

ВІСНИК

АКАДЕМІЇ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ

Збірник наукових праць

Виходить щоквартально

Заснований у 1993 році

№ 1 (60)



Харків
2010

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

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

Видавець — Національна академія правових наук України

Вісник Академії правових наук України : зб. наук. пр. / редкол. :
В. Я. Тацій та ін. — Х. : Право, 2010. — № 1 (60). — 320 с.

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

Відповідальний за випуск *О. В. Петришин*

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

© Національна академія правових наук
України, 2010

© «Право», 2010

Доповідь
Президента Академії правових наук України
В. Я. Тація на загальних зборах Академії,
що відбулися 21 грудня 2009 р.

У 2009 р. Академії правових наук як державній установі виповнилося 16 років. Рік, що минає, став одним із найскладніших як для України, так і для нашої Академії. Як відомо, у 2009 р. світ перебував в умовах найбільшої після Другої світової війни економічної кризи. Україна, яка поступово інтегрується у світовий правопорядок, не могла не зазнати її негативних наслідків. Значно ускладнилося фінансування освіти і науки, проведення наукових досліджень, підвищилися вимоги контролюючих органів до їх результатів і відповідної звітності.

На початку цього року Академія зіткнулася зі спробою у незаконний спосіб втрутитися у її діяльність та змінити внутрішню структуру установи. Завдяки консолідованій позиції державних діячів, провідних наукових та навчальних центрів, наукової громадськості самоврядність Академії було захищено.

Проте навіть за таких несприятливих умов ми розвиваємося, намагаємося підвищувати ефективність наукових досліджень, постійно створювати щось нове. Мені приємно повідомити, що напередодні загальних зборів відбулася важлива подія в житті Академії — вийшов із друку перший номер нового загальнонаціонального наукового видання — «Щорічника українського права», в якому віднині публікуватимуться найкращі статті у галузі держави і права академіків та членів-кореспондентів Академії правових наук України, інших провідних науковців.

Президією Академії було ухвалене рішення про розширення регіональної мережі наукових центрів Академії. Згідно з постановою від 30 червня 2009 р. у структурі Академії утворено Донецький та Західний регіональні центри Академії правових наук України.

Головою Донецького регіонального центру було обрано дійсного члена (академіка) АПрН України В. К. Мамутова. Головою Західного регіонального центру — академіка АПрН України В. Т. Нора. Обговорюється питання доцільності утворення Південного регіонального

центру. Це дасть змогу залучити до наукової співпраці більш широке коло науковців, які мешкають у інших регіонах України.

У цьому контексті необхідно також удосконалити діяльність Київського регіонального центру, створеного ще в 1994 р. На сьогодні діяльність КРЦ регулюється Положенням про Київський регіональний центр, затвердженим постановою Президії в 2005 р. Новели законодавства, що регулює організацію та здійснення наукових досліджень, вимагають відповідних змін у структурі та функціях Київського регіонального центру. Київський регіональний центр як частина апарату Президії Академії повинен брати більш активну участь у координації діяльності наукових установ Київського регіону. Треба посилювати цей напрям роботи, розробити нове положення про Центр та затвердити нову організаційну структуру. Питання створення та організації діяльності нових регіональних центрів і вдосконалення роботи Київського регіонального центру повинно стати предметом розгляду на окремому засіданні Президії.

Важливим питанням функціонування Академії стала організація проведення виборів на наявні вакансії академіків та членів-кореспондентів Академії правових наук України. Так, відповідно до рішення Президії від 30 червня 2009 р. оголошено конкурс на заміщення 27 вакансій дійсних членів (академіків) та членів-кореспондентів Академії правових наук України — а саме: 7 вакансій дійсних членів (академіків) та 20 вакансій членів-кореспондентів.

Згідно з процедурою організації та проведення виборів оголошення про проведення конкурсу опубліковано в «Юридичному віснику України» від 5–11 вересня 2009 р. № 36 та на сайті Академії.

Протягом місяця з дня опублікування оголошення про проведення конкурсу приймалися документи на осіб, які були висунуті вченими радами наукових установ і вищих навчальних закладів III–IV рівня акредитації та дійсними членами Академії.

Списки висунутих та зареєстрованих кандидатів були оприлюднені в газеті «Юридичний вісник України» від 21–27 листопада 2009 р. № 47 та на сайті Академії.

За цей час було подано документи на 90 осіб. Зверну вашу увагу, що це найбільші вибори з часів утворення Академії. Середній конкурс становить більш як 3 особи на місце. Кандидати на наявні вакансії академіків та членів-кореспондентів представляють усі регіони

України — Київ, Харків, Донецьк, Дніпропетровськ, Одесу, Сімферополь, Львів, Чернівці, Ужгород, Хмельницький та 33 провідних наукових і навчальних заклади. Це безумовно свідчить про високий рівень та авторитет Академії правових наук України в науковому середовищі.

У 2009 р. науково-дослідні установи Академії правових наук України проводили фундаментальні дослідження відповідно до Зведеного плану науково-дослідних робіт АПРН України за двома бюджетними програмами.

Дослідження здійснювалися за 34 фундаментальними темами, з яких 12 тем було закінчено в поточному році. Зокрема, Інститутом вивчення проблем злочинності досліджувалося 9 фундаментальних тем, Інститутом державного будівництва та місцевого самоврядування — 7, Інститутом приватного права і підприємництва — 8, Інститутом інтелектуальної власності — 7, Центром правової інформатики — 3.

Одним із важливих напрямів діяльності Академії у 2009 р. є правовий супровід Програми діяльності Кабінетом Міністрів України. У межах співробітництва з Урядом Академією проводилися дослідження з 6 наукових тем відповідно до затвердженої Урядом програми підготовки першочергових законопроектів та нормативних актів. За результатами дослідження цих тем інститути повинні були розробити необхідні для Уряду законопроекти та надати їх зацікавленим органам державної влади.

Президія в такій ситуації повинна підвищити вимоги та посилити контроль за проведенням досліджень, здійснювати контроль не лише за підсумками року, а й щоквартально та за півроку.

Починаючи з 2010 р. вимоги щодо розробки законопроектів за кожною науковою темою доцільно фіксувати в договорах, які щороку укладаються між Президією та інститутами на проведення наукових досліджень.

Останніми роками держава цілеспрямовано підвищує вимоги щодо впровадження результатів досліджень у державну та суспільну практику. Так, починаючи з цього року, всі науково-дослідні установи України, що фінансуються з державного бюджету, повинні протягом 3-х років після завершення теми відстежувати впровадження результатів фундаментальних наукових досліджень та звітувати за цими показниками перед Міністерством освіти і науки України. Контролюючі органи, зокрема Головне контрольно-ревізійне управління, приділяють цьому питанню під час перевірки особливу увагу. Від результа-

тивності цієї роботи буде залежати і фінансування установ із Державного бюджету.

Протягом 2009 р. інститути Академії брали участь у розробці, підготовці висновків, правових експертиз, зауважень і пропозицій щодо 135 проектів законів та інших нормативно-правових актів.

Крім того, академіки та члени-кореспонденти Академії правових наук України самостійно взяли безпосередню участь у розробці 130 проектів законів та інших нормативно-правових актів. Серед них слід відзначити проект нової редакції Конституції України, проекти Модельного кодексу інтелектуальної власності, нового Кримінально-процесуального кодексу, Кодексу Конституційного судочинства України, Адміністративно-процедурного кодексу України, Кодексу України про адміністративні проступки, Трудового кодексу України, нової редакції законів України «Про державну службу», «Про вищу освіту в Україні», «Про прокуратуру», проекти законів України «Про атестацію наукових та науково-педагогічних кадрів вищої кваліфікації», «Про систему органів досудового розслідування і статусу слідчих», «Про Національне бюро антикорупційних розслідувань України».

Особливо хочу звернути увагу на прийняття наприкінці цього року одного з найбільш важливих для правової системи актів — Закону України «Про нормативно-правові акти». Напевно, це найбагатотраждальніший проект за всі часи Незалежності. Нагадаю його історію. Перший проект був розроблений авторським колективом науковців нашої Академії ще в 1995 р. Цей проект був поданий до Верховної Ради та протягом 1996–1997 рр. неодноразово розглядався, але після проходження першого читання був знятий із подальшої роботи. У 2000 р. він знову розглядається та приймається Верховною Радою України. Але Президент наклав на нього вето, що спричинило зняття його з подальшого опрацювання. У 2006–2008 рр. кілька разів вносилися аналогічні законопроекти, але жодного разу він не був прийнятий у цілому. Нарешті у 2009 р. Верховна Рада України дійшла консенсусу з цього питання та проголосувала за його прийняття. Але внаслідок того, що він не був досі опублікований, Закон не набув чинності. У його розробці на різних стадіях брали активну участь академіки М. І. Панов, М. В. Цвік та О. В. Петришин.

