup>3</sup> Див.: *Тацій В. Я.* Объект и предмет преступления в советском уголовном праве. — Х., 1988. — С. 115 і наст.

чину, передбаченого ст. 200 КК України, надасть можливість вирішити широке коло питань, які мають важливе кримінально-правове значення. Тим часом на сьогодні ця проблема достатньо не досліджена. Вирішення її є метою цієї статті.

Відносно поняття об'єкта злочину в науці кримінального права існують різні точки зору. Так, деякі вчені вважають, що об'єктом злочину виступають соціально-значущі цінності, які охороняються кримінальним законом<sup>1</sup>, інтереси чи блага, на які посягає особа, яка вчиняє злочин, та яким у результаті вчиненого діяння заподіюється або *може бути* заподіяна шкода<sup>2</sup>. До цієї групи правознавців близько примикають і ті дослідники, які розглядають об'єкт злочину як правове благо<sup>3</sup>. Але більшість фахівців слушно, на наш погляд, відстоюють думку, згідно з якою об'єктом будь-якого злочину є суспільні відносини. Вважаємо, що проблема об'єкта злочину як суспільних відносин достатньо глибоко і фундаментально досліджена Б. Нікіфоровим, Є. Фроловим, В. Глістіним, В. Тацієм та ін., позиція стосовно об'єкта як суспільних відносин є найбільш переконливою і не вимагає суттєвих додаткових доказів<sup>4</sup>. Тут лише зазначимо, що поняття «суспільні відносини», як об'єкт злочину з огляду його обсягу і змісту є більш емким і не виключає, а навпаки, змістовно включає в себе тією чи іншою мірою правоохоронювані блага й інтереси та цінності, а відтак, з точки зору наукового підходу є найбільш прийнятним. Тому в межах цієї статті ми виходимо з визнання того, що об'єктом злочину виступають суспільні відносини, які поставлені під охорону кримінального закону і яким злочинним заподіюється істотна шкода або створюється загроза її заподіяння<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Див.: *Матишевський П. С.* Кримінальне право України. Загальна частина. — К., 2000. — С. 68–73.; *Фесенко Е. В.* Злочини проти здоров'я населення та системи заходів з його охорони. — К., 2004. — С. 47–51.

<sup>2</sup> Див.: Курс уголовного права. Общая часть. Т. 1./ Под ред. Н. Ф. Кузнецовой, И. М. Тяжковой. — М., 2002. — С. 209.

<sup>3</sup> Див.: *Гавриш С. Б.* Кримінально-правова охорона довкілля в Україні. — К., 2002. — С. 19–65.

<sup>4</sup> Див.: *Никифоров Б. С.* Объект преступления для определения меры наказания по советскому уголовному праву // Тр. ВЮА. — 1949. — Вып. 13; *його ж.* Объект преступления по советскому уголовному праву. — М., 1960. — С. 8–133; *Фролов Е. А.* Объект уголовно-правовой охраны и его роль в организации борьбы с посягательствами на социалистическую собственность: Автореф дис... д-ра юрид. наук — Свердловск, 1971. — С. 8–35; *Глистин В. К.* Проблема уголовно-правовой охраны общественных отношений. — Л., 1979. — С. 3–63; *Тацій В. Я.* Вказ. праця. — С. 6–65, 104–114.

<sup>5</sup> Див.: Кримінальне право України. Загальна частина. — С. 89–101.

Як і будь-яке складне явище, охоронювані кримінальним правом суспільні відносини прийнято класифікувати, тобто розподіляти по окремих і в той же час взаємопов'язаних класах, відповідно до найбільш істотних ознак, які властиві цим предметам класифікації і відрізняють їх від предметів інших родів<sup>1</sup>. Найбільш визнаною і поширеною в науці кримінального права є класифікація об'єктів злочину «за вертикаллю» — залежно від ступеня узагальнення суспільних відносин, які охороняються кримінальним законом. Згідно з цією класифікацією виділяються загальний, родовий і безпосередній об'єкти<sup>2</sup>.

Загальним об'єктом будь-якого злочину відповідно до ст. 1 КК України, а отже, і злочину, передбаченого ст. 200 КК, виступає комплекс найбільш важливих, істотних суспільних відносин, які знаходяться під охороною кримінального закону: права і свободи людини і громадянина, *власність*, громадський порядок та *громадська безпека*, довілля, *конституційний устрій* України, мир і безпека людства.

Поняттям *родового об'єкта* злочину охоплюється коло тотожних або однорідних суспільних відносин, які становлять певну сферу суспільного життя і за загальним правилом охороняються єдиним комплексом (групою) пов'язаних між собою і доповнюючих одна одну кримінально-правових норм. Однорідність суспільних відносин визначається на основі реально існуючих об'єктивних критеріїв. Серед них виділяють, по-перше, тотожність або схожість учасників відносин; і по-друге, збіг або схожість тих соціальних інтересів і благ, які становлять зміст суспільних відносин<sup>3</sup>.

Чинним законодавством злочин, передбачений ст. 200 КК, віднесено до розділу VII Особливої частини КК України «Злочини у сфері господарської діяльності», що певною мірою вказує напрям пошуку його родового об'єкта. Незважаючи на різні підходи до визначення родового об'єкта злочинів, які за чинним законодавством іменуються злочинами у сфері господарської діяльності, більшість дослідників солідарні в тому, що ці злочини порушують нормальну економічну або господарську діяльність. Таку діяльність можна визначити як правильну, таку, що відповідає інтересам держави та народу України, засновану на законах та інших нормативно-правових актах України, еко-

номічну господарську діяльність всіх суб'єктів незалежно від форм власності. У зв'язку з цим виникає необхідність з'ясувати зміст і співвідношення категорій «економіка» і «господарська діяльність». Економіка — це процес функціонування і розвитку господарства на різних рівнях (світова, національна, регіональна, економіка окремих галузей — промисловість, сільське господарство, будівництво, транспорт, зв'язок та ін.)<sup>1</sup>. Під господарською діяльністю розуміється діяльність суб'єктів господарювання у сфері суспільного виробництва, спрямована на виготовлення та реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру, що мають ціннову визначеність<sup>2</sup>. Із наведеного випливає, що ці категорії багато в чому збігаються за змістом, але категорію «господарська діяльність» слід розглядати як форму існування економічної діяльності (економіки), котра є більш широкою категорією.

Разом з тим вважаємо, що для більш-менш повного і точного визначення родового об'єкта злочину, передбаченого ст. 200 КК, необхідно звернутися до аналізу окремих економічних категорій, таких як «економічні відносини», «економічна система» (система господарювання), «відносини господарювання», «ринкова економіка» тощо. Певні зв'язки і відносини, в які об'єктивно вступають люди в процесі виробництва, називають суспільними виробничими (або економічними) відносинами, які базуються на певній формі власності<sup>3</sup>. Іноді під економічними відносинами розуміють також сукупність відносин між людьми в процесі виробництва і привласнення матеріальних благ у всіх сферах суспільного відтворення (в безпосередньому виробництві, розподілі, обміні, споживанні)<sup>4</sup>. Усередині економічних відносин виділяють також організаційно-економічні відносини (відносини між людьми в процесі організації виробництва як такого, незалежно від його характеру, де важливу роль відіграють управлінські рішення, правове регулювання цих відносин) і соціально-економічні відносини (відносини між людьми безпосередньо з приводу виробництва, розподілу, обміну і споживання матеріальних благ, що утворюються на

<sup>1</sup> Див.: Енциклопедія банківської справи України / За ред. Стельмаха В. С. та ін. — К., 2001. — С. 216.

<sup>2</sup> Див.: Господарський кодекс України // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 18, № 19–20, № 21–22. — Ст. 144.

<sup>3</sup> Див.: Экономическая теория. / Под. ред. А. И. Добрынина, Л. С. Тарасевича. — СПб., 1997. — С. 12.

<sup>4</sup> Див.: Экономический словарь-справочник / Под. ред. проф. Мочерного. — К., 1995. — С. 95.

<sup>1</sup> Див.: Кондаков Н. И. Логический словарь-справочник. — М., 1976. — С. 247.

<sup>2</sup> Див.: Советское уголовное право / Под. ред. В. Д. Меньшагина. — М., 1938. — Вып. 1. — С. 27; Курс советского уголовного права. — М., 1970. — Т. 2. — С. 124–126; Кримінальне право України. Загальна частина. — С. 97–100.

<sup>3</sup> Див.: Фролов Е. А. Спорные вопросы общего учения об объекте преступления // Сб. уч. тр. Свердлов. юрид. ин-та. — 1969. — Вып. 10. — С. 201.

основі відносин власності на засоби виробництва). Під економічною системою (системою господарювання) частіше за все розуміють сукупність усіх видів економічної діяльності людей у процесі їх взаємодії, спрямованої на виробництво, обмін, розподіл та споживання товарів і послуг, а також на регулювання економічної діяльності відповідно до цілей, які ставить перед собою суспільство<sup>1</sup>. Відносини господарювання (відносини у сфері впорядкування економічної діяльності) включають у себе тією або іншою мірою обидва згаданих аспекти — організаційний і соціальний. Ринкова економіка — це тип економіки, у функціонуванні якої визначальна роль належить товарно-грошовим відносинам. Для ринкової економіки на відміну від адміністративно-командної характерним є саморегулювання соціально-економічних процесів і відносин через механізми попиту і пропозиції, ціни, конкуренції, що об'єктивно складається між суб'єктами господарювання. Визначальними рисами ринкової економіки є відмова від неринкового розподілу благ, наявність розвинутої інфраструктури, установ, комерційних банків, бірж, ринків капіталів, товарів і праці, послуг, цінних паперів і т. ін.<sup>2</sup> Ринкова економіка базується на таких принципах: 1) приватна власність на інвестиційні ресурси; 2) вільне підприємництво; 3) свобода споживчого вибору; 4) особистий економічний інтерес; 5) конкуренція; 6) ринкове ціноутворення; 7) господарські ризики<sup>3</sup>.

Враховуючи викладене, вважаємо за можливе визначити *родовий об'єкт злочинів, передбачених розділом VII Особливої частини КК (в тому числі злочину, передбаченого ст. 200 КК), як суспільні відносини, що складаються в процесі господарської економічної діяльності незалежно від форм власності, в тому числі в сфері ринкової економіки, і охороняються кримінальним правом*. Але таке визначення зазначеного родового об'єкта є, безумовно, досить широким і неконкретизованим. Тому вбачається доцільним виділення науковцями із всієї сукупності суспільних відносин, що складаються у процесі господарської діяльності, окремих її сфер, точніше сказати, видів цих відносин, таких як: 1) відносини у сфері кредитно-фінансової, банківської і бюджетної систем; 2) відносини у сфері підприємництва, конкурентних відносин та іншої діяльності господарських суб'єктів; 3) відносини у сфері бан-

<sup>1</sup> Див.: Экономический словарь-справочник / Под. ред. проф. Мочерно-го. — С. 88.

<sup>2</sup> Див.: Енциклопедія банківської справи України. — С. 462.

<sup>3</sup> Див.: Основи економічної теорії. Підручник / За ред. О. О. Мамалуя. — К., 2003. — С. 62.

крутства; 4) відносини у сфері використання фінансових ресурсів та обігу цінних паперів; 5) відносини у сфері обслуговування споживачів; 6) відносини у сфері приватизації державного та комунального майна<sup>1</sup>. Всі ці види відносин охоплюються, як видається, більш широким поняттям — «господарська діяльність» і становлять зміст останнього.

Проте у даному випадку виникає проблема співвідношення між поняттям «господарська діяльність» (як родовим об'єктом і окремими видами цих відносин) як об'єктом злочину. Тут відзначимо, що вказані видові суспільні відносини безпосередньо є досить широкими за обсягом, мають відносно складну структуру і поряд з відносинами, що складаються в процесі господарської діяльності (родовий об'єкт), можуть бути поділені (класифіковані) на менш великі за обсягом відносини. У зв'язку з цим традиційна трьохланкова класифікація об'єктів злочинів (на загальний, родовий, безпосередній) потребує розширення за рахунок додаткових елементів. Так, одночасно з родовим об'єктом злочинів було запропоновано, зокрема Е. Фроловим, виділити підгруповий (видовий) об'єкт. Необхідність у цьому виникає тоді, коли усередині великої групи споріднених суспільних відносин (складний об'єкт) з'являється можливість виділити більш або менш відокремлену групу однорідних відносин, які тісно пов'язані між собою і в той же час не можуть бути визнані безпосередніми об'єктами. Для такої групи характерною є наявність спільного інтересу в усіх учасників цих відносин. Цей видовий об'єкт співвідноситься з родовим об'єктом злочину як частина з цілим або як вид з родом, що і було покладено в основу його найменування<sup>2</sup>.

Ми погоджуємося з позицією В. Киричка, О. Перепелиці, В. Тація, які зазначили, що злочин, передбачений ст. 200 КК, може бути зведений в єдину групу зі злочинами, передбаченими ст. ст. 199, 201, 204, 207, 208, 210, 211, 212, 215, 216 КК, — які вчиняються у сфері кредитно-фінансової, банківської і бюджетної систем України<sup>3</sup>. Ця сфера господарських відносин чи їх вид (різновид) — відносини у сфері

<sup>1</sup> Див.: Кримінальне право України. Загальна частина / М. І. Бажанов, Ю. В. Баулін, В. І. Борисов та ін.; За ред. М. І. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тація. — Х., 1997. — С. 156; Кримінальне право України. Особлива частина: Підручник. / Ю. В. Александров, О. О. Дудоров, В. А. Кліменко та ін.; За ред. М. І. Мельника, В. А. Клименка. — К., 2004. — С. 166; Кримінальне право України: Загальна частина. — С. 166.

<sup>2</sup> Див.: Фролов Е. А. Спорные вопросы общего учения об объекте преступления. — С. 203–204. На практичну значущість такої класифікації об'єктів вказував В. Тацій. (див.: Тацій В. Я. Вказ. праця. — С. 85–88).

<sup>3</sup> Див.: Кримінальне право України. Загальна частина. — С. 156.

банківської і бюджетної систем України — і є, на нашу думку, видовим (а не безпосереднім, як іноді стверджують) об'єктом злочину, передбаченого ст. 200 КК. У зв'язку з цим необхідно розкрити зміст понять «кредитна система», «фінансова система», «банківська система», «бюджетна система». Під *кредитною системою* слід розуміти сукупність кредитних відносин, форм і методів кредитування, а також систему кредитних установ. Кредитними називаються відносини, які складаються при мобілізації тимчасово вільних грошових коштів підприємств, організацій, бюджету та населення і тимчасовому використанні цих коштів на умовах повернення та платності. Кредитна система включає як банки, так і небанківські фінансово-кредитні інституції<sup>1</sup>. *Фінансова система* — це сукупність врегульованих фінансово-правовими нормами окремих ланок фінансових відносин і фінансових установ, за допомогою яких держава формує, розподіляє і використовує централізовані й децентралізовані грошові фонди<sup>2</sup>. Під *банківською системою* розуміють сукупність різноманітних видів банківських та інших кредитних установ, інституцій у їх взаємозв'язку, яка існує в тій чи іншій країні в певний історичний період і функціонує в межах єдиного фінансового механізму<sup>3</sup>. *Бюджетна система* — сукупність усіх бюджетів, які формуються в країні згідно з її бюджетним устроєм<sup>4</sup>.

Зі змісту Закону України «Про платіжні системи та переказ грошей в Україні»<sup>5</sup> з'ясуємо, що емісія та обіг документів на переказ, платіжних карток та інших засобів доступу до банківських рахунків здійснюється виключно кредитно-фінансовими установами — банками. Глава 1 Інструкції про переміщення валюти України, іноземної валюти, інших банківських документів і платіжних карток через митний кордон України, затвердженої постановою Правління НБУ від 12 липня 2000 р. за № 283<sup>6</sup>, та Положення про порядок здійснення операцій з чеками в іноземній валюті на території України, затверджене постановою Правління НБУ від 29 жовтня 2000 р. за № 520<sup>7</sup>, передбачають можливість емісії платіжних та деяких інших засобів доступу до банківських рахунків (дорожні та іменні чеки), карток також

<sup>1</sup> Див.: Енциклопедія банківської справи України. — С. 312.

<sup>2</sup> Див.: Там само. — С. 530.

<sup>3</sup> Див.: Там само. — С. 56.

<sup>4</sup> Див.: Там само. — С. 109.

<sup>5</sup> Див.: Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 29. — Ст. 137.

<sup>6</sup> Див.: Офіційний вісник України 2000. — № 31 — Ст. 1320.

<sup>7</sup> Див.: Там само. — № 8. — Ст. 329.

небанківськими фінансовими установами. Як впливає з наведених понять, «кредитно-фінансова», «банківська», «бюджетна» системи охоплюють одну і ту ж саму, споріднену групу суспільних відносин, які входять як складова частина у господарські відносини. В той же час вони відрізняються від інших сфер господарської діяльності. Все це дає підстави стверджувати, що *видовим об'єктом злочину, передбаченого ст. 200 КК, слід визнавати суспільні відносини, що забезпечують нормально-фінансової, банківської та бюджетної систем України*. Саме на цей об'єкт, крім розглядуваного злочину, посягають злочини, передбачені ст.ст. 199, 201, 204, 207, 208, 210, 211, 212, 215, 216 КК.

Останнім рівнем поділу об'єктів злочину по вертикалі є рівень *безпосереднього об'єкта*, під яким розуміють ті конкретні суспільні відносини (частина родового або видового (якщо він є) об'єкта), на які безпосередньо посягає даний злочин і яким він заподіює істотну шкоду або міг заподіяти таку шкоду. Безпосередній об'єкт значною мірою вказує на суспільно небезпечний характер конкретного злочину, його відмінні й особливі об'єктивні і суб'єктивні ознаки<sup>1</sup>. Тому встановлення безпосереднього об'єкта є важливою передумовою встановлення складу злочину як підстави кримінальної відповідальності і правильної кваліфікації злочину<sup>2</sup>.

В літературі щодо визначення безпосереднього об'єкта злочину, передбаченого ст. 200 КК, висловлено різні думки. Так, Н. Гуторова безпосередній об'єкт злочину, передбаченого ст. 200 КК, визначає як суспільні відносини у сфері функціонування банківської системи, захисту законних інтересів вкладників та клієнтів банків<sup>3</sup>. В. Киричко, О. Перепелиця, В. Тацій безпосереднім об'єктом незаконних дій з документами на переказ, платіжними картками та іншими засобами доступу до банківських рахунків, обладнанням для їх виготовлення вважають суспільні відносини у сфері діяльності кредитно-фінансових органів з випуску в обіг і використання документів на переказ<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Див.: *Сташис В. В., Панов Н. И.* Непосредственный объект и его значение для квалификации преступлений. Проблемы правоповедения. 1980. — Вып. 50. — С. 83–91.

<sup>2</sup> Див.: *Тацій В. Я.* Вказ. праця. — С. 88.; Кримінальне право України. Загальна частина — С. 87.

<sup>3</sup> Див.: *Гуторова Н. А.* Преступления в сфере хозяйственной деятельности. Раздел VII Особенной части Уголовного кодекса Украины с научно-практическим комментарием. — Х., 2003. — С. 14.

<sup>4</sup> Див.: Кримінальне право України. Особлива частина: Підручник / За ред. М. І. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тація — К.; Х. — 2001. — С. 159.



О. Дудоров безпосередній об'єкт цього злочину визначає як встановлений порядок проведення грошових розрахунків, виготовлення та обігу платіжних документів та інших засобів доступу до банківських рахунків, майнові права та інтереси юридичних та фізичних осіб — учасників розрахункових відносин, у тому числі емітентів та держателів платіжних карток<sup>1</sup>. Наведені позиції, незважаючи на їх деякі відмінності, будучи більш широкими чи більш вузькими за обсягом, певною мірою збігаються і тим чи іншим чином висвітлюють особливості безпосереднього об'єкта досліджуваного злочину. Проте, на наш погляд, пошук рішення проблеми безпосереднього об'єкта розглядуваного злочину треба вести у площині співвідношення видового об'єкта, предмета і об'єктивної сторони цього злочину як *обов'язкових ознак злочину, передбаченого ст. 200 КК*.

З аналізу диспозиції ст. 200 КК та Закону України від 5 квітня 2001 р. № 2346-III<sup>2</sup> «Про платіжні системи та переказ грошей в Україні», який розкриває зазначені в ст. 200 КК України поняття *предмета цього злочину*, можна дійти висновку, що всі зазначені предмети цього злочину — документи на переказ, платіжні картки, інші засоби доступу до банківських рахунків — охоплюються *єдиним, більш загальним за обсягом, терміном* — платіжний інструмент (саме такий термін використовується у згаданому Законі). Платіжний інструмент — засіб певної форми на паперовому, електронному чи іншому виді носія інформації, використання якого ініціює переказ грошей з відповідного рахунка платника. До платіжних інструментів належать документи на переказ та спеціальні платіжні засоби (п. 1.31 ст. 1 цього Закону). Однак, на нашу думку, більш вдалим буде замість «платіжний інструмент» застосування терміна «платіжний засіб», оскільки «*інструмент*» — це знаряддя для праці<sup>3</sup>, а «*засіб*» — це те, що служить знаряддям у якій-небудь дії, справі<sup>4</sup>. Останній термін нам видається більш вдалим, оскільки, наприклад, платіжна картка *дійсно* є знаряддям для дії (руху грошових коштів), *так само є такими засобом і документи на переказ і т. ін.* Отже, *нормальна діяльність банківських і кредитно-фінансових установ за змістом завжди пов'язана з рухом грошових коштів, які ініціюються документами на переказ, платіжними картками, іншими платіжними засобами*.

<sup>1</sup> Див.: Кримінальне право України. Особлива частина: Підручник / (Ю. В. Александров, О. О. Дудоров, В. А. Кліменко та ін.) — С. 200.

<sup>2</sup> Див.: Відомості Верховної Ради України. — 2000. — № 29. — Ст. 137.

<sup>3</sup> Див.: Великий тлумачний словник української мови. — К., 2001. — С. 400.

<sup>4</sup> Див.: Там само. — С. 326.

Крім цього, з метою визначення та конкретизації безпосереднього об'єкта злочину, передбаченого ст. 200 КК, такі поняття, як «*банки*», «*небанківські фінансові установи*» (як перші, так і другі є емітентами платіжних засобів), «*клієнти (вкладники) банків та небанківських фінансових установ*», слід визначити як «*суб'єкти системи емісії та обігу платіжних засобів*». Для уточнення наведеного визначення слід розкрити такі поняття, як «*система*», «*емісія*», «*обіг*». «*Система*» — це порядок, зумовлений правильним, планомірним розташуванням і взаємним зв'язком частин чого-небудь<sup>1</sup>. «*Емісія*» — випуск банкнотів, паперових грошей, *цінних паперів, документів та інших засобів на «переказ»*<sup>2</sup>. «*Обіг*» — використання, вжиток *вказаних предметів*<sup>3</sup>. Таким чином, *нормальна діяльність банківської і кредитно-фінансової систем (до яких входять їх суб'єкти — емітенти і клієнти (вкладники) платіжних засобів) функціонально пов'язана з емісією та обігом платіжних засобів*.

Значимо, що характер вказаних у диспозиції ст. 200 КК дій — «*підробка*», «*придбання*», «*зберігання*», «*перевезення*», «*пересилання*», «*використання*», «*збут*» платіжних засобів свідчить, на нашу думку, про те, що ці дії ще не завдають безпосередньої шкоди функціонуванню системи емісії та обігу платіжних засобів, реально ще не порушують майнових прав та інтересів суб'єктів цієї системи, оскільки при зазначених діях (крім «*використання*») ще не відбувається негативне втручання в функціонування цієї системи. Та й при «*використанні*» підроблених платіжних засобів з огляду на диспозицію ст. 200 КК наслідки не мають значення для констатації наявності *даного складу злочину і його кваліфікації*. Але вказані дії, безперечно, створюють *загрозу заподіяння істотної шкоди* нормальному функціонуванню системи емісії та обігу платіжних засобів, *створюється при цьому і загроза заподіяння шкоди майновим правам та інтересам суб'єктів цієї системи, оскільки внаслідок вчинення досліджуваного злочину потоки грошових коштів можуть бути протиправно змінені або припинені чи вони можуть бути навіть вилучені із правомірного обігу суб'єктів банківської і кредитно-фінансової систем, внаслідок чого ними можуть протиправно заволодіти (чи заволодівають) особи, які на це не мають ні дійсного, ні передбаченого права. Тут завжди страждає безпека зазначених суспільних відносин. При цьому під поняттям «*безпека*»<sup>4</sup> ми розуміємо захищеність*

<sup>1</sup> Див.: Великий тлумачний словник української мови. — С. 1126.

<sup>2</sup> Див.: Там само. — С. 263.

<sup>3</sup> Див.: Там само. — С. 636.

<sup>4</sup> Див.: Національна безпека в суспільствах транзитного типу. — Х., 2004. — С. 12–13.

(непорушність) прав і інтересів суб'єктів системи емісії та обігу платіжних засобів від суспільно небезпечних дій, передбачених у ст. 200 КК.

З урахуванням викладеного та попереднього аналізу видового об'єкта вважаємо за можливе визначити *безпосередній об'єкт злочину, передбаченого ст. 200 КК, під яким ми розуміємо суспільні відносини у сфері забезпечення безпеки нормального функціонування банківської і кредитно-фінансової систем з емісії і обігу платіжних засобів та майнових прав і інтересів суб'єктів цієї системи*. Цей безпосередній об'єкт визначає і суспільну небезпечність досліджуваного злочину, його об'єктивні і суб'єктивні ознаки. Саме шляхом створення загрози безпеці нормального функціонування банківської і кредитно-фінансової систем у сфері емісії та обігу платіжних засобів унаслідок підробки, придбання, зберігання, перевезення, використання, збуту платіжних засобів вчиняються посягання на суспільні відносини, що забезпечують нормальне функціонування кредитно-фінансової, банківської і бюджетної систем України (видовий об'єкт) і, відтак, на родовий об'єкт — суспільні відносини, що складаються в процесі господарської діяльності. Отже, спираючись на попередні твердження, розкриття родового, видового та безпосереднього об'єктів аналізованого злочину, їх співвідношення, вважаємо обґрунтованим такий висновок: віднесення злочину, передбаченого ст. 200 КК, до розділу VII Особливої частини КК «Злочини у сфері господарської діяльності» є виправданим.

*Надійшла до редколегії 10.07.05*

**В. Батиргарєєва**, вчений секретар Інституту вивчення проблем злочинності АПрН України, кандидат юридичних наук

## Жіноча рецидивна злочинність в Україні: кримінологічний аналіз сучасного стану

Рецидивна злочинність існувала завжди — за будь-яких історичних часів, політико-правових режимів, перетворень у суспільному житті, правової системи тощо. При цьому не викликає сумнівів, що ця складова злочинності є одним із найнебезпечніших різновидів протиправних діянь, хоча іноді з різних причин і намагаються знівелювати

цей факт. Проте якщо рецидивна злочинність взагалі-то досліджувалася у вітчизняній літературі, то окремо жіночому рецидивізму, котрий, на наш погляд, є самостійною проблематикою, предмет та особливості методології і методики наукового аналізу якої ще мало досліджено, приділяється явна недостатня увага. Її розглядають у контексті або жіночої злочинності, або рецидивної злочинності як такої. При цьому слід погодитися з думкою І. Степанової та Т. Явчуновської, згідно з якою рецидивна злочинність жінок становить безсумнівний науковий інтерес внаслідок специфіки видів вчинюваних злочинів, особливостей причинного комплексу, що їх зумовлюють, та особи винних<sup>1</sup>. Крім того, проблема жіночої рецидивної злочинності разом із суто теоретичним значенням має не менш важливий прикладний аспект, оскільки без вивчення зумовленості даного явища не можна на дійсно науковому ґрунті визначити шляхи протидії цьому протиправному прояву. Також потребує перевірки гіпотеза про те, що жіночій рецидивній злочинності притаманні тенденції та риси, які різняться її з кримінальним рецидивізмом чоловіків. Отже, все це викликає необхідність ретельного кримінологічного аналізу сучасного стану жіночої рецидивної злочинності та виділення основних тенденцій розвитку цього явища в Україні.

Дослідженнями рецидивної злочинності у різні часи займалися чимало вчених. Значний внесок у розв'язання цієї проблеми зробили А. Алексєєв, М. Бажанов, Ю. Битко, В. Голіна, П. Гришанін, І. Даньшин, О. Горбатовська, А. Зелінський, В. Квашиш, Ю. Солопанов, В. Філімонов, Г. Хохряков, Р. Юцкова, О. Яковлев та ін. Висновки цих вчених, безумовно, служать методологічним підґрунтям для розуміння багатьох проблем, пов'язаних із рецидивними проявами у поведінці жінок. Однак вирішувати ці проблеми лише у ракурсі загальної теорії рецидиву без урахування наукових досягнень у сфері вивчення жіночої злочинності навряд чи доречно. Тому ще однією складовою у методології дослідження саме жіночої рецидивної злочинності є напрацювання, викладені у наукових працях, присвячених тим чи іншим аспектам жіночої протиправної поведінки. В останні роки аналіз цих проблем набув актуальності як в Україні (А. Блага, В. Меркулова, М. Стрюк, В. Федусик та ін.), так і за її межами (Ю. Антонян, Н. Дибовська, О. Пляшенко, Н. Кузнецова, В. Серебрякова, І. Степанова, М. Юсупов, Т. Явчуновська та ін.).

<sup>1</sup> Див.: Степанова І. Б., Явчуновська Т. М. Кримінологическая характеристика рецидивной преступности женщин // Правоведение. — 2004. — № 2 (253). — С. 96.

Отже, лише поєднавши знання цих двох напрямків досліджень – рецидивної злочинності, з одного боку, та жіночої злочинності – з другого, можна з великою ймовірністю отримати реальну картину жіночої рецидивної злочинності.

За даними офіційної статистики, питома вага жінок-рецидивісток у загальній масі виявлених в Україні злочинниць у 2001 р. становила 4,1%, у 2002 р. – 4,7%, у 2003 р. – 5,7%, у 2004 р. – вже 5,8%. Аналіз динаміки жіночої рецидивної злочинності навіть на цьому незначному проміжку часу дає змогу виявити певні негативні тенденції.

По-перше, як видно, протягом лише трьох років питома вага рецидивізму в жіночій злочинності збільшилася майже на 2%.

По-друге, жіноча рецидивна злочинність зростає більш інтенсивно, ніж первинна злочинність жінок, що підтверджується статистичними показниками. Так, у первинній жіночій злочинності спостерігається істотне уповільнення її темпів, аж до досягнення негативного значення (у 2002 р. приріст до 2001 р. склав 12,4% зі знаком «—», у 2003 р. – 5,1% також зі знаком «—»). Одночасно з цим у рецидивній злочинності жінок, навпаки, лише за один 2002 р. відмічено збільшення кількості випадків вчинення ними нових умисних злочинів приблизно на 1/5.

По-третє, темпи приросту жіночого рецидивізму в деякі роки випереджають відповідні показники рецидивної злочинності чоловіків. Так, якщо у 2002 р. стосовно кількості рецидивістів-чоловіків, які вчинили нові умисні злочини, порівняно із роком попереднім спостерігалось зниження на 2%, то стосовно жінок відбулося збільшення відповідного показника майже на 1%. У цьому зв'язку є доречним висловлювання Б. Утевського, який багато років тому писав, що у той час, як участь жінок у злочинності в багато разів менша, ніж у чоловіків, проте схильність до повторної злочинності в них значно вища. Причину цього справедливо вбачають у двох моментах: в особливостях жіночої психіки, з одного боку, і в навколишньому середовищі – з другого. Жінка складніше стає на шлях злочину, але, одного разу ставши на нього, вона важче сходить із цього шляху. Сила звички, консервативність психіки більш властиві жінці, ніж чоловіку. До того ж поганий вплив знаходить у м'якій пасивній жіночій психіці більш благодатний ґрунт. Разом з тим жінці, яка вчинила злочин і побувала у в'язниці, складніше ресоціалізуватися, одержати можливість чесного заробітку. Відсталість і заботони обивателів з більшою силою таврують таку жінку, ніж чоловіка<sup>1</sup>. Сьогодні із поступовою втратою у

<sup>1</sup> Див.: Утевський Б. Преступность и рецидив // Современная преступность (пол. репрессия, рецидив). – М., 1927. – С. 41.

суспільстві багатьох загальнокультурних та моральних цінностей, недостатнім обсягом економічних та соціальних гарантій для жінок поволі стираються гендерні стереотипи поведінки. Тому тактика клеймування жінок-злочинниць суспільством, так би мотиви, «за звичкою», «за інерцією» поступово змінюється на іншу: обивателі в основній своїй масі не піддають громадському осуду жінок, які ведуть аморальний спосіб життя, вживають алкогольні напої та наркотичні засоби, вчиняють злочини і мають судимості. Принаймні, ставляться до цього байдуже.

По-четверте, свідчення про погіршення сучасного стану жіночої рецидивної злочинності надає і порівняння відповідних показників з аналогічними показниками минулого. Наприклад, у 60-ті роки ХХ ст. питома вага жінок серед рецидивістів у СРСР складала 5,8%<sup>1</sup>, наприкінці 70-х – не більше 5–7%<sup>2</sup>. Для порівняння зазначимо, що жінки-рецидивістки у структурі рецидивної злочинності такого мегаполісу, як Москва, приблизно у ті ж часи становили лише 2,6%<sup>3</sup>. При цьому слід нагадати, що за кримінальним законодавством тих років при наявності попередньої судимості рецидив злочинів складали випадки вчинення як умисних, так і необережних злочинів. Тому відсоток рецидиву в сучасному його розумінні (згідно з ст. 34 КК України вчинення нового умисного злочину особою, яка має судимість за умисний злочин) був ще менший.

Таким чином, кількісні показники рецидивної злочинності серед жінок на початку ХХІ ст. свідчать про несприятливі тенденції, пов'язані із збільшенням інтенсивності проявів кримінальної активності жінок, які одного разу вже вчинили будь-який умисний злочин.

Доповнює аналіз офіційних статистичних показників жіночого рецидиву характеристика якісної сторони цього різновиду злочинності. Узагальнення результатів опитування понад 250 жінок-рецидивісток, які відбувають покарання у виді позбавлення волі, дозволило виділити найтипівіші риси сучасного жіночого рецидивізму та порівняти їх з особливостями чоловічої рецидивної злочинності, а також первинної злочинності жінок.

<sup>1</sup> Див.: Солопанов Ю. В., Квашиш В. Е. Рецидив и рецидивисты. – М., 1971. – С. 7.

<sup>2</sup> Див.: Зелинский А. Ф. Рецидив преступлений (Структура, связи, прогнозирование). – Х., 1980. – С. 117.

<sup>3</sup> Див.: Сравнительное криминологическое исследование преступности в Москве в 1923 и 1968–1969 гг. / Под ред. Н. Ф. Кузнецовой. – М., 1971. – С. 147.

У структурі рецидивної злочинності жінок, незважаючи на кількість попередніх судимостей, чітко домінують три групи злочинів. Найбільшу питому вагу серед злочинів, учинених рецидивістками, становлять злочини проти власності. Їх частка становить близько 53–55%<sup>1</sup>. У межах цієї групи лідирує місце традиційно посідають крадіжки, грабежі та розбої.

Друге місце після злочинів проти власності посідають злочинні діяння у сфері незаконного обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів. На їх частку припадає близько третини всіх рецидивних злочинів (28–30%). Найчастіше злочини у сфері незаконного обігу наркотичних засобів, що вчиняються жінками-рецидивістками, пов'язані, з одного боку, із вживанням цих речовин самими злочинницями, а з другого – із поширенням ними наркотичних засобів серед інших осіб. В останньому випадку прибуток, отриманий від вчинення наркотичних злочинів, як правило, є основним або істотним джерелом існування злочинниць. Разом з тим не можна не звернути увагу на той факт, що у структурі чоловічої рецидивної злочинності наркотичні злочини хоча і займають таку ж саму позицію (другу після злочинів проти власності), але їх питома вага становить лише 11–14%.

Третю позицію в рецидивній злочинності жінок займають злочини, що вчиняються проти життя та здоров'я іншої особи. Сьогодні це майже кожний десятий злочин. При цьому тривожним є той факт, що понад 40% з цих злочинів припадає на умисні убивства, кількість яких за три десятки років збільшилася у 6–7 (!) разів<sup>2</sup>.

Цікавим з ретроспективного погляду на структуру рецидивної злочинності є зауваження Е. Стумбіної, яка за радянських часів писала, що первинна тенденція, котра характеризує рецидивну злочинність, – переважання в ній корисливих, майнових злочинів<sup>3</sup>. Ці злочини І. Карпець об'єднував у поняття «злочинського рецидиву»<sup>4</sup>. Про будь-яке домінування у структурі жіночого рецидивізму наркотичних зло-

<sup>1</sup> Така ж сама питома вага злочинів проти власності у структурі цього різновиду злочинності відмічена і російськими дослідниками жіночого рецидивізму І. Степановою і Т. Явчуновською (див.: *Степанова И. Б., Явчуновская Т. М.* Вказ. праця. – С. 98).

<sup>2</sup> Див.: *Солопанов Ю. В., Квашиш В. Е.* Вказ. праця. – С. 10–11.

<sup>3</sup> Див.: Рецидивная преступность: понятие и криминологическая характеристика / Л. Н. Пшенникова, А. М. Ниедре, Г. Г. Менберг, И. Э. Казмер / Под ред. Э. Я. Стумбиной. – Рига, 1983. – С. 29.

<sup>4</sup> Див.: *Карпец И. И.* Наказание. Социальные, правовые и криминологические проблемы. – М., 1973. – С. 255.

чинів на той час взагалі не йшлося. Отже, проведене дослідження виявило одну з помітних тенденцій у структурі як рецидивної злочинності в цілому, так і у структурі жіночого рецидивізму зокрема. Її сутність полягає у кардинальній зміні характеру сучасної рецидивної злочинності за рахунок переважання в ній наркотичної злочинності над злочинами насильницької спрямованості.

Порівняно із структурою первинної злочинності жінок структура рецидивної злочинності відрізняється вужчим спектром злочинних проявів з їх боку. Так, торгівля, обслуговування товарно-матеріальних цінностей, виконання обліково-бухгалтерських функцій традиційно вважаються сферами застосування жіночої праці, а сфера підприємницьких, бюджетних, кредитно-фінансових та інших відносин також все активніше освоюється жінками, проте лише лічені одиниці жінок-рецидивісток засуджувалися за вчинення так званих економічних злочинів<sup>1</sup>. Такий малий відсоток вчинення ними подібних злочинів пояснюється, вочевидь, тим, що серед злочинниць мали спеціальність бухгалтерів та економістів лише 2%, товаровзнавцями або продавцями працювали 16%. Слід пам'ятати і про те, що існують певні обмеження щодо працевлаштування осіб, які раніше відбули покарання за корисливі правопорушення і внаслідок цього мають обмежені можливості займатися господарською або фінансовою діяльністю<sup>2</sup>. До того ж не всі жінки-рецидивістки вчинили злочини, безпосередньо пов'язані з використанням своїх професійних знань. Таким чином, рецидивістками майже не вчиняються злочини у сфері господарської та службової діяльності. Рідкими є випадки вчинення злочинів проти основ національної безпеки, громадської безпеки, авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування та об'єднання громадян.

Дослідження генези мотивації дій жінок-рецидивісток дозволило визначитися з особливостями цієї сфери. В двох основних групах злочинів, якими переважно представлена структура рецидивної злочинності жінок (злочини проти власності та злочини, пов'язані з незаконним обігом наркотичних засобів), домінує корисливий мотив. Нерідко разом із злочинами у сфері незаконного обігу наркотичних засобів жінки вчиняють злочини проти власності (крадіжки, грабежі тощо),

<sup>1</sup> До системи економічних злочинів ми не включаємо злочини проти власності, як, наприклад, пропонує О. Кальман. Більш докладно про це див.: *Кальман О. Г.* Стан і головні напрямки попередження економічної злочинності в Україні: теоретичні та прикладні проблеми. – Х., 2003. – С. 40–42.

<sup>2</sup> Див.: Там само. – С. 101.



оскільки на придбання наркотичних засобів їм потрібні гроші. Отже, корисливий мотив так чи інакше є константою при вчиненні багатьох злочинів, в етіології яких неабияке значення має наркотична залежність особи. Якщо ж особа сама не вживає наркотичні засоби, то вчинення таких злочинів спрямоване на одержання прибутку. Проілюструємо це прикладом із практики.

Тричі засуджена В., 32 років, народилася та виховувалася у повній родині старшою із трьох дітей, неодружена, із середньою спеціальною освітою. Сім'я мала незначний, але стабільний прибуток. У 16 років спробувала палити коноплию, яку запропонували на дискотеці приятелі. Зі слів В., вона це зробила «просто так, заради інтересу, всі так робили». Потім стала вживати опій ін'єкційним шляхом. Згодом грошей стало не вистачати, оскільки ніде не працювала. Перший злочин – крадіжку вчинила у 21 рік, для того щоб «дістати» гроші на дозу. Була засуджена умовно. Намагалася лікуватися від опійної наркоманії, потім зустрілася з тією ж компанією приятелів і «зірвалася». Оскільки постійної роботи не мала, то виникла потреба у грошах для придбання наркотичних засобів. Як наслідок – новий корисливий злочин. Після відбуття покарання через деякий час її знову засуджено за аналогічний злочин. Особисте життя не склалося, як зазначає В., через хворобу. Про свою перспективу каже, що їй байдуже, що з нею буде далі<sup>1</sup>.

Досліджуваний випадок – це типовий життєвий шлях для багатьох наркоманок, які, на жаль, навіть не усвідомлюють, наскільки тонка грань між вживанням наркотичних засобів та вчиненням з метою одержання коштів на їх придбання тяжких злочинів, що нерідко мають ситуативний характер.

При вчиненні насильницьких злочинів жінками-рецидивістками в мотиваційному комплексі також нерідко простежується корисливий мотив, хоча «розміри» цієї корисливості можуть бути різними – від одержання спадщини до здобуття грошей на пляшку горілки. Такий висновок ми робимо на підставі віднесення до цієї групи злочинів, зокрема, умисних убивств, учинених з корисливості або на замовлення, які традиційно у теорії кримінології належать до корисливо-насильницької злочинності. Проте у даному разі, виходячи з особливостей побудови розділів КК України, згідно з якими нами виділені найтипівші різновиди злочинних проявів, що вчиняються рецидивістками, ми вважаємо, що подібні злочини слід розглядати у групі саме насильницьких злочинів. До того ж слід пам'ятати і про певну

<sup>1</sup> Фрагмент бесіди дослідниці із В., за якою після відбування покарання у виді позбавлення волі встановлено адміністративний нагляд.

латентизацію істинних мотивів учинків жінок під час вчинення ними інших насильницьких злочинів (тілесних ушкоджень різного ступеня тяжкості). Ці злочини нерідко є не лише проявом агресивної реакції на будь-які дії з боку потерпілих, а й можливістю «провчити» потерпілого з метою зменшення або усунення з боку останнього у майбутньому претензій матеріального характеру, як-от: вимагання грошей на алкогольні напої, наркотичні засоби, ведення паразитичного способу життя тощо.

Крім того, дослідження підтвердило гіпотезу про те, що не завжди корисливий мотив злочинних вчинків жінок зумовлюється виключно їх паразитизмом як способом життя, якого вони свідомо б дотримувалися (небажання працювати, алкоголізм, наркоманія, аморальність тощо). Серед рецидивісток багато неодружених, безробітних, понад дві третини з них мають дітей. Як правило, їм сподіватися ні на кого, але треба якось виживати. Як можна «списати» на рахунок паразитичних прагнень крадіжку жінкою худоби або овочів у селі, якщо немає ані роботи, ані грошей?

В умовах негативних процесів, пов'язаних із трансформацією українського суспільства (інфляція, зростання безробіття, скорочення асигнувань на соціальні програми, руйнація служб побуту та системи дитячих дошкільних закладів, установ освіти, культури, спорту), суперечностями і недоліками у сфері соціальних відносин, ідеологічним вакуумом та ін.<sup>1</sup> найбільш доступним засобом одержання «швидких» грошей, на жаль, є вчинення злочину. Невипадково серед жінок-рецидивісток переважає спеціальний рецидив. Зазначене перш за все стосується тих рецидивісток, які займаються крадіжками, а також поширенням наркотиків. Під час проведеного нами опитування 28,7% рецидивісток заявили, що провідним мотивом вчинення ними свого першого злочину стали матеріальні труднощі, з якими вони особисто або їх родина зіткнулася. На ці ж труднощі матеріального характеру як причину вчинення наступних злочинів посилалися вже 34,2% жінок. До цього слід додати, що третина засуджених не побажали відповісти на запитання щодо мотивів учинення злочинних діянь. Вочевидь, справжня питома вага цих обставин у причинному комплексі злочинної поведінки є ще значнішою. Побічним свідченням репрезентативності отриманих відповідей є той факт, що після відбуття першого покарання 38,5% жінок не змогли знайти роботу, і це призвело до погіршення і без того скрутного їх матеріального становища.

<sup>1</sup> Див.: *Блага А. Б.* Кримінологічні особливості жіночої злочинності в Україні: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Ун-т внутр. справ МВС України. – Х., 2000. – С. 8.

Особливістю рецидивної злочинності жінок є те, що вчинення ними злочинів за мотивами помсти або ревнощів взагалі-то не характерно. Лише 5-6% осіб вчинили насильницькі злочини саме з цих мотивів. Наведене означає, що рецидивні злочини жінок меншою мірою тяжіють до сімейно-побутової сфери, ніж первинна жіноча злочинність. Для порівняння зазначимо, що, за даними Б. Головкина, з мотивів помсти у сімейно-побутовій сфері жінками вчиняються 22,1% кваліфікованих вбивств, 23,8% умисних вбивств і 12,5% тяжких тілесних ушкоджень; з мотивів ревнощів – 9,8%, 7,9% і 15,4% відповідних злочинів<sup>1</sup>. При цьому, вочевидь, автор мав на увазі весь масив жіночої злочинності – як первинної, так і рецидивної. Разом з тим при аналізі цих даних стає зрозумілим, що такий значний відсоток діянь саме з цих мотивів утворюється за рахунок первинної злочинності.

У кримінологічній літературі справедливо зауважується, що жінкам-злочинницям меншою мірою притаманні асоціальні установки, у більшості з них відсутні стійкі злочинні переконання<sup>2</sup>. Навіть переважання у жіночій рецидивній злочинності спеціального рецидиву свідчить частіше за все про обрання жінками шляху найменшого опору до задоволення своїх потреб у їжі, одягу, житлі, розвагах, ніж про усталену орієнтацію на злочинний спосіб життя як такий з усіма його атрибутами – відповідними ідеями, жаргоном, слідуванням злочинським традиціям, віднесенням себе до спільноти злочинців тощо. Отже, ідейних злочинниць-«кар'єристок» у середовищі рецидивісток нами не виявлено, чого не можна стверджувати про злочинний світ чоловіків-рецидивістів. Щодо цього жіночий рецидивізм за своїми якісними показниками має відмінність від рецидивних проявів з боку чоловіків. Разом з тим, як слушно відмічає В. Федусик, фемінізація і масова аномія суспільства зіграли злий жарт: прагнучи підняти жінку на п'єдестал, це суспільство все більш заохочує маскулітні форми поведінки жінок, що в середовищі маргіналів приводить до стійкої тенденції зближення показників чоловічої і жіночої злочинності<sup>3</sup>. Висловлене, безумовно, стосується і рецидивної злочинності.

<sup>1</sup> Див.: Головін Б. М. Кримінологічні проблеми умисних вбивств і тяжких тілесних ушкоджень, що вчиняються у сімейно-побутовій сфері. – Х., 2004. – С. 49, 51.

<sup>2</sup> Див.: Стрюк М. В. Кримінологічна характеристика жіночої злочинності: Автореф. ... дис. канд. юрид. наук: 12.00.08 / НАВС України. – К., 2001. – С. 12.

<sup>3</sup> Див.: Федусик В. В. Жіноча злочинність в Україні (кримінально-правові та кримінологічні проблеми): Автореф. ... дис. канд. юрид. наук: 12.00.08 / Одеська нац. юрид. акад. – Одеса, 2001. – С. 15.

Неабияке значення в генезі рецидивної злочинності жінок відіграє значна алкогольна обтяженість. Так, 70% засуджених рецидивісток відзначили, що вони періодично вживали алкогольні напої, ще 4% вказали, що вживали їх систематично. Приблизно третина рецидивісток вважає, що вчинили злочин саме під впливом алкогольного сп'яніння. Вочевидь, мотивування злочинних дій перебуванням у нетверезому стані є спробою якось виправдати свою злочинну поведінку в очах оточуючих, але факт залишається фактом: алкоголізація серед жінок-рецидивісток набула великих масштабів. Таким чином, питання про місце алкоголю в системі обставин, що мають помітний зв'язок зі структурою жіночої злочинності, зокрема рецидивних її проявів, у теперішній час є особливо актуальним, оскільки в алкогольний полон потрапляє все більше жінок<sup>1</sup>.

Крім того, в останнє десятиріччя все виразніше простежується зростання злочинних діянь, пов'язаних із поширенням та споживанням наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів. Як свідчить аналіз емпіричного матеріалу, кожна третя жінка, що вчинила рецидивний злочин, була втягнута до незаконного обігу наркотичних засобів. У момент вчинення злочину 5,8% рецидивісток перебували у стані наркотичного сп'яніння. При цьому з числа рецидивісток 35% (!) осіб мали наркотичну залежність. Ще 11% жінок хоча б раз у житті вживали ці речовини. Слід зауважити, що ці дані, як і стосовно періодичності вживання алкоголю, отримані зі слів засуджених. Вважаємо, що об'єктивно ці відсотки є ще значнішими.

Серед рецидивісток жінки, хворі на наркоманію, становлять особливий різновид, «упертість» у продовженні злочинної діяльності яких багато в чому пов'язана саме із хворобливими змінами в організмі. Їх поведінка дуже важко піддається корекції, якщо взагалі це можливо. Тому відмовитися від вчинення злочинів, пов'язаних як із незаконним обігом наркотичних засобів, так і зі здобуттям коштів на їх придбання, навряд чи вони зможуть самостійно без серйозної попереджувальної роботи з ними.

Проведеним нами дослідженням встановлено, що дві третини жінок (68%) вчинили рецидивні злочини поодиночі. В інших випадках мала місце співучасть осіб. Найпоширеніша форма спільного вчинення злочинного діяння – участь у групі за попередньою змовою (29%). При цьому співучасниками найчастіше виступали знайомі, родичі,

<sup>1</sup> Див.: Голина В. В. Жіноча злочинність в Україні: характеристика і попередження // Проблеми законності: Респ. міжвідом. наук. зб. / Відп. ред. В. Я. Тацій. – Х., 1998. – Вип. 33. – С. 140.

коханці, подруги та ін. З огляду на кримінологічний портрет цих осіб слід зазначити, що вони і рецидивістки, як правило, є вихідцями з одного кола, представниками одного середовища. Питома вага жінок-рецидивісток у складі організованих злочинних груп становить лише 3%<sup>1</sup>. Такі групи спеціалізувалися головним чином або на поширенні наркотичних засобів, або на вчиненні грабежів і розбоїв. Отже, найбільш небезпечні форми зорганізованості злочинного світу не набули у жінок такого поширення, як це спостерігається в рецидивній злочинності чоловіків; роль жінок залишається допоміжною і невизначальною<sup>2</sup>.

Говорячи про морально-психологічний образ жінок-рецидивісток, не можна не відзначити відчутних змін в їх характері та психіці, зумовлених як способом життя, поверненням до вчинення злочинів, так і умовами відбування покарання у середовищі подібних до себе, інтенсивним процесом розпаду соціально корисних зв'язків. Провідною рисою у багатьох з них стає невіра у своє благополучне майбутнє, небажання опиратися зовнішнім несприятливим обставинам, пов'язаним із процесом їх соціальної адаптації. Це призводить, з одного боку, до пасивності людини, байдужості до себе і навіть до оточуючих близьких їй людей. З другого ж боку, оскільки, на думку жінки-рецидивістки, їй нічого втрачати, погане в її житті вже відбулося, – до відвертої цинічності, перш за все стосовно до себе. Подібне ставлення до себе та свого місця у соціумі багато в чому пояснює їх поведінку, спосіб життя, який будується за принципом «Я не бажаю здаватися кращою, ніж я є». Найчастіше дотримування такої «філософії життя» спостерігається тоді, коли жінка перебуває у місцях позбавлення волі і ніхто не чекає її по той бік ґрат. Після відбуття покарання у виді позбавлення волі багато жінок стають соціально неадаптованими, причиною чого є самотність, відсутність житла і роботи, сімейних та родинних зв'язків. Наслідком цього є рецидив злочинів<sup>3</sup>.

У зв'язку з цим стосовно жінок-рецидивісток ще гостріше, ніж щодо звільнених після відбування покарання вперше, постає проблема ускладненої соціальної адаптації. З огляду на необхідність надання всебічної допомоги раніше засудженим особам в Україні 10 липня 2003 р. прийнято Закон за № 1104-IV «Про соціальну адаптацію осіб, які відбули покарання у виді обмеження волі або позбавлення волі на певний строк»<sup>4</sup>. Згідно з цим Законом з метою сприяння зазначеним

<sup>1</sup> За нашими даними, приблизно 17–18% чоловіків-рецидивістів учинили злочини у складі організованих злочинних груп або злочинних організацій.

<sup>2</sup> Див.: Степанова И. Б., Явчуновская Т. М. Вказ. праця. – С. 99.

<sup>3</sup> Див.: Голіна В. В. Вказ. праця. – С. 140.

<sup>4</sup> Див.: Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 6. – Ст. 39.

особам у працевлаштуванні, професійній переорієнтації та перепідготовці, створення належних житлово-побутових умов, запобігання впливу на них криміногенних факторів на низку державних та недержавних установ в Україні покладається здійснення комплексу заходів державної підтримки та допомоги (соціальний патронаж). На наш погляд, залучення до вирішення проблем соціальної адаптації значної кількості відповідних суб'єктів зумовлюється тим, що своєчасна допомога такому контингенту – немаловажна гарантія скорочення кількості рецидивістів.

Наприкінці зазначимо, що кримінологічний аналіз сучасного стану рецидивної злочинності жінок дає можливість, по-перше, констатувати в цілому погіршення кількісно-якісних показників цього різновиду злочинних проявів та спрогнозувати збільшення кількості корисливих злочинів з боку жінок, які раніше вже були засуджені; по-друге, визначити, що порівняно з минулими часами відбулася зміна характеру цієї злочинності внаслідок збільшення кількості наркотичних злочинів, які випередили злочини насильницької спрямованості; по-третє, дійти висновку про те, що корисливість жінок-рецидивісток має різні витoki, які не завжди зумовлюються паразитизмом як способом життя; по-четверте, виявити проблему ускладненої соціальної адаптації цього контингенту злочинниць внаслідок більш тяжких соціальних наслідків відбування покарання; по-п'яте, окреслити контури нових кримінологічних досліджень з метою розв'язання складних проблем, пов'язаних з означеною тематикою.

*Надійшла до редколегії 10.06.05*

*Г. Авдєєва, завідувачка лабораторії  
Харківського НДІСЕ*

### **Проблеми використання спеціальних знань при дослідженні контрафактної аудіовізуальної продукції**

Проблема використання спеціальних знань у діяльності слідчого певним чином досліджувалася в теорії кримінального процесу та

криміналістиці<sup>1</sup>. Взагалі спеціальними знаннями є знання у галузі науки, техніки, мистецтва або ремесла, необхідні для вирішення питань, які виникають під час розслідування і розгляду справ<sup>2</sup>.

У науковій літературі дискусійним є питання про віднесення юридичних знань до спеціальних. Одні вчені вважають, що висновок експерта повинен мати лише технічний характер і не може торкатися галузі правових питань<sup>3</sup>, знання з галузі правових наук не застосовуються експертом<sup>4</sup>, на ньому не лежить обов'язок правової оцінки певних фактів — це право тільки суду й слідства<sup>5</sup>; інші — пропонують увести в практику судово-експертної діяльності правову (юридичну) експертизу<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Див., напр.: *Белкин Р. С.* Использование специальных познаний для выявления и раскрытия преступлений в сфере экономики // Организация борьбы с преступлениями в сфере экономики: — М., 1994. — Вып. 6. — С. 96–101; *Россинская Е. Р.* Проблемы использования специальных познаний при раскрытии и расследовании преступлений в сфере компьютерной информации // Информатизация правоохранительных систем: IX Междунар. науч. конф., г. Москва, 7–8 июня 2000 г. — М., — 2000. — С. 427–432; *Снетков В. А.* Основы деятельности специалиста экспертно-криминалистических подразделений органов внутренних дел: Учеб. пособ. — М., 2001; *Исакович Б. М., Надгорный Г. М.* Специалист как субъект процессуальной деятельности: дискуссионные аспекты (по материалам украинского законодательства и практики его применения) // Криминалистика. XXI век: Мат. науч.-практ. конф., г. Москва, 26–28 февр. 2001 г. — М., — 2001. — Т. 2. — С. 187–190 та ін.

<sup>2</sup> Див.: *Шепітько В. Ю.* Криміналістика: словник термінів. — К., 2004. — С. 224.

<sup>3</sup> Див.: *Никифоров В. М.* Экспертиза в советском уголовном процессе. — М., 1957.

<sup>4</sup> Див.: *Александров М. К., Терзиев Н. В.* Экспертиза на следствии и в суде. — М., 1957. — С. 8.

<sup>5</sup> Див., напр.: *Перлов И. Д.* Правовая оценка эксперта и специалиста // Материалы научной конференции, посвященной проблемам криминалистической экспертизы. — М., 1968. — С. 201; *Корухов Ю. Г.* Допустимы ли правовые и юридические экспертизы в уголовном процессе // Законность. — 2000. — № 1. — С. 39–40; *Круть О. В., Надгорный Г. М.* До питання про так звану правову (судово-правову) експертизу // Актуальные вопросы судебной экспертизы и криминалистики на современном этапе судебно-правовой реформы. — Х., — 1998. — С. 30–33.

<sup>6</sup> Див., напр.: *Селиванов А. О.* Проблемы запровадження в судовому процесі правової експертизи як умови досягнення об'єктивного та обґрунтованого судового рішення // Теорія та практика судової експертизи і криміналістики. — Х. 2002. — Вип. 2 — С. 167–170; *його ж.* Проблема запровадження в судовий процес правової експертизи // Право України. — 2002. — № 8. — С. 32–34; *Семикаленова А. И.* Некоторые правовые вопросы, решаемые при установлении контрафактности информационно-программных продуктов // Криминалистика. XXI век: Мат. науч.-практ. конф., г. Москва, 26–28 февр. 2001 г. — М., 2001. — Т. 1. — С. 238–242 та ін.

Слід зазначити, що сьогодні в Україні проведення експертизи в галузі права можливе лише в практиці Конституційного Суду України, але не в кримінальному процесі. В п. 11 постанови Пленуму Верховного Суду СРСР від 16 березня 1971 р. «Про судову експертизу за кримінальними справами» зазначено: «Суди не повинні допускати постановку перед експертом правових питань, які не входять до його компетенції»<sup>1</sup>. Однак, на наш погляд, цей підхід вже є застарілим, оскільки з часу прийняття цієї постанови минуло понад 30 років. Зараз ми живемо в інших умовах, в іншій державі, що має розвинену систему законодавства, наприклад, у сфері інтелектуальної власності. Деякі завдання, що виникають на межі юридичних та спеціальних знань, у практиці судової експертизи вирішуються. Це стосується й експертизи об'єктів інтелектуальної власності<sup>2</sup>. Наприклад, одним із завдань, що вирішуються судовими експертами з дослідження контрафактної аудіо-візуальної продукції, є виявлення ознак її контрафактності.

Судова експертиза є лише одним із доказів у справі, оцінюється слідчим (судом), її результати можуть бути перевірені при проведенні повторної експертизи та зіставленні з іншими доказами. Згідно з новою редакцією Закону України «Про судову експертизу» кваліфікацію судового експерта може одержати тільки особа, яка має повну вищу освіту у відповідній галузі. Наприклад, лише в Харківському НДІСЕ п'ять експертів мають вищу освіту в галузі інтелектуальної власності та надають кваліфіковані консультації стосовно правовідносин у сфері інтелектуальної власності співробітникам правозастосовних органів. Тому, на наш погляд, надання можливості судовим експертам з дослідження об'єктів інтелектуальної власності вирішувати правові питання підвищило б якість розслідування (розгляду) справ цієї категорії та зменшило строки провадження.

Наприклад, питання «Чи є об'єкт Х об'єктом авторського права?» є правовим. Але для вирішення цього питання необхідно використання спеціальних знань для встановлення відповідності досліджуваного об'єкта таким критеріям: наявність творчого характеру, новизни та оригінальності, можливість бути відтвореним; відсутність змісту, що суперечить суспільним інтересам, тощо.

Кримінально-процесуальне законодавство передбачає можливість призначення й проведення експертизи тільки після порушення кри-

<sup>1</sup> Бюллетень Верховного Суду СРСР. — 1971. — № 5.

<sup>2</sup> Див., напр.: Судова експертиза: нормативно-правове регулювання та наукові коментарі. Навч.-довід. посіб. / Шепітько В. Ю., Цимбал М. Л., Сімакова-Єфреман Е. Б., Шерстюк В. М. та ін. — Х., 2004. — С. 7.



мінальної справи. Однак небезпідставно деякі автори висловлюють думку про те, що призначення й провадження експертизи варто здійснювати до порушення кримінальної справи. Серед учених-юристів щодо проблеми можливості провадження експертизи до порушення кримінальної справи є протилежні точки зору. Одна група вчених виступає за зміну певних норм КПК і надання права проводити експертизу до порушення кримінальної справи (Р. Белкін, О. Росінська, В. Бахін, Я. Нагнойний, Г. Надгорний, Л. Головченко та ін.). Інша група дослідників дотримується протилежного підходу (В. Савицький, В. Шиканов, В. Арсенєв, В. Гончаренко, Ю. Орлов). Наприклад, у роботах Р. Белкіна вельми докладно обґрунтовується необхідність проведення експертизи до порушення кримінальної справи як форми залучення «обізнаної особи до встановлення наявності чи відсутності підстав для порушення кримінальної справи»<sup>1</sup>. Наукова дискусія з цього питання триває вже близько 30 років, але із часом її актуальність тільки загострюється.