Проте, як показує практика, переважна більшість законопроектів розробляється нашими установами за прямим дорученням органів державної влади. Інститути та члени Академії повинні зайняти в цьо-

му питанні більш активну позицію — самостійно, за власною ініціативою розробляти необхідні для країни законопроекти та пропонувати їх державі, здійснювати консультативно-правовий супровід, брати участь у роботі консультативних та дорадчих органів, вимагати їх прийняття.

У цьому питанні нам заважає відсутність чітких механізмів співпраці з органами державної влади, яка б унеможливила прийняття нормативно-правових актів, які не мають наукового обґрунтування. На жаль, до сьогодні органи державної влади не надто прислухалися до наших пропозицій.

Одним із статутних завдань Академії є виконання замовлень центральних органів державної влади стосовно розроблення засад наукової та правової політики, вивчення й узагальнення механізмів реалізації законодавчих актів, підготовка практичних рекомендацій щодо вдосконалення їх діяльності.

Протягом 2009 р. для центральних органів державної влади було підготовлено 118 наукових висновків, пропозицій, рекомендацій та експертиз.

Установи Академії досить плідно співпрацюють із Президентом України, Верховною Радою України, її комітетами, Кабінетом Міністрів України, органами судової влади, Уповноваженим Верховної Ради України з прав людини, Національною комісією зі зміцнення демократії та утвердження верховенства права, Міністерством юстиції України, Міністерством освіти і науки України, іншими міністерствами та центральними органами державної влади.

Важливою подією у співпраці Академії з органами державної влади, розширенні тематики наукових досліджень є утворення у складі відділення державно-правових наук і міжнародного права секції державно-правових проблем національної безпеки. Рішенням Президії Академії передувала широка науково-практична дискусія на рівні Ради національної безпеки і оборони, профільних комітетів Верховної Ради України, Служби безпеки України, результати якої були схвалені Президентом та Урядом України. Активну участь в організації цієї роботи й опрацюванні шляхів розвитку правової науки в галузі безпеки взяли вчені Інституту вивчення проблем злочинності Академії (директор — В. І. Борисов), Інституту дослідження проблем державної безпеки (директор — В. Г. Пилипчук) та створеної ними спільної лабораторії

протидії злочинам у сфері державної безпеки (науковий керівник — доктор юридичних наук, професор В. Я. Настюк).

Академія тісно співпрацює не лише з центральними органами державної влади, а й із місцевими та органами місцевого самоврядування. У цілому за звітний період на замовлення регіонів було проведено 138 наукових досліджень, за якими надані експертні висновки, пропозиції та зауваження тощо. Зокрема, Науково-дослідним інститутом державного будівництва та місцевого самоврядування — 20, Науково-дослідним інститутом інтелектуальної власності — 45, Науково-дослідним центром правової інформатики — 73.

Академія правових наук України у 2009 р. повністю виконала план результативних показників з випуску друкованої продукції. Загалом члени Академії правових наук України та науковці її структурних підрозділів у 2009 р. опублікували 1154 одиниці друкованої продукції, підготовленої як одноособово, так і у співавторстві, загальним обсягом понад 1 672,25 друк. арк., з яких: 40 монографій, 19 підручників, 30 навчальних та практичних посібників, 12 брошур та словників, 28 науково-практичних коментарів законодавства, 23 збірники наукових праць, 23 аналітичних матеріали, понад 900 наукових статей та тез наукових доповідей.

Як уже зазначалося, у 2009 р. вийшов з друку перший номер нового загальнонаціонального наукового видання — «Щорічника українського права». «Щорічник» має за мету стати своєрідним орієнтиром у царині різноманітної наукової інформації, що вже була надрукована у вітчизняних та зарубіжних виданнях протягом попереднього року. Сьогодні в Україні видається більш як 100 юридичних наукових видань, визнаних ВАК України, в яких публікуються тисячі наукових статей, у зв'язку із чим виникає необхідність виявити серед них найбільш значущі для теорії та практики державотворення. Тому доцільним є опублікування наукових праць, у яких висвітлені найбільш фундаментальні та пріоритетні проблеми правознавства за певний період, в окремому науковому виданні.

Відбір наукових статей до друку здійснюють відділення Академії, які рекомендують по п'ять найбільш значущих наукових праць за поточний рік. У першому номері «Щорічника» представлені наукові статті, які можуть, на думку редколегії, якнайкраще висвітлити основні тенденції та концепції сучасної юридичної науки, основні шляхи її розвитку.

У багатогранній видавничій діяльності, яку здійснює Академія, помітне місце посідає видавництво «Право». Це одне з небагатьох в Україні видавництв, що спеціалізується на випуску лише юридичної літератури. Серед книг, що вийшли друком у 2009 р. — 67 різноманітних видань, зокрема, 28 монографій, 10 підручників та навчальних посібників, 13 нормативно-законодавчих документів та кодексів, 3 перевидання, 10 періодичних видань, загальним обсягом — 980 друк. арк.

Видавництво постійно збільшує асортимент та кількість друкованої продукції. На сьогодні воно одночасно реалізує понад 100 найменувань різноманітних юридичних видань.

Протягом 2009–2010 рр. відповідно до рішення ВАК України здійснюється перереєстрація всіх фахових видань. Усі наукові установи та Президія Академії є засновниками фахових правових видань.

Видання Інституту приватного права і підприємництва, Інституту інтелектуальної власності, Центру правової інформатики та Інституту фінансового права пройшли перереєстрацію та включені до оновленого переліку фахових видань з юридичних наук.

В установах Академії правових наук України успішно функціонує аспірантура, головною метою якої є підготовка власних наукових кадрів для роботи в установах Академії. Станом на 2009 р. підготовка наукових кадрів у аспірантурі здійснювалася в усіх наукових установах Академії правових наук України, крім Центру правової інформатики.

У 2009 р. в аспірантурі інститутів АПрН України за рахунок коштів Державного бюджету навчалася 14 осіб. У поточному році навчання в аспірантурі завершили 6 аспірантів.

Хочу підкреслити позитивний досвід організації роботи з підготовки наукових кадрів у Науково-дослідному інституті приватного права і підприємництва (директор — О. Д. Крупчан), в якому створена та плідно працює спеціалізована вчена рада із захисту дисертацій, яку очолює академік В. В. Луць. До її складу входять 9 докторів наук з цивільного права, що дозволяє на високому фаховому рівні проводити атестацію наукових кадрів. Протягом минулого року в раді відбулося 14 захистів кандидатських дисертацій.

Академія активно співпрацює з міжнародною науковою спільнотою шляхом проведення спільних наукових досліджень, запрошення для участі в наукових заходах іноземних учених, взяття участі вітчизняними науковцями в закордонних наукових конференціях тощо, співпраці та обміну інформацією з міжнародними та іноземними структурами.

Академія та її інститути підтримують творчі зв'язки з науковими установами та вищими навчальними закладами Російської Федерації, Республіки Білорусь, США, Німеччини, Великої Британії, Північної Ірландії, Італії, Угорщини, Польщі.

Розвиваються відносини з міжнародними організаціями, зокрема: Міжнародною організацією спеціалістів інновації, Представництвом Організації Об'єднаних Націй в Україні, Координатором проектів ОБСЄ в Україні, Всесвітньою організацією інтелектуальної власності, Міжпарламентською Асамблеєю держав — учасниць СНД, структурою Європейського Союзу та Ради Європи.

Член-кореспондент Академії М. В. Буроменський у цьому році виконував обов'язки судді від України в Європейському суді з прав людини.

Проте потенціал міжнародної співпраці ще далекий від вичерпання. Україна все більше інтегрується у світовий правопорядок, а тому наукові установи також повинні встановлювати постійні зв'язки з провідними науковими та навчальними закладами інших держав, міжнародними організаціями.

У складних умовах сьогодення особливого значення набувають питання фінансування Академії правових наук України. Академія не може виконувати важливі державні завдання, не маючи міцної фінансової бази, а тому Президія постійно приділяє увагу розширенню державного фінансування Академії.