Вважаємо, що до порушення кримінальної справи спеціальні знання в галузі дослідження аудіовізуальної продукції можуть застосовуватися не тільки для одержання достатньої сукупності даних, що вказують на ознаки злочину, а й для закріплення слідів злочину. Головним аргументом є закріплення необхідних процедур, «що дозволяють застосовувати швидкі дії для збору необхідних доказів»<sup>2</sup>, а саме: проведення в короткий строк повноцінного дослідження декількох тисяч компакт-дисків, аудіо- і відеокасет, значної кількості техніки, що використовувалась для тиражування творів, сучасних носіїв аудіовізуальних творів, декількох сотень документів, що зберігаються у пам'яті комп'ютерів, десятків і сотень аудіовізуальних творів, які після порушення кримінальної справи відіграватимуть роль доказів. Найчастіше спеціалісту потрібні автоматизоване робоче місце, методики дослідження, а іноді — використання всього обсягу професійних знань у галузі дослідження об'єктів авторського та суміжних прав, комп'ютерної техніки й інформаційних технологій, технічного дослідження документів, трасології тощо.

За результатами анкетування співробітників МВС та податкової міліції встановлено, що у 92% випадків до порушення кримінальної

<sup>1</sup> Белкин Р. С. Курс криминалистики: Учеб. пособ. для ВУЗов. — М., 2001. — С. 611.

<sup>2</sup> Див.: Борьба против звукового и аудиовизуального пиратства: Посіб. (Рада Європи, 1995 р) // Авторське право і суміжні права: Європейський досвід. Нормативні акти і документи. Європейська інтеграція України. — К., 2001. — С. 263.

справи за фактом порушення авторського та/або суміжних прав з метою встановлення ознак контрафактності є потреба у проведенні судової експертизи примірників аудіовізуальної продукції, що придбана у результаті контрольної закупівлі. Проведення попереднього дослідження не може замінити судову експертизу. Часто за своїм змістом і методами, що використовуються, дослідження спеціаліста відрізняється від судової експертизи лише статусом особи, яка проводить дослідження, і формою підсумкового документа, в якому викладаються його результати. Висновок спеціаліста доказової сили не має, і це приводить до того, що часто деякі об'єкти (наприклад, холодна зброя, наркотичні речовини, аудіовізуальна продукція тощо) «досліджуються двічі»<sup>1</sup> і нерідко після порушення кримінальної справи призначається відповідна судової експертизи, що дублює попереднє дослідження<sup>2</sup>. Це веде до необґрунтованих витрат робочого часу експерта та бюджетних і спеціальних коштів. Крім того, в певних випадках співробітники оперативно-розшукової служби не мають можливості проводити спеціального дослідження, оскільки за рахунок бюджетних коштів провадяться лише судові експертизи, а на спеціальні дослідження витрат з бюджету не передбачено<sup>3</sup>.

Деякі автори зазначають, що за багатьма правопорушеннями на стадії оперативно-розшукових дій до порушення кримінальної справи виникають важкорозв'язувані проблеми, котрі нагадують «зачароване коло»<sup>4</sup>. Це стосується й попередньої перевірки фактів порушення авторського та суміжних прав за ст.ст. 176 та 203 КК України, бо вилучена аудіовізуальна продукція може бути ліцензійною, або тільки частина продукції може бути контрафактною, оскільки ознаки кон-

<sup>1</sup> Тихонов В. Е. Исходные следственные ситуации и выбор времени назначения экспертизы // Следственная ситуация. — М., 1985. — С. 46.

<sup>2</sup> Див.: Шевчук В. М. Судебные экспертизы при расследовании контрабанды: проблемы теории и практики // Теорія та практика судової експертизи і криміналістики: Зб. мат. міжнарод. наук.-практ. конф. — Х., 2002. — Вип. 2. — С. 128.

<sup>3</sup> Провадження інших експертних досліджень (крім судової експертизи) державними спеціалізованими установами здійснюється за рахунок замовника (див.: О внесении изменений в Закон Украины «О судебной экспертизе». Закон Украины № 1992-IV от 9.09.04: Ст. 15 // Відомості Верховної Ради України. — 2005. — № 1. — Ст. 33.

<sup>4</sup> Див.: Вульфін Г., Тевлін Р. Освидетельствование или экспертиза // Рад. право. — 1965. — № 2. — С. 99–100; Нагнойний Я. П. О возможности назначения судебной экспертизы до возбуждения уголовного дела // Криминалистика и судебная экспертиза. — 1967. — Вып. 4. — С. 175.

трафактності на деяких зразках аудіовізуальної продукції (наприклад, відсутність контрольної марки України) ще не свідчать про те, що продукція є контрафактною (марку продавець міг переклеїти на упаковку іншого примірника аудіовізуальної продукції). Та навпаки, ознаки заводського виробництва дисків і касет (їх упакування, марок, поліграфічного оформлення тощо) ще не свідчать про те, що продукція є ліцензійною, бо вона могла бути виготовлена поза обсягом, передбаченим ліцензійною угодою. В даному випадку для виявлення «неочевидних» ознак контрафактності дисків і касет застосування спеціальних знань є необхідним. Тому, на наш погляд, було б доцільним розпочинати експертне дослідження контрафактної аудіовізуальної продукції при огляді місця події, де є десятки тисяч дисків і касет.

За результатами анкетування співробітників МВС встановлено, що у 54% випадків у них виникають сумніви стосовно віднесення аудіовізуальної продукції до контрафактної при її огляді та вилученні. Отже, якщо провадження судової експертизи контрафактної аудіовізуальної продукції було б можливим до порушення кримінальної справи, вилученню б підлягала тільки та аудіовізуальна продукція, яка має стійкі ознаки контрафактності.

Ми вважаємо слушною пропозицію щодо надання права правоохоронним органам призначати експертизу до порушення кримінальної справи. На користь цієї точки зору говорить і те, що в багатьох країнах подібні зміни до законодавства вже було внесено. Наприклад, у п. 2 ст. 242 КПК Республіки Казахстан є така норма: «У випадках, коли ухвалення рішення про порушення кримінальної справи неможливо без провадження експертизи, вона може бути призначена до порушення кримінальної справи»<sup>1</sup>. У п. 2. ст. 226 КПК Республіки Беларусь передбачено, що «до порушення кримінальної справи відповідно до статті 173 цього Кодексу допускається призначення судово-медичної експертизи для визначення причин смерті та ступеня тяжкості тілесних ушкоджень та інших експертиз, висновки яких можуть мати істотне значення для вирішення питання про порушення кримінальної справи»<sup>2</sup>.

У зв'язку зі складністю дослідження й багатоскладовістю зразків аудіовізуальної продукції (сам твір, його носій, упаковка, поліграфічне

<sup>1</sup> Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан от 13 декабря 1997 г. № 206-1 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.pavlodar.com/zakon/nzak\\_right.htm](http://www.pavlodar.com/zakon/nzak_right.htm).

<sup>2</sup> Уголовно-процессуальный кодекс Республики Беларусь от 16 июля 1999 г. № 295-3 / Под ред. Р. М. Асланова, А. И. Бойцова. – Минск, 2001.

оформлення, позначення на диску й упаковці, марка й наклейка тощо), а також з метою виключення необґрунтованого порушення кримінальних справ ми пропонуємо внести таке доповнення до ст. 75 КПК України: «У випадках, коли ухвалення рішення про порушення кримінальної справи неможливо без провадження експертизи, вона може бути призначена до порушення кримінальної справи». Ця норма надасть право співробітникам прокуратури, слідства та органів дізнання призначати експертизи з дослідження контрафактної аудіовізуальної продукції до порушення кримінальної справи за ст. 176 та ст. 203 КК України. Це сприятиме підвищенню оперативності виявлення й дослідження речових доказів, скороченню строків розслідування злочинів та стане серйозним внеском у реформу кримінально-процесуального законодавства України.

У ст. 75 КПК України зазначено, що «експертиза призначається у випадках, коли для вирішення певних питань при провадженні в справі потрібні наукові, технічні або інші спеціальні знання... Питання, які ставляться експертіві, його висновок по них не можуть виходити за межі спеціальних знань експерта». Контрафактна аудіовізуальна продукція, як і інші об'єкти судової експертизи, має властивості (ознаки), котрі присутні в матеріалізованому вигляді й тому доступні для експертного дослідження. При її експертному дослідженні залежно від вирішуваного завдання використовуються спеціальні знання таких родів судових експертиз:

– інтелектуальної власності (для виявлення й розшифрування позначень на дисках та/або касетах, що характеризують власників прав на твори, а також інформації, що свідчить про факт передачі авторських та/або суміжних прав; для ідентифікації об'єкта авторського або суміжних прав; виявлення ознак контрафактності твору тощо);

– трасології (для встановлення способів виробництва аудіо-, відео-касет або компакт-дисків та їхнього упакування; ідентифікації обладнання, за допомогою якого виготовлялися ці об'єкти, тощо);

– фоноскопії (для дослідження якості аудіо- або відеозапису, встановлення ознак монтажу, ідентифікації людини за голосом, ідентифікації апаратури запису тощо);

– технічного дослідження документів (для дослідження способів і якості нанесення інформації на диск, касету та/або їх упаковку, поліграфічні матеріали, способу виготовлення контрольної марки України тощо);

– комп'ютерно-технічної (для виявлення та ідентифікації програмних продуктів на компакт-диску, способу запису інформації на компакт-диск тощо);

– хімічної та/або біологічної (для дослідження матеріалів, з яких виготовлені аудіо-, відеокасети, компакт-диски, їхні упаковки і вкладиші тощо).

У найбільш простих випадках дослідження з установлення ознак контрафактності примірників аудіовізуальної продукції експерт з дослідження об'єктів авторських та суміжних прав може провести одноосібно, а у більш складних випадках — у складі комісії експертів однієї спеціальності (у Харківському НДІСЕ існує така практика). Однак зараз в Україні «піратський» бізнес удосконалюється, ознаки контрафактності касет і дисків стають усе більш «неочевидними». Тому надалі до такої експертизи потрібно залучати експертів різних спеціальностей. Такі дослідження доцільно проводити у межах комплексної експертизи або комплексу експертиз з метою економії часу слідчого та одержання більш об'ємної і вірної картини події злочину.

Авторським колективом Харківського НДІСЕ за участю і під керівництвом авторки цієї статті вже розроблені, ухвалені Мін'юстом України та запроваджені в експертну практику програми підготовки судових експертів за спеціальностями: 13.1. Дослідження об'єктів авторського права та 13.2. Дослідження об'єктів суміжних прав. Зараз у Харківському НДІСЕ успішно розвивається експертиза об'єктів інтелектуальної власності, розроблюються методологічні основи цього нового роду експертизи, схеми і алгоритмізовані методики експертних досліджень, термінологічна база, уточнюються межі компетенції експертів різних спеціальностей, розроблюються нові методи встановлення фактичних даних, необхідних для створення належної бази доказів.

*Надійшла до редколегії 03.06.05*

## ТРИБУНА ДОКТОРАНТА

*О. Дашковська, доцент НЮА України*

### **Дискримінація за ознакою статі: деякі загальнотеоретичні аспекти**

Термін «дискримінація» походить від латинського слова *discriminatio* (розрізнення) і означає обмеження або позбавлення прав і можливостей певних категорій громадян за різними ознаками: расової або національної приналежності, статі, соціального походження, політичних поглядів тощо.

Серед теоретиків права існує думка, згідно з якою сучасна міжнародно-правова система захисту прав і свобод людини і громадянина, яка увібрала в себе найпрогресивніші ідеї людства в справі забезпечення рівності і запобігання дискримінації, базується саме на принципах рівності і недискримінації<sup>1</sup>. Однак на практиці рівність здійснюється по-різному, і більш того, навіть вимірюється по-різному, залежно від моральних, культурних, правових та інших критеріїв. А. Абашидзе відзначає: «Щодо поняття «дискримінація» немає єдиного підходу ні в доктрині міжнародного права, ні в практиці держав. Уся справа в тому, що в міжнародних актах про права людини відсутній єдиний підхід до даного питання»<sup>2</sup>.

Ігнорування дискримінації за ознакою статі є наслідком поширеного міфу про досягнуто в СРСР рівність жінок і чоловіків. Однією з причин зміцнення такого міфу були декларативні положення Конституції СРСР 1936 р. Жінка-трудівниця разом з трудящим чоловіком повинні були уособлювати силу держави робітників і селян. Така політика не мала під собою достатніх підстав, оскільки суспільство не адаптувало ідеологію і культуру рівності за ознакою статі. Проте, ілюзія досягнутої рівності була ідеологічною установкою партії, яка працювала на демонстрацію успіхів соціалізму щодо

<sup>1</sup> Див.: Абашидзе А. Х. Борьба ООН. Дискриминация вне закона. Сборник документов / Отв. ред. Капустин А. Я. — М., 2003. — С. 15.

<sup>2</sup> Там само.

жінок<sup>1</sup>. У радянський період ідеологія рівноправності жінок і чоловіків була офіційно визнаною і юридично закріпленою: жінкам гарантувалися рівні з чоловіками громадянські і соціально-економічні права.

Політика радянської держави, забезпечена кадровими та інституціональними ресурсами, була спрямована на реалізацію цих прав тільки в декількох сферах: освіті, професійній підготовці жінок, зайнятості, сімейних правовідносинах тощо. Але це не означало, що права жінок були однаково реалізовані в кожній із зазначених сфер. Багато вчених, наприклад, Н. Бондаренко, І. Ветухова, Т. Мельник, І. Лавринчук, О. Руднева, Н. Чижмар та ін., доводили, що в усіх цих сферах існували суттєві гендерні відмінності — сегрегація ринку праці, гендерний розрив у рівнях заробітної плати, особливості просування по службі, переваги для чоловіків при найманні на роботу, в управлінні виробництвом і, як наслідок, в управлінні державою<sup>2</sup>. Офіційна ідеологія рівноправності статей певною мірою маскувала фактичну дискримінацію жінок в усіх сферах життя суспільства, спираючись на патріархальну ідеологію другосортності й сімейного призначення жінки<sup>3</sup>.

Іншою причиною поширення міфу про рівноправність статей була політика СРСР у створенні й застосуванні норм міжнародного законодавства в сфері прав людини і прав жінки, яка у певній частині була одним із напрямків ідеологічної боротьби між СРСР і США. Тому цілком зрозумілою є природа обмеженості та подвійності вжитих як в СРСР, так і в США заходів у галузі внутрішньої політики щодо становища жінок. В СРСР про цю подвійність свідчить той факт, що хоча Конвенція ООН «Про ліквідацію усіх форм дискримінації щодо жінок» (далі — Конвенція) була ратифікована Президією Верховної Ради СРСР 19 грудня 1980 р., але вперше її масовим тиражем було оприлюднено тільки через 10 років у «Віснику Міністерства закордонних справ СРСР». Тому не дивно, що Конвенція не могла застосовуватися в системі радянського судочинства, адже була маловідомою навіть для юристів і суддів, а в США не ратифікована і понині.

<sup>1</sup> Див.: *Завадская Л. Н.* Гендерная экспертиза законодательства. — М., 2001. — С. 23.

<sup>2</sup> *Поленина С. В.* Женщина и государство: правовой аспект. Женщина и свобода: пути выбора в мире традиций и перемен: Мат. междунар. конф. 1993. — М., 1994.

<sup>3</sup> *Воронина О. А.* Женщина и социализм: опыт феминистского анализа. Феминизм: Восток, Запад, Россия. — М., 1993.

Ще однією причиною зміцнення міфу «досягнутої рівності за ознакою статі» був механізм звітності СРСР перед Комітетом ООН з ліквідації дискримінації щодо жінок<sup>1</sup>, відповідно до якого держава повинна сама оцінити юридичну рівність чоловіків і жінок. Дослідження Комітету ООН з прав людини свідчать, що бажання держав приховати існуючі порушення прав громадян були досить поширеними. «Доповіді багатьох держав-учасниць містили інформацію про законодавство, адміністративні заходи і судові рішення, що пов'язані з захистом від дискримінації в законодавстві, однак у них часто була відсутня інформація про дискримінацію на практиці. Коли держави повідомляли подібну інформацію, вони звичайно обмежувалися констатацією відповідних положень у національних конституціях, не аналізуючи ситуацію з реальною рівністю прав. Звичайно, така інформація важлива, однак Комітет бажає також знати про проблеми дискримінації на практиці, через дії посадових осіб, організацій або суспільства у цілому. Комітет бажає одержати інформацію про правові приписи й адміністративні заходи, спрямовані на ліквідацію дискримінації на практиці»<sup>2</sup>. Отже, у законодавстві СРСР та інших країн склався механізм формальної оцінки рівних прав.

Проблеми з розумінням «дискримінації за ознакою статі» виникали не тільки в Комітеті з ліквідації дискримінації щодо жінок, але й у Комітеті з прав людини, який виходив з того, що термін «дискримінація» вживається в Пакті про громадянські і політичні права 1966 р., і його варто розуміти не тільки як «будь-яке розрізнення, винятки, обмеження» за ознакою статі, а й як «переваги». Комітет з прав людини підкреслював, що користування правами людини на рівних не завжди припускає рівне ставлення. З другого боку, не всяке обмеження належить кваліфікувати як дискримінаційне. Наприклад, ті обмеження, що спрямовані на досягнення цілей Пакту і є об'єктивно зумовленими ним, не можна розглядати як дискримінаційні. Комітет з прав людини у своїх коментарях неодноразово підкреслював, що запобігання дискримінації припускає не тільки прийняття законів або утримування від дій, що приводять до дискримінації, але й вироблення державою ефективної політики з метою створення рівних можливостей для реалізації прав людини, тобто йдеться про позитивні дії<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Див.: *Posadskaya A.* National Machinery for Advancement of Women in Socialist Countries. Report For the UN Commission on Status of Women. UN. — Vienna, 1993.

<sup>2</sup> UN doc/ CCPR/C/21/Rev. 1/19 May 1989 (цит. за: *Абашидзе А.Х.* Вказ. праця).

<sup>3</sup> Див.: *Абашидзе А. Х.* Вказ праця. — С. 18.



Тривалий час проблема ліквідації дискримінації щодо жінок розглядалася винятково крізь механізми чинного законодавства, а сфера юридичної практики залишалася осторонь. С. Поленина відзначає, що на певному етапі розвитку концепції міжнародного права в сфері прав людини жіночий рух у різних країнах світу звернув увагу на те, що формальне закріплення прав і декларування намірів у чинному законодавстві державами не призвело до зникнення фактичної соціальної нерівності. Вона вважає, що серед перших, хто не тільки усвідомив внутрішню суперечливість свободи і рівності як основи правового статусу людини, але й розпочав конкретні кроки щодо подолання та пом'якшення цієї суперечності, в 60-ті роки ХХ ст. виявилися скандинавські країни.

Почався період, коли поняття «дискримінація», закріплене в Загальній декларації прав людини і міжнародних пактах про політичні, громадянські, а також соціально-економічні і культурні права, стало набувати, особливо щодо проблеми рівноправності статей, нових відтінків<sup>1</sup>. У ці роки розпочалася дискусія про соціальні і гуманітарні наслідки дискримінації, про можливість виділення її «негативних» і «позитивних» підвидів. Негативною дискримінацією є будь-які обмеження в правах, а позитивною — будь-які пільги і переваги. Ці форми дискримінації можуть бути не тільки прямими, тобто закріпленими в законодавстві, а й непрямими, тобто такими, що поширюються на суспільні відносини.

Позитивна дискримінація спрямовує попередні форми дискримінації в діаметрально протилежному напрямку. Її очікувана справедливність повинна спиратися на доцільність або соціальну гармонію, на створення більш рівних можливостей або на відшкодування заподіяної шкоди. Якщо метою є рівні можливості, тоді слід визначитися, за яких умов можливості повинні бути рівними, що необхідно для забезпечення такої рівності та в який спосіб потрібно узгоджувати право на рівні можливості з іншими правами, які їм можуть суперечити. Прикладом цього може служити доцільність введення виборчих «квот» при формуванні представницьких органів влади.

Пряма позитивна дискримінація на користь жінок має базуватися виключно на їх репродуктивній функції, правах, пов'язаних з вагітністю, народженням, вигодовуванням дитини. Непоширеність цих прав на чоловіків через відсутність в них подібної анатомічної та фізіологічної здатності не може розглядатися як дискримінація. Од-

<sup>1</sup> Див.: Поленина С. В. Вказ. праця. — С. 17.

нак усі права, що пов'язані з батьківством і материнством, тобто дорядком за дітьми та їх вихованням, є сферою прав і обов'язків обох батьків. В Україні в цьому питанні існує певна асиметрія на користь жінки, отже, дискримінованими виявилися чоловіки. Причому, враховуючи додаткову зайнятість жінки, що виникає в результаті подібних рішень, це може обмежувати можливості жінки у сферах трудових відносин, професійного і культурного росту, інтелектуального розвитку, політичної активності тощо.

Після невиправданих надій на прискорення економічного зростання країн, що розвиваються, Всесвітня конференція ООН щодо становища жінок (Найробі, Кенія, 1985 р.) проголосила за необхідне забезпечити жінкам передусім доступ до економічних ресурсів і управління державою і внесла зміни в тлумачення поняття «рівність статей». Рівність стала розглядатися не просто як вимога ліквідації дискримінації в законодавстві, а й як рівність прав, обов'язків і можливостей жінки для повноцінної участі в суспільно-політичному житті.

Поняття «дискримінація за ознакою статі», як правило, цитується відповідно до ч. 1 ст. 1. Конвенції як «будь-яке розрізнення, виняток або обмеження за ознакою статі, спрямовані на ослаблення чи зведення нанівець визнання, користування або здійснення жінками, незалежно від їхнього сімейного стану, на основі рівноправності чоловіків і жінок, прав людини та основних свобод у політичній, економічній, соціальній, культурній, громадській або будь-якій іншій галузі»<sup>1</sup>.

Поняття «дискримінація за ознакою статі» визначається через сукупність методологічно складних понять і правових категорій, які щораз наповнюються змістом або в ході судового розгляду конкретної справи, або в процесі законотворчості, коли ці поняття використовуються для розширення сфери формальної та практичної дії права.

Поняття «дискримінація за ознакою статі», а точніше, «дискримінація щодо жінок» характеризується такими ознаками:

1. Визначається певними діями, а саме: розрізненням, винятками, обмеженнями.
2. Вказує на обов'язковий об'єкт цих дій — стать, відносно якої відбуваються розрізнення, винятки або обмеження.
3. Умовами, за яких дії визнаються дискримінаційними за ознакою статі, є тільки такі, що спрямовані на ослаблення або зводять нанівець визнання, користування або здійснення жінками їхніх прав.
4. Стандартом, відповідно до якого оцінюється спрямованість зазначених дій, є рівноправність.

<sup>1</sup> Конвенція про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок. — К., 1995.

5. За стандарт порівняння береться існуючий стандарт визнання, користування або здійснення прав нарівні з чоловіками.

6. Підкреслюється незалежність обсягу прав жінки від її сімейного стану.

7. Визначаються сфери реалізації прав і основних свобод людини, а саме: політична, економічна, соціальна, культурна, громадянська або будь-яка інша галузь суспільних відносин.

Поняття «дискримінація за ознакою статі» потребує врахування декількох аспектів, що становлять її фактичну сутність і визначають спеціальні тимчасові заходи, які спрямовані на встановлення фактичної рівності між чоловіками і жінками та повинні бути скасовані, коли будуть досягнуті цілі рівності можливостей і рівноправні відносини. Передусім це спеціальні заходи, що спрямовані на охорону материнства і не повинні розглядатися як дискримінаційні.

У ст. 2 Конвенції зазначені політико-правові заходи, які держави-учасниці зобов'язані запроваджувати з метою ліквідації дискримінації;

– включити принцип рівноправності чоловіків і жінок у свої національні конституції;

– забезпечити законодавче закріплення і практичну реалізацію цього принципу;

– встановити, де це необхідно, санкції, що забороняють будь-яку дискримінацію щодо жінок;

– надати рівний з чоловіками юридичний захист прав жінок за допомогою неупереджених судів та інших державних органів і установ;

– забезпечити ефективний захист жінок від будь-яких актів дискримінації;

– утримуватися від здійснення будь-яких дискримінаційних актів або дій щодо жінок;

– гарантувати, що державні органи й установи діятимуть відповідно до цих обов'язків;

– вживати всіх необхідних заходів для ліквідації дискримінації щодо жінок з боку будь-якої особи, організації або підприємства;

– застосовувати усі належні заходи для зміни або скасування чинних законів, постанов, звичаїв і практики, що містять дискримінаційні елементи щодо жінок.

У ст. 3 Конвенції визначаються сфери, в яких ООН очікує найбільш активної антидискримінаційної діяльності держав, що підписали Конвенцію: «Держави-сторони вживають в усіх галузях, і зокрема в політичній, соціальній, економічній і культурній, всіх відповідних заходів, включаючи законодавчі, щодо забезпечення всебічного розвитку і прогресу жінок з тим, щоб гарантувати їм здійснення і корис-

тування правами людини й основними свободами на основі рівності з чоловіками».

В ст. 4.1. Конвенції пропонується вводити «тимчасові спеціальні заходи» для скорочення соціально-економічної і політичної нерівності. Це означає, що дискримінація за ознакою статі має суто соціально-політичну й економічну природу. Уведення цих заходів зумовлено історично сформованою дискримінацією за ознакою статі і тому має компенсаційний характер.

А введення «спеціальних заходів» для охорони материнства повинно забезпечити особливі потреби жінок у зв'язку з материнством. Охорона здоров'я, створення безпечних умов праці в зв'язку зі збереженням функції продовження роду (ст. 11 п. 1), надання необхідних додаткових соціальних послуг для того, щоб дозволити батькам поєднувати виконання сімейних обов'язків із трудовою діяльністю й участю в суспільному житті, зокрема за допомогою створення і розширення мережі установ по догляду за дітьми (ст. 11 п. 2), повинні надаватися на основі рівності жінок і чоловіків.

Отже, для реалізації антидискримінаційної державної політики законодавство кожної держави має гарантувати: забезпечення принципу рівності чоловіків і жінок; запровадження «тимчасових спеціальних заходів» для досягнення фактичної рівності; «спеціальних заходів, спрямованих на охорону материнства»; «додаткових заходів» у зв'язку з виконанням батьківських функцій.

Дискримінація може мати місце в умовах як тоталітарного, так і ліберально-демократичного режиму. Тому захист прав і свобод кожної особи, незалежно від расової, національної, класової, релігійної та іншої належності, є глобальною проблемою сучасності. Не можна ототожнювати дискримінацію в умовах тоталітаризму і демократії: у першому випадку вона приховується й у той же час підсилюється, а в іншому — долається за допомогою різних політичних і правових механізмів.

В умовах сьогодення, коли телекомунікаційний зв'язок охоплює увесь світ, коли активно діють міжнародні правозахисні організації та інформаційні агентства, важко приховувати інформацію про порушення прав людини в будь-якій країні. Стурбованість ситуацією з правами людини в будь-якій країні не можна розглядати як втручання в її внутрішні справи. Міжнародне співтовариство розробляє ефективні механізми контролю в гуманітарній сфері, а країни, що порушують права людини, зазнають економічного і політичного впливу з боку міжнародної громадськості.

Україна критично оцінює ситуацію, пов'язану з порушенням прав людини і громадянина, зокрема проявами дискримінації за ознакою статі. Вона визнала дискримінацію за ознакою статі як явище, на жаль, існуюче в українському суспільстві, ратифікувавши Конвенцію, готуючи періодичні доповіді про реалізацію Конвенції, прийнявши Конституцію, яка поліпшила правове становище жінок, прийнявши Національний план дій щодо поліпшення становища жінок та сприяння впровадженню гендерної рівності у суспільстві на 2001–2005 рр., видаючи закони та підзаконні акти з недискримінаційними заходами. Але необхідно забезпечити їх виконання реальними механізмами і засобами реалізації; прийняти законодавчі та інші заходи, включаючи санкції, що забороняють дискримінацію; встановити юридичний захист прав жінки нарівні з чоловіками і забезпечити за допомогою судів та інших установ ефективний захист жінок проти будь-яких актів дискримінації.

*Надійшла до редколегії 10.08.05*

*О. Ярошенко, доцент НЮА України*

### **До питання розмежування єдності та диференціації правового регулювання праці з іншими правовими категоріями**

Для трудового права, як і для будь-якої іншої галузі права, характерним є його єдність, що свідчить про внутрішній та нерозривний взаємозв'язок усієї сукупності норм, спрямованих на регулювання відносин у сфері праці. Загальність вихідних та ключових положень у регулюванні соціально-трудових відносин на всій території України, тісний зв'язок основних трудових прав та обов'язків як працівників, так і роботодавців визначає єдність правового регулювання праці. Показником єдності трудового права України є насамперед сам Кодекс законів про працю — єдиний кодифікований акт у сфері праці, який визначає правові засади і гарантії здійснення громадянами України права розпоряджатися своїми здібностями до продуктивної і творчої праці та поширюється на всю територію України і на всіх працівників незалежно від того, де вони працюють. При цьому не мають значення вид трудового договору, характер виконуваної робо-

ти, місце роботи, умови праці, організаційно-правова форма і форма власності на майно роботодавця, оскільки ця єдність є рівною для всіх осіб, які працюють за трудовим договором. Єдність трудового права відображується і в єдиній системі трудового законодавства, що складається із КЗпП України та інших актів трудового законодавства. Стаття 4 КЗпП закріплює верховенство Кодексу над іншими актами законодавства України. В ній прямо говориться, що законодавство про працю складається з Кодексу законів про працю України та інших актів законодавства України, прийнятих відповідно до нього.

Однак єдність основних принципів правового регулювання відносин сфери праці і загальних норм права не виключає диференціації, тобто відмінностей у правовому регулюванні праці окремих категорій працівників у певних умовах. Навпаки, законодавець до першого додає друге, щоб у всіх працівників були рівні можливості в реалізації їх прав.

Слід погодитися з правниками, які додержуються точки зору, відповідно до якої «особливо необхідною є соціальна захищеність прав працівників на першому етапі формування ринкових відносин, адже ринок праці не створює рівних можливостей не тільки для реалізації права на працю, а й тривалого існування трудових відносин»<sup>1</sup>. І щоб працівник-жінка, неповнолітній або інвалід могли б рівною мірою з іншими працівниками реалізувати своє право на працю та інші основні трудові права, для них законодавець встановлює і поглиблює відмінність у правовому регулюванні соціально-трудових відносин, захищаючи ці найменш соціально захищені категорії працівників від шкідливих факторів виробництва шляхом встановлення спеціальними нормами пільг та гарантій. Тобто диференціація правового регулювання праці таких працівників проводиться через норми права. Шляхом установлення спеціальних пільг та гарантій законодавець проводить диференціацію за важкістю і шкідливістю умов праці. При цьому також за допомогою диференціації охороняється рівне здійснення трудових прав працівників, зайнятих на роботах із шкідливими, важкими та небезпечними умовами праці. В протилежному разі для виконання роботи з такими умовами праці було б надзвичайно важко знайти працівників.

Диференціація правового регулювання праці об'єктивно зумовлена розвитком суспільної організації праці, розподілом у ній праці з

<sup>1</sup> Ставцева А. И. Судебная защита трудовых и иных социальных прав граждан // Трудовое право. — 1997. — № 2. — С. 13.

різним ступенем її механізації, наявністю шкідливих і небезпечних умов праці, а також залученням до виробництва таких працівників, які вимагають особливого соціального захисту від шкідливих факторів виробництва (жінок, неповнолітніх, інвалідів тощо), а також загальною тенденцією сучасності — посиленням гуманізації праці.