Академія правових наук України значну увагу приділяє пошуку позабюджетних джерел фінансування. Наукові установи Академії шляхом укладання господарських договорів на виконання наукових досліджень, проведення експертиз тощо надають послуги наукового та юридичного характеру зацікавленим державним та недержавним організаціям. У цій роботі намітилися позитивні зрушення.

Так, у звітному періоді установи Академії уклали господарські договори на загальну суму майже 2,5 млн грн. Це більше ніж на 1 млн грн порівняно з минулим роком. Зокрема, Науково-дослідний інститут інтелектуальної власності додатково отримав 1,5 млн грн, Науково-дослідний центр правової інформатики — 494 тис. грн, Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва — 343 тис. грн, Інститут вивчення проблем злочинності — 110 тис. грн, Науково-дослідний інститут державного будівництва та місцевого самоврядування — 90 тис. грн.

Як і в минулому році, лідером у цій роботі є Науково-дослідний інститут інтелектуальної власності (директор — О. П. Орлюк). В Інституті створено окремий підрозділ — Центр експертних досліджень, у якому зараз працюють 10 атестованих експертів, внесених до Реєстру судових експертів, що ведеться Міністерством юстиції України, 3 фахівці з оцінки, сертифікованих Фондом державного майна, та 3 патентних повірені, внесені до Державного реєстру патентних повірених, що ведеться Міністерством освіти і науки України. Результатом цієї цілеспрямованої діяльності є постійне зростання позабюджетного фінансування, підвищення матеріальної бази Інституту та його співробітників.

Інші наукові установи Академії мають перейняти цей позитивний досвід. Ми не повинні розраховувати лише на державу як основного замовника наукової продукції.

Президія та інститути ведуть постійну роботу щодо поліпшення матеріальної бази Академії, створення належних умов проведення наукових досліджень. Протягом останніх років є позитивні зрушення у вирішенні головної проблеми — розташуванні установ Академії у належних за площею та якістю приміщеннях. Так, за сприяння харківської міської влади та Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого вирішена проблема приміщень для Інституту державного будівництва та місцевого самоврядування та Інституту вивчення проблем злочинності.

Інститут державного будівництва та місцевого самоврядування розміщується у 4-поверховому будинку, який знаходиться на балансі Інституту, в центрі міста за адресою: вул. Чернишевська, 80. Інститут вклав чималі кошти у його реконструкцію (загалом понад 300 тис. грн). Відреставровано фасад будинку, який є пам'яткою архітектури, проведено капітальний ремонт на 2-му та 4-му поверхах, збудовано комфортабельний конференц-зал, бібліотеку, облаштовано кабінети співробітників, замінено всі вікна та двері.

Інститут вивчення проблем злочинності також займає окремий 4-поверховий будинок по вул. Пушкінській, 49, на праві довгострокової оренди. У будинку проведено ремонт та створено всі необхідні умови для продуктивної праці.

Складнішою є ситуація з цих питань у Києві. Київський регіональний центр орендує приміщення у Київської міської адміністрації. Цього року укладено договір на довгострокову оренду, здійснюється капітальний ремонт приміщення (В. П. Тихий).

Вирішено питання розташування Інституту інтелектуальної власності, який на праві довгострокової оренди займає приміщення за адресою: вул. Тимірязівська, 66/3 (приміщення належать НАН України). За рахунок Інституту проведено необхідний ремонт усього приміщення, побудовано бібліотеку та зал засідань ученої ради.

Інститут приватного права та підприємництва має договір довгострокової оренди на 25 років, за яким сплачує лише комунальні платежі. Найбільш складною є ситуація з розташуванням Центру правової інформатики, який не має власних приміщень та чітких перспектив щодо довгострокової оренди.

Стратегічним завданням як керівництва Академії, так і керівництва інститутів є вирішення проблеми приміщень наших установ, в ідеальному випадку — набуття права власності на приміщення.

Важливим завданням на 2010 р. є проведення роботи щодо вдосконалення нашого основного нормативного документа — Статуту Академії.

Нагадаю, що чинна редакція Статуту була затверджена постановою Кабінету Міністрів України у 2000 р. За цей час до Статуту чотири рази вносилися зміни та доповнення. Усі вони мали дещо фрагментарний характер і врегульовували питання, яких вимагало поточне життя. Два рази загальні збори затверджували зміни та доповнення, які за різних обставин до цього часу не затверджені Кабінетом Міністрів України.

Враховуючи ці обставини, Президія сьогодні прийняла рішення утворити робочу групу з розробки системних змін та доповнень до Статуту Академії. Завдання, яке поставлено перед групою, — надати в червні на засідання Президії проект змін та доповнень. Запрошую всіх академіків та членів-кореспондентів узяти активну участь у доопрацюванні Статуту, надати робочій групі свої пропозиції та зауваження.

За значний особистий внесок у розвиток юридичної науки, підготовку висококваліфікованих юристів, багаторічну плідну наукову й педагогічну діяльність науковці Академії в 2009 р. одержали високу державну оцінку й були відзначені численними державними, урядовими нагородами, відомчими відзнаками та преміями: Орденом князя Ярослава Мудрого III ступеня нагороджений — академік Ю. С. Шемшученко; Орденом «За заслуги» I ступеня нагороджений член-кореспондент В. Б. Авер'янов; Орденом «За заслуги» III ступеня були нагороджені академік І. А. Тимченко, член-кореспондент В. П. Нагре-

бельний; Орденом княгині Ольги III ступеня була нагороджена академік Н. С. Кузнєцова; звання Заслуженого діяча науки і техніки України було присвоєно академіку Ю. В. Бауліну, членам-кореспондентам Є. Б. Кубку, О. М. Литваку, І. В. Спасибо-Фатєєвій, М. В. Шульзі, Н. М. Хуторян; звання Заслуженого юриста України було присвоєно членам-кореспондентам О. В. Дзері, О. П. Коцюбі, В. С. Щербині; Почесною Грамотою Верховної Ради України були нагороджені — академіки Ю. П. Битяк, О. М. Костенко, Н. Р. Малишева, В. І. Семчик, член-кореспондент О. Н. Ярмиш.

Почесною Грамотою Кабінету Міністрів України була нагороджена член-кореспондент Н. М. Оніщенко; Подякою Прем'єр-міністра України були нагороджені члени-кореспонденти О. Д. Крупчан, В. О. Рум'янцев; Лауреатами Премії імені Ярослава Мудрого у 2009 р. стали: академіки — Я. М. Шевченко, В. П. Тихий, В. І. Семчик, А. П. Гетьман, О. О. Погрібний, В. І. Андрейцев, член-кореспондент — М. В. Шульга.

У зв'язку з тим, що у 2010 р. закінчується дія Пріоритетних напрямів розвитку правової науки на 2005–2010 роки, постає проблема визначення пріоритетних напрямів розвитку правової науки на наступні 5 років. Відділення та інститути вже зараз повинні розпочати роботу щодо розробки нового документа та впродовж першої половини 2010 р. здійснити моніторинг наукових досліджень, які проводяться в Україні, сформулювати свої пропозиції, залучити до їх обговорення провідні наукові та навчальні заклади.

Під час розробки Пріоритетних напрямів розвитку правової науки на 2011–2015 роки необхідно врахувати загальнодержавні пріоритети розвитку науки і техніки. Національною академією наук України за участю галузевих академій наук було розроблено та затверджено Основні наукові напрями та найважливіші проблеми фундаментальних досліджень у галузі природничих, технічних і гуманітарних наук на 2009–2013 роки. Уперше за ініціативою Академії правових наук України їх невід'ємною складовою визначена і державно-правова тематика.

Важливість врахування загальнодержавних пріоритетів НАН України пояснюється також тим, що відповідність тематики наукових досліджень Основним науковим напрямом та найважливішим проблемам фундаментальних досліджень у галузі природничих, технічних і гуманітарних наук на 2009–2013 роки є одним із критеріїв надання пози-

тивного висновку Експертної ради з питань оцінювання тем фундаментальних науково-дослідних робіт, без якого жодна тема не отримує державного фінансування.

Соціально-економічна криза, яку переживає Україна, призвела до розвитку багатьох інших негативних явищ у державному та суспільному житті — значного падіння промислового виробництва, зростання інфляції та безробіття тощо. Так, за даними Мінстату, цього року майже на 10 % збільшився загальний рівень злочинності в Україні та на 20 % кількість постраждалих від злочинів. Держава не може подолати такі негативні явища, як корупція й організована злочинність. Високим залишається рівень рейдерського захоплення підприємств. Усе це заважає стабільному розвитку держави, залученню інвестицій, подоланню наслідків соціально-економічної кризи.

Завданням Академії є розробка правових засобів та механізмів боротьби зі злочинністю, вдосконалення цивільного та господарського законодавства, завершення роботи над новим Кримінально-процесуальним кодексом, забезпечення правоохоронних органів сучасними криміналістичними засобами, наукове супроводження судової реформи.

Сьогодні стає очевидним, що після закінчення світової рецесії та економічної кризи в Україні постане проблема економічного розвитку та суттєвої перебудови економіки. Місце України у світовому економічному розподілі праці повністю залежатиме від успішності переходу вітчизняної економіки на нову модель інноваційного розвитку. Всі розвинуті країни світу будують держави нової формації, основу яких складає інноваційна економіка, або економіка знань. Нові розробки, нові винаходи та ноу-хау в такій економіці стають найбільшою цінністю. Україна має величезний інноваційний потенціал у багатьох галузях економіки — літако- та суднобудуванні, космічній та оборонній промисловості, медицині тощо.

Водночас питання формування такої економіки, її правове регулювання є майже недослідженим у вітчизняній науці. Академія правових наук розглядає цю тематику як одну з найбільш пріоритетних. Ще в 2006 р. ми провели велику Всеукраїнську конференцію «Інноваційний розвиток України: наукове, економічне та правове забезпечення», на якій було розроблено багато практичних рекомендацій щодо реформування вітчизняної економіки, які, на жаль, майже не реалізовані. Зокрема, було підтримано ідею утворення Інституту правового забезпе-

чення інноваційного розвитку України, основним завданням якого є розробка концепції та програми побудови в Україні нової економічної системи, всього комплексу заходів правового регулювання інноваційних відносин. Настав час повернутися до цієї ідеї.

Світова економічна криза показала, що ринкові механізми саморегуляції не завжди є дієвими. Держава має бути основним гарантом узгодженого та динамічного розвитку суспільства, а право — нормативною основою цього процесу.

Більш складні наслідки соціально-економічної кризи в Україні порівняно з іншими державами багато в чому пояснюються тим невизначеним становищем, в якому опинилася держава після зміни Конституції у 2004 р. Практика діяльності органів державної влади за цей час показала необхідність удосконалення Конституції, завершення конституційної реформи, суттєвої перебудови місцевих органів влади.

Академія правових наук України покликана брати найактивнішу участь у науковому супроводженні конституційної реформи. Це стосується як розробки самої Конституції, так і багатьох законів, на необхідність прийняття яких указує Основний Закон. Важливою проблемою правової науки є розробка ефективних механізмів захисту Конституції. Наукові установи повинні запропонувати наукові дослідження, які б вирішували актуальні проблеми державно-правового життя, мали прикладний характер, результатом яких стануть необхідні державі законодавчі акти, програми, концепції тощо.

Пріоритетним напрямом розвитку правової державності залишаються гарантування та захист конституційних прав і свобод, утвердження принципу пріоритету прав людини в діяльності органів державної влади. Аналіз ситуації у царині захисту прав людини дозволяє зробити невтішний висновок, що значна частина проголошених у Конституції прав не знайшла правових механізмів реалізації, багато законодавчих актів, які необхідні для здійснення конституційних норм, досі не прийнято, а практика реалізації деяких законів показала необхідність їх суттєвої корекції. Реалізація деяких новел законодавства по суті призводить до порушення фундаментальних громадянських прав людини.

Так, не виправдало себе в сучасних умовах України запровадження пропорційної виборчої системи. Замість зміцнення демократичного підґрунтя влади ми отримали майже повну ізоляцію влади від народу. Необхідно повертатися до більш адекватної змішаної або мажоритар-

ної системи виборів. На місцевому рівні пропорційна система виборів фактично обмежує вільну реалізацію виборчого права громадян та конституційно проголошене право територіальних громад на самостійне вирішення питань місцевого значення.

Залишається відкритим до цього часу питання про належне нормативне забезпечення права на ініціювання референдуму та вирішення загальнодержавних питань за допомогою цього інституту безпосередньої демократії. Закон Української РСР «Про всеукраїнський та місцеві референдуми» від 03.07.1991 р. є застарілим та не відповідає Конституції України.

Важливим є усвідомлення того, що конституційна політика в галузі прав людини повинна мати плановий, системний та, що не менш важливо, науково обґрунтований характер.

Детальний звіт (обсягом понад 200 сторінок) надіслано до Кабінету Міністрів України, Адміністрації Президента України, Міністерства освіти і науки України та інших установ.

ЗАГАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОЇ НАУКИ

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

Ефективність юридичних гарантій законності: до методики її виявлення

Вступні зауваги. Проблема виявлення ефективності державно-юридичного впливу на суспільні відносини — насамперед впливу *регулятивного* (яка досить інтенсивно досліджувалась у вітчизняній науковій літературі в 60–80 роки минулого століття), залишається однією з вельми актуальних і сьогодні. Про це свідчать, зокрема, деякі сучасні публікації українських фахівців¹.

Нещодавно ми мали нагоду вкотре висловити низку положень стосовно розуміння загального поняття ефективності державно-юридичного регулювання, різновидів такої ефективності та загальносоціальних і спеціально-соціальних (юридичних) передумов її забезпечення².

У цій же статті спробуємо (спираючись на такі положення) запропонувати деякі операціональні методики для визначення (виміру) певної групи юридичних норм, а саме тих, котрі служать *спеціальними гарантіями законності*.

При розгляді питання про юридичні гарантії законності традиційним для загальної теорії держави і права (а нерідко й для галузевих

¹ Див., наприклад: Головченко В. Ефективність законодавства: проблеми оцінки та вимірювання / В. Головченко // Юрид. вісн. України. – 2002. – 19–25 жовт.; Він же. Ефективність законодавства: поняття, критерії та методика вимірювання / В. Головченко // Вісн. Конституц. Суду України. – 2007. – № 3. – С. 44–53; Осипова Н. П. Соціальна ефективність права: онтологічні проблеми / Н. П. Осипова // Держ. буд-во та місц. самоврядування : зб. наук. пр. – 2005. – Вип. 9. – С. 63–73; Оніщенко Н. М. Проблема ефективності законодавства та сучасний розвиток / Н. М. Оніщенко // Віче. – 2007. – № 12. – С. 3–6; Бюлетень моніторингу законодавства України. – Вип. 1 – К., 2009; Оцінка ефективності національних інституцій захисту прав людини. – Х., 2009; Стеценко А. До питання про методи вивчення ефективності права / А. Стеценко // Підприємництво, гос-во і право. – 2009. – № 10. – С. 53–56.

² Вісн. Акад. прав. наук України. – 2008. – № 1.

юридичних наук) став описовий або ж (у найліпшому варіанті) аналітичний підхід. В останньому випадку ці гарантії піддають класифікації за різних підстав, «перевіряють» їх на відповідність основним принципам права та відсутність прогалин. На підставі висновків, що отримані у результаті такого аналізу, формулювались і відповідні пропозиції з удосконалення тих чи інших гарантій законності.

Однак зазначених досліджень, що є необхідними самі по собі, у багатьох випадках було недостатньо для переконливого обґрунтування таких пропозицій, оскільки залишалось нез'ясованим головне питання: якою є реальна застосовуваність та дієвість існуючих нормативно-правових засобів та якою є очікувана ефективність їх реформування?

Останнім часом для того, аби усунути зазначену прогалину в розробці проблеми гарантій законності, складаються більш сприятливі обставини: у вітчизняному правознавстві були розроблені методики дослідження реальної ефективності чинного законодавства, які ґрунтуються на застосуванні так званих конкретно-соціологічних методів, з'ясовані питання методології таких досліджень, тобто сформовані основні положення *загальної теорії соціальної ефективізації права*. Тому, спираючись на запропоновані у літературі теоретичні конструкції й достатній практичний досвід, видається можливим поставити і розглянути у загальнотеоретичному плані питання щодо ефективності юридичних гарантій законності, спробувати охарактеризувати загальну методологію визначення їх ефективності й увиявити ті методичні прийоми, скористатися якими можна було б задля практичного виявлення ефективності різних видів таких гарантій.