Слід погодитися з Т. Колядою, яка вважає, що співвідношення єдності й диференціації правового регулювання праці — явище непросте і вимагає науково обґрунтованого й практично вираженого підходу<sup>1</sup>.

Питання про єдність і диференціацію в трудовому праві нерозривно пов'язане з дослідженням такого явища, як уніфікація. Іноді в літературі поряд з уніфікацією говорять про інтеграцію законодавства, використовуючи їх як синоніми і записуючи в дужках — уніфікація (інтеграція). Однак це не зовсім правильно, оскільки такі поняття за своїм змістом відрізняються одне від одного. Загальновідомо, що одним із значень інтеграції є «об'єднання в ціле яких-небудь частин, елементів». У свою чергу, словники синонімів як синонім слова «інтеграція» розглядають саме слово «об'єднання». Як зазначав М. Бару, «якщо процес диференціації виражається в поглибленні пізнання об'єкта дослідження і у всебічному проникненні в суть явищ, що, безсумнівно, позначається на результатах наукових пошуків, то інтеграція приводить до синтезу, до об'єднання наук і справляє свій вплив на об'єкти досліджень, також у позитивному аспекті з точки зору досягнень нового, більш високого ефекту в науці»<sup>2</sup>. Таким чином, якщо диференціація свідчить про поділ цілого на частини, інтеграція — про об'єднання цих частин у єдине ціле, то уніфікація — про приведення до єдиної системи, до одноманітності. Тому у випадку з трудовим правом, коли йдеться про необхідність забезпечення єдності його норм, більш вдалим, на наш погляд, є термін «уніфікація».

Єдність та уніфікація правових норм — взаємозалежні поняття, але не ідентичні. «Якщо єдність припускає спільність основних принципів і спільність вихідних, основних позицій, то уніфікація має на увазі усунення розходжень у регулюванні певних відносин»<sup>3</sup>. Тому «з

<sup>1</sup> Див.: Коляда Т. А. Поняття диференціації правового регулювання праці // Право і безпека. — 2003. — Т. 2. — № 3. — С. 96. Бару М. И. Унификация и дифференциация норм трудового права // Сов. государство и право. — 1971. — № 10. — С. 45.

<sup>2</sup> Бару М. И. Эргономика и трудовое право // Актуальные проблемы юридической науки на этапе развитого социализма: Крат. тез. докл. и науч. сообщ. респ. научн. конф. (Харьков, 16–18 окт. 1985 г.) — Х., 1985. — С. 47.

<sup>3</sup> Петренко Л. Ф. Законодательство о труде научных работников. — М., 1988. — С. 9.

юридикологічної точки зору уніфікація норм трудового права веде до його єдності<sup>4</sup>, тобто зміцнює його.

Як відзначається в літературі, «позитивні сторони уніфікації законодавства дуже значні, і їх не можна випускати з уваги. По-перше, уніфікація створює низку позитивів законодавчого характеру: зменшує обсяг нормативного матеріалу та виключає елементи нормативного дублювання. По-друге, вона полегшує вивчення і застосування правових норм. Нарешті, уніфікація усуває невиправдані випадки диференціації»<sup>2</sup>. Хоча наведене висловлення стосувалося цивільного права, однак, на нашу думку, воно має безпосереднє відношення і до трудового права, оскільки торкається теоретичних основ використання уніфікації в розвитку й удосконаленні будь-якої галузі права. Як вважав М. Бару, «в трудовому праві уніфікація відбувається в результаті вирівнювання гарантій для учасників процесу праці чи усунення розбіжностей у регулюванні певних умов праці, причому розбіжностей невиправданих або застарілих, що послужили підставою для диференціації»<sup>3</sup>.

Потреба в уніфікації зумовлена істотними, іноді необґрунтованими розбіжностями, які мають місце в законодавстві про працю, що не завжди враховує особливості регулювання трудових відносин окремих категорій працівників. Уніфікація спрощує правотворчу діяльність і правозастосовну практику, роблячи нормативний матеріал більш доступним, полегшуючи його одноманітне застосування. Тому, визнаючи закономірність необхідності децентралізації багатьох питань правового регулювання трудових відносин у нових соціально-економічних умовах, не можна в той же час охоплювати децентралізацією всі інститути трудового права. З метою захисту трудових прав громадян, забезпечення реалізації цих прав в умовах переходу до ринку вирішувати такі питання слід дуже обережно, виходячи з основних засад трудового законодавства, однією з цілей якого є встановлення державних гарантій трудових прав і свобод громадян. Свідченням значення уніфікації в трудовому праві є те, що в останні роки все частіше тепер ставиться питання про необхідність уніфікації окремих інститутів трудового законодавства<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Трудовое право России: Учебник / Под ред. С. П. Маврина, Е. Б. Хохлова. — М., 2002. — С. 207.

<sup>2</sup> Садиков О. Н. Дифференциация и унификация гражданского законодательства // Сов. государство и право. — 1969. — № 12. — С. 38.

<sup>3</sup> Бару М. И. Унификация и дифференциация норм трудового права. — С. 45.

<sup>4</sup> Див.: Лазарев В. Нормативные акты об отпусках требуют унификации // Человек и труд. — 2001. — № 6 — С. 37–39.



С. Рабінович-Захарін ще у 40-х роках минулого століття зазначив, що «у трудовому праві явища диференціації... впливаючи із загального принципу відповідності міри винагороди мірі праці, надзвичайно численні і різноманітні»<sup>1</sup>. На думку інших правників, таке «широке поняття інституту диференціації, що впливає з принципу відповідності міри винагороди мірі праці, визначає множинність і розмаїтість конкретних видів диференціації»<sup>2</sup>. Погоджуючись з оцінкою явищ диференціації як надзвичайно численних і різноманітних, не можна в той же час погодитись з визначенням диференціації як інституту трудового права. Беручи до уваги те, що інститут права є відокремленою сукупністю взаємозалежних норм (певної групи правових норм), що регулюють однорідні, відносно самостійні суспільні відносини, диференціація не може бути інститутом трудового права.

У навчальній і науковій літературі питання про єдність і диференціацію звичайно викладається при характеристиці методу і джерел трудового права, їх дії в часі, у просторі і за колом осіб, що відображується в єдності й диференціації трудового права. Така думка має місце як у науковій літературі, так і в підручниках з трудового права<sup>3</sup>.

Проте деякі вчені вважають, що єдність і диференціація умов праці належить до принципів трудового права. Так, О. Смирнов, класифікуючи принципи трудового права за їх змістом і виділяючи за цим критерієм основні принципи, що визначають типові риси трудового права, називає серед цих принципів і такий, як «єдність і диференціація умов праці»<sup>4</sup>. На його думку, принцип єдності і диференціації умов праці як галузевий принцип трудового права відображає найважливіші риси методу цієї галузі права, втілюючи в собі, зокрема, істотні властивості централізованого (загального і галузевого) і локального способів регулювання трудових та інших тісно пов'язаних з ними суспільних відносин, що складають предмет трудового права. Зазначений принцип трудового права «переслідує дві на перший погляд взаємовиключні цілі: з одного боку, встановлення єдності умов праці, а з іншого боку — їх диференціацію. В дійсності і та й інша мають одне

<sup>1</sup> Рабінович-Захарин С.Л. К вопросу о дифференциации советского трудового права. — М., 1947. — С. 101.

<sup>2</sup> Правдина Э. А. Дифференциация законодательства о труде женщин в СССР // Проблемы государства и права на современном этапе (Труды аспирантов и молодых ученых). — М., 1970. — Вып. 11. — С. 105.

<sup>3</sup> Див.: Прокопенко В. І. Трудове право України: Підручник. — Х., 1998. — С. 83–88; Болотина Н. Б. Трудове право України: Підручник. — К., 2004. — С. 116–121.

<sup>4</sup> Смирнов О. В. Основные принципы трудового права. — М., 1977. — С. 68.

завдання — забезпечити за допомогою правових засобів справедливу і рівноправну участь робітників та службовців у процесі суспільного виробництва і розподілу матеріальних благ»<sup>1</sup>.

Однак навряд чи буде правильним з теоретичної точки зору вважати єдність і диференціацію норм трудового права одним із його принципів. Правові принципи, будучи основоположними ідеями або вихідними засадами, що складають основу (сутність) правового регулювання відносин у сфері трудового права, є тією категорією, що дає узагальнену характеристику змісту відповідних правових норм, їх основної спрямованості і взаємозумовленості, тенденцій їх розвитку, відображаючи специфіку даної галузі права порівняно з іншими галузями. Саме принципи права у вигляді специфічних загальних положень для певної сукупності правових норм поряд з особливим методом і формою правового регулювання характеризують сукупність правових норм, що утворюють галузь права. Принципи трудового права, як і принципи права в цілому, самі по собі не регулюють ті чи інші суспільні відносини. Принципи права впливають на суспільні відносини не безпосередньо, а опосередковано — через відповідні норми права. Принципи права, виявляючи себе в нормах права шляхом встановлення в них загальних правил поведінки, є порівняно з правовими нормами більш стійкими категоріями, визначаючи подальший напрямок розвитку трудовою законодавства в цілому. Диференціація ж трудового права свідчить про розбіжності в правовому регулюванні відносин сфери трудового права, є одним з методів такого регулювання. Саме таке розуміння правової природи диференціації є панівним у сучасному трудовому праві. Так, Р. Лівшиц, говорячи про комплексний характер методу трудового права, як одну з його особливостей називав поєднання в ньому єдності і диференціації правового регулювання<sup>2</sup>. Найбільш послідовно і чітко точку зору про те, що в трудовому праві єдність і диференціація правового регулювання праці — це один із специфічних для даної галузі права комплексних способів (прийомів) правового регулювання праці, проводять К. Гусов та В. Толкунова<sup>3</sup>.

В найбільш загальному вигляді метод правового регулювання є способом впливу юридичних норм на суспільні відносини, тобто «той, який встановлюється нормами права специфічний спосіб правового

<sup>1</sup> Смирнов О. В. Основные принципы трудового права. — С. 114–115.

<sup>2</sup> Див.: Трудовое право России: Учебник / Отв. ред. Р. З. Лившиц, Ю.П. Орловский. — М., 2003. — С. 30.

<sup>3</sup> Див.: Гусов К. Н., Толкунова В. Н. Трудовое право России: Учебник. — М., 2003. — С. 22–24.

впливу на поведінку учасників правових відносин у даній галузі суспільного життя»<sup>1</sup>. Однак більш правильно було б визначити метод правового регулювання як спосіб впливу норм даної галузі права на поведінку людей, на суспільні відносини, що регулюються цією галуззю, як сукупність юридичних прийомів і засобів, за допомогою яких справляється правовий вплив у даній галузі відносин, бо не можна обмежуватися лише яким-небудь одним способом впливу норм права на ті чи інші суспільні відносини. Метод правового регулювання конкретної галузі права формується з певних компонентів, що характерні саме для даної галузі права і показують, як і якими правовими засобами здійснюється регулювання тих чи інших суспільних відносин.

О. Процевський, визначаючи метод трудового права, зазначав, що він відображає: «а) характер взаємин сторін, що впливає на правове становище суб'єктів трудового права (рівність або підпорядкування); б) ступінь визначеності наданих прав, що виражається в характері норм трудового права (імперативному або диспозитивному); в) порядок установлення прав і юридичних обов'язків суб'єктів трудових відносин (безпосередньо законом або нормативною угодою). Специфічність методу регулювання трудових відносин може бути розкрита через всі характерні ознаки, а не через яку-небудь одну ознаку»<sup>2</sup>. С. Маврін, позитивно оцінюючи такий підхід до визначення змісту методу трудового права, у той же час вважає, «що категорія методу фактично вже виконала, якщо можна так сказати, свою історичну роль»<sup>3</sup>. У зв'язку з цим він заміняє термін «метод правового регулювання» терміном «механізм правового регулювання», оскільки, на його думку, «останній також визначається як взята в єдності система правових чи юридичних засобів, за допомогою якої забезпечується правове регулювання»<sup>4</sup>.

Вважаємо, що з такого роду дуже категоричним твердженням не можна погодитися, оскільки механічна заміна одного терміна іншим не приводить до зникнення правового явища, яке позначено як «метод трудового права». Тому, на наш погляд, більш правильною і послідовною точкою зору є висловлена тим же С. Мавріном думка про

<sup>1</sup> Теория государства и права: Учебник / Под ред. Н. Г. Александрова. — М., 1974. — С. 516.

<sup>2</sup> Процевский А. И. Метод правового регулирования трудовых отношений. — М., 1972. — С. 130.

<sup>3</sup> Трудовое право России: Учебник / Под ред. С. П. Маврина, Е. В. Хохлова. — М., 2002. — С. 41.

<sup>4</sup> Там само. — С. 41.

співвідношення механізму правового регулювання праці і методу трудового права: «У сфері трудового права методи, на яких ґрунтуються механізм правового регулювання праці і засоби такого регулювання, юридично формалізуючись, набувають форми специфічних методів трудового права і трудових засобів регулювання»<sup>1</sup>. І серед таких методів — єдність і диференціація трудового законодавства. Виступаючи одним з різновидів способів (засобів, прийомів), що використовує законодавець при регулюванні відносин у сфері трудового права, єдність і диференціація посідають особливе місце в механізмі такого регулювання, забезпечуючи тим самим оптимальне поєднання загального й особливого в цьому процесі.

*Надійшла до редколегії 06.06.05*

<sup>1</sup> Курс российского трудового права: В 3 т. — Т. 1: Общая часть / Под ред. Е. Б. Хохлова. — СПб., 1996. — С. 162.

## НА ПОЧАТКУ ТВОРЧОГО ШЛЯХУ

*В. Гуцель*, аспірант НДІ державного будівництва та місцевого самоврядування АПрН України

### Принцип субсидіарності та його роль у реалізації функцій держави (на прикладі країн Європейського Союзу)

На всіх етапах державно-правового розвитку однією з найважливіших була і залишається проблема забезпечення ефективного функціонування держави. Особливої значущості вона набуває у другій половині ХХ ст. Передусім це зумовлено остаточною передачею від ліберальної до соціальної моделі демократичної, правової державності<sup>1</sup>, яка передбачає активне втручання держави в економічну та соціальну політику, що об'єктивно сприяє розширенню відповідних функцій держави. З другого боку, підвищена увага до функцій держави спричинена процесом європейської інтеграції, який розвивався у близьких, але все ж самостійних напрямках: співпраця в рамках Ради Європи як міждержавної організації та Європейських співтовариств як наднаціональної організації. Якщо діяльність створеного за ініціативою Ради Європи Європейського суду з прав людини внесла суттєві корективи в порядок реалізації функції охорони і захисту прав і свобод людини і громадянина<sup>2</sup>, то утворення Європейських співтовариств, які пізніше трансформувалися в Європейський Союз (далі — ЄС), мало наслідком його втручання в реалізацію спочатку економічної<sup>3</sup>, згодом — соціальної<sup>4</sup>, а потім —

<sup>1</sup> Цей перехід спочатку відбувається на рівні національних держав, а наприкінці ХХ ст. — на теренах ЄС в цілому.

<sup>2</sup> Див.: *Гуцель В. Г.* Функція охорони і захисту прав та свобод людини і громадянина і роль в її реалізації Європейського Союзу та Ради Європи // *Державне будівництво та місцеве самоврядування*. — 2005. — Вип. 9.

<sup>3</sup> Див.: *Бороздин И.* Промышленная политика Европейского Союза: Доклады Института Европы № 26. — М., 1996.

<sup>4</sup> Див.: *Гуцель В. Г.* Особливості реалізації соціальної функції держав-членів ЄС в умовах розбудови соціального співтовариства ЄС // *Державне будівництво та місцеве самоврядування*. — 2004. — Вип. 8. — С. 158–167.

екологічної<sup>1</sup> та інших функцій. Це пов'язано з тим, що поступово ЄС за згодою національних держав робив істотні кроки в напрямку до перетворення на наднаціональну організацію, яка має низку власних важливих повноважень<sup>2</sup>, що становлять виключну компетенцію ЄС і забезпечують легітимність його функціонування, а деякі повноваження реалізує спільно з національними урядами. Як наслідок в умовах активізації процесів європейської інтеграції та регіоналізації питання розмежування предметів ведення, повноважень і функцій держави набуває особливої актуальності та гостроти. Принаймні в Європі воно перестало бути власне питанням визначення національної стратегії розвитку і внутрішньої політики держави. Делегування національними державами ЄС низки важливих суверенних прав надало підстави для розгляду проблеми підвищення ефективності здійснення функцій держав у контексті формування та реалізації загальноєвропейської політики. Отже, європейська інтеграція також вносить принципові корективи в реалізацію здійснюваних державою функцій.

Констатуючи факт постійного розширення кількості функцій держави, а також делегування національними урядами повноважень щодо їх здійснення інститутам ЄС, слід визнати, що такого роду практика суперечить ідеології лібералізму, одним з основних принципів якого є забезпечення автономії суспільних відносин та процесів. Він у свою чергу безпосередньо пов'язаний із реалізацією конституційного принципу свободи, в основу якого покладено вимогу щодо особистої відповідальності. Свобода людини — це незаперечна цінність. Додержуючись своїх власних внутрішніх законів, людина має право на свій розсуд визначати свою долю. Проте на неї можна впливати до певної міри зовні. Питання полягає в тому, яким чином це буде зроблено і до яких наслідків призведе.

Можна, як це мало місце в СРСР, ігнорувати властиві людині свободу та гідність і розглядати громадянина виключно як суб'єкта обов'язків перед державою. Позбавивши людину свободи і власності, можливості вільно виявляти ініціативу, тобто природних регуляторів людського життя, влада замінила їх на власні накази, заборони та «соціальні замовлення», чим призвела громадянина до стану, за яким приховувалися соціальний паразитизм, занепад правосвідомості та ініціативи в процесі праці. Обмежуючи свободу особистості, підточу-

<sup>1</sup> Див.: *Лозо В. І.* Історичні умови становлення і правового забезпечення екологічної політики Європейського Союзу // Там само. — С. 69–79.

<sup>2</sup> Ці повноваження інститутам ЄС надано державами-членами (ст. 9 Конституції для Європи).

ючи сили суспільства, соціалістична держава закономірно приходиться до власного занепаду.

Альтернативний підхід реалізувався в процесі розбудови демократичної, соціальної правової держави на теренах Європейських співтовариств. Процес формування вільного, правового, громадянського суспільства і відповідної моделі державності тут відбувається із додержанням принципу субсидіарності.

Субсидіарність — це доволі сталий та розроблений принцип<sup>1</sup>, який не тільки торкається організації державного устрою в демократичних державах, а й поширює свою дію на соціальну, економічну, церковну та інші сфери суспільного життя, створюючи передумови для зміцнення громадянського суспільства<sup>2</sup>. Разом з тим слід визнати, що це поняття лише нещодавно (протягом другої половини ХХ ст.) почало включатися до категоріального ряду юридичної науки, зокрема загальної теорії держави і права<sup>3</sup>, що зумовлює актуальність його дослідження.

Дослідники субсидіарності справедливо вказують на те, що свого класичного визначення вона набула в соціальній доктрині Католицької церкви. В енциклопедії папи Пія XI «*Quadragesimo anno*» (1931) субсидіарність тлумачилася як неприпустимість передачі в суспільне відання тих функцій і повноважень, які окремі індивіди і малі спільноти здатні виконувати самостійно з власної ініціативи і власними засобами. При цьому зазначалося, що будь-яка суспільна діяльність за своєю сутністю і поняттям є субсидіарною, а тому їй належить підтримувати частини суспільного тіла, але не руйнувати і не поглинати їх<sup>4</sup>.

На сьогодні принцип субсидіарності розглядається в двох аспектах. По-перше, його дія спрямовується на розмежування приватної та державної сфер життя, на «роздержавлення державності». По-друге, його зміст пов'язано з процесом постійного перерозподілу повноважень між управлінськими структурами різного рівня на основі визнання їх рівноправності та рівнозначності.

<sup>1</sup> Стосовно субсидіарності висловлювалися Аристотель, Тома Аквінський, Іван Альтузій, Дж. Локк, Ал. де Токвіль та ін.

<sup>2</sup> Див.: *Рабінович С. П.* Права людини у природно-правовій думці католицької церкви (за матеріалами соціальної доктрини католицизму). — Львів, 2004. — С. 152–157; *Государственное право Германии: В 2 т.* — М., 1994. — Т. 2. — С. 28, 29; *Яковюк І. В.* Соціальна держава: питання теорії і шляхи її становлення: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.01 — Х., 2000. — С. 11.

<sup>3</sup> Див.: *Яковюк І. В.* Субсидіарність як принцип взаємовідносин національних держав і Європейського Союзу // *Вісник Академії правових наук України.* — Х., 2004. — Вип. 4 (39). — С. 22–24.

<sup>4</sup> Див.: *Рабінович С. П.* Вказ. праця. — С. 153.

Перший підхід передбачає формулювання відповіді на питання про доцільність приватизації або, навпаки, передачу функцій у державне відання<sup>1</sup>. Попри утвердження моделі соціальної державності слід пам'ятати, що правова держава, якісною характеристикою якої вона є, в політичному сенсі залишається ліберально-демократичною, а відтак, головною її цінністю є вільна особистість. Додержуючись принципу субсидіарності, соціальна правова держава демонструє дбайливе ставлення до людини. Вона виходить з того, що свобода людини визначає її самостійність і незалежність, а отже, зумовлює її відповідальність. Саме свобода і відповідальність становлять основу правосуб'єктності особи, яка має бути звільнена від соціальної опіки держави і самостійно забезпечувати гідний рівень життя для себе та своєї сім'ї, в тому числі шляхом страхування від можливих соціальних ризиків. А. Амплеева слушно підкреслює, що принцип субсидіарності в даному аспекті діє на горизонтальному рівні. Він запроваджується в суспільні процеси як інструмент, котрий функціонує в мережі взаємодіючих об'єднань економічного, політичного, професійного, наукового характеру та інших громадських організацій, сприяючи розмежуванню відповідальності між громадянським суспільством і його інститутами, з одного боку, та державою — з другого, за реалізацію найбільш важливих завдань, що постали перед суспільством і державою на певному етапі їх розвитку<sup>2</sup>.

Аналізуючи європейський досвід функціонування соціальної правової держави<sup>3</sup>, І. Яковюк обґрунтовано робить висновок про те, що за умови додержання принципу субсидіарності інститути громадянського суспільства здатні значною мірою гармонізувати відносини між особистістю, суспільством і державою, розвантажити державу в процесі здійснення нею низки функцій<sup>4</sup>, звільнити її від обов'язку опікати окремого індивіда та малі спільноти, натомість надавати їм допомогу

<sup>1</sup> Див.: *Неф Р.* Субсидиарность и критерии приватизации функций государства. <<http://liberal.ru/book1.asp?num=97>>.

<sup>2</sup> Див.: *Амплеева А. А.* Субсидиарность как элемент эффективного общества // *Преподавание истории в школе.* — 2002. — № 3. — С. 36–37.

<sup>3</sup> Див.: *Яковюк І. В.* Соціальна держава: питання теорії і шляхи її становлення: Дис. ... канд. юрид. наук. — Х., 2000.

<sup>4</sup> Наведемо лише один приклад. У 1996 р. 18% німців, об'єднавшись у 300 000 організацій громадських ініціатив, працювали на громадських засадах добровільно і без оплати, виконавши роботу, яка коштує мільярди марок. Аналогічна ситуація має місце у Великій Британії, Нідерландах, США, Швеції (див.: *Цандер Б.* Задурно, але не намарне: робота на громадських засадах // *Deutschland (UK).* — Frankfurt am Main. — 1998. — № 2. — С. 18–21.



для самопомоги. До аналогічного висновку стосовно впливу принципу субсидіарності на процес реалізації функцій держави в умовах розвинутого громадянського суспільства приходять й інші його дослідники<sup>1</sup>.

В межах другого підходу, як уже зазначалося, вирішується питання про перерозподіл повноважень між управлінськими структурами різного рівня. Сучасний етап державно-правового розвитку країн Європи характеризується наявністю двох протилежних, хоча і взаємопов'язаних тенденцій. Передусім це посилення ролі наддержавних інституцій ЄС в процесі прийняття найважливіших рішень, що стосуються реалізації як внутрішніх, так і зовнішніх функцій держав-членів. Це стало можливим внаслідок того, що національні уряди фактично почали «ділитися» з ЄС частинами свого суверенітету (суверенними правами), в тому числі з питань фінансової, митної, антимонопольної політики тощо. В результаті інститути ЄС дедалі більше нагадують органи державної влади, а ЄС — квазідержавне утворення, яке перебирає на себе реалізацію значної кількості функцій держав-членів.

Паралельно з цим у рамках ЄС відбувається процес істотного посилення ролі регіонів усередині національних держав, а також включення місцевого самоврядування в структуру організації влади з метою скорочення адміністративної дистанції між органами, які приймають рішення, і сферою дії цього рішення. Як наслідок протягом останніх десятиліть позиція регіонів у процесі прийняття рішень значно посилилася не тільки на національному, а й на загальноєвропейському рівні, починаючи подекуди конкурувати з позицією урядів держав-членів ЄС. Результатом цього процесу стала практика передачі національними урядами на регіональний рівень повноважень щодо реалізації значної кількості функцій держав у сферах освіти, охорони здоров'я, культури, соціального захисту, охорони довкілля, житлового і комунального господарства тощо, однак, як правило, без відповідного фінансування їх здійснення. Аналізуючи цю ситуацію, І. Іванов зазначає, що деякі регіони спільно з місцевими адміністраціями в ряді

<sup>1</sup> Див.: *Алексеев О., Шедровицкий П.* «Практическая субсидиарность» // Казанский федералист. — 2002. — № 4. — С. 45; *Лобье П. де.* Столетие христианского социального учения: от Льва XIII до Иоанна-Павла II / Пер. с франц. <<http://www.emmanuel-info.com/ru/dossiers/sitru363.htm>>; *Шунак М.* Церква і права людини: католицькі і протестантські погляди, відображені в церковних документах // Релігійна свобода і права людини: богословські аспекти. — Львів, 2000. — С. 320–321 та ін.

держав-членів ЄС вже реалізують від 50 до 100 функцій державного управління, які переважно пов'язані з наданням населенню послуг<sup>1</sup>.

Із наведеного випливає, що відповідно до принципу субсидіарності перерозподіл функцій повинен здійснюватися на основі оцінки того, який рівень управління найбільшою мірою наблизений до реалізації функції та яким є власне зміст функції (функція є похідною від процесу глобалізації чи локалізації).

Визнання субсидіарності європейськими країнами виявилось процесом складним і тривалим. Хоча вона і пропонувала конструктивну формулу співіснування соціальних об'єднань у сучасному світі, проте протягом тривалого часу не сприймалась політичними елітами як керівний принцип. На відміну від США, де федералізм завжди спирався на принцип субсидіарності, європейські країни не демонстрували прагнення здійснювати владу у відповідності з ним. Винятком була лише Німеччина, де даний принцип протягом XIX–XX століть одержав ґрунтовну теоретичну розробку в працях соціальних теологів<sup>2</sup>.

З моменту започаткування Європейських Співтовариств і до середини 70-х років XX ст. цей принцип в зародковому стані існував лише в Договорі про європейське об'єднання вугілля і сталі (ст. 5) та нечітко викладався у Римських договорах. Лише з середини 80-х років, через необхідність вирішення питання стосовно уточнення предметів ведення, повноважень та функцій держав-членів і ЄС він починає розглядатися як принцип Європейського Співтовариства.

Поширення інтеграційних ініціатив на політичну сферу підвищило значущість принципу субсидіарності та зумовило необхідність його нормативного визначення. Вперше його закріплення на рівні установчих договорів відбувається при підписанні Єдиного Європейського Акта (ст. 130г)<sup>3</sup>. Набагато змістовніше його викладено у Маастрихтському договорі, де він згадується двічі: в Преамбулі та ст. 2, яка робить відсилку до ст. 5 Договору про Європейське Співтовариство, де і розкривається зміст субсидіарності: у сферах, які не підпадають під його виключну компетенцію, Співтовариство діє відповідно до принципу

<sup>1</sup> Див.: *Іванов И.* Европа регионов // Мировая экономика и международные отношения. — 1997. — № 9. — С. 10.

<sup>2</sup> Див.: *Hensel K. P.*, Ordnungspolitische Betrachtungen zur katholischen Soziallehre (im Sinne der Enzyklischen Rerum novarum u. Quadragesimo Anno) (Ordo II, 1949, 229–269); *Link E.*, Das Subsidiaritätsprinzip, 1953; *Cordes C.*, Können wir das Subsidiaritätsprinzip übernehmen? (ZEE 3, 1959, 145–157); *Janssen K.*, Subsidiarität als sozialpolitischer Grundprinzip? (JK 22, 1961, С. 468–471).

<sup>3</sup> Див.: *Единый европейский акт. Договор о Европейском Союзе / Отв. ред. Ю. Борко.* — М., 1994. — Т. 2. — С. 30.

субсидіарності, якщо і оскільки цілі не можуть бути досягнуті достатньою мірою державами-членами і тому можуть бути більш успішно здійснені Співтовариством<sup>1</sup>.

Однак закріплення принципу субсидіарності на рівні установчих договорів не припинило дискусії навколо нього. Уточнення змісту цього принципу в подальшому відбулося при підписанні Амстердамського договору, який супроводжувався протоколом «Про застосування принципів субсидіарності та пропорційності» та Декларацією ФРН, Австрії та Бельгії щодо субсидіарності. Наступний важливий крок було зроблено під час розроблення проекту Конституції для Європи (далі — проект Конституції)<sup>2</sup>. В цьому документі було закріплено низку важливих положень, котрі допомагають більш конкретно визначитися як у питаннях щодо особливостей реалізації функцій держави в умовах ЄС та участі інститутів ЄС в цій діяльності, так і стосовно змісту самого принципу субсидіарності. Так, у ст. 5 проекту Конституції зазначається, що Союз поважає основні функції держави, а також підкреслюється, що відповідно до принципу добросовісної співпраці Союз і держави-члени виявляють взаємну повагу і сприяють один одному у виконанні завдань, визначених у Конституції. Особливий інтерес становить ст. 9, яку майже повністю присвячено розкриттю змісту принципу субсидіарності. Зокрема в ній сказано, що згідно з принципом субсидіарності у сферах, що не належать до його виключної компетенції, Союз діє у відповідному обсязі лише у тому разі, коли держави-члени не можуть досягти поставлених цілей на відповідному рівні за допомогою заходів, вжитих ними на центральному, регіональному чи місцевому рівнях, натомість, зважаючи на обсяг чи наслідки цих заходів, цілі можуть бути досягнуті ефективніше на рівні Союзу (п. 2). Крім цього, в додатках до Конституції міститься Протокол про застосування принципів субсидіарності та пропорційності, згідно з яким інститути Союзу повинні застосовувати цей принцип, а національні парламенти — забезпечувати його додержання.

Аналіз цих документів свідчить про те, що субсидіарність має розглядатися як динамічна концепція. Це означає, що субсидіарність дає змогу розширювати сферу діяльності Співтовариства в рамках його юрисдикції в тих випадках, коли обставини того вимагають, і навпаки, обмежувати цю діяльність або навіть зупиняти її тоді, коли вона

більше не виправдана<sup>1</sup>. Подібне розуміння субсидіарності дозволяє зробити такі висновки.