Загальна формула виявлення ефективності. Відомо, що під час обговорення основних питань загальної теорії ефективності державно-юридичного регулювання (зміст таких понять, як «ефективність», «ефект», «корисність», «економність» (закону); критерії, показники і способи визначення такої ефективності тощо) найбільшого визнання ще у радянській, а згодом і у пострадянській українській юриспруденції набуло розуміння ефективності закону (Е) як співвідношення між фактичним наслідком, який настає після його реалізації, та поставленою ціллю (Ц)¹. Згідно з цим розумінням, загальна формула, яка призначена для виміру ефективності юридичної норми, виглядає так:

$$E = \frac{P}{Ц}$$

¹ Див.: Самоценко І. С. О понятті ефективності правових норм / І. С. Самоценко, В. І. Никитинський // Учен. зап. ВНІИСЗ. – Вип. 18. – М., 1969. – С. 18.

Ця формула, вочевидь, може застосовуватись і для вивчення ефективності тих юридичних норм, що встановлені й функціонують як гарантії законності.

При розробці операціональної концепції цілей права, яка могла б використовуватись задля визначення ефективності закону, видалось корисним скористатися розмежуванням таких цілей (яке ґрунтується на висновках соціальної філософії) на *перспективні й найближчі* (безпосередні). Спираючись на це розмежування, І. С. Самощенко і В. І. Нікітинський дійшли слушного висновку про те, що ефективність тієї чи іншої юридичної норми (або групи норм) може бути встановлена передусім стосовно її *найближчої* цілі. Вони запропонували, зокрема, класифікацію таких цілей на «матеріальні» й «юридичні»¹, яка набуває надзвичайно важливого значення для розв'язання означеного завдання, оскільки до правових гарантій законності належать саме ті юридичні норми, основною й найближчою метою яких є забезпечення такої властивості стану суспільних відносин (актів поведінки), як їх *юридична правомірність*. Інакше кажучи, правові гарантії законності — це ті норми, які переслідують передусім власне юридичні цілі. Така ціль, будучи вираженою в «операціональній» формі, постає у вигляді завдання: зменшити неправомірні акти (дії) в усій масі юридично значущих актів (дій) певного виду.

Означена загальна мета (завдання) підлягає відповідній «дезінтеграції», конкретизації у таких соціальних показниках, які відображають специфіку змісту діяльності із застосування того чи іншого різновиду юридичних гарантій, що розглядаються, і які можуть бути піддані емпіричній фіксації та вимірюванню.

Виявлення конкретних функцій, «ролей», виконанню яких підпорядкований «розподіл праці» між різними юридичними гарантіями законності, дозволяє виокремити такі *безпосередні* завдання останніх:

- попередження (превенція, недопущення) можливих правопорушень;
- усунення (призупинення) правопорушень (включаючи і відновлення порушеного правомірного стану);
- притягнення винуватих правопорушників до юридичної відповідальності задля спеціальної та загальної превенції.

¹ Див.: Самощенко І. С. Цели правовых норм – масштаб оценки их эффективности / И. С. Самощенко, В. И. Никитинский // Учен. зап. ВНИИСЗ. – Вып. 19. – М., 1969.

Класифікація юридичних гарантій законності, наближена до вказаних завдань, була здійснена свого часу, зокрема С. С. Алексєєвим¹. Вона набуває особливої методологічної цінності для визначення ефективності розглядуваних гарантій, оскільки «виводить» на такі показники діяльності державних органів, які можна відображати у кількісній формі, а отже, фіксувати і вимірювати. Оскільки йдеться про розробку методики вимірювання ефективності цієї діяльності — методики, яка диференціюється залежно від безпосередньої цільової функції гарантії, то згадана класифікація виявляється у цьому випадку найбільш «працюючою» конструкцією.

Отже, спробуємо визначити можливі способи вимірювання ефективності діяльності державних органів із використання й застосування деяких із вищевказаних різновидів юридичних гарантій законності. При цьому слід брати до уваги, що тут йдеться не про встановлення того, яким чином змінився загальний стан законності при застосуванні розглядуваних гарантій, а про те, наскільки повно, якісно такі органи виконують обов'язки, які на них покладаються, використовують надані їм можливості у боротьбі за законність. Тому окреслений об'єкт вимірювання було би точніше назвати «інтенсивність застосування» гарантій законності. Однак, аби не ускладнювати викладення питання, видається доречним уживати більш звичне (хоча й, мабуть, менш адекватне) терміно-поняття: «ефективність».

Гарантії, що запобігають прийняттю незаконних актів, попереджають неправомірні дії. Безпосередня результативність, дієвість таких гарантій виявляється, ясна річ, ще *до прийняття* правового акта (чи здійснення іншої юридично значущої дії), тобто у процесі його підготовки, найчастіше — на стадії обговорення (узгодження) й ухвалення рішення.

У ролі таких гарантій виступає, наприклад, низка норм про повноваження захисника, що бере участь у розгляді кримінальної справи (як на певному етапі досудового слідства, так і у судовому слідстві); норми, які регламентують участь прокурора у розгляді судових справ; або, скажімо, норми, які передбачають попередній контроль суду за законністю певних різновидів нормативно-правових актів, що застосовуються адміністративними та правоохоронними органами.

¹ Алексєєв С. С. Проблемы теории права / С. С. Алексєєв. – Свердловск, 1972. – Т. 1. – С. 128–129.

Про актуальність розробки методики виявлення розглядуваних гарантій законності свідчить, зокрема, те, що у галузевих юридичних науках ще раніше значно активізувалися пошуки шляхів підвищення дієвості прокурорського нагляду в судочинстві, участі захисника у розгляді кримінальних справ¹. Проте ці часткові спроби не завжди достатньо ґрунтувалися на загальнотеоретичних положеннях методологічного характеру і призводили, на наш погляд, до недостатньо обґрунтованих висновків.

Так, пропонувалося вважати показником ефективності участі прокурора у кримінальному судочинстві співвідношення випадків (фактів) повного, часткового й «відсутнього» збігу позиції прокурора із вироком суду: чим більшою є питома вага таких «збігів», тим вищою є ця ефективність². Однак у деяких ситуаціях суд може прийняти (і справді приймає) правильне рішення не тільки завдяки участі й впливу прокурора, а й незалежно від нього. Отже, у таких випадках — навіть при збігу позицій суду і прокурора — навряд чи буде слушним ставити на «заслугу» останньому законність вироку: адже *реального* внеску прокурора у забезпечення законності вироку тут може й не бути. Оскільки ж до винесення вироку неможливо отримати уявлення про позицію суду у справі, то й врахувати кількість випадків справжнього впливу прокурора на судові висновки, вочевидь, не є можливим. Тому запропонована методика буде, зазвичай, призводити до штучного завищення показника ефективності.

Більш обґрунтованим, на наш погляд, видається інший спосіб формування показника ефективності, основою якого служать такі міркування.

Безпосередня мета розглядуваних нормативно-правових гарантій законності й діяльності з їх застосування полягає, як відзначалось, у тому, аби виключити прийняття неправомірного акта, вчинення неправомірної дії. Оскільки ж діяльність кожного органу (суб'єкта), стосовно якого встановлено таку гарантію, дістає вираз у певній кількості прийнятих актів (учинених дій), то й означена ціль може набути

¹ Див.: Зозулинский А. Б. Вопросы эффективности прокурорского надзора за соблюдением законности при рассмотрении судами уголовных дел / А. Б. Зозулинский // Вопросы теории и практики прокурорского надзора. – Ч. 2. – М., 1975; Либус И. А. Эффективность защиты в советском уголовном процессе / И. А. Либус // Сов. гос-во и право. – 1974. – № 3.

² Див.: Хомовский А. А. Оценка эффективности прокурорского надзора за исполнением законов при рассмотрении судами уголовных дел / А. А. Хомовский // Совершенствование прокурорского надзора в СССР. – М., 1973. – С. 65–69.

кількісного виразу. Однак слід брати до уваги, що до цієї мети повинні «зараховуватися» не всі акти, що прийняті відповідним органом протягом певного періоду, а лише ті з них, проекти яких не відповідали закону (інакше, не виникало б і потреби у реальному впливі гарантуючого фактора, оскільки правомірність акта конституювалася б і без такого впливу). Тому, якщо найближчу ціль квантифікувати у вигляді кількості всіх неправомірних проектів юридичних актів (дій), що розглядаються (здійснюються) «підконтрольним» суб'єктом (органом) протягом певного періоду, тоді фактична результативність попереджуючого впливу розглядуваної гарантії має вимірюватися тією частиною (питомою вагою) таких проектів, які все ж таки вдалося привести у відповідність із законом. Це положення може бути виражене такою формулою:

$$E = \frac{K_{н.а}}{K_{н.а}}$$

де E — ефективність застосування превентивних гарантій законності; $K_{н.а}$ — кількість попереджених незаконних актів; $K_{н.а}$ — кількість усіх незаконних проектів актів.