Традиційно прийнято вважати, що субсидіарність адресується інститутам ЄС, а не державам-членам. Однак такий підхід має обмежувальний характер, бо ігнорує відповідні положення Декларації про субсидіарність та ст. 14 Хартії регіоналізації Співтовариства<sup>2</sup>, в якій сказано, що відповідно до принципу субсидіарності регіони посідають місце між центральним і муніципальним урядами в державі. Тому є підстави вимагати, аби вимоги принципу субсидіарності були адресовані як інститутам ЄС, так і центральним та регіональним органам влади держав-членів.

Реалізація принципу субсидіарності тісно пов'язана з правотворчою діяльністю, що породжує питання стосовно визначення правомірності видання правових актів ЄС. На вирішення цієї проблеми спрямовані положення Протоколу про застосування принципів субсидіарності та пропорційності. Цей Протокол вимагає, аби висуненню Комісією пропозиції щодо видання законодавчого акта передувало проведення широких слухань. У разі потреби обов'язково повинні бути належно враховані регіональний та місцевий виміри запропонованих дій. Виданню певного акта ЄС має також передувати процедура перевірки, в результаті проведення якої необхідно з'ясувати, чи має держава необхідні засоби для вирішення існуючої проблеми (п. 4 Протоколу). Підстави твердження того, що цілі ЄС можуть бути краще досягнуті на союзному рівні, мають ґрунтуватися як на якісних, так і — наскільки це можливо — на кількісних критеріях. Одержання позитивної відповіді означає, що ЄС має утриматися від видання правового акта. Негативна відповідь дає підстави перейти до наступного питання: наскільки ефективнішими за діяльність держави можуть виявитися заходи ЄС? Союз має відмовитися від втручання у вирішення проблеми, якщо не зможе довести, що його дії дозволять більш ефективно вирішити проблему. Якщо ж Комісія дійде висновку про доцільність видання правового акта, то вона має також вирішити питання щодо вибору виду нормативного акта. В подальшій роботі над проектом правового акта Комісія має враховувати зауваження національних парламентів, Ради Міністрів і Європарламенту щодо додержання принципу субсидіарності. При цьому кожен національний парламент або його палата може надіслати Президентам Європейського

<sup>1</sup> Див.: Договір о Европейском Сообществе // Европейское право. — С. 557.

<sup>2</sup> Див.: Проект Договору про Конституцію для Європи, ухвалений Європейським конвентом 13 червня та 10 липня 2003 р. (2003/169/01). У перекладі Центру європейського та порівняльного права при Міністерстві юстиції України.

<sup>1</sup> Див.: Европейское право: Учебник / Под общ. ред. Л. М. Энтина. — М., 2002. — С. 115–116.

<sup>2</sup> Див.: Бусыгина И. Настоящее и будущее «Европы регионов» // Мировая экономика и международные отношения. — 1993. — № 9. — С. 17.

Парламенту, Раді Міністрів та Комісії обґрунтовані висновки щодо невідповідності законодавчої пропозиції принципу субсидіарності. Якщо національні парламенти або їх палати, які становлять щонайменше третину всіх голосів (або щонайменше чверть голосів, якщо йдеться про пропозицію згідно зі ст. III-165 Конституції у сфері простору свободи, безпеки та правосуддя), роблять висновок про те, що пропозиція Комісії не узгоджується з принципом субсидіарності, то Комісія має переглянути свою пропозицію. Після закінчення перегляду Комісія може вирішити: зберегти, змінити або відкликати пропозицію.

Обов'язковість процедури попереднього ознайомлення національних парламентів із законодавчими пропозиціями Комісії, а також надана їм можливість контролювати додержання принципу субсидіарності в цілому унеможливує ситуацію, коли Комісія порушить вимоги субсидіарності. Однак, якщо навіть держави-члени ЄС згодом дійдуть висновку, що були здатні вирішити проблему самостійно або краще, аніж це зробили інститути ЄС, то, керуючись принципом верховенства права ЄС (ст. 10 Конституції), вони не можуть не виконувати рішення ЄС. У разі незгоди з рішенням ЄС держави-члени, а в окремих випадках і Комітет регіонів мають право звернутися до Суду, юрисдикція якого поширюється на позови щодо порушення законодавчим актом принципу субсидіарності (п. 7 Протоколу).

Прагнучи забезпечити суворе додержання принципів субсидіарності та пропорційності інститутами ЄС, розробники Конституції запровадили контроль за застосуванням цих принципів. Пункт 8 Протоколу передбачає, що щороку Комісія зобов'язана надавати Європейській Раді, Європарламенту, Раді Міністрів та національним парламентам держав-членів звіт про застосування ст. 9 Конституції. Цей звіт також надсилається Комітетові регіонів та Економічно-соціальному комітетові.

Підсумовуючи викладене, слід зазначити, що на сьогодні завдяки запровадженню принципу субсидіарності вдається вирішити цілий комплекс проблем, пов'язаних не тільки із реалізацією функцій держав, а й з процесом подальшої демократизації державно-правового життя. Поступово відбувається усвідомлення того факту, що субсидіарність і демократія — це взаємодоповнюючі принципи. Якщо субсидіарність відповідає на питання, що і на якому рівні має регулюватися в державі, то принцип демократизму визначає, яким чином можуть бути досягнуті успіхи в регулюванні життя суспільства і держави, тобто відповідає за вибір форми і способу прийняття рішень.

*Надійшла до редколегії 02.05.05*

*Д. Войтенко*, асистент НЮА України

## Методологічний статус обґрунтування в юриспруденції

Проблема обґрунтування виникає в будь-якій сфері продуктивної людської діяльності, оскільки для неї завжди потрібно мати якусь підставу. Внаслідок визнання логіко-методологічного принципу достатньої підстави будь-яке суспільно важливе твердження або заперечення має одержати обґрунтування. *Обґрунтування — це процес і результат пошуку переконливих (тобто необхідних і достатніх) підстав для наших суджень про дійсність.* Стосовно юриспруденції обґрунтування є універсальною для всієї сфери права логіко-методологічною процедурою пошуку переконливих (тобто необхідних і достатніх) підстав для наших суджень про юридично значущі події і для їхньої правової оцінки.

Обґрунтування наукових концепцій і практичних дій є однією з незмінно важливих і актуальних завдань правознавства, правотворчості і правозастосування. Однак традиційно проблематика обґрунтування найчастіше розглядається у відносно вузьких технологічних рамках теорій доведення і практичного одержання, пред'явлення й оцінки доказів у конституційному, цивільному, арбітражному, кримінальному, адміністративному процесах<sup>1</sup>. В останні десятиліття намітилася й тенденція до побудови універсальної теорії судового доведення, що покликана стати розділом загальної теорії права<sup>2</sup>. Як видається, така теорія в свою чергу потребує виходу до ще більш широкої філософської сфери рефлексії над специфікою юридичного обґрунтування.

Слід зазначити, що навіть у сфері загальної філософії тема обґрунтування як спеціальний предмет дослідження розглядається порівняно рідко. У літературі останніх десятиліть можна відзначити тільки декілька монографічних досліджень обґрунтування, як правило,

<sup>1</sup> Див.: *Белкин А. Р.* Теория доказывания. — М., 2000; *Витрук Н. В.* Конституционное правосудие. — М., 1998; *Глинська Н. В.* Обґрунтування рішень у кримінальному процесі: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Х., 2003; *Грошевой Ю. М.* Проблемы формирования судебного убеждения в уголовном судопроизводстве. — Х., 1975;

<sup>2</sup> Див.: *Протасов В. Н.* Основы общеправовой процессуальной теории. — М., 1991; *Новицкий В. А.* Теория российского процессуального доказывания и правоприменения. — Ставрополь, 2002.

зорієнтованих на предметні галузі математики і природознавства<sup>1</sup>. Питання обґрунтування соціально-гуманітарного знання ніби взагалі не існували й у кращому разі належали до компетенції логіки доведення. Цей орієнтаційний перекид у предметно-проблемному полі обґрунтування можна пояснити тривалою монополією марксистсько-ленінського історичного матеріалізму на «раз і назавжди дане» філософсько-методологічне обґрунтування права, вихід за межі якого був ідеологічно неприпустимим, небезпечною і практично неможливою справою.

У логіці та математиці ХХ ст. філософські проблеми обґрунтування спочатку були поставлені у зв'язку зі з'ясуванням підстав математики, зокрема з підставами теорії множин, континуумом-гіпотезою і подоланням виявлених у теорії множин парадоксів<sup>2</sup>. Але логіки і математики, пам'ятаючи про розгромну ленінську критику махізму, найчастіше зверталися до обґрунтувальної проблематики в зв'язку з обговоренням методології побудови і застосування теорії доведень, проблем обчислювальності і конструктивізації (алгоритмізації) рішень, уникаючи ризикованих з погляду ортодоксального діалектичного матеріалізму припущень щодо існування якоїсь там суб'єктивної, конвенціональної або ідеальної реальності спостерігача<sup>3</sup>. Більшу свободу для розвитку тематики обґрунтування, навіть не стільки внаслідок її віддаленості від політико-ідеологічних обмежень, скільки завдяки зацікавленості політичних інстанцій у технічних (особливо військово-технічних) результатах, мали представники природничих наук, у яких проблема обґрунтування належить до сфери встановлення базових принципів побудови загальних теорій у фізиці, астрономії, космології тощо<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Див.: *Никитин Е. П.* Природа обоснования: субстратный анализ. — М., 1981; *Конверский А. Е.* Проблема обоснования в логике и методологии науки. — К., 1985; *Никитин Е. П.* Открытие и обоснование. — М., 1988 та ін.

<sup>2</sup> Див.: *Клини С. К.* Введение в метаматематику: — М., 1957; *Козн П. Дж.* Теория множеств и континуум-гипотеза: — М., 1969; *Френкель А., Бар-Хиллел И.* Основания теории множеств. — М., 1966; *Гильберт Д., Бернайс П.* Основания математики. Теория доказательств. — М., 1982 та ін.

<sup>3</sup> Див.: *Марков А. А.* Теория алгоритмов // Труды мат. ин-та В. А. Стеклова АН СССР. — 1954. — Т. 42; *Успенский В. А.* Лекции о вычислимых функциях. — М., 1960; *Мальцев А. И.* Алгоритмы и рекурсивные функции. — М., 1966; *Роджерс Х.* Теория рекурсивных функций и эффективная вычислимость. — М., 1972 та ін.

<sup>4</sup> Див.: *Павленко А. Н.* Современная космология: проблемы обоснования // Вестник Российской Академии наук. М., 1994. — № 5. — С. 409–415; *Астрономия и современная картина мира.* — М., 1996 та ін.

Слід сказати, що питання про оптимальні базові принципи і побудову на їхньому фундаменті послідовної та чіткої системи права були в центрі уваги і теоретичного правознавства протягом усієї його історії. Найбільш рельєфно цю тенденцію окреслив ще І. Ільїн: «Право мусить бути обґрунтоване»<sup>1</sup>. Відомо, що дореволюційна філософсько-правова думка успішно розвивалася саме в цьому напрямку, про що свідчать оригінальні концепції М. Алексеєва, І. Ільїна, Б. Кистяківського, П. Новгородцева, Л. Петражицького, П. Сорокіна, Є. Трубецького, Б. Чичеріна, П. Юркевича і багатьох інших мислителів-правників.

Характерною особливістю дореволюційного періоду був теоретико-методологічний плюралізм, на зміну якому в радянський період прийшла примусова одностайність у тлумаченні основ права. Право розумілося як частина ідеологічної надбудови над економічним базисом і вираження волі «пануючого» робітничого класу. Але реально пануючим класом були не робітники, а так звана номенклатура. У тих випадках, коли її політико-кон'юнктурний диктат приводив до явної суперечності права й економічної реальності і, як наслідок, до деформацій економіки — це тлумачилося як прояв негативної сторони діалектики відносної самостійності самого права, а не дефектів його ідеологічних основ.

Тільки з розпадом СРСР і усуненням ідеологічного диктату єдиної правлячої партії стало можливим повернення до світового філософсько-правового процесу. Як справедливо відзначає в зв'язку з цим Н. Смирнова, «поворот від «єдино вірного» істматівського дискурсу до множинності теоретичних мов опису соціального об'єкта, помножений на ідеологічний плюралізм і зрелу культурну гетерогенність, вимагає особливої інтелектуальної культури сполучення різних методологічних підходів, вироблених або запозичених»<sup>2</sup>. Авторка вказує на необхідність урахування еволюції методологічних установок соціального пізнання від раціоналістичного ідеалу новочасової європейської метафізики з властивими йому універсальними нормами мислення до ситуативізму і поліфонічності сучасного західного соціального мислення, що відповідає різноманіттю культурної морфології сучасного світу.

<sup>1</sup> *Ильин И. А.* О сущности правосознания // Собр. соч. в 10 т. — М., 1994. — Т. 4. — С. 188.

<sup>2</sup> *Смирнова Н. М.* От социальной метафизики к феноменологии «естественной установки» (феноменологические мотивы в современном социальном познании). — М., 1997. — С. 3.



З іншого боку, відзначає Н. Смирнова, на пострадянському просторі ще немає культури критичного осмислення західного досвіду. «Проголосивши «нове мислення» у політиці, ми зберегли риси «старого» класичного мислення в більш широкій галузі соціальних справ... На зміну «класичному» марксизмові приходить настільки ж класичний домарксистський, тобто заснований на подібних когнітивних презумпціях, дискурс європейського лібералізму... Замість колишніх, нібито вже перевершених, бінарних опозицій, приходять нові, але настільки ж абсолютно одна одній протипоставлені... Реанімуються спроби знову нав'язати життю логіку Проекту, але вже не марксистського, адаптованого до завдань моменту колективним розумом Комуністичної партії, а виробленого адептами Чикагської школи або Міжнародного валютного фонду. Інакше кажучи, сьогодні в нашому соціальному мисленні в наявності інверсія старого класичного дискурсу, обертання в його колишніх рамках з підстановкою лише нових «змінних», впаданням в інші крайнощі, але аж ніяк не творче освоєння нових підходів до аналізу соціальної реальності»<sup>1</sup>.

Стосовно сфери права слід враховувати й об'єктивний чинник історичного відставання нашої сучасної філософії права, яка ще тільки відновлюється після вимушеної тривалої перерви, від головних досягнень її світового розвитку. В подоланні цього відставання вже багато чого зроблено і багато чого робиться відомими вченими О. Бандурою, Н. Бусовою, О. Данильяном, К. Жолем, А. Козловським, М. Козюброю, В. Кузнецовим, М. Костицьким, С. Максимовим, М. Пановим, Л. Петровою, М. Поповичем, П. Рабіновичем, С. Сливкою, В. Титовим, Ю. Шемшученком, В. Шкодою та ін. Вони так чи інакше торкаються у своїх роботах питань обґрунтування права, але темою спеціального дослідження сама процедура обґрунтування в праві ще не стала.

Саме питання про гносеологічну природу обґрунтування в новітній літературі з філософії права було уперше поставлено А. Козловським<sup>2</sup>, який уже мав значні результати дослідження цієї процедури в теоретичній фізиці<sup>3</sup>. Він пропонує програму досліджень онтогносео-

<sup>1</sup> Смирнова Н. М. От социальной метафизики к феноменологии «естественной установки» (феноменологические мотивы в современном социальном познании). – С. 3–4.

<sup>2</sup> Див.: Козловський А. А. Проблема гносеологічного обґрунтування права // Науковий вісник Чернівецького університету. – Вип. 11. – Правознавство. – Чернівці, 1997. – С. 84–89.

<sup>3</sup> Див.: Козловський А. А. Динамика обоснования естественнонаучной теории (на материале становления единых теорий поля): Автореф. дис. ... канд. филос. наук. – М., 1989.

логічних підстав права, методологія якої має спиратися на «інвентаризацію існуючих моделей права, співвідношення і порівняння їх між собою»<sup>1</sup>.

Отже, задано вектор і змістовний діапазон реалізації цікавих та важливих досліджень, що, як видається, можна конкретизувати і розвивати в таких напрямках:

1) аналіз самого логіко-гносеологічного феномена обґрунтування в сфері права;

2) виявлення головних підходів до обґрунтування права в історії філософії права;

3) аналіз головних підходів до обґрунтування права в сучасному філософському правознавстві;

4) розроблення критеріїв порівняння і власне порівняння логіко-гносеологічної релевантності історично пройдених і сучасних концепцій обґрунтування права.

Якщо ці чотири дослідницькі напрямки цілком впливають із запропонованої А. Козловським програми і «вписуються» в неї, то деякі інші, котрі також видаються перспективними, виходять за її рамки. До них належать такі.

1. Зіставлення хронології та технології обґрунтування в юриспруденції та інших природничих і суспільних науках у плані запропонованого Т. Куном<sup>2</sup> уявлення про «нормальну» і «революційну» науки.

2. Встановлення специфіки обґрунтування в праві порівняно з «точними» (сучасні символічні логіка і математика), природничими і технічними науками. Зокрема, видається необхідним конкретизувати положення А. Козловського про те, що сучасний етап розвитку права і світового правознавства характеризується незадоволеністю тими пізнавальними методами, що право виробило в собі або некритично запозичило з інших наук<sup>3</sup>.

3. Встановлення специфіки обґрунтування в праві порівняно з іншими соціальними, політичними і гуманітарними науками як щодо порівняння прийнятих у них методологій обґрунтування, так і щодо їх соціального резонансу. У зв'язку з цим заслуговує на увагу теоретичний досвід обґрунтування в дослідженнях моралі<sup>4</sup>, у методології істо-

<sup>1</sup> Козловський А. А. Проблема гносеологічного обґрунтування права. – С. 88.

<sup>2</sup> Див.: Кун Т. Структура научных революций. – М., 1985.

<sup>3</sup> Див.: Козловський А. А. Проблема гносеологічного обґрунтування права. – С. 84

<sup>4</sup> Див.: Апресян Р. Г. Идея морали и базовые нормативно-этические программы. – М., 1995; Гусейнов А. А. Обоснование морали как проблема // Мораль и рациональность. – М., 1995. – С. 76–101.

ричного пізнання в цілому та історико-правовому пізнанні зокрема<sup>1</sup> у прикладній соціології<sup>2</sup>.

Систематична і детально пророблена реалізація всіх цих завдань, безсумнівно, далеко виходить за межі можливостей одного, навіть найбільш обдарованого і працюючого автора. Проте у першому наближенні, що не претендує на повну остаточність, вона може і повинна стати метою комплексного вивчення.

Предметна сфера обґрунтування в праві охоплює всі рівні функціонування правової системи — від попередніх філософських і соціально-політичних проектів установлення моральних, релігійних, політичних, соціально-економічних підстав оптимального суспільного порядку і відповідних їм проектів загальних теорій права, конституцій і окремих законів до обґрунтування необхідності конкретних процесуальних дій відносно конкретних осіб у конкретних правових ситуаціях.

Зміст і широта обґрунтування визначають його рівень. Так, філософське обґрунтування припускає встановлення гранично загальних основ права, поширюваних далі на всі його структурні підрозділи і механізми застосування. У рамках філософсько-правового обґрунтування можна розрізнити безліч аспектів:

- феноменологічний, пов'язаний з відповіддю на питання, що таке право;
- онтологічний, пов'язаний з відповіддю на питання про форми і способи буття права;
- гносеологічний, пов'язаний з відповіддю на питання про принципи і методи пізнання права;
- логіко-методологічний, пов'язаний з відповіддю на питання про оптимальне оформлення міркувань про право і способи таких міркувань;
- аксіологічний, пов'язаний з відповіддю на питання про моральні, релігійні та навіть естетичні виміри й оцінку правової реальності;
- соціологічний, пов'язаний з установленням соціально-політичних, соціально-економічних та соціально-культурних основ права;

<sup>1</sup> Див.: Блок М. Апология истории или ремесло историка. — М., 1973; Коллингвуд Р. Дж. Идея истории. Автобиография. — М., 1980; Тойнби А. Цивилизация перед судом истории. — М.; СПб., 1995; Домирли М. А. Право и история. Эпистемологические проблемы. — СПб., 2002.

<sup>2</sup> Див.: Батыгин Г. С. Обоснование научного вывода в прикладной социологии. — М., 1986.

— філософсько-історичний і порівняльно-правовий, пов'язаний з установленням, інтерпретацією і порівнянням національних і світових традицій, а також перспективних тенденцій у розвитку права.

На рівні загальної теорії права ці філософські аспекти конкретизуються у встановленні загальних для всієї правової системи принципів права, обґрунтуванні поділу системи права на галузі й окремі інститути, обґрунтуванні критеріїв розходження і порівняння окремих правових систем тощо.

На рівні конституційного права обґрунтовується необхідність установлення того чи іншого правового порядку, форм і способів захисту прав людини, політичної організації громадського життя в державі, її відносин з іншими державами тощо.

На рівні окремих дисциплін матеріального права встановлюються їх предмет, метод та специфічні інститути.

На рівні дисциплін процесуального права встановлюються способи і регламент відповідних їм процесуальних дій.

На рівні правотворчості встановлюється соціально-економічна, соціально-політична, соціально-культурна або юридико-технологічна необхідність прийняття тих чи інших правових норм.

Нарешті, на рівні правозастосування, крім відповідної йому системи норм процесуального права, обґрунтовується необхідність прийняття оперативних підзаконних актів, інструкцій тощо.

Розрізнення всіх цих рівнів є відносним, оскільки застосовувані на них форми і способи обґрунтування можуть бути загальними в якихось окремих елементах або навіть у їхній сукупності. Тому воно має скоріше методичний характер, особливо на вищих рівнях. Так, філософське обґрунтування при всій його абстрактності обов'язково потребує певної «прив'язки» до актуальної конкретики права. Загальна теорія права і конституційне право широко використовують філософські обґрунтування, галузеві дисципліни — фундаментальні положення загальної теорії права, теорії конституційного права і конституційні норми, правотворчість у будь-якій сфері — національні конституційні норми, національні правові традиції, міжнародні правові документи і відповідний досвід інших країн тощо.

У межах кожного рівня ступінь необхідності та відповідної їй глибини і складності обґрунтування може широко варіювати від просто нагадування загальновизнаного принципу до спеціального деталізованого пророблення теоретичного шляху від вихідних принципів до результативних рішень.

Надійшла до редколегії 15.05.05

А. Ткачова, здобувачка НЮА України

## Зміст та основні риси громадських робіт

Визнавши переваги покарань, альтернативних позбавленню волі, український законодавець у санкціях 3% статей Особливої частини КК України як основне передбачив застосування покарання у виді громадських робіт. Оскільки для України це новий вид покарання у системі кримінальних покарань, остільки у науках кримінально-правового циклу питання змісту та основних рис громадських робіт, їх виконання та відбування ще не були предметом належної уваги, хоча окремі уявлення стосовно цієї проблематики містяться у роботах О. Беці, І. Богатирьова, М. Вербенського, В. Дрьоміна, В. Мایяренка, А. Степанюка, С. Черкасова та ін. Здебільшого ці уявлення мають фрагментарний характер, дослідники обмежуються висвітленням необхідності розширення практики застосування альтернативних позбавленню волі покарань, оцінкою їх соціально-економічного та морально-психологічного ефекту, розглядом окремих проблем виконання-відбування цих покарань. Проте без з'ясування змісту та сутності громадських робіт як самостійного покарання відповідна організація їх застосування на практиці унеможлиблюється.

У ст. 56 КК України зазначено, що громадські роботи полягають у виконанні засудженим у вільний від роботи чи навчання час безоплатних суспільно корисних робіт, вид яких визначають органи місцевого самоврядування. З формулювання громадських робіт, наданого у КК, а також з нормативних положень Кримінально-виконавчого кодексу України і розділу II Інструкції про порядок виконання покарань, не пов'язаних з позбавленням волі, та здійснення контролю щодо осіб, засуджених до таких покарань, стає можливим виокремлення сутнісних рис сучасних громадських робіт, сукупність яких є своєрідним еквівалентом обсягу кари.

Сутність громадських робіт розкривається через з'ясування змісту тих чи інших елементів кари, що притаманні цьому покаранню. Але спочатку зауважимо, що цей вид покарання не пов'язаний з ізоляцією від суспільства, тому елементи кари не досягають в ньому тієї гостроти прояву, як при засудженні, наприклад, до арешту, обмеження або позбавлення волі, оскільки, з одного боку, громадські роботи не тягнуть за собою будь-якого обмеження засудженого в прояві його особистої волі (за винятком хіба що розпорядження вільним часом), у

тому числі у вільному пересуванні по країні, а з другого — у правовому становищі особи, яка відбуває покарання у виді громадських робіт, не відбувається значної зміни. Проте громадські роботи як вид кримінального покарання все ж таки містять елементи кари, що спричиняють засудженому певні тяготи і позбавлення.

Кара в громадських роботах, як і в будь-якому покаранні, відбивається в самому факті засудження особи, тобто у вираженій у вирокі негативній оцінці її поведінки з боку держави. У зв'язку з цим, напевно, мав рацію О. Сахаров, який зауважував, що властивість кримінального покарання — спричинити засудженому моральні страждання — потрібно всіяко підтримувати і розвивати шляхом виховання відповідної громадської думки<sup>1</sup>.

Крім того, кара при засудженні до громадських робіт полягає в тому, що праця, яка виконується під час відбування цього виду покарання, має примусовий характер. Це означає, що засуджений повинен відпрацювати на користь суспільства зазначену у вирокі кількість годин; сам процес працевлаштування здійснюється у примусовому порядку; засуджений зобов'язаний виконувати лише ті види робіт, які визначаються йому органом місцевого самоврядування за узгодженням з кримінально-виконавчими інспекціями (під час визначення засудженій особі конкретного виду робіт її бажання, на нашу думку, може враховуватися, але лише за розсудом інспекції); злісне ухилення від громадських робіт тягне за собою застосування визначених у законі санкцій. При цьому визнання примусового характеру праці одним з каральних елементів не суперечить, як уже зазначалося, ані міжнародним документам, ані Конституції України<sup>2</sup>.

Неабияке навантаження під час відбування громадських робіт несе такий каральний елемент, як виконання цих робіт безоплатно. Безоплатність праці засудженого — визначальна особливість громадських робіт. На відміну від виправних робіт, виконання яких передбачає стягнення частини заробітної плати засудженого, громадські роботи здійснюються без нарахування засудженому заробітної плати. Отже, є наявним ще одне обмеження конституційного права особи за вирок суду — одержання винагородження за працю.

З аналізу ст. 56 КК можна зробити припущення, що безоплатність праці при відбуванні громадських робіт спрямована на формування у

<sup>1</sup> Див.: Сахаров А. Б. О личности преступника и причинах преступности в СССР. — М., 1961. — С. 250.

<sup>2</sup> Див.: Конвенція про скасування примусової праці 1957 р., Європейська конвенція про права людини 1950 р., Міжнародний пакт «Про громадські та політичні права» 1968 р. та ін.

засудженого поважного ставлення до суспільства та суспільних інтересів. Тому у зазначеній статті йдеться про безоплатну працю на користь не конкретних осіб чи установ, що потерпіли від злочинного діяння, а суспільства.

Хоча громадські роботи мають примусовий характер, проте засуджений не повинен позбавлятися засобів до існування, а крім того, суспільство не зацікавлене в тому, щоб він переривав навчання, тому громадські роботи відповідно до ст. 56 КК відбуваються у вільний від основної роботи або навчання час. Разом з тим відпустка за основним місцем роботи не перериває виконання покарання, тобто в цьому разі безпосередньо відбувається обмеження гарантованого Конституцією України права на відпочинок. Це пояснюється тим, що оскільки особи, які залучаються до громадських робіт на підставі вироку, є засудженими, а не працівниками, остільки їх обов'язкова праця юридично не породжує право на відпустку, положення про яку регулюються нормами трудового законодавства. Отже, таке становище свідчить про обмеження вільного часу засудженої особи, що є безумовним елементом карального впливу.

Час відбування громадських робіт не зараховується до трудового стажу засудженого, який дає право на пенсію. Слід відмітити, що у більшості випадків подібна проблема й не виникає, тому що засуджений до цього виду покарання вже має місце роботи. Проте чи означає це, що громадські роботи можуть призначатися лише особам, які мають будь-яке постійне місце роботи? Видається, що позитивне вирішення даного питання призвело б до небгрунтованого звуження сфери застосування громадських робіт. Може виникнути й протилежна ситуація, коли засуджений під час відбування громадських робіт з будь-яких причин втратив основну роботу. Тут теж виникає питання: чи потрібно замінювати громадські роботи на інший вид покарання? На наш погляд, застосування громадських робіт до осіб, які на момент засудження не мали постійного місця роботи чи навчання або, навпаки, втратили їх, є цілком можливим.

Разом з тим тут існує й ще одна проблема, а саме: зарахування цій категорії засуджених часу відбування громадських робіт до трудового стажу. Як видається, є слушними пропозиції працівників кримінально-виконавчих інспекцій при умові сумлінного ставлення до роботи зараховувати строк покарання до трудового стажу засуджених, які відбувають це покарання та не мають у цей час іншої роботи. На користь цього аргументу свідчить також той факт, що час відбування засудженими інших видів покарань (виправних робіт, позбавлення

волі) згідно з кримінально-виконавчим законодавством, зараховується до трудового стажу, що дає право на соціальне забезпечення особи. Тому протилежне у ситуації, описаній вище, було б алогічним. Вважаємо, що вказівка у законі на виконання засудженим громадських робіт у вільний від роботи чи навчання час більшою мірою стосується власне порядку виконання даного виду покарання. Таким чином, питання про включення в деяких випадках часу відбування громадських робіт до трудового стажу засудженого потребує законодавчого врегулювання.

До опосередкованого карального впливу на засудженого можна віднести й той факт, що громадські роботи відбуваються на іншому підприємстві (в закладі), ніж те, на якому працює (навчається) засуджений. Це нове підприємство, як вже зазначалося, визначається органами місцевого самоврядування. Засуджений не має права не погоджуватися на цю роботу. Більш того, йому доведеться пристосовуватися до нового колективу, налагоджувати стосунки з раніше незнайомими людьми, домогтися поваги, що не завжди легко зробити, будучи засудженим за вчинення злочину. Крім того, засудженому фактично доведеться поєднувати роботу в двох або більше місцях, якщо він працює за сумісництвом, або роботу з навчанням.

Громадські роботи характеризуються й таким каральним елементом, як їх певний строк. Громадські роботи встановлюються повнолітнім засудженим на строк від 60 до 240 годин і відбуваються не більше чотирьох годин на день. Для неповнолітніх засуджених віком від 16 до 18 років громадські роботи призначаються на строк від 30 до 120 годин. Щоденно громадські роботи не можуть перевищувати двох годин. При цьому чим більший строк засудження до громадських робіт, тим значніший обсяг кари вони містять у собі.

Елемент кари в громадських роботах полягає й у наявності у засудженої особи судимості. Судимість і правообмеження, які випливають з неї, створюють, як відомо, певні труднощі для такої особи. Наприклад, судимість негативно впливає на здійснення нею деяких прав під час працевлаштування, оскільки може стати перешкодою для зайняття певних посад. Факт судимості враховується також при заповненні офіційних документів, реалізації виборчих прав тощо.