В *ідеальному* варіанті значення наведеного показника мало б дорівнювати одиниці (або 100 %), тобто всі неправомірні проекти актів мали бути скоректовані згідно із законом. Еталоном же законності може вважатися той акт, який залишився не зміненим (не скасованим) вищим компетентним органом, або ж акт, що був прийнятий цим органом.

Принципова можливість використання запропонованого методу майже не викликає сумніву. Що ж до можливостей його реального використання, то у кожному випадку вони обумовлюються наявністю інформації, необхідної задля застосування наведеної формули. А ця інформація не лежить, так би мовити, «на поверхні». Так, якщо відомості про акти, що ухвалені тим чи іншим органом, відображаються у статистичній звітності чи якимось іншим чином документуються, то саме *проекти* таких актів у жодній статистиці, зазвичай, не відображаються, а іноді й ніяк не документуються. В останньому випадку виявлення ефективності розглядуваних гарантій законності, вочевидь, узагалі виключається.

Однак тією мірою, якою зміст проектів юридичних актів все ж фіксується так чи інакше, у документах, котрі є доступними для дослідника, визначення ефективності таких гарантій стає досить реаль-

ним. Наприклад, якщо на засіданнях певної Обласної ради, в яких брав участь прокурор, протягом року розглядалося десять проектів неправомірних рішень, вісім із яких отримали його публічну негативну оцінку (та з такою оцінкою вона погодилася), тоді показник ефективності дій прокурора становитиме у даному випадку 0,8. Або, скажімо, якщо зі 100 проектів наказів директора заводу, які узгоджувались із юрисконсультом, 10 з них останній визнав такими, що не відповідають закону, а директор погодився із його думкою лише стосовно 5-ти, тоді ефективність запобіжної діяльності юрисконсульта складатиме у даному випадку 0,5 (або 50 %).

Гарантії виявлення правопорушень. До гарантій такого виду належать, наприклад, норми Кримінально-процесуального кодексу України, що регламентують права й обов'язки органів дізнання та досудового слідства у виявленні злочинів і осіб, що їх учинили; норми, які визначають повноваження різних контролюючих органів.

Безпосередньою ціллю всіх таких норм є встановлення фактів неправомірних діянь (зокрема, прийняття неправомірних актів), здійснюваних відповідними суб'єктами у тій чи іншій сфері суспільних відносин. За умов, коли такі дії (акти) так чи інакше фіксуються, ця мета може бути виражена у кількісних показниках.

Що ж до фактичного результату впливу гарантій, котрі розглядаються, то він буде виражений лише тією частиною вказаних діянь, яка була виявлена завдяки діяльності саме даного контролюючого органу. У такому випадку попередня формула, за якою належить визначати ефективність таких гарантій, буде виглядати так:

$$E = \frac{K_{\text{в.о.}}}{K_{\text{п.п.в.}}},$$

де $K_{\text{в.о.}}$ — кількість правопорушень, виявлених цим органом; $K_{\text{п.п.в.}}$ — кількість усіх правопорушень, які мав виявити цей орган.

Отже, цей показник характеризує *повноту* виявлення правопорушень завдяки застосуванню контролюючим об'єктом відповідних нормативно-правових настанов.

Як і у попередньому випадку, можливості використання наведеної формули залежатимуть від наявності відповідної інформації. У такий спосіб можна виявити, наприклад, ефективність діяльності органів дізнання й досудового слідства зі встановлення осіб, що вчинили зареєстровані злочини (коефіцієнт розкриття злочинів); ефективність

діяльності спеціалізованих позавідомчих інспекцій (наприклад, Державного пожежного нагляду, Санітарно-епідеміологічної служби) з виявлення правопорушників, що віднесені до їх «відома».

Упровадження запропонованого показника у практику оцінки якості роботи тих органів, що покликані застосовувати розглядуваний вид юридичних гарантій законності, є важливою передумовою підвищення ефективності останніх. Тому не випадково ці питання активно обговорюються у галузевій юридичній літературі.

Щоправда, при цьому поряд із положеннями, що збігаються в принципі із запропонованим способом вимірювання ефективності зазначених гарантій, рекомендуються й такі методики, які викликають заперечення. Так, відшукуваний показник дехто пропонував формувати, встановлюючи співвідношення кількості правопорушень певного виду, котрі були виявлені даним органом (наприклад, прокуратурою), до загальної кількості таких правопорушень, виявлених різними органами¹. Однак серед державних органів немає таких, на які б покладався обов'язок самостійного виявлення всіх і всяких правопорушень. Це стосується, зокрема, й прокуратури, яка не підміняє й не заміняє багаточисленних спеціалізованих контрольно-інспекційних органів, а тому, зазвичай, не займається безпосереднім виявленням багатьох видів правопорушень (скажімо, порушень правил паспортних, дорожніх, митних, протипожежних, санітарних). Тому погіршувати показник ефективності діяльності прокуратури «за рахунок» тих правопорушень, що фактично були нею виявлені, але які вона і не зобов'язана виявляти самостійно, на наш погляд, навряд чи буде правильним.

До розглядуваного виду гарантій щільно «прилягають» і нормативно-правові **засоби припинення встановлених неправомірних дій, станів, ситуацій**. У тих випадках, коли ці засоби використовуються тим самим органом, який виявив правопорушення, немає необхідності у визначенні їх «самостійної» ефективності: у нормальному, звичайному варіанті виявлення правопорушення «автоматично» тягне за собою і його припинення (наприклад, орган державної виконавчої влади, виявивши неправомірний акт підпорядкованого йому органу (посадової особи), скасовує цей акт). І навпаки, неприйняття заходів із припинення правопорушення свідчить про те, що воно не було виявлено. Тут виявлення і припинення правопорушень наче би «зливаються» одне з одним, а тому можуть бути відображені одним (єдиним) показником.

¹ Див.: Скворцов К. Ф. Исследование проблем эффективности прокурорского надзора / К. Ф. Скворцов // Вопросы теории и практики прокурорского надзора. – Ч. 1. – М., 1975. – С. 10–11.

Однак і у тих численних випадках, коли функція виявлення та функція припинення правопорушень покладається на різні органи, визначення ефективності здійснення другої функції набуває вже самостійного значення. Стосовно цих випадків конструюємо таку формулу для визначення ефективності розглядуваних гарантій:

$$E = \frac{K_{п.п}}{K_{п.з}}$$

де $K_{п.п}$ — кількість правопорушень, фактично припинених даним органом; $K_{п.з}$ — кількість усіх зафіксованих правопорушень, припинити які він був зобов'язаний.

Гарантії поновлення порушених прав, усунення соціальних й особистісних негативних наслідків, спричинених правопорушенням, містять, наприклад, норми про відшкодування майнових збитків, про виплату працівникам, безпідставно звільненим з роботи, заробітної платні за час вимушеного прогулу.

Ефективність таких гарантій може бути вирахована за формулою:

$$E = \frac{K_{у.н}}{K_{с.н}}$$

де $K_{у.н}$ — кількість випадків усунення негативних наслідків правопорушень; $K_{с.н}$ — кількість випадків протиправного спричинення негативних наслідків, що мали бути усунуті даним органом.

Нарешті, до одного з основних видів юридичних гарантій законності належить, як відзначалось, **юридична відповідальність**. Ефективність її застосування також може бути виявлена за посередництвом певних формул. І хоча викласти тут з належною повнотою їх обґрунтування рамки цієї статті, на жаль, не дозволяють, зауважимо наступне.

Норми про юридичну відповідальність переслідують, як відомо, дві основні цілі: запобігти повторному скоєнню відповідним правопорушником аналогічних або більш серйозних правопорушень (спеціальна превенція), а також виключити чи хоча б зменшити скоєння деліктів іншими можливими правопорушниками (загальна превенція). Перша мета стосується персоніфікованих суб'єктів, друга ж — неперсоніфікованих. Отож методика визначення відшукваної ефективності повинна диференціюватися стосовно кожної із цих цілей.