Перелічені каральні елементи, які становлять зміст громадських робіт, дають змогу зробити висновок про те, що їх сутність як виду кримінального покарання передбачає наявність у цьому інституті в першу чергу трудових, а не майнових правообмежень, оскільки відбування громадських робіт здійснюється у процесі трудової діяльності



на користь суспільства у вільний від основної роботи чи навчання час. Засуджений користується всіма правами і свободами, за винятком деяких обмежень його трудових прав та права на відпочинок. Отже, каральна сторона розглядуваного покарання стосується головним чином трудової діяльності засудженого і воно належить до покарань немайнового характеру. Як слушно зауважує В. Філімонов, хоча засудженому до громадських робіт заробітна плата не виплачується, однак це покарання не можна розглядати як майнове, оскільки майнові покарання передбачають вилучення всього чи частини майна засудженого або певної частини з його заробітку. Під час застосування громадських робіт такого вилучення не відбувається<sup>1</sup>. Дійсно, заробітна плата або стипендія, що їх одержує засуджений за основним місцем роботи (навчання), а також заробіток за сумісництвом, премії, будь-які надбавки, матеріальна допомога тощо виплачуються повністю.

При розгляді змісту покарання у виді громадських робіт так чи інакше постає питання щодо ролі праці та її призначення і здатності бути каральним елементом у змісті покарання. З цього приводу в спеціальній літературі є різні погляди, що свідчить про складність та неоднозначність вирішення цього питання. Одні вчені вважають, що праця не є і не може бути елементом кари, у праці засуджених кара відсутня<sup>2</sup>. На думку інших, каральні елементи власне й сконцентровано у праці. Так, М. Беляєв пише, що будь-яке покарання має бути карою за вчинений злочин, отже, як засіб кари може виступати будь-який елемент покарання, котрий за своїми об'єктивними властивостями здатний вирішити це завдання. Суспільно корисна праця це завдання вирішити може<sup>3</sup>. Треті вчені вважають, що на працю покладено виконання виховних функцій. Так, зазначається, що використання праці пов'язано не лише із засудженням, карою за злочин, а й з її соціальною природою — бути матеріальною основою виховання особистості. На підтвердження цієї думки наводяться, зокрема, такі аргументи, що діяльність органів, які виконують покарання, показує,

<sup>1</sup> Див.: Новое уголовное право России: Общая часть: Учеб. пособ. — М., 1995. — С. 99.

<sup>2</sup> Більш докладно див.: Стручков Н. А. Советское исправительно-трудовое право. — М., 1963.

<sup>3</sup> Див.: Беляев Н. А. Цели наказания и средства их достижения в исправительно-трудовых учреждениях. — Л., 1963. — С. 86–87; Наташев А. Е. Правовое положение осужденных (общие вопросы). Проблемы исполнения наказанной и перевоспитания осужденных // Тр. Акад. МВД СССР. — М., 1984. — С. 26 та ін.

що, як правило, не можна виправити особу, не залучивши її до суспільно корисної праці<sup>1</sup>; за допомогою праці відбуваються виховання засудженого в дусі поваги до інтересів суспільства, розвиток трудових навичок, таких якостей, як дисциплінованість, сумлінність, повага до закону<sup>2</sup>.

Але, на наш погляд, покладати на працю під час виконання громадських робіт виховні функції означає перебільшувати її можливості, оскільки за своєю природою ця праця у першу чергу несе каральне навантаження. Якщо громадські роботи посприяють і прищепленню засудженій особі будь-яких корисних навичок, то подібний «ефект» виходить за межі суто виконання покарання та його завдань. До того ж, слід згадати покарання, не пов'язані із залученням засудженого до праці, наприклад, штраф, позбавлення права обіймати певну посаду або займатися певною діяльністю.

Видається, що докладніше слід зупинитися на визначенні конкретних видів робіт, які мають характер громадських. У законі лише зазначається, що вид робіт встановлюється органами місцевого самоврядування. Проте не наводиться хоча б приблизний перелік цих видів робіт, які б одночасно були суспільно корисними і мали характер примусу, містили властивості кари. У кінцевому результаті законодавець повинен знати, які види праці найдоцільніше використовувати для досягнення мети — кари, що надасть можливість за допомогою правового регулювання сконцентрувати відповідні якості та властивості у певних видах робіт, створити специфічні умови праці для засуджених осіб. Все це сприятиме тому, що діяльність органів виконання покарання у виді громадських робіт стане більш предметною: вони залучатимуть засуджених не до праці як такої, а до виконання якісно визначених робіт, що мають певні каральні властивості.

У зв'язку з цим вважаємо, що визначити конкретний вид робіт можна за допомогою певних критеріїв, або принципів, яким має відповідати робота. Доцільно запровадити такі з них.

По-перше, громадські роботи, як і будь-яка інша праця, мають бути продуктивними, тобто мати цілком визначені об'єктивні показники, за якими можна судити про якісну сторону праці засудженої особи.

<sup>1</sup> Див.: Мелентьев М. П. Функции советского исправительно-трудового права: Учеб. пособ. — Рязань, 1984. — С. 34.

<sup>2</sup> Див.: Осадчая Т. Г. Обязательные работы как новый вид наказания в российском уголовном законодательстве: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 — Ростов н/Д, 1999. — С. 102.

По-друге, оскільки громадські роботи мають бути продуктивними, остільки невід'ємною вимогою, що ставиться до них, повинно стати нормування завдання. Тобто йдеться про норми виробітку. Напевно, на практиці може викликати труднощі процес визначення норм роботи, яку виконує засуджений. Проте ігнорування цього питання є неприпустимим. У цій ситуації видається вірним такий підхід: норми виробітку треба розраховувати на кожний день чи на тиждень, коли засуджений працює, з урахуванням певної кількості годин на день, протягом яких він відбуває покарання. Звісно ж, що при цьому враховуються реальні можливості засудженого залежно від його статі, фізичних даних, стану здоров'я, наявної кваліфікації, підготовки, навичок тощо. Отже, виконуючи громадські роботи, особа повинна мати реальну здібність до фізичної праці, можливість займатися нею без шкоди для здоров'я та інших моментів, що заслуговують на увагу. Під час нормування слід пам'ятати, що зазначені норми, з одного боку, мають бути реально здійсненними, а з другого — розраховані все ж таки на інтенсивну працю без простоїв упродовж усього часу відбування покарання.

Викладені норми виробітку мають загальний характер. Разом з тим ті чи інші норми виробітку залежать від конкретної ситуації, особи засудженого, інших обставин. Тому в кожному конкретному випадку до відбування громадських робіт має бути індивідуальний підхід з боку органів виконання цього виду покарання до можливостей засуджених.

По-третє, громадські роботи, які відбувають засуджені, — це перш за все покарання, тому в праці завжди мають бути елементи кари. Як видається, значний обсяг каральних елементів пов'язаний з непростигністю тієї чи іншої роботи та, можливо, з її значним фізичним характером. Якщо перше висловлювання цілком справедливе у будь-якому випадку застосування до засудженої особи громадських робіт, то щодо другого може йтися не в усіх випадках. Зрозуміло, що стосовно неповнолітніх та жінок питання про значне фізичне навантаження знімається само по собі. Проте у будь-якому випадку праця повинна відповідати вимозі суспільної користі<sup>1</sup>. За даними, одержаними нами під час анкетування інспекторів кримінально-виконавчих інспекцій, понад 50% опитаних вважають, що це можуть бути роботи з прибирання та облагородження вулиць, приміщень; на думку ж 15% — будь-які вантажно-розвантажувальні роботи; ще 15% — сільсько-

<sup>1</sup> Див.: Хомлюк В. Обязательные работы и ограничение свободы. Меры по введению в действие наказаний, не связанных с изоляцией от общества // Ведомости уголовно-исполнительной системы. — 2003. — № 3. — С. 51–52.

господарські роботи; 10% — будь-які ремонтні або будівельні роботи; менше 10% як громадські називають інші види робіт.

По-четверте, громадські роботи повинні мати, так би мовити, публічний характер, щоб тримати засудженого до них під контролем як колективу, в якому він працює під час виконання-відбування покарання, так і органів виконання цього покарання.

По-п'яте, особам, засудженим до громадських робіт, надається робота, не пов'язана із шкідливим виробництвом, ризиком для життя та здоров'я. Лише останній критерій визначення характеру роботи чітко обумовлюється у положеннях розділу II Інструкції.

У своєму комплексі перелічені вимоги до характеру громадських робіт в цілому дають змогу хоча б у загальних рисах визначитися з їх видом. Як бачимо, майже всі вони мають об'єктивний характер, оскільки повинні враховуватися в кожному випадку призначення засудженому покарання. Виняток становить лише необхідність врахування статево-вікових параметрів засудженої особи, її стану здоров'я, можливо, якихось професійних якостей і навичок та інших параметрів, які за своєю природою стосовно того чи іншого засудженого, звісно ж, мають індивідуальні особливості, а відтак, мають переважно суб'єктивний характер.

Щодо цього цікавим є досвід Франції. Він стосується обов'язку засудженої особи перед виконанням роботи проходити медичний огляд, який спрямований на те, щоб з'ясувати, чи немає в неї якої-небудь хвороби, небезпечної для інших працівників, та переконатися в тому, що ця особа з фізичної точки зору придатна до роботи, на якій її передбачається використовувати. На наш погляд, цей досвід вартий того, щоб його запровадити в українському законодавстві. Отже, з цієї точки зору ст. 56 КК слід доповнити ще однією частиною, в якій саме і передбачався б обов'язок засудженої особи проходити медичний огляд на предмет з'ясування, чи є в неї хвороба, небезпечна для оточуючих працівників, та чи придатна вона взагалі до роботи, до якої її передбачається залучати. При цьому, вочевидь, слід вказати і на джерело проведення медичного огляду. Вважаємо, що цей огляд має проводитися за державний рахунок, тобто у державних медичних закладах. Відповідну вказівку треба передбачити й у кримінально-виконавчому законодавстві.

Якщо проаналізувати види громадських робіт за законодавством різних країн, то стає зрозумілим, що більшість відповідних законодавчих актів узагальнено описує їх характер. Так, кримінальне законодавство Іспанії, Франції, США та інших країн вказує лише на умови, яким по-

винні відповідати обов'язкові роботи, але не визначає їх конкретний вид<sup>1</sup>. Так само зазначається і в кримінальних кодексах країн-членів СНД.

Разом з тим практика виконання громадських робіт в Україні дає змогу виявити й деякі труднощі, котрі можуть виникнути під час реалізації цього виду покарання. По-перше, не вирішені питання щодо соціального захисту засуджених до громадських робіт у разі виробничого травматизму (витрати на лікування, виплату страховок, компенсацій та ін.). На наш погляд, слід погодитися з думкою В. Усачова та О. Уварова, які вважають, що дана проблема може бути вирішена двояким чином: або на законодавчому рівні, або в межах чинного законодавства шляхом її врегулювання на договірних засадах із роботодавцем та органами місцевого самоврядування<sup>2</sup>. По-друге, під час відбування засудженими особами громадських робіт з боку роботодавців не виключені випадки привласнення грошових коштів, що зароблені цими особами. Тому, щоб уникнути таких ситуацій, пропонуємо оформлювати виконання виробничих завдань, що постають серед засудженими до громадських робіт, персональними нарядами чи іншими рівнозначними документами.

Підбиваючи підсумки викладеного, слід зауважити, що у теперішній час чинне законодавство України в цілому дає уявлення про зміст та сутність покарання у виді громадських робіт, а саме: встановлено мінімальний та максимальний строки їх відбування; вказано коло осіб, на яких громадські роботи не поширюються; встановлено, що вид робіт визначається органами місцевого самоврядування; визначено порядок їх відбування — у вільний від роботи чи навчання час; вказано на їх безоплатний характер; передбачено кримінальну відповідальність за ухилення від відбування громадських робіт. Проте існує чимало проблем, які можуть виникати саме під час реалізації громадських робіт. Вони, на наш погляд, повинні вирішуватися перш за все за допомогою положень кримінально-виконавчого законодавства. Отже, в зв'язку з цим першочерговим завданням у сфері кримінально-виконавчого законодавства має стати вдосконалення нормативного врегулювання процесу виконання-відбування громадських робіт шляхом внесення до законодавства відповідних змін і доповнень.

*Надійшла до редколегії 20.05.05*

<sup>1</sup> Більш докладно про це див.: Уголовное законодательство зарубежных стран (Англии, США, Франции, Германии, Японии): Сб. законодат. мат. / Под ред. И. Д. Козочкина. — М., 1999; Уголовный кодекс Испании. — М., 1998.

<sup>2</sup> Див.: Усачев В., Уваров О. Опыт исполнения наказания в виде обязательных работ // Ведомости уголовно-исполнительной системы. — 2003. — № 7. — С. 15.

## РЕЦЕНЗІЇ

### Нове актуальне дослідження становлення та розвитку державної служби в Україні

Нинішній етап розвитку нашої держави характеризується суттєвими змінами в усіх сферах суспільного життя, правовому регулюванні відносин, що виникають при здійсненні публічної влади між державою, її органами, органами місцевого самоврядування (їх посадовими особами), з одного боку, та громадянами з другого. Підтвердженням цього є, зокрема, прийняття Кодексу адміністративного судочинства України, активізація роботи над низкою законопроектів — «Про Кабінет Міністрів України», «Про міністерства та інші центральні органи виконавчої влади», «Про нормативно-правові акти», «Про державну службу в Україні», Адміністративно-процедурним кодексом України тощо.

Все це, безумовно, вимагає ретельних наукових досліджень різноманітних державно-правових проблем, у тому числі організаційно-правових засад державної служби в Україні. Важливість дослідження питань становлення та розвитку державної служби в Україні пояснюється також її місцем у системі правових інститутів, значенням для забезпечення ефективності управлінської діяльності, реалізації прав і свобод людини і громадянина. Державні (публічні) службовці — це представники державної влади, місцевого самоврядування, з якими громадяни найчастіше спілкуються у зв'язку з вирішенням своїх питань, запитів та сподівань. Тому чітке законодавче визначення повноважень службовців публічної влади у стосунках з громадянами має важливе значення з боку як підвищення авторитету державних органів, державної служби та її службовців, так і забезпечення законності, гласності та прозорості в процесі такої діяльності, доступності для громадян. У зв'язку з наведеним позитивної оцінки заслуговує дослідження організаційно-правових засад державної служби в Україні, здійснене у монографії, підготовленій Ю. Битяком\*.

Приваблює те, що рецензована монографія є змістовною, оригінальною за структурою, складеною з урахуванням основних напрямів роз-

\* Битяк Ю. П. Державна служба в Україні: організаційно-правові засади: Монографія. — Х.: Право, 2005. — 304 с.

витуку державно-службових відносин, аналізу законодавства, що регулює діяльність органів публічної влади, їх посадових осіб, теоретичних розробок українських і зарубіжних авторів, українського і зарубіжного законодавства.

Перші два розділи монографії присвячено розгляду загальних проблем державної служби, зокрема характеристик конституційно-правових засад становлення і розвитку державної служби в Україні. Тут висвітлено проблеми вдосконалення структури і штатів державних органів, посад, як первинної ланки в організації державного апарату класифікації посад, взаємовідносин з громадянами, місця громадянина у системі публічної влади. Наведено загальну характеристику законодавства про службу в органах місцевого самоврядування.

Третій та наступні розділи стосуються правового статусу державних службовців, моральних та правових вимог, що ставляться до їх поведінки, вдосконалення підготовки кадрів, контролю у системі державної служби та подальшого її розвитку, напрямів реформування законодавства про державну службу.

Дослідження не зводиться лише до аналізу чинної системи законодавства України про державну службу, а й містить аналіз поглядів науковців на основні проблеми теоретичного характеру щодо державної служби, практики діяльності державних службовців та правового регулювання. В монографії не тільки використано загальноприйняті у науці права підходи, а й запропоновано нові, оригінальні ідеї, які у майбутньому мають набути подальшого розвитку. Вперше, наприклад, системно розглянуто питання створення законодавства, яке б мало антикорупційну спрямованість, наведено систему законів, які необхідно підготувати та прийняти з метою всебічного й комплексного врегулювання державно-службових відносин.

Вагоме місце у роботі посідає характеристика правового статусу державних службовців у поєднанні з поняттям державного службовця, їх видів та класифікації за різними критеріями. Правовий статус державних службовців, на думку автора, є спеціальним відносно правового статусу громадянина, а громадянство як політико-правова категорія виступає необхідною умовою для зайняття посади державного службовця в Україні. Оскільки правовий статус громадян — це сукупність їх прав, свобод, обов'язків, відповідальності, то правовий статус державних службовців не може аналізуватися поза змістом і обсягом їх основних прав, свобод, обов'язків, обмежень на зайняття посад державної служби, відповідальності. В той же час статус державних службовців, обсяг їх повноважень зумовлені посадою в структурі

відповідного органу щодо практичного виконання завдань і функцій цього органу, держави в цілому (с. 138).

Позитивно сприймається розгляд проблем етики державних службовців. Підвищення загальної та правової культури, правосвідомості, забезпечення належної поведінки державних службовців у стосунках з фізичними та юридичними особами безпосередньо пов'язуються з гарантіями щодо конституційних прав і свобод громадян, вимагають знань законодавства та точного й безумовного його виконання. Важливою частиною загальної культури державних службовців є її моральний компонент. Стосовно цього автор підкреслює, що правове і моральне виховання є частиною духовного формування особи, без якого не можна говорити про становлення України як правової, демократичної, соціальної держави. Показником правосвідомості державних службовців, які у своїй діяльності застосовують правові норми, є те, як вони їх застосовують, яку мають правову підготовку та моральну вихованість. Морально вихованими, підкреслює Ю. Битяк, такими, що мають високу загальну, професійну і правову культуру, державні службовці можуть бути лише за умови, що і всі громадяни, все суспільство (оскільки державні службовці — це ті ж громадяни України) мають високу загальну і правову культуру, а суспільні відносини побудовано на вироблених нашим народом та світовим співтовариством принципах (с. 173).

Певну зацікавленість викликає частина монографії, присвячена контролю у системі державної служби, оскільки в спеціальній літературі питання контролю відносно діяльності осіб, що перебувають на публічній службі, не розглядаються або ж розглядаються у контексті здійснення державного контролю взагалі. Крім характеристики контролю з боку державних інституцій, автор зупиняється на таких важливих складових контролю з боку інститутів громадянського суспільства, як звернення громадян, контроль громадських формувань, діяльність адвокатури. Підтримуючи існуючі пропозиції стосовно підготовки законодавства України про контроль та громадський контроль, Ю. Битяк вважає за необхідне створити такий механізм здійснення контролю, який би був спрямований не на виявлення недоліків, порушень, а на профілактику, подолання порушень законності, дисципліни, виявлення й узагальнення кращих зразків діяльності управлінських структур, поширення позитивного досвіду, підвищення ефективності роботи підконтрольних об'єктів, вирішення кадрових питань тощо (с. 220).

Заслужують на увагу проблеми вдосконалення підготовки кадрів для органів публічної влади, їх підбору і розстановки, підвищення



кваліфікації, атестації, які знайшли належне висвітлення у монографії. Цікавими є пропозиції та думки автора щодо законодавчого врегулювання цих питань.

Автор ґрунтовно розглянув проблеми стосовно подальшого розвитку державної служби та законодавчого регулювання державно-службових відносин. Достатньо обґрунтованою є та частина монографії, яка стосується питань удосконалення законодавства України про державну службу. Крім загального Закону України «Про державну службу», в якому слід визначитись з принципових, засадничих моментів, що стосуються поняття державної служби, права на державну службу, посади, посадової особи, видів державної служби, класифікації посад державної служби, категорій і рангів державних службовців, обов'язків і прав та ін., пропонується опрацювати й прийняти низку інших законів, які б регулювали державно-службові відносини у певних сферах і галузях державної діяльності. Це, зокрема, закони про службу в апараті Верховної Ради України (або врегулювати це питання в Регламенті), про службу в органах виконавчої влади, про службу в апараті судової системи та ін. Ці закони мають узгоджуватися як між собою, так і з законами, що регулюють відносини у відповідних галузях і сферах управлінської діяльності.

До очевидно позитивних моментів рецензованої роботи слід віднести прагнення до стислого викладу матеріалу, змістовну структурність, вагому джерельну базу, стильові достоїнства — доступність, логічність та послідовність, простоту манери викладення.

Ці та інші позитивні характеристики свідчать про те, що з'явилася нова, цікава, корисна з теоретичного, наукового та практичного погляду робота, актуальність якої не викликає сумнівів.

Разом з тим слід зазначити, що рецензована монографія характеризується наявністю положень, які, на нашу думку, потребують подальшого аналізу, оскільки вони є традиційно дискусійними. Деякі концептуальні моменти могли б бути продумані та висвітлені більш глибоко.

Так, з огляду на положення щодо соціальної ролі та функцій державної служби, автору було б корисним чіткіше визначитися стосовно системи функцій. Тим більше, що у законодавчій практиці завдання і функції державних органів чи державних службовців (посадових осіб місцевого самоврядування) часто ототожнюються.

Значну увагу в монографії приділено судовому контролю у сфері державної служби. Однак можна говорити, що головне місце посідає аналіз проблеми доступності правосуддя (в тому числі адміністратив-

ного) для громадян. Менше уваги відведено розгляду самих механізмів забезпечення прав громадян у судовій процесуальній формі у відносинах із суб'єктами публічної влади. Дещо надмірною є характеристика контролю з боку Верховної Ради України, Президента України. На наш погляд, більш істотну увагу слід було б приділити контролю внутрішньовідомчому та з боку Головердержслужби України, а не парламентському чи президентському.

Надто лаконічно висвітлено питання законодавчого регулювання проходження служби в системі місцевого самоврядування. Їм присвячено лише декілька сторінок (с. 57–63). Зважаючи на їх важливість та складність, неоднозначне тлумачення у вітчизняному правознавстві у зв'язку з проведенням адміністративної реформи та адміністративно-територіального устрою держави їм слід було б приділити більше уваги.

Сформульовані зауваження не мають принципового чи системного характеру, не знижують актуальність, цінність і новизну монографії, її значення для розвитку поглядів на державну (публічну) службу в Україні як інститут конституційного, адміністративного та інших галузей права. Вона створює істотний потенціал для позитивного розвитку наукових поглядів на державно-службові відносини та є корисною для законотворчої практики.

*Ю. Грошевий*, академік, віце-президент АПрН України,  
*М. Цвік*, академік АПрН України

## Новий підручник з господарського права

Новий підручник, підготовлений кафедрою адміністративного та господарського права економіко-правового факультету Одеського національного університету ім. І. І. Мечникова\*, становить інтерес насамперед тому, що він написаний на основі аналізу і узагальнення господарського законодавства та наукової господарсько-правової літератури, які сформувалися останніми роками під впливом розробок і дискусій, що супроводжували як становлення нового господарського законодавства, так і процес його першої кодифікації в Україні. Цікаво також те, що підручник написаний вже на власній господарсько-правовій основі і є кроком у її розвитку. Щодо цього він може

\* Хозяйственное право Украины: Учебник / Под ред. А. С. Васильева, О. П. Подцерковного. — Х.: ООО «Одиссей», 2005. — 464 с.

розглядатися як серйозний внесок не тільки в підвищення рівня вивчення й викладання господарського права, але й в науку господарського права. Можна погодитися з авторами в тому, що розвиток цієї науки — одне із свідчень галузевої самостійності господарського права (с. 24).

Концентроване уявлення про розуміння авторами змісту господарського права дає сама структура роботи. У підручнику 15 глав: (1) поняття, система й наука господарського права; (2) державний вплив на економіку і господарську діяльність; (3) легалізація господарської діяльності; (4) суб'єкти господарського права; (5) правовий режим майна суб'єктів господарювання; (6) господарські зобов'язання й договори; (7) господарсько-правова відповідальність; (8) комерційний розрахунок і банкрутство в господарській діяльності; (9) правове регулювання приватизації державного і комунального майна; (10) оренда в господарських відносинах; (11) захист економічної конкуренції; (12) правове регулювання ціноутворення; (13) правове регулювання розрахункових відносин; (14) правове регулювання зовнішньоекономічної діяльності; (15) система органів охорони й захисту прав (законних інтересів) суб'єктів господарювання.

На самому початку підручника показано ідейно-історичні передумови господарського права. Докладно розглянуто питання з розряду традиційних для навчальної літератури — про співвідношення предмета господарського права з предметом суміжних галузей права (с. 17 і наст.), показано, що на стику предметів регулювання різних галузей права виникають універсальні інститути. Універсальність, на думку авторів, мають, наприклад, інститути юридичної особи, зобов'язального права, права власності, компетенції тощо (с. 21). Подібного роду інститути визначалися в літературі також як загальноправові поняття<sup>1</sup>.

У зв'язку з цим можна зауважити, що у деяких випадках, коли автори говорять про «загальноцивільні норми» (наприклад, на с. 34–35), точніше було б називати їх «загальноправовими» нормами, які за традицією зберігаються в тексті Цивільного кодексу України (далі — ЦК). На жаль, наші теоретики права не приділяють цим нормам належної уваги як категоріям загальної теорії права або загального права, що нагадують певною мірою категорії загального права в англосаксонській системі права. Це призводить до невинного звуження рамок і глибини їх досліджень, як правило, у свідомо обмежених рамках цивільного права (хоча присутність відповідних понять у тому чи іншому кодексі не є достатньою підставою до віднесення їх тільки до

<sup>1</sup> Див.: Мамутов В. К., Хахулина К. С. *Общеправовые конструкции и понятия* // Юрид. вестник. — 2001. — № 4. — С. 103–109.

однієї з галузей законодавства). Тим більше, що з розвитком законодавства стає очевиднішою необхідність перегляду такого роду уявлення, згідно з якою всі майнові відносини — предмет цивільного права, а всі управлінські — предмет адміністративного права. Майнові та управлінські елементи присутні в нормах усіх галузей права, а тому галузева диференціація на основі дилеми «майнові чи управлінські» не адекватна реальному праву і не має науково-практичного значення. У новітньому законодавстві прикладом цього може служити інститут корпоративного управління, досліджуваний, зокрема, і з цивільно-правових позицій, хоча управління не вписується в предмет цивільного права й цивільно-правовий понятійний апарат. Не можна віднести цей інститут і до предмета адміністративного права.

Можна погодитися з позицією авторів, які характеризують господарське право як «технологію господарювання» з урахуванням досягнутого рівня розвитку економічних відносин (с. 3). Це визначення співзвучне з розумінням господарського права К. Ушинським як «юридичного викладу господарської діяльності». Господарське право регламентує цілеспрямовану діяльність, а не абстрактно «виникаючі» відносини. Правильно відзначається складність механізму господарювання. Ця складна система, складна «технологія» передують простому акту передачі (продажу) виробленого системою продукту кінцевому споживачеві — конкретній людині. Вивчення й удосконалення «технології господарювання» вимагає набуття й використання серйозних знань. Якщо для прочитання закону як одного з вузлів цієї технології достатньо середньої освіти, то для правильного його застосування, тлумачення, а тим паче вдосконалення необхідний високий рівень спеціальної юридичної та економічної підготовки. На жаль, у нас не всі розуміють, що «технологія господарювання», система правового регулювання господарської діяльності — система не менш складна, ніж, скажімо, система сучасного літака. Але, якщо до керування авіалайнером не допускають людей, які не пройшли спеціальної серйозної підготовки й не склали відповідних держіспитів, то серйозної підготовки й перевірки рівня знань у тих, кого допускають до правозастосовної та правотворчої роботи в сфері господарювання, поки ще немає. Рецензований підручник може сприяти заповненню цієї прогалини в нашому житті, допомагати готувати юристів, що опанували «технологію господарювання».

Висвітлення в підручнику ідейно-історичних передумов господарського права, починаючи з XIX ст., включаючи праці К. Ушинського, професора Одеського університету П. П. Цитовича, який опу-

блікував «Підручник торговельного права» в 1891 р., й інших робіт, про існування яких цивілістична література впродовж десятиліть практично замовчувала, сприяє не просто висвітленню законодавства, а й завоюванню ідеї, духу господарського права, що необхідно для правильного його тлумачення.

Процес удосконалення господарського законодавства також можна розглядати за аналогією, наприклад, із процесом розвитку літакобудування або автобудування шляхом поступового переходу від однієї моделі до наступної, більш досконалої, в якій усунуто недоліки попередньої. Щоб створити нову модель, яка відповідає основним параметрам сучасного німецького автомобіля «Мерседес Бенц», не можна просто взяти й оснастити вітчизняний «Запорожець» двигуном першого. Треба системно вдосконалювати всі вузли машини. Інакше автомобіль з пересадженим набагато потужнішим двигуном не витримає навантаження. На жаль, такі прості приклади доводиться наводити, тому що недостатньо компетентним у «технології господарювання» людям не завжди зрозумілі неминучість і необхідність системної зміни моделей у сфері господарювання, що призводить до необдуманих заходів, які викликають «цунамі» в економіці. З цього приводу автори підручника справедливо звертають увагу на недоцільність безсистемного збільшення кількості актів господарського законодавства (с. 40).

Цілком слушно можна вважати, що зміст і дух рецензованого підручника вірно орієнтують на вирішення проблем «технології господарювання».

В підручнику обґрунтовано зазначається, що кодифікація господарського законодавства дала змогу усунути такий негативний стан, коли господарська діяльність, яка не має характеру підприємництва з метою одержання прибутку, так чи інакше випадала із сфери правового регулювання (с. 29). Негативні наслідки такого «випадіння» обговорювалися в літературі<sup>1</sup>.

Автори підкреслюють і низку інших важливих достоїнств Господарського кодексу України (далі — ГК), зокрема концентрацію заходів господарсько-правової відповідальності (с. 29). Проблема вдосконалення, уніфікації й кодифікації цих заходів розглядалася в науці господарського права як одна з основних проблем, починаючи з моменту виникнення післявоєнної школи господарського права наприкінці

<sup>1</sup> Див.: Кузьмін Р. І., Кузьмін Р. Р. Співвідношення понять «підприємництво» та «господарська діяльність» // Право України. — 1999. — № 5. — С. 88–91.

50-х років ХХ ст. У підручниках з цивільного права проблема відповідальності за правопорушення в сфері господарювання як така взагалі не виділялася.

Поштовх у розвитку спеціальних досліджень проблеми відповідальності в сфері господарювання був спричинений загальносоюзною представницькою конференцією, яка відбулася в Донецьку в 1967 р.<sup>1</sup>, а також циклом робіт, виконаних у цьому напрямку донецькими вченими-господарниками<sup>2</sup>. Була також виконана велика робота із систематизації та уніфікації заходів відповідальності. Конференція спонукала зайнятися проблемою й деяких цивілістів. Однак проблема, актуальна для господарських відносин, так і залишилася в цивільному праві десь на задньому плані або взагалі конкретно не розглядалася, оскільки цивілісти обмежувалися загальними міркуваннями про підстави відповідальності. В цьому сенсі автори підручника обґрунтовано відзначають «великий науково-практичний потенціал дослідження даного правового інституту, оскільки побудова ефективної системи зазначених санкцій покликана забезпечити належний правовий господарський порядок в Україні» (с. 262). Заслугою юристів-господарників України можна вважати те, що вони привернули увагу юридичної науки до цієї проблеми, завдяки чому з'явилися великий цикл відповідних економіко-правових досліджень (у тому числі із залученням економіко-математичних методів) у 60–80-ті роки ХХ ст., а також перші спроби уніфікації й кодифікації численних різношерстих норм про відповідальність у господарських відносинах. Тепер є основа для продовження цієї роботи з метою повної уніфікації та кодифікації на базі ГК.

Слід зауважити, що ГК призначений не тільки для господарських судів, як це деякі юристи чомусь вважають, нарікаючи на окремі колізії. Він призначений для регулювання великої сфери відносин. Але в той же час з діяльністю господарських судів найбільше пов'язана регламентація відповідальності. І для вдосконалення цього інституту необхідна активна участь господарських судів. Саме тому, висвітлюючи питання господарсько-правової відповідальності, автори дають характеристику розмежування презумпції вини й відсутності врахування вини (с. 242), визначають оперативні-господарські

<sup>1</sup> Див.: Проблемы ответственности хозяйственных органов в новых условиях планирования и экономического стимулирования промышленного производства. — Донецк, 1967.

<sup>2</sup> Див.: Знаменский Г. Л. Хозяйственное право. Библиография. — Донецк, 1985.

санкції як одну з новел ГК (с. 254), висловлюють думку про те, що ці санкції можна розглядати також як один із засобів самозахисту суб'єктів господарювання.

По-новому висвітлюється в підручнику й проблема державного впливу на економіку та господарську діяльність (розділ 2). Обґрунтовується необхідність конкретизації функцій державних органів, доповнення ГК нормами, що регламентують контроль за діяльністю суб'єктів господарювання (с. 63). Показано неадекватність поділу суб'єктів майнових відносин на юридичних і фізичних осіб, як це зроблено в новому ЦК. Дається класифікація учасників господарських відносин, відповідно до якої вони поділяються на чотири групи (с. 98). Згідно з чинним законодавством автори роблять висновок про те, що регульовані господарським правом відносини існують не тільки між суб'єктами господарювання. Учасниками цих відносин — суб'єктами господарського права — виступають й інші особи, оскільки сфера господарювання існує у взаємодії з іншими суспільними відносинами (с. 104).

Коло суб'єктів господарського права значно ширше від кола юридичних осіб і фізичних осіб — підприємців. На жаль, з причини домінування у вищих навчальних закладах протягом ряду десятиліть цивілістичної доктрини й неувважності до вивчення реального господарського права багато юристів психологічно не готові вийти за рамки («прокрустового ложа») уявлення про суб'єктів господарювання (і взагалі про суб'єктів господарського права), і відносять до них лише юридичних і фізичних осіб. Подоланню звуженої уяви про суб'єктів господарського права може сприяти концепція, яка обґрунтовується в підручнику і стосується розходження обсягу господарської правосуб'єктності в учасників господарських відносин (с. 103), з обґрунтуванням поняття обмеженої господарської правосуб'єктності (с. 104) і аналізом прав структурних підрозділів. У підручнику показано практичну зручність терміна «громадянин-підприємець» (с. 108). Цей термін доречно вважати більш прийнятним, ніж категорія «фізична особа-підприємець». У будь-якому разі, краще відповідає Конституції і є більш поважним у соціальному відношенні.

У той же час досить дискусійним є обмеження в підручнику поняття компетенції учасників господарських відносин поняттям, що склалося в науці адміністративного права.

Хоча слід зауважити, що як у розглянутому, так і в інших випадках авторам все ж таки вдалося подолати негативний вплив деяких цивілістичних міфів та розглянути проблеми адекватно реаліям. Дослідження й розробки, спрямовані на кодифікацію господарсько-

го законодавства, сприяли вдосконаленню й розвитку власного понятійного апарату господарського права, стимулювали розвиток господарсько-правової думки і в підручнику цей розвиток відображено.

Ознайомлення з підручником дає змогу зробити висновок про те, що він може бути істотною підмогою у вивченні й застосуванні ГК та інших актів господарського законодавства. Він також містить великий матеріал для розвитку законодавства, доповнення деяких розділів і глав ГК, невинувато «усічених» у ході семирічного розгляду проекту ГК у Верховній Раді (як відомо, у чинному ГК невинувато урізані деякі положення про принципи оподаткування, про господарські товариства, виключено визначення господарського договору, деякі норми про поставки, господарський облік, інвестиції, захист прав і т. под.).

Аналіз підручника, що рецензується, й деяких інших робіт, опублікованих після прийняття ГК, показує, що ГК доцільно наростити таким чином, щоб він увібрав у свої розділи й глави значну кількість норм, невинувато розпорочених у десятках нормативно-правових актів. Це підвищило б цінність ГК для правозастосовної практики, дало б змогу усунути колізії, наявні між різними нормативно-правовими актами. ГК вже дозволив об'єднати норми законів «Про підприємництво», «Про підприємства в Україні» і приєднати до них низку норм інших актів. Варто продовжити нарощування цього кодифікованого акта.

До позитивних рис підручника можна віднести те, що автори підкріплюють свої твердження не тільки посиланнями на законодавство, але й, як правило, на велику господарську й судову практику.

Вивчення господарського права у вищих навчальних закладах ґрунтувалося на узагальненні й аналізі великого несистематизованого й найчастіше суперечливого законодавства. В підручнику показано, що прийняття ГК може сприяти більш поглибленому системному вивченню господарсько-правового матеріалу. Це підтверджують й інші підручники, видані київськими, чернігівськими авторами та науковцями Одеської національної юридичної академії.

Корисними видаються міркування авторів підручника щодо окремих інститутів і норм права. Переконаливо показано неправомірність включення в ЦК норм про господарські товариства (с. 139). На цю обставину вказував науково-експертний відділ Верховної Ради ще при поданні проекту ЦК до першого читання. Але без будь-яких обґрунтувань цю думку було проігноровано. Загострено увагу (с. 229) на нелогічність наявності в ЦК норм, які стосуються лише господарських договорів. На це неодноразово звертали увагу Вищий господарський



суд України, О. Віхров та інші автори, але хтось протидіяв виключенню цих норм із ЦК, мабуть, «через шкідливість», тому що інших обґрунтувань не було.

Не цілком відповідає ідеї й духу ГК розгляд у підручнику проблем антимонопольно-конкурентного законодавства. У ГК антимонопольно-конкурентному законодавству як стрижневому інституту господарського права змішаної економіки присвячено розділ 3 і низку статей в інших главах. У підручнику цей інститут чомусь відсунутий на задній план (глава 11) і, крім того, звужений до захисту економічної конкуренції (с. 307). Але антимонопольно-конкурентне законодавство виникло й розвивалося не тільки для захисту конкуренції, а й для захисту суспільства від зловживань монополієм становичем природних монополій, в яких немає конкурентів за визначенням. Крім того, захищаючи вітчизняного товаровиробника й вітчизняного споживача, законодавство має сприяти здатності вітчизняних товаровиробників протистояти іноземним і транснаціональним монополіям на світовому ринку, тобто бути антимонопольним на «зовнішньоекономічному фронті».

Відзначено новелу, що міститься в ст. 377 ГК, яка вводить у поняття ЗЕД ознаку «перетинання кордону». Введення такої ознаки мало на увазі протидіяти деяким схемам тінізації економіки, що не подобається певним особам, які критикують ГК «взагалі» або ухиляються від відповіді на питання, що конкретно їх не влаштовує у ГК. Наголосити на непогодженні з тими нормами, що певною мірою заважають тінізації або корупції (наприклад, ст. 250, яка обмежує свавілля контрольованих органів, або ст. ст. 207, 208, які дають змогу враховувати інтереси суспільства), означає показати неспроможність і заангажованість критики. А цього, зрозуміло, критики ГК намагаються уникнути.

У багатьох місцях підручника добре показано, чому має бути відмінність у регулюванні «загальноцивільних» (тобто враховуючих можливість участі як суб'єктів окремих громадян, присутність майново-побутових, сімейних, особистих елементів) і регулюванні господарських відносин. На підтримку позиції авторів слід зазначити, що справа тут не в так званих «суперечностях» у регулюванні, а в доцільності й обґрунтованості різної регламентації окремих відносин — відносин у сфері професійної господарської діяльності, з одного боку, і в сфері відносин особистого й майново-побутового характеру — з другого. Таке розходження завжди було у вітчизняному й іноземному законодавстві XIX—XX ст. Воно підкреслено в міжнародній Віденській конвенції 1980 р. про договори купівлі-продажу, в якій чітко сказано

про те, що вона не поширюється на відносини, які стосуються особистого споживання. У нас, на жаль, це розходження й дотепер не всіма засвоєне.

У підручнику висвітлено новели, розходження в регулюванні різних відносин і показано, як застосовувати квазіколізійні норми ГК і ЦК.

У кожному кодексі присутні норми різних галузей права. Від того, що деякі норми господарського законодавства виявилися в ГК, вони не стали «приватноправовими». Стосовно цих «суперечностей» іноді спостерігаються емоційні оцінки. Проте вони мають аналізуватися й переборюватися тлумаченням, що відповідає принципам і духу ГК. А виявлені недоліки можуть бути виправлені змінами та доповненнями до ГК. Прийнятні пропозиції на цей рахунок є, в тому числі, й у рецензованому підручнику. Проблемою є забезпечення їхнього компетентного розгляду.

Прикладом цього може служити доповнення, внесене до ГК законом від 4 квітня 2005 р. — зміст ст. ст. 75, 77, 89, 142 ГК доповнено конкретними положеннями, спрямованими на зміцнення правопорядку в державному секторі економіки. Однак є вже й приклад виправлень, що нічим не вмотивовані. Це стосується виключення із ГК поняття оперативного-господарського використання майна та формального виключення з переліку суб'єктів господарювання філій. Хоча з переліку останні виключені, але в господарському обороті, господарському, податковому, трудовому законодавстві й у самому ГК вони залишилися (див., зокрема, с. 103, 104, 109, 178, 378, 392 та інші рецензованого підручника). Так що ж таке виправлення проясняє? Зрозуміло, що, нічого не вирішуючи, воно лише породжує питання. Цей приклад показує, що при підготовці й розгляді законопроектів необхідно суворо керуватися вимогами Закону України від 11 вересня 2003 р. «Про засади державної регуляторної політики в сфері господарювання». Вивченню цього Закону, практики його застосування й наслідків порушення доречно було б присвятити спеціальну главу в підручниках з господарського права.

Необхідно також розглянути питання про доповнення навчального плану й відповідно підручників господарського права тематикою, названою О. Віхровим особливою частиною господарського права<sup>1</sup>.

Позитивним моментом є наведення в підручнику наочних таблиць з низки питань, використання економічної літератури. У той же час немає посилань на деякі важливі роботи вчених-господарників України (зокрема, на Науково-практичний коментар ГК, виданий у 2004 р. видавництвом «Юрінкомінтер»). Треба б надалі цю прогалину заповнити.

<sup>1</sup> Див.: Віхров О. П. Господарське право. Спеціальна частина. — К., 2004.

В цілому рецензований підручник заслуговує на позитивну оцінку й може служити доброю підмогою у вивченні господарського права. На тій же кафедрі адміністративного та господарського права Одеського національного університету ім. І. І. Мечникова підготовлено підручник з господарсько-процесуального права<sup>1</sup>. Отже, кафедра зробила істотний внесок у забезпечення системного підходу до вивчення студентами широкої сфери правового регулювання господарської діяльності.

В Одесі в 1807 р. було створено перший у Російській імперії комерційний суд. На юридичному факультеті Одеського університету, створеного на базі відділення правознавства Ришельєвського ліцею, що існувало з 1838 р., була кафедра торговельного права й торговельного судочинства. Професори цієї кафедри П. Цитович і А. Федоров брали участь у розробці проектів Вексельного статуту, Закону про акціонерні товариства, Статуту фабричної й заводської промисловості. П. Цитович поряд зі згаданим вище підручником торговельного права опублікував низку робіт у галузі співвідношення економіки й права<sup>2</sup>. Багато років в Одесі застосовувався спеціальний господарський режим порто-франко. На економіко-правовий розвиток міста вплинув той факт, що через Одесу йшла жвава торгівля з багатьма країнами. Можливо, позначилася й та обставина, що на початку XIX ст. містом управляв герцог де Ришельє — представник країни, яка породила в XVII ст. кольбертизм — активну державну економічну політику<sup>3</sup>, а в 1807 р. — перший Комерційний кодекс.

Таким чином, у цьому місті є навіть місцеві культурно-історичні (а можливо, й генетичні) передумови для дослідження й розвитку господарського права. Це підтверджується створенням кафедр відповідного профілю як в Одеському національному університеті, так і у відокремленій від нього недавно Одеській національній юридичній академії, учені якої нещодавно також видали цікаву навчальну роботу з господарського права<sup>4</sup>, що заслуговує на окремих розгляд.

Зміст рецензованого підручника дає підстави вважати, що центр з дослідження й викладання господарського права, який формується в Одесі, має високий професійний рівень і солідний потенціал для подальшого розвитку.

**В. Мамутов**, академік НАН України та АПРН України

<sup>1</sup> Див.: *Абрамов Н. А.* Хозяйственное процессуальное право. — Изд. 2-е. — Х.: ООО «Одиссей», 2003.

<sup>2</sup> Див.: Одеський університет, 1865—1990. — К., 1991. — С. 32-33 та ін.

<sup>3</sup> Див.: БСЭ. — Т. 12. — С. 479.

<sup>4</sup> Див.: Хозяйственное право / Под ред. Н. А. Саниахметовой. — Х., ООО «Одиссей», 2004.

## Проблеми захисту інтелектуальної власності

На сучасному етапі розвитку цивілізації інформація відіграє ключову роль у функціонуванні суспільних і державних інститутів та житті кожної людини. Ефект, який досягається за рахунок упровадження інформаційних технологій, зростає при збільшенні масштабів оброблення інформації, включаючи обчислювальні мережі та автоматизовані системи управління.

Застосування цієї технології стало таким, що нарівні з проблемами надійності і стійкості її функціонування виникає проблема забезпечення безпеки циркулюючої в ній інформації. За таких умов створилися можливості витоку інформації, порушення її цілісності та блокування. Витік інформації, яка становить державну та іншу передбачену законом таємницю, конфіденційної інформації, що є власністю держави, — це одна з основних можливих загроз національній безпеці України в інформаційній сфері.

Питання безпеки економічної інформації як об'єкта інтелектуальної власності — важлива частина Концепції впровадження нових інформаційних технологій у діяльність Міністерства фінансів України.

Широкомасштабне використання обчислювальної техніки і телекомунікаційних систем у рамках територіально розподіленої інформаційно-обчислювальної мережі Міністерства фінансів України, перехід на цій основі до безпаперової технології оброблення інформації, збільшення її обсягів і розширення кола користувачів сприяють виникненню якісно нових можливостей несанкціонованого доступу до ресурсів і даних інформаційної системи, їх високій вразливості. Недоліки в захисті інформації приводять до різного роду наслідків: від невинних жартів до винятково великих збитків економічного та соціального характеру.

Ефективність механізмів захисту інформації значною мірою залежить від реалізації низки принципів. По-перше, механізми захисту слід проектувати одночасно з розробленням інформаційної системи, що дає змогу забезпечити їх безконфліктність, своєчасну інтеграцію в обчислювальне середовище і скорочення матеріальних витрат. По-друге, питання захисту слід розглядати комплексно в рамках єдиної комплексної системи захисту інформації (КСЗІ).

Системний підхід забезпечує адекватний багаторівневий захист інформації в автоматизованій інформаційній системі Міністерства фінансів України (АІС Міністерства фінансів України). Крім того, при реалізації механізмів захисту повинні використовуватися передові,

науково обґрунтовані технології захисту, що забезпечують необхідний рівень безпеки, прийнятність, зручність для користувачів і можливість нарощування і модифікації КСЗІ надалі.

Управління безпекою інформації в АІС Міністерства фінансів України охоплює широке коло питань, до яких входять: забезпечення цілісності, конфіденційності й автентичності інформації; розмежування прав користувачів щодо доступу до ресурсів автоматизованої системи; захист автоматизованої системи та її елементів від несанкціонованого доступу; забезпечення юридичної значущості електронних документів.

Інформація інтегрованого банку даних як сукупність знань про фактичні дані і залежності між ними стала стратегічним ресурсом інформаційного забезпечення діяльності Міністерства фінансів України; вона – основа для вироблення будь-якого управлінського рішення. Тому захист інформації, будучи складною, наукомісткою та багатогранною проблемою по суті, в умовах упровадження сучасних інформаційних технологій у діяльність Міністерства фінансів України, створення розподілених обчислювальних систем і мереж зв'язку набуває особливої гостроти.

Кількість абонентів, що користуються інформацією в АІС Міністерства фінансів України, неухильно зростає. Сьогодні стало можливим взаємне сполучення локальних мереж обласного рівня при обміні інформацією. Такі взаємозалежні мережі з підключеними до них віддаленими абонентськими термінальними пристроями утворюють глобальну складну інформаційно-обчислювальну мережу Міністерства фінансів України, розподілену на більшій території всієї країни. Очевидно, що в цій корпоративній мережі виключити несанкціонований доступ до інформації лише одними організаційними заходами практично неможливо.

Будучи сучасною обчислювальною системою, АІС Міністерства фінансів України працює в мультипрограмному режимі, при якому одночасно вирішуються декілька завдань, а також у режимі розподілу часу, коли до інформаційних ресурсів одночасно може звертатися велика кількість користувачів. При таких режимах роботи в пам'яті комп'ютерів одночасно зберігаються програми і масиви даних різних користувачів, із персональними комп'ютерами (ПК) або серверами одночасно підтримує зв'язок значна кількість абонентів. У цьому випадку необхідним є розв'язання проблем як фізичного захисту інформації, так і захисту її від користувачів, які несанкціоновано втручаються в обчислювальний процес.

У рецензованій монографії О. М. Юрченка «Концептуальні основи захисту економічної інформації як об'єкта інтелектуальної власності» в узагальненому вигляді викладено причини можливих порушень безпеки інформації комп'ютерних систем Міністерства фінансів України, нормативно-правове регулювання інформаційних процесів і кримінально-правова відповідальність за їх порушення відповідно до чинного законодавства, наведено перелік моделей безпеки, адекватних сучасному рівню розвитку програмних і апаратних засобів, а також розглянуто методи і засоби впровадження механізмів захисту в існуючі підсистеми з можливістю гнучкого управління безпекою залежно від висунутих вимог, припустимого ризику та оптимальної втрати ресурсів.

О. М. Юрченко висвітлює основи захисту економічної інформації як об'єкта інтелектуальної власності, в комп'ютерних системах від несанкціонованого доступу (НСД), який є складовою частиною комп'ютерних злочинів. Проаналізовано інформаційно-аналітичні моделі системи технічного захисту інформації від загроз НСД потенційного порушника. Особливу увагу приділено питанням експертної оцінки рівня стійкості захисту інформаційних систем (ІС) від загроз НСД.

В додатках до монографії наведено: термінологію в галузі захисту економічної інформації в комп'ютерних системах від НСД, нормативно-правові і понятійні аспекти та стан захисту економічної інформації ІС від загроз НСД (інформаційно-довідковий матеріал), міжнародний досвід розвитку стандартів безпеки комп'ютерних систем (аналітичний матеріал), критерії оцінки захищеності економічної інформації в комп'ютерних системах від НСД.

Монографія розрахована на науковців, викладачів, аспірантів, студентів, державних службовців, співробітників правоохоронних органів, керівників і фахівців підрозділів безпеки інформаційних систем, їх кваліфікованих користувачів, а також на широке коло читачів.

Поява цієї роботи – значний внесок її автора в розвиток досліджень у галузі проблем захисту інтелектуальної власності.

*В. Кузьмічов*, вчений секретар Національної академії внутрішніх справ України, доктор юридичних наук, професор

## НАУКОВЕ ЖИТТЯ

### «КРУГЛИЙ СТІЛ»

#### «Деякі державно-правові питання періоду Великої Вітчизняної війни (1941–1945 рр.)»

27 квітня 2005 р. на спільному засіданні кафедр історії держави і права України та зарубіжних країн, теорії держави і права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, а також відділення теорії та історії держави і права Академії правових наук відбулося обговорення деяких актуальних державно-правових питань під час Великої Вітчизняної війни (1941–1945 рр.).

Відкрив засідання «круглого столу» академік АПрН України, доктор юридичних наук, професор, проректор НЮА України з наукової роботи **М. Панов**. Він акцентував увагу на найбільш дискусійних і складних проблемах державно-правового будівництва в Україні в умовах воєнного стану, в якому перебувала республіка в період 1941–1945 рр.

З науковою доповіддю «Зміни в праві України в період Великої Вітчизняної війни» виступив доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент АПрН України, завідувач кафедри історії держави і права України та зарубіжних країн НЮА України **В. Гончаренко**. Доповідач підкреслив, що практично всі галузі права зазнали змін, які сприяли вирішенню основних завдань і функцій держави в екстремальних умовах війни. При цьому зміни в праві України відбувалися у руслі змін і доповнень, які спостерігалися у загальносоюзному законодавстві, що закономірно зумовлювалося максимальною централізацією керівництва в умовах Союзу РСР як тоталітарної держави. Зміни і доповнення до законодавства України періоду війни виявилися такими, що діяли упродовж неоднакового за тривалістю часу. Одні норми права припинили дію по закінченні Другої світової війни, інші діяли не один десяток років. Дотепер наслідки цієї війни дають про себе знати. Зараз, наприклад, діє Закон України від 22 жовтня 1993 р.

«Про статус ветеранів війни, гарантії їх соціального захисту», яким до ветеранів війни перш за все віднесено тих осіб, які брали участь у захисті Батьківщини під час Великої Вітчизняної війни.

У науковому повідомленні «Сутність і природа Великої Вітчизняної війни» кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри теорії держави і права НЮА України **В. Ткаченко** відмітив, що встановлення сутності і природи цієї війни є важливою умовою дослідження як її самої, так і пов'язаних з нею суспільно-політичних подій, у тому числі й тих, що розвивалися на теренах України. Для цього необхідно задіяти увесь методологічний арсенал пізнання, який може дати дійсно науковий результат. Не менш важливо також виходити з моральної оцінки війни, з позиції принципів справедливості та гуманності. Ігнорування цих орієнтирів веде до перекручень у визначенні її природи. Це тим більш важливо, що деякі науковці й публіцисти дають вигадану оцінку війни, спираючись тільки на власні суб'єктивні уявлення. Провідним методом пізнання має бути історичний. Тільки спираючись на історичний фактаж (емпіричну базу), можна робити узагальнюючі висновки відносно участі у війні Союзу РСР, а в його складі — України. Аргументом у визначенні правильності сутності та природи Великої Вітчизняної війни повинна слугувати сама категорія «війна». Вона визначається як результат досягнення намічених у політичних рішеннях цілей за допомогою збройних сил. Керівництво фашистської Німеччини стосовно народів Радянського Союзу в своїх політичних рішеннях ставило за мету їх завоювання, порушення культурних та історичних надбань, фізичне знищення. Тому війна з боку фашистської Німеччини була незаконною і несправедливою. І навпаки, з боку Радянської держави — справедливою і законною. У збройних силах Союзу РСР перебували мільйони росіян, українців, білорусів та представників інших національностей, які виборювали перемогу. Отже, боротьба була загальною, Перемога — теж. І це головне. Тому при визначенні сутності й природи війни необхідно абстрагуватись від негативних подій, що супроводжували війну — створення батальйонів «смертників», загороджувальних загонів, жорстоке переслідування тих, хто побував у полоні, та ін. Безперечно, всі ці події треба вивчати, але перетворювати їх на головні й визначальні чинники війни не можна. Знову підкреслимо головне — Перемогу завоював Союз РСР в особі усіх національностей, з яких складався на той час радянській народ.

Доктор юридичних наук, професор, академік АПрН України **М. Цвік** звернув увагу присутніх на неприпустимість досить пошире-



ної альтернативної постановки питання щодо характеру війни як або «Великої Вітчизняної», або як «Другої світової». Такий підхід є помилковим. Насправді має йтися про подвійне розуміння природи війни 1941–1945 рр. З одного боку, Радянський Союз був однією з тих країн, які виступали союзниками і разом воювали у складі антигітлерівської коаліції. Вже в цьому сенсі він був учасником Другої світової війни, причому таким, що зробив найбільш вагомий, певною мірою вирішальний, внесок у забезпечення перемоги над фашистами. Цей бік характеристики війни має «географічний» зміст і підкреслює її коаліційний і майже всезагальний характер. Але, з другого боку, Німеччина вела війну, спрямовану на завоювання «життєвого простору». Стосовно слов'янських народів це була війна, спрямована на їх поневолення і знищення, яка характеризувалась надзвичайною жорстокістю і призвела до багатомільйонних втрат як на фронті, так і серед мирного населення. Найбільш значних людських та матеріальних збитків, пропорційно до кількості її населення порівняно з іншими республіками СРСР, зазнала Україна. Під час війни йшлося про саме існування української нації, інших націй Радянського Союзу. Це не могло не мати величезного емоційного впливу на військових і цивільне населення. Саме завдяки цьому впливу найменування війни як «Велика Вітчизняна» було сприйнято населенням адекватно. До того ж спрацювала аналогія з вітчизняною війною 1812 р., яка також була пов'язана з масовим вторгненням армії найбільш могутньої на той час європейської держави.

Кандидат юридичних наук, доцент кафедри теорії держави і права НЮА України **Д. Лук'янов** у науковому повідомленні відзначив певні закономірності політичного управління державою в надзвичайних ситуаціях, зокрема в умовах воєнного стану. Закономірністю управління за цих умов є звуження демократичних та поширення авторитарних методів. Це пояснюється перш за все необхідністю приймати оперативні рішення в досить стислі терміни без зайвих консультацій та погоджень. Найбільш пристосованими до управління в умовах війни були тоталітарні режими СРСР і Німеччини. Їх історія свідчить про те, що найбільш ефективною за цих умов була однопартійна політична система, в якій усі важелі державного впливу зосереджуються в руках однієї політичної сили. Так, у Німеччині в 1933 р. було прийнято закон «Про забезпечення єдності партії та держави», а в СРСР за статутом ВКП(б) 1939 р. парткоми установ, підприємств, колгоспів одержали право контролю за діяльністю адміністрації. Отже, в цих державах існувало злиття державного апарату та правлячої партії в єдиний апарат управління.

Доцент кафедри теорії держави і права, кандидат юридичних наук **О. Дашковська** зазначила, що до Великої Вітчизняної війни декларативні положення Конституції СРСР 1936 р. щодо рівноправності чоловіків і жінок в усіх сферах суспільних відносин мали переважно формальний характер. Вони не поширювалися на військову службу, право обіймати певні посади в державному апараті, займатися певними видами професійної діяльності тощо. Але в надзвичайних умовах воєнного стану фактична рівність чоловіка і жінки стала поширюватися на ті види діяльності, які раніше були закритими для жінок. Значно збільшилася кількість жінок на відповідальних посадах в органах державної влади та на керівних посадах у діючій армії. Жінки, які раніше займалися хатнім господарством, брали активну участь на важких фізичних роботах у тилу, наближуючи перемогу над фашистськими загарбниками. Мільйони жінок нарівні з чоловіками брали безпосередню участь у Великій Вітчизняній війні, роль їх у здобутті перемоги була не меншою за роль чоловіків, а юридична рівність перетворилася на рівність фактичну.

Доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент АПрН України **М. Страхів** виступив з науковою доповіддю «Сталінські депортації 1944 року». Він відзначив, що серед багатьох трагічних подій Великої Вітчизняної війни особливе місце посідають сталінські депортації — злочинні насильницькі переселення окремих національностей з місць їх постійного проживання до «східних районів». У лютому 1944 р. було виселено 496 000 чеченців та інгушів, у травні 1944 р. з території Криму депортовано 180 000 татар і близько 37 000 греків, болгар та вірмен. Зазнали подібної участі також представники інших народів. Провадилась депортація органами НКВС за постановами Державного Комітету Оборони та особистими вказівками Сталіна. Мотиви таких акцій зводились до того, що представники національностей, які підлягали переселенню, були помічниками німецько-фашистських окупантів, брали участь у бандформуваннях тощо. Однак кількість репресованих за подібні дії, навіть за даними НКВС, була зовсім незначною. Покарання у вигляді депортації зазнавали, отже, явно невинні люди. Переселяли їх до Казахської РСР і Узбецької РСР, Омська, Новосибірської області, Красноярського краю тощо. Сотні тисяч депортованих спецпоселенців загинули.

Доцент кафедри історії держави і права України та зарубіжних країн НЮА України **А. Долженко** звернулася до питання правового становища депортованих народів у період війни та перші повоєнні роки. Дослідження опублікованих документів: доповідей та звітів наркома

НКВС СРСР, доповідних записок, статистичних звітів та інших офіційних свідчень підтверджують значні демографічні втрати (так, у 1945 р. серед спецпоселенців народилося 8039, а померло 89659 осіб), низький рівень зайнятості, незадовільні умови для навчання дітей, високий відсоток дітей-сиріт та самотніх старих людей. Долати ці негативні наслідки довелося досить довго, а деякі не подолано й дотепер.

Кандидат історичних наук, доцент кафедри історії держави і права України та зарубіжних країн НЮА України **С. Черниченко** виступив з науковим повідомленням «Расистська політика етноциду гітлерівських фашистів щодо ромів у роки Другої світової війни», в якому відзначив, що перед Другою світовою війною в усіх країнах світу налічувалося близько 1 млн ромів, при цьому основна маса їх проживала в Румунії, Чехословаччині, Болгарії, Радянському Союзі. На території України їх тоді налічувалося більше 20 тис. Суть фашистського етноциду щодо ромів у роки Другої світової війни полягала у зловісній тріаді: депортація, стерілізація, фізичне знищення. Фашисти вивезли з окупованих країн і спалили в концтаборах близько 500 тис. ромів. Найбільшою одночасною акцією щодо знищення ромів стало їх масове спалення в газових камерах табірному комплексу Освенцім — Бжезинка (німецькою мовою: Аушвіц — Біркенау) вночі 2 серпня 1944 р. — «циганська ніч», коли було убито 2897 чол. Велику кількість ромів фашисти зі своїми прислужниками знищили в ході численних каральних операцій на території Польщі, Білорусії, західних областей РРФСР, України, інших країн. На території України найбільших жертв зазнали роми, які проживали у Києві, Криму, Закарпатській, Вінницькій, Одеській, Черкаській та інших областях. Залишаючи місця своїх злодіянь, фашисти ретельно знищували документи і лише окремі з них збереглися до наших днів. Тому, коли йдеться про ромів — жертв нацистського етноциду, доводиться оперувати лише приблизними цифрами. Скільки їх було точно — поки що залишається невідомим.

Доцент Полтавського факультету НЮА України **А. Козаченко** у науковому повідомленні «Діяльність загороджувальних загонів у період Великої Вітчизняної війни» звернув увагу присутніх на те, що на початку війни було створено два види загороджувальних загонів — НКВС і армійські, котрі відрізнялися за підпорядкованістю та функціональною спрямованістю. Причина створення загороджувальних загонів полягала не тільки у пануванні сталінського тоталітарного режиму, а і у військовій доцільності з огляду на надзвичайно жорстокі методи ведення військових дій нацистською Німеччиною (загороджу-

вальні загоны, як відомо, діяли і у складі Вермахту). Діяльність загороджувальних загонів не варто розцінювати як таку, що мала виключно каральний або репресивний характер. Зупинення панічного відступу частин Червоної Армії в 1941—1942 рр. зберегло життя багатьом тисячам бійців. Після корінного перелому в ході війни загороджувальні загоны втратили своє значення, почали використовуватися не за призначенням, що і стало причиною їх розформування у серпні 1944 р.