Ефективність спеціально превентивного впливу можна вимірювати відношенням кількості певних правопорушників, які були притягнуті до юридичної відповідальності й не скоїли повторно аналогічних (чи більш серйозних) правопорушень, до кількості усіх правопорушників відповідного виду, притягнутих до юридичної відповідальності. Воно показує, яка частина правопорушників перестала вчиняти правопорушення завдяки вжиттю до них заходів певної юридичної відповідальності (хоча й, можливо, не тільки внаслідок цього). А іншими словами, — стосовно якої частини правопорушників було досягнуто ціль спеціальної превенції. Отож чим більшим є зазначений показник (в ідеалі він мав би дорівнювати одиниці), тим вищою є спеціально превентивна ефективність заходів юридичної відповідальності.

Запропоноване вище співвідношення можна модифікувати таким чином, щоб у його чисельнику фіксувалась «протилежна» інформація: кількість рецидивістів. Тоді чим більшим буде значення обчислюваного показника, тим меншою буде ефективність юридичної відповідальності. Так, при показнику, що дорівнює одиниці, можна буде зробити висновок про «нульову» ефективність спеціально превентивної юридичної відповідальності.

Ефективність загальнопревентивного впливу заходів юридичної відповідальності повинна була б беззаперечно визначатись через з'ясування відношення кількості, так би мовити, «юридично нестійких» осіб, які були проінформовані про можливі заходи юридичної відповідальності за правопорушення даного виду й внаслідок цього утримались від скоєння таких правопорушень, до кількості «юридично нестійких» осіб, які знали про можливі заходи юридичної відповідальності за такі правопорушення.

Конструкція означеного відношення базується на тому положенні, що загальнопревентивний вплив юридичної відповідальності адресовано, за наміром законодавця, тільки до антисуспільно налаштованих суб'єктів певного виду. Однак можливості застосування зазначеної методики є практично мінімальними хоча б із таких причин.

1. Виявити кількість «юридично нестійких» осіб (причому стосовно лише точно визначених видів правових приписів) можна лише на основі достатньо поширених, репрезентативних досліджень, що ґрунтуються на науковій методиці. Але вона ще досі майже не розроблена.

2. Не менш проблематичною є й можливість вичленування із зазначеної групи суб'єктів саме тієї частини осіб, котрі справді обізнані із законодавчим регламентуванням і реальною практикою притягнення до юридичної відповідальності за певні правопорушення.

3. Ще більш складним є вичленування з-поміж виділеного кола осіб тієї групи людей, котрі саме внаслідок такої обізнаності справді утримались від скоєння певних правопорушень.

Усе це істотно обмежує можливості виявлення останнього співвідношення, хоча й принципово не дискредитує його. Можна сподіватись, що з подальшим розвитком теорії та методики соціально-правових досліджень створюватимуться більш сприятливі умови для вимірювання загальнопревентивної ефективності юридичної відповідальності¹.

На закінчення висловимо сподівання, що викладене може бути, так чи інакше, використане при розробці типових методик вимірювання ефективності юридичних норм, які покликані забезпечити законність діяльності тих органів, котрі їх застосовують та реалізують.

¹ Докладніше див.: Рабинович П. М. Эффективность юридической ответственности (общая методика измерений) // Проблемы социалистической законности. Вып. 4. – X., 1979.

О. Данильян, професор Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого;

О. Петришин, професор Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Проблема взаємовпливу правового виховання і державотворчого процесу: українські реалії

Сьогодні Україна перебуває у стані активного державотворчого процесу. Важливим чинником, який визначає його якість і темпи, є рівень і характер правосвідомості та правової культури населення. Правосвідомість населення і правова культура суспільства взагалі набувають особливого значення саме в період трансформацій, оскільки будь-яка нова ідея може бути втілена тільки тоді, коли вона сприйнята населенням. У зв'язку з цим реформування політико-правової системи у перехідних суспільствах потребує якісно нового рівня суспільної правосвідомості й правової культури, найважливішим інститутом з формування яких є правове виховання. Разом з тим особливістю перехідного суспільства є наявність певного вакууму, коли старі інститути правового виховання зруйновані, а нові ще не створені. Таким чином, політико-правова та духовна ситуація, що склалася на цей час в Україні, ставить як актуальну проблему осмислення взаємообумовленості та взаємовпливу правового виховання і державотворення.

Останнє зумовлює той факт, що в сучасній юридичній літературі дослідженню зв'язку між цими явищами приділяється певна увага. Окремі аспекти цієї проблеми частково розкриваються у працях Ю. П. Битяка, Ф. В. Веніславського, Р. Ф. Гринюка, Ю. Ю. Калиновського, І. В. Кірсанова, С. І. Максимова, Л. В. Мелеха, О. О. Орлової, Ю. М. Оборотова, С. П. Погребняка, С. Г. Серьогіної, В. Я. Тація, М. Й. Штангрет, І. В. Яковюка та ін.

Разом з тим питання взаємовпливу правового виховання та розбудови Української держави розглядалось переважно як один з аспектів більш широкої проблеми (правосвідомості та правової культури перехідного суспільства, комплексного аналізу явища правового виховання, новацій у правовій сфері тощо), а тому потребує виокремлення і детального аналізу на базі існуючих розробок.

Дане дослідження має на меті виявити зв'язок між сутністю правового виховання та певним суспільним ідеалом як орієнтиром державотворення, а також визначити сутність, зміст та мету правового виховання, яке відповідає проголошеному в Україні суспільному ідеалу, виокремити властивості правової особистості як громадянина такого суспільства.

Уточнення у зв'язку з цим потребують поняття «правове виховання» та «суспільний ідеал». Щодо першого поняття, то методологічно перспективнішим уявляється розгляд правового виховання не тільки у вузькому розумінні — як цілеспрямованого, повсякденного, систематичного впливу юридичної теорії та практики на свідомість людей із метою виховання у них відповідного рівня правової свідомості, культури та зразкової правомірної поведінки, а й у широкому розумінні — як впливу всіх правових чинників суспільного життя, в тому числі й правової системи, на формування у індивідів і колективів людей певних правових якостей, що відповідають досягнутому в суспільстві рівню правової свідомості та правової культури, тобто розуміючи під правовим вихованням скоріше правову соціалізацію¹.

Що стосується поняття «суспільний ідеал», то виникає необхідність обґрунтувати вибір саме цього поняття з багатьох суміжних. Дійсно, у правовій доктрині більш поширеними завжди були концепції «ідеалів держави» або «образів держави»: «наддержави», «правової держави», «соціальної держави», «сучасної держави» тощо. Сьогодні держава прагне заявляти про себе як про цивілізовану форму організації публічної політичної влади, завдяки чому вона не тільки здатна служити загальному благу, а й забезпечувати вільний розвиток індивіда. В образі сучасної держави помітне прагнення підкреслити відповідність існуючої держави визначеним критеріям, прийнятим сьогодні світовим співтовариством, якими виступають так звані загальнолюдські цінності². Систематизовані в цьому образі ідеали демократичної, правової і соціальної держави проголошені також і в Основному Законі України.

Разом з тим аналіз державотворення в аспекті його зв'язку із правовим вихованням висуває на перший план людський фактор на шляху

¹ Див.: Орлова О. О. Методологічний аналіз інтерпретації поняття «правове виховання» / О. О. Орлова // Наук. вісн. Дніпропетр. держ. ун-ту внутр. справ. – 2007. – № 2. – С. 12.

² Див.: Оборотов Ю. М. Поняття «образ держави» та його різновиди в умовах глобалізації / Ю. М. Оборотов // Акт. пробл. держави і права. – Вип. 21. – Одеса, 2003. – С. 8.

до правового ідеалу. Адже будь-які політичні установи — це справа людських рук і будь-який політичний механізм приводиться в дію людьми. Таким чином, аналізуючи державотворення, неодмінно виходимо на проблему правового виховання, яке спрямоване передусім на особистість. Тому доцільніше у даному випадку використовувати поняття ідеалу суспільства, а не ідеалу держави. Це не тільки значно розширює сферу дослідження, а й дозволяє змістити акцент у бік людини, особистості.

Отже, якщо розбудова державно-правового ідеалу опосередкована процесами державотворення, то на шляху до суспільного ідеалу таким опосередковуючим інститутом є правове виховання особистості.

У теоретичному плані такий ідеал обґрунтований у концепції «правового суспільства», інституційними умовами можливості якого є громадянське суспільство та правова держава в їх єдності. Під правовим суспільством слід розуміти суспільство, що саморегулюється, в якому обмеженням свободи одного суб'єкта є лише така ж рівна свобода іншого суб'єкта, або таке суспільство, в якому діє принцип «панування права»¹.