Доцент Полтавського факультету НЮА України **Д. Селіхов** у науковому повідомленні «Роль України у зміцненні економічного потенціалу Росії в роки Великої Вітчизняної війни» проаналізував вплив промислового і людського потенціалу евакуйованих з України промислових та сільськогосподарських підприємств на зміцнення матеріальної бази РРФСР у роки Другої світової війни. Про вплив евакуйованих з України промислових підприємств на розвиток економіки Сибіру свідчать, зокрема, такі дані: у 1942 р. продукція машинобудування порівняно з 1940 р. зросла у Західному Сибіру в 7,9 раза, а виробництво військової продукції — в 27 разів. Потенціал України було використано і у такому актуальному на той час для РРФСР питанні, як забезпечення населення продовольством. У 1941 р. з України було вивезено (або перегнано) понад 30 тис. тракторів, 2 млн 165 тис. голів великої рогатої худоби, 2 млн 851 тис. овець, 878 тис. свиней і 499 тис. коней. Внесок України у створення матеріально-технічної бази РРФСР у роки Великої Вітчизняної війни не обмежується, звичайно, наведеним, адже немало заводів і фабрик, евакуйованих до Сибіру, після визволення України не були повернуті на попереднє місце, продовжуючи працювати на перемогу.

Кандидат юридичних наук, доцент кафедри історії держави і права України та зарубіжних країн НЮА України **Д. Тихоненков** виступив з науковим повідомленням «Прокурорський нагляд за органами розслідування в Україні в роки Великої Вітчизняної війни». На його думку, тема організації прокурорського нагляду за органами розслідування в Україні в роки Великої Вітчизняної війни в історико-юридичній літературі дотепер не має детального висвітлення. Більш докладна її розробка з використанням архівного матеріалу могла б заповнити цю прогалину.

Наукове повідомлення кандидата юридичних наук, доцента кафедри історії держави і права України та зарубіжних країн НЮА України **Т. Матвєєва** було присвячене змінам у системі правоохоронних органів УРСР, зумовленим війною.

З науковим повідомленням «Державне страхування в Україні в період Великої Вітчизняної війни (1941—1945 рр.)» виступила канди-

дат юридичних наук, викладач кафедри історії держави і права України та зарубіжних країн НЮА України **К. Твердомед**. Доповідачка відзначила, що в умовах війни важливим було не тільки створення нових матеріальних цінностей, а й збереження накопиченого. Тому і боротьба зі всілякого роду втратами у народному господарстві, особливо через стихійне лихо, мала виняткове значення. У воєнний час було суттєво збільшено норми страхового забезпечення по страхуванню сільськогосподарських культур та тварин. Обов'язкове страхування державного житлового фонду сприяло своєчасному відновленню будівель після пожеж та іншого стихійного лиха. Страхові виплати використовувались виключно на відбудову. У воєнні роки державне страхування виступало однією з ланок поповнення бюджету та виконання фінансових зобов'язань перед державою. За роки війни Держстрахом СРСР було спрямовано до бюджету понад 5,8 млрд карбованців. Великого значення набувало страхування в місцевостях, які було звільнено від німецької окупації. Здійснювалось воно на пільгових умовах — без стягнення страхових платежів. У 1943 р. реорганізовано особисте страхування: укладення нових договорів колективного страхування життя з 1 січня 1943 р. було припинено. Загалом, слід зазначити, що кошти державного страхування в цей період спрямовувалися, в першу чергу, на потреби фронту і тилу. І хоча тимчасова окупація фашистськими загарбниками значної території країни призвела в перші роки війни до скорочення страхових операцій, однак після звільнення окупованих районів державне майнове страхування знову було поновлено.

Кандидат юридичних наук, доцент, проректор Гуманітарного університету «ЗІДМУ» **І. Грозовський** у науковому повідомленні «Розширення міжнародно-правового статусу УРСР в роки Великої Вітчизняної війни» звернув увагу присутніх на те, що на початку 1944 р. в конституційному законодавстві СРСР і союзних республік відбулися важливі зміни — були організовані союзно-республіканські наркомати іноземних справ, що в перспективі створювало юридичну основу для перетворення республік СРСР на суб'єктів міжнародного права. Важливу роль у виході України на міжнародну арену відіграла Кримська (Ялтинська) конференція (лютий 1945 р.), на якій було одержано згоду керівників США і Великої Британії про підтримку входження України та Білорусії разом із СРСР до складу ООН. Рішення цієї конференції було реалізовано в квітні 1945 р. у Сан-Франциско, де Україна, ставши членом ООН, наповнила юридичну можливість бути суб'єктом міжнародного права реальним змістом. Причинами, які

змусили керівництво СРСР піти на розширення прав союзних республік, у тому числі в сфері міжнародних відносин, була необхідність більш широкого представництва на міжнародній арені, а також загострення національного питання в роки Другої світової війни.

Аспірантка кафедри історії держави і права України та зарубіжних країн НЮА України **І. Стрельникова** у науковому повідомленні «Зміни у зовнішній політиці УРСР під час Великої Вітчизняної війни» обґрунтувала висновок про те, що Велика Вітчизняна війна вплинула на всі сфери життя УРСР, у тому числі на сферу зовнішніх відносин. 1 лютого 1944 р. Верховна Рада СРСР прийняла Закон «Про надання союзним республікам повноважень у галузі зовнішніх зносин та про перетворення у зв'язку з цим Народного комісаріату закордонних справ із загальносоюзного в союзно-республіканський Народний Комісаріат». За цим Законом кожна союзна республіка одержала право вступати в безпосередні зносини з іноземними державами, укласти з ними угоди та обмінюватися дипломатичними й консульськими представниками. 4 березня 1944 р. Верховна Рада УРСР прийняла Закон «Про утворення союзно-республіканського Народного Комісаріату закордонних справ УРСР». Народним комісаром закордонних справ УРСР було призначено О. Корнійчука, якого в липні 1944 р. замінив Д. Мануїльський. У НКЗС УРСР було створено політичний, протокольно-консульський, секретно-шифрувальний та кілька обслуговуючих відділів. Загальний штат наркомату мав становити 75 осіб. Важливим наслідком цих державних перетворень було визнання УРСР членом-фундатором ООН. Ця проблематика дістала подальше висвітлення у науковому повідомленні «Створення ООН і участь в ній УРСР (питання суверенітету)» асистента кафедри міжнародного права та державного права зарубіжних країн НЮА України **О. Сіваш**.

Кандидат юридичних наук, доцент кафедри історії держави і права України та зарубіжних країн НЮА України **С. Пирогова** в науковому повідомленні зупинилася на питанні створення і ролі антифашистської коаліції держав у роки Другої світової війни. Доповідачка підкреслила, що війна була дуже складною подією, в якій переплелися різні інтереси, цілі і політичні прагнення. Важливою особливістю війни було створення антифашистської коаліції (1941–1942 рр.) держав з різними суспільними системами — Радянського Союзу, США і Англії. В ході війни до коаліції приєдналися ще близько 50 держав, бо фашизм, прагнучи світового панування, поставив під загрозу незалежність держав і життя народів, які стали жертвами агресії. Військо-

во-політичне співробітництво СРСР, США та Англії було закріплено відповідними угодами і зобов'язаннями.

На питаннях відповідальності за міжнародні злочини, вчинені під час Другої світової війни, зупинилися кандидат юридичних наук, викладачка кафедри міжнародного права та державного права зарубіжних країн НЮА України **А. Маєвська** і кандидат історичних наук, доцент кафедри історії держави і права України та зарубіжних країн НЮА України **Л. Федоренко**.

Матеріали підготував

**В. Гончаренко**, член-кореспондент АПрН України, професор

---

---

## НАУКОВА ХРОНІКА

---

### Конкурс на присудження Премії імені Ярослава Мудрого

Оголошується конкурс на присудження запровадженої спільним рішенням президії Академії правових наук України та вченою радою Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого Премії імені Ярослава Мудрого, яка має за мету колективне визнання видатних заслуг науковців-правознавців та практиків-юристів України в розбудові правової демократичної держави України.

Премія має 4 номінації: 1) за видатні досягнення в науково-дослідницькій діяльності з правознавства; 2) за видатні заслуги в галузі підготовки юридичних кадрів; 3) за видатні заслуги в законотворчій, судовій та правозастосовній діяльності; 4) за підготовку й видання підручників.

Висунення кандидатів на присудження Премії провадиться рішеннями комітетів Верховної Ради України, Верховним Судом України, Конституційним Судом України, Вищим господарським судом України, колегіями Генеральної прокуратури України, колегіями центральних правозастосовних органів, вченими радами юридичних навчальних і наукових закладів.

Премія присуджується таємним голосуванням на засіданні Комітету з присудження Премії імені Ярослава Мудрого, який створюється із представників юридичної громадськості України спільним рішенням президії Академії правових наук України і вченої ради Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого.

Особам, яким присуджується Премія, видаються диплом Лауреата, пам'ятний нагрудний знак — медаль і грошова винагорода.

У конкурсі на присудження Премії імені Ярослава Мудрого можуть брати участь: автори монографій, підручників, циклів наукових праць (кандидати та доктори юридичних наук); особи, які мають видатні досягнення в підготовці докторів і кандидатів юридичних наук або видатні досягнення у службовій чи громадській діяльності, в галузі підготовки юридичних кадрів, у законотворчій та правозастосовній діяльності.



Конкурс може проводитися за участю як однієї особи, так і групи осіб (як правило, не більше восьми). За результатами конкурсу присуджується по 3 (три) премії з кожної номінації.

Подання на конкурс повинно мати конкретний характер і бути підтверджено необхідними документами. До нього обов'язково додаються наукові праці, що подаються на конкурс, а також такі документи: а) рішення колективного органу про висунення кандидатур (кандидатів) на присудження Премії; б) перелік наукових праць авторів (осіб); в) довідка про особу, яку висунуто на присудження Премії; г) розгорнута інформація щодо видатних заслуг особи з тієї чи іншої номінації. Документи мають бути оформлені відповідно до вимог діловодства і підписані керівником установи.

**Термін подання документів на присудження Премії імені Ярослава Мудрого — до 15.10.2005 р. на адресу: 61024, м. Харків, вул. Пушкінська, 77. Тел. для довідок: 704-11-51, 704-19-01, факс. 704-11-51.**

## НАШІ ЮВІЛЯРИ



Виповнилося 75 років від дня народження відомого в Україні та за її межами видатного вченого-правознавця в галузі кримінології, доктора юридичних наук, професора, академіка Академії правових наук України, заслуженого діяча науки і техніки України, **Анатолія Петровича Закалюка**.

А. П. Закалюк народився 22 липня 1930 р. в м. Житомирі. У 1948 — 1953 рр. навчався на юридичному факультеті Київського державного університету ім. Т. Г. Шевченка, який закінчив з відзнакою. З 1953 по 1972 р. працював в органах прокуратури та партійних органах. З 1972 по 1978 р. працював у Київській науково-дослідній лабораторії НДІ МВС СРСР спочатку заступником начальника, а з 1974 р. — на посаді начальника лабораторії. З 1978 по 1985 р. — начальник Київського філіалу, заступник начальника НДІ МВС СРСР. З 1985 по 1992 р., — начальник науково-дослідної лабораторії Київської вищої школи МВС. З 1992 по 1995 р. — проректор з наукової роботи Української академії внутрішніх справ. З 1995 р. по даний час працює начальником Управління по зв'язках з державними, судовими, правоохоронними органами Академії правових наук України.

У 1973 р. А. П. Закалюк захистив кандидатську дисертацію на тему «Соціальна і юридична характеристика громадського впливу у сфері попередження злочинності», у 1987 р. — докторську дисертацію на тему «Теорія і практика індивідуального прогнозування та профілактики злочинної поведінки». Згідно з Указом Президента України від 23 липня 1993 р. «Про Академію правових наук України» А. П. Закалюка включено до групи провідних учених-юристів, які були затверджені дійсними членами-засновниками Академії правових наук України. У 1995 р. А. П. Закалюку присвоєно вчене звання професора.

Основні напрями наукової діяльності А. П. Закалюка на сучасному етапі — наукове забезпечення законотворчого процесу, демократизація правоохоронної системи, методологія кримінологічних досліджень, прикладна кримінологія, боротьба з корупцією, організованою, транснаціональною та наркозлочинністю, легалізацією («відмиванням») до-

ходів, одержаних злочинним шляхом, і фінансуванням тероризму. Під керівництвом та за безпосередньої участі А. П. Закалюка проведено десятки наукових розробок з проблем посилення боротьби із злочинністю, методики і практики її кримінологічного аналізу, організації запобігання правопорушенням. За результатами таких досліджень розроблено та впроваджено у життя багато пропозицій щодо оновлення законодавства, державних і регіональних програм та планів удосконалення діяльності державних, правоохоронних органів, громадських організацій по зміцненню правопорядку, методик застосування прикладних засобів запобігання злочинності. А. П. Закалюк започаткував низку нових наукових напрямів, у тому числі щодо прогнозування злочинної поведінки, стратегії і тактики боротьби з організованою злочинністю і корупцією, кримінологічної експертизи проектів законодавчих та інших нормативно-правових актів тощо.

Науковий доробок А. П. Закалюка становить понад 140 наукових праць. Серед них — 4 монографії, 8 підручників, науково-практичних, навчальних та методичних посібників, близько 120 статей, доповідей і виступів на конференціях, наукових і науково-публіцистичних виданнях, з них 7 — у зарубіжних наукових журналах і збірниках. Брав участь у конференціях (симпозіумах), які проводилися в Москві, Києві, Харкові, Львові, Одесі, Дніпропетровську, Луганську, Запоріжжі.

Серед найбільш вагомих наукових праць А. П. Закалюка: монографії — «Общественное воздействие и предупреждение правонарушений», «Прогнозирование и предупреждение индивидуального преступного поведения», «Преступления, совершаемые с особой жестокостью»; науково-практичний посібник «Наркозлочинність: кримінологічна характеристика та запобігання», опублікований у ряді авторських праць, у тому числі в Росії, Італії, Польщі, Фінляндії, США, досвід створення та застосування методики прогнозу індивідуальної злочинної поведінки тощо.

А. П. Закалюк бере активну та плідну участь у законопроектних роботах. Зокрема, в останні роки він брав безпосередню участь у розробці, доопрацюванні, авторському супроводженні проекту Закону України «Про кримінологічну експертизу проектів нормативно-правових актів»; здійснив наукове керівництво розробкою Концепції боротьби з корупцією в Україні на 1998–2005 роки; очолював розробку першого офіційного проекту, а також здійснював наукове консультування розробки оновленого проекту Закону України «Про запобігання та протидію легалізації («відмиванню») доходів, отриманих злочин-

ним шляхом»; у складі робочої групи Мін'юсту України брав участь в опрацюванні нової редакції Закону України «Про боротьбу з корупцією»; брав участь у розробці проекту Концепції реформування органів прокуратури України та оновленої редакції Закону України «Про прокуратуру» тощо.

Наукову діяльність А. П. Закалюк гармонійно поєднує з науково-організаційною. Він є членом Президії Академії правових наук України, віце-президентом Кримінологічної асоціації України, головою Всеукраїнського координаційного бюро з проблем кримінологічних досліджень, членом науково-методичної ради при Генеральній прокуратурі України, редколегії журналів «Юридична Україна» та «Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика)». Очолював і був членом організаційних комітетів багатьох наукових конференцій. А. П. Закалюк докладає багато зусиль до зміцнення зв'язків Академії правових наук України з державними, судовими, правоохоронними органами у напрямку наукового забезпечення підвищення рівня їх діяльності.

А. П. Закалюк бере активну участь у підготовці та атестації наукових та науково-педагогічних кадрів з спеціальності «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право». Під його керівництвом успішно захищено 15 дисертацій на здобуття наукового ступеня доктора/кандидата юридичних наук, продовжують працювати над докторськими/кандидатськими дисертаціями три докторанти/здобувачі А. П. Закалюк є членом спеціалізованої вченої ради по захисту докторських дисертацій в Національній академії внутрішніх справ України.

Слід відзначити науковий авторитет А. П. Закалюка за кордоном. Він є членом Європейської асоціації сприяння законотворенню — EAL (з 1999 р.) Міжнародної асоціації юридичної методології (з 1999 р.), Європейського товариства кримінологів — ESC (з 2001 р.). Брав участь та виступив з доповідями на багатьох міжнародних конгресах, симпозіумах, конференціях, що відбулися у Великій Британії, Болгарії, Італії, Королівстві Бахрейн, Польщі, Румунії, США, Туреччині, Фінляндії, Угорщині, Швейцарії тощо.

Указом Президента України від 13 травня 1998 р. А. П. Закалюку за вагомий особистий внесок у розвиток вітчизняної науки, зміцнення науково-технічного потенціалу держави присвоєно почесне звання «Заслужений діяч науки і техніки України». Натхненну працю А. П. Закалюка було неодноразово відзначено державними нагородами: орденами «Знак Пошани» (1967 р.) та «За заслуги» III ступеня (2005 р.), багатьма медалями, Почесною грамотою Кабінету Міністрів України (2003 р.).

Активна життєва позиція, принциповість та порядність, широка ерудованість та відданість науці, сумлінне ставлення до виконання своїх обов'язків, душевна теплота та чуйність здобули А. П. Закалюку високий авторитет і глибоку повагу його колег, учнів, усієї юридичної громадськості.

Президія Академії правових наук України і редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» щиро вітають **Анатолія Петровича Закалюка** з нагоди його славного ювілею і бажають йому міцного здоров'я, творчої наснаги, нових наукових звершень, невичерпної енергії та багатоліття.

# 70



Виповнилося 70 років від дня народження відомого вченого України в галузі кримінології, талановитого педагога та організатора науки, доктора юридичних наук, професора, члена-кореспондента Академії правових наук України, Заслуженого діяча науки і техніки України **Володимира Васильовича Голіни**.

В. В. Голіна народився 28 липня 1935 р. в с. Глобине Полтавської області. У 1959 р. здобув юридичну освіту на юридичному факультеті Ленінградського університету ім. О. О. Жданова (нині – Санкт-Петербурзький державний університет). З цього ж року по 1961 р. працював слідчим, а потім – старшим слідчим Петроградського та Ленінського райвідділів міліції м. Ленінграда. З 1961 р. – адвокат, член президії Полтавської обласної колегії адвокатів (м. Кременчук), з 1969 р. – аспірант кафедри кримінального права Харківського юридичного інституту (нині – Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого). З цього часу життя В. В. Голіни пов'язане зі Слобожанщиною.

У 1972 р. захистив кандидатську дисертацію на тему «Погашення та зняття судимості за радянським кримінальним правом», у 1994 р. – докторську дисертацію на тему «Спеціально-кримінологічне попередження злочинності (теорія і практика)». З 1972 по 1996 р. В. В. Голіна пройшов шлях від асистента до завідувача кафедри кримінології і кримінально-виконавчого права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого. У 1997 р. йому присвоєно вчене звання професора.

Чимало років В. В. Голіна очолює сектор попередження злочинності серед неповнолітніх та молоді Інституту вивчення проблем зло-

чинності Академії правових наук України. У березні 2001 р. його обрано членом-кореспондентом Академії правових наук України. Він входить до складу редакційних колегій збірників наукових праць «Проблеми законності» та «Питання боротьби зі злочинністю».

У 2004 р. В. В. Голіні присвоєно почесне звання «Заслужений діяч науки і техніки України».

Своїми працями В. В. Голіна зробив вагомий внесок у розвиток кримінологічної науки України. Йому належить науковий пріоритет у створенні й поглибленні теорії попередження злочинності в цілому та її окремих проявів. Крім того, до сфери наукових інтересів В. В. Голіни входять попередження тяжких насильницьких злочинів проти життя та здоров'я особи, попередження насильства в сім'ї, злочинності неповнолітніх, бандитизму тощо.

В. В. Голіна є автором понад 100 наукових праць, серед яких чимало монографій («Погашение и снятие судимости по советскому уголовному праву», «Работа органов внутренних дел, суда и прокуратуры по предупреждению преступности», «Криминологическая профилактика, предотвращение и пресечение преступлений», «Криминологічні та кримінально-правові проблеми боротьби з бандитизмом: соціально-правове і кримінологічне дослідження»), навчальних посібників, підручників із Загальної та Особливої частин кримінології.

В. В. Голіна активно поєднує дослідницьку діяльність з підготовкою наукових кадрів, багато років здійснює керівництво аспірантами та здобувачами. Серед його учнів – 5 кандидатів юридичних наук.

Порядність і принциповість, широка ерудованість і сумлінне ставлення до виконання своїх обов'язків, відданість праці здобули В. В. Голіні авторитет та повагу широкої юридичної громадськості.

Президія Академії правових наук України і редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» щиро вітають **Володимира Васильовича Голіну** з його ювілеєм і бажають йому міцного здоров'я, невичерпної життєвої енергії, творчої наснаги, подальших успіхів у роботі, благополуччя й процвітання.

# 50



Виповнилося 50 років від дня народження відомого українського правознавця, доктора юридичних наук, професора, члена-кореспондента Академії правових наук України **Олега Володимировича Зайчука**.

О. В. Зайчук народився 15 серпня 1955 р. у м. Києві. У 1977 році закінчив юридичний факультет

Київського державного університету ім. Т. Г. Шевченка. В 1977–1980 рр. навчався у стаціонарній аспірантурі цього ж університету на кафедрі історії та теорії держави і права.

У 1980 р. О. В. Зайчук достроково захистив кандидатську дисертацію на тему «Законодательство США и практика его применения в области расовых отношений».

Після закінчення аспірантури О. В. Зайчук до 1986 р. працював на кафедрі історії та теорії держави і права Київського державного університету на посадах асистента і доцента. З 1986 р. і по теперішній час працював та працює в Інституті держави і права ім. В. М. Корещького НАН України. Обіймав посади наукового співробітника, старшого наукового співробітника, провідного наукового співробітника. Зараз обіймає посаду в. о. завідувача відділу теорії держави і права Інституту держави і права ім. В. М. Корещького НАН України.

У 1991 р. О. В. Зайчук стажувався в Європейському центрі ООН з прав людини (Женева, Швейцарія). Того ж року пройшов курс навчання у Міжнародному інституті з прав людини, заснованому Рене Касеном у Страсбурзі (Франція).

У 1992 р. захистив дисертацію на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук на тему «Правова система США: историко-теоретичний аналіз». У 2003 р. йому присвоєно вчене звання професора. З 2004 р. — член-кореспондент Академії правових наук України.

З 1993 по 1995 р. О. В. Зайчук був вченим секретарем спеціалізованої вченої ради по захисту докторських дисертацій з політології при Інституті держави і права ім. В. М. Корещького НАН України.

З 1994 р. — один із засновників «Фонду сприяння виданню юридичної енциклопедії» (заступник голови).

У 1995 р. призначений членом робочої групи при Президентові України з розробки пропозицій та нормативної бази щодо створення спеціалізованого органу по боротьбі з організованою злочинністю та корупцією. Як один з експертів за рекомендацією Адміністрації Президента України — підготував матеріал щодо експертизи проекту реформування енергетичної системи України. З 1996 р. О. В. Зайчук бере активну участь у законотворчій роботі по лінії як Адміністрації Президента, так і Секретаріату Верховної Ради України.

У 1996–1997 рр. обіймав посаду начальника управління міжнародних зв'язків Академії правових наук України. Брав участь у підготовці відповідних матеріалів для Верховної Ради України з проблем проведення референдуму, депутатської недоторканності, ратифікації договору між Україною та Росією, участі України у Міжпарламентській

Асамблеї СНД тощо. З 1999 р. обіймає посади заступника голови експертної ради ВАК України з юридичних наук, заступника голови Науково-методологічної Ради з юридичних дисциплін Міністерства освіти України та є членом фахової Ради Міносвіти України з юридичних наук.

О. В. Зайчук успішно поєднує наукову роботу з іншими видами діяльності як у сфері державної атестації наукових кадрів, так і у галузі освіти.

Є членом редакційних колегій провідних юридичних видань, таких як «Право України», «Юридичний вісник» Міністерства юстиції України тощо.

Постійно приділяє увагу й законотворчій роботі. Бере участь у розробці концепцій національного реєстру законодавчих ініціатив Верховної Ради України, проекту Державної програми моніторингу ефективності законодавства тощо.

До сфери наукових інтересів О. В. Зайчука належать проблеми теорії держави і права, історії політичних та правових вчень, філософії права, історії держави і права зарубіжних країн, порівняльного правознавства, міжнародного приватного права, міжнародних стандартів у галузі захисту прав людини, проблеми імплементації міжнародних стандартів в галузі прав людини в Україні, тенденції сучасного розвитку цивільного права.

О. В. Зайчук — автор понад 100 друкованих праць, з яких чимало монографій. Серед них: «Политические репрессии в США» (1980), «Права человека и расовая политика США» (1994), «Современная западная политологическая наука. Основы политологии. Курс лекций для высших учебных заведений» (1991), «Правовая система США (историко-теоретический анализ)» (1992), «Генезис и тенденции эволюции правового государства (сравнительно-правовое исследование)» (у співавт.), (1993), «Правовий статус громадян, осіб без громадянства, іноземців в Україні та міжнародні стандарти в галузі прав людини» (1993), «Правові проблеми сучасності: Глобалізація. Демократизм. Розвиток» (у співавт.) та ін. Є автором багатьох статей в «Юридичній енциклопедії».

О. В. Зайчук є членом робочої групи з питань адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу. Був відповідальним секретарем редколегії «Юридичної енциклопедії», брав активну участь у підготовці цього видання і як автор, і як член редколегії.

Одночасно О. В. Зайчук керує навчанням та підготовкою кандидатських дисертацій. Особливо слід відмітити його нетривіальність



мислення як наукового керівника. Маючи гостре наукове чуття, він віртуозно використовує нестереотипні підходи й нестандартні погляди при виборі тем дисертацій для своїх учнів.

О. В. Зайчук підтримує зв'язки з низкою національних та зарубіжних наукових установ. Він є членом-кореспондентом Української академії політичних наук, членом Нью-Йоркської академії та ін.

На даний час є членом двох спеціалізованих рад по захисту дисертацій на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук в Інституті держави і права ім. В. М. Корецького НАН України та Інституті законодавства Верховної Ради України.

Принциповість, вимогливість до себе, надзвичайна працездатність, ерудованість, високий професіоналізм, людяність і порядність здобули О. В. Зайчуку великий авторитет і повагу серед широкої юридичної громадськості.

Президія Академії правових наук України і редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» щиро вітають **Олега Володимировича Зайчука** з ювілеєм і бажають йому міцного здоров'я, благополуччя, творчої наснаги та подальших успіхів.

## ЗМІСТ

Людина, вчений, педагог (до ювілею академіка В. В. Сташиса) ..... 3

### ПРОБЛЕМИ ЗАГАЛЬНОЇ ТЕОРІЇ ПРАВА

- Рабінович П.** Інструментальна цінність об'єктивного юридичного права ..... 8
- Костенко О.** Людський фактор у праві (дослідження з позиції соціального натуралізму) ..... 20
- Бурлай Є.** До питання про функції права ..... 31
- Погребняк С.** Вимоги до нормативно-правових актів, що впливають з принципу правової визначеності ..... 42

### ПИТАННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА

- Погорілко В.** Конституційні основи українського державотворення і розвиток безпосереднього народовладдя в Україні ..... 54
- Савчин М.** Президент України у конституційній системі: забезпечення континуїтету та належного функціонування публічної влади главою держави ..... 65
- Жук Н.** Про конституційне реформування влади ..... 76

### ПИТАННЯ ІСТОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

- Єрмолаєв В.** Деякі питання юридичної природи Переяславського акта 1654 р. .... 84
- Козаченко А.** Полтавське земство. Підготовка до впровадження земських установ ..... 90

### ПИТАННЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА

- Цвєтков В., Селіванов В.** Проблеми методологічного забезпечення вітчизняного державного управління ..... 101
- Фіночко Ф.** Предмет адміністративного права: дискусійна проблематика ..... 113

### ПИТАННЯ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

- Спасибо-Фатєєва І.** Не створюйте протилежності ..... 120
- Жилінкова І.** Превентивний спосіб захисту права власності ..... 130
- Стефанчук Р.** До питання про особисті немайнові відносини як структурну складову предмета цивільного права ..... 136
- Задихайло Д.** Держава та економічне ринкове середовище: господарсько-правовий контекст ..... 149

<i>Харицький В.</i> Державні цінні папери: до питання про класифікацію .....	161
--	-----

**ПРОБЛЕМИ БОРОТЬБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ**

<i>Грошевий Ю.</i> Роль професійної правосвідомості судді у формуванні рішення суду: кримінально-процесуальний аспект .....	168
<i>Борисов В., Пащенко О.</i> До питання про сутність кримінально-правової характеристики злочинів .....	180
<i>Панов М.</i> Об'єкт незаконних дій з документами на переказ, платіжними картками та іншими засобами доступу до банківських рахунків, обладнанням для їх виготовлення (ст. 200 КК України) .....	190
<i>Батиргарєва В.</i> Жіноча рецидивна злочинність в Україні: кримінологічний аналіз сучасного стану .....	200
<i>Авдєєва Г.</i> Проблеми використання спеціальних знань при дослідженні контрафактної аудіовізуальної продукції .....	211

**ТРИБУНА ДОКТОРАНТА**

<i>Дашковська О.</i> Дискримінація за ознакою статі: деякі загальнотеоретичні аспекти .....	219
<i>Ярошенко О.</i> До питання розмежування єдності та диференціації правового регулювання праці з іншими правовими категоріями .....	226

**НА ПОЧАТКУ ТВОРЧОГО ШЛЯХУ**

<i>Гуцель В.</i> Принцип субсидіарності та його роль у реалізації функцій держави (на прикладі країн Європейського Союзу) .....	234
<i>Войтенко Д.</i> Методологічний статус обґрунтування в юриспруденції .....	243
<i>Ткачова А.</i> Зміст та основні риси громадських робіт .....	250

**РЕЦЕНЗІЇ**

Нове актуальне дослідження становлення та розвитку державної служби в Україні ( <i>Ю. Грошевий, М. Цвік</i> ) .....	259
Новий підручник з господарського права ( <i>В. Мамутов</i> ) .....	263
Проблеми захисту інтелектуальної власності ( <i>В. Кузьмічов</i> ) .....	273

**НАУКОВЕ ЖИТТЯ**

«КРУГЛИЙ СТИЛ» «Деякі державно-правові питання періоду Великої Вітчизняної війни (1941–1945 рр.)» ( <i>В. Гончаренко</i> ) .....	276
--	-----

**НАУКОВА ХРОНІКА**

Конкурс на присудження Премії імені Ярослава Мудрого .....	285
--	-----

**НАШІ ЮВІЛЯРИ**

Анатолій Петрович Закалюк .....	287
Володимир Васильович Голіна .....	290
Олег Володимирович Зайчук .....	291

Збірник наукових праць

Вісник  
Академії правових наук  
України

№ 3 (42)

Редактор *К. Гулий*  
Коректор *О. Верховень*  
Комп'ютерна верстка  
і дизайн *В. Зеленька*

Підписано до друку з оригінал-макета 12.09.05.  
Формат 60×84 1/16. Папір офсетний. Гарнітура Newton.  
Ум. друк. арк. 18. Обл.-вид. арк. 17,7. Вид. № 211.  
Тираж 500 прим. Зам.

Видавництво «Право» Академії правових наук України  
Україна 61002 Харків, вул. Чернишевського, 80

(Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи  
до державного реєстру видавців, виготовників і розповсюджувачів  
видавничої продукції — серія ДК № 559 від 09.08.2001 р.)

Друкарня СПД фо Костинський А. В.  
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 інтервала, написані 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 думкою редакційної колегії.*