Аналіз наукової літератури дозволяє стверджувати, що показниками ступеня наближення до суспільного ідеалу є темпи і якість державотворчих процесів, які безпосередньо зумовлені станом правової свідомості і правової культури в цілому та спрямованістю правового виховання зокрема. Вплив останніх на процес розбудови держави відбувається за рахунок таких чинників, як: а) показники і якість правової вихованості громадян, які уможливають функціонування державного механізму; б) рівень правової вихованості суб'єктів владних повноважень як гарантія дотримання режиму неухильного виконання законів; в) стан юридичної науки, яка впливає на державотворення шляхом формування суспільного ідеалу, концептуального обґрунтування і розробки державно-правових реформ; г) якість вищої юридичної освіти, що зумовлює створення корпусу професійних кадрів; д) здатність правового виховання попереджати та виправляти викривлення правосвідомості, тобто орієнтувати населення на правомірну поведінку тощо.

У свою чергу характер і зміст правового виховання у широкому сенсі, і правової освіти зокрема, зазнають постійного впливу державотворчих процесів і державної політики. Чинниками такого зворот-

¹ Див.: Максимов С. И. Правовая реальность: опыт философского осмысления / С. И. Максимов. – Харьков, 2002. – С. 310.

ного зв'язку є: а) створення обґрунтованих загальнодержавних програм розвитку виховання та освіти і втілення їх у життя; б) здійснення державно-правової практики, а саме діяльність органів державної влади, органів місцевого самоврядування та посадових осіб як спосіб безпосереднього впливу на процес правового виховання; в) створення державою багатоступеневої системи правового виховання і освіти в країні; г) підвищення загальної моральності громадян шляхом популяризації правових знань (зокрема через засоби масової інформації), пробудження в населення інтересу до правових знань та підвищення їх доступності; д) обґрунтування певного вектору зовнішньої політики, який зумовлює орієнтацію виховання на систему цінностей відповідної спільноти тощо.

Так, взаємодіючи на всіх рівнях та етапах, процеси державотворення і правового виховання обумовлюються один одним безпосередньо чи опосередковано. А отже, можливим є виявлення зв'язку між сутністю і змістом правового виховання з певною моделлю державності, яка декларується як суспільний ідеал. Такий зв'язок може бути простежений шляхом аналізу певних окреслених вище чинників, виявлення провідних тенденцій їх розвитку та цілей, що постають перед правовим вихованням.

Одним із таких чинників, який прямо впливає на розвиток країни, є *якість правової вихованості громадян*, їх здатність розбудовувати сучасну демократичну державу. Відомо, що політичний механізм не діє сам по собі. Він виникає за результатами творчості людей і має приводитися в дію людьми, до того ж звичайними. Проте цей механізм потребує не тільки простого схвалення, а й діяльної участі, і має бути прилаштований до здібностей і якостей людей, для яких він призначений. Зокрема, для розбудови правової держави і утвердження принципу верховенства права дуже важливим є його сприйняття українським суспільством. Слід погодитися з думкою Ф. Хайєка про те, що верховенство права не встановлено доти, доки воно не стане складовою моральних традицій спільноти, загальним ідеалом, який приймає і поділяє більшість. Якщо цей ідеал стане стійким елементом громадської думки, то законодавство і виконавча влада все більше наблизатимуться до нього¹.

¹ Див.: Погребняк С. П. Роль правової культури для утвердження верховенства права / С. П. Погребняк // Виховання в контексті соціальної адаптації студентства : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф.-семінару кер. ВНЗ та вчених дослідників із пробл. виховання студентства в сучас. умовах, Харків, 7 листоп. 2003 р. – Х., 2003. – Ч. 1. – С. 18.

Таким чином, сутність держави та її форма мають спиратися на відповідний рівень правової вихованості громадян, який зробить можливим нормальне функціонування державного механізму. При цьому правове виховання повинне мати чітку аксіологічну основу у вигляді певних базових цінностей, які відповідають проголошеному напряму розвитку суспільства. Відповідно в сучасній Україні, яка йде шляхом розбудови демократичної правової держави, правове виховання має бути інструментом трансляції демократичних переконань, установок, орієнтацій, символів, ідей і цінностей. Головними ціннісними орієнтаціями правового виховання громадян у демократичному суспільстві є: свобода, загальне благо, справедливість, законність, рівність тощо. Разом з тим практика здійснення виховного процесу потребує обґрунтування цих цінностей, їх вкорінення в суспільній свідомості і державно-правовій практиці. На думку українського дослідника Р. Ф. Гринюка, сьогодні необхідно відмовитися від хибної концепції «трансплантації» правової держави. Натомість варто приділити увагу прямо протилежному процесові, а саме — процесу «культивування» цінностей правової державності в суспільній свідомості, створенню та забезпеченню функціонування всіх тих інститутів, що сприяють розвитку громадянського суспільства та правової держави¹.

Особливе значення для становлення правової держави має *рівень правової вихованості суб'єктів влади*, зокрема державних службовців та посадових осіб органів місцевого самоврядування, адже від їх рішень залежать долі громадян, майбутнє суспільства. Сучасний стан розвитку держави характеризується значним збільшенням законодавчої бази, у практику державної діяльності впроваджуються нові принципи. Ці процеси відбуваються за умов певної політичної конфронтації між владними структурами і опозицією, невизначеності взаємовідносин владних інститутів між собою, посилення бюрократичних тенденцій у сфері виконавчої влади та місцевого самоврядування, значного розвитку відомчої нормотворчості, що часто призводить до порушення Конституції та законів України, прав і свобод людини і громадянина та унеможливорює існування правового суспільства. Тому сьогодні питання етики публічної служби, правової вихованості управлінських кадрів потребують першочергової уваги. Крім того, в умовах транзитивного суспільства курс на побудову правової держави передбачає

¹ Гринюк Р. Ф. Теоретична модель правової держави і проблеми її реалізації в сучасних умовах : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / Р. Ф. Гринюк. – Х., 2007. – С. 33.

масштабне реформування. При цьому політико-правова, адміністративна, судова, економічна реформи повинні забезпечуватися не тільки належними юридичними механізмами, фінансовими і матеріальними ресурсами, а й професійними кадрами. Так, у ході реформи державної служби має бути сформований корпус професійних чиновників, здатних ефективно виконувати управлінські функції, дотримуватися прав і свобод людини і громадянина, сприяти їх реалізації¹. Вочевидь, провідну роль у цьому процесі мають відігравати заходи виховного характеру. Виміром рівня правової вихованості суб'єктів влади має стати відповідальність за свої дії, вміння погоджувати інтереси різних суб'єктів, вирішувати конфліктні ситуації, ефективно захищати права і свободи громадян та створювати можливості їх реалізації.

Таким чином, особливістю правового виховання державних службовців є його тісне поєднання із морально-етичним вихованням. У цьому зв'язку заслуговує на увагу той факт, що на відміну від поведінки звичайних громадян, сфери правового і морального регулювання якої чітко розмежовуються, етичні вимоги до державних службовців підлягають, як правило, нормативному закріпленню. Прийняття подібного Кодексу честі державного службовця є актуальним і для України, оскільки моральні принципи сучасних управлінців не дають підстав для широкого застосування розсуду в їх діяльності.

Поряд із управлінцями всіх рівнів особливу роль у становленні правового суспільства відведено юристам. Рівень правової вихованості представників юридичної професії безпосередньо залежить від *рівня правової освіти*, ступеня оволодіння знаннями та усвідомлення принципів права, передусім студентами вищих навчальних закладів юридичного профілю. У системі вищої юридичної освіти потребують свого відображення глибинні зміни у державі та праві сучасної епохи, серед яких слід відзначити такі тенденції, як нестабільність сучасного світу, утвердження плюралістичної парадигми, відмова від євроцентризму та етноцентризму, проголошення принципу множинності, фрагментації культурної єдності, увага до особистості та її внутрішнього світу, питань ідентичності². Враховуючи ці фактори, освіта має

¹ Див.: Битяк Ю. П. Правова культура управлінських кадрів: проблеми і рішення / Ю. П. Битяк // Правова культура в умовах становлення громадянського суспільства : монографія ; за ред. проф. Ю. П. Битяка та доц. І. В. Яковюка. – Х., 2007. – С. 167.

² Див.: Оборотов Ю. М. Традиції та оновлення у правовій сфері: питання теорії (від пізнання до розуміння права) : монографія / Ю. М. Оборотов. – Одеса, 2002. – С. 230–236.

наповнитися новим змістом. При цьому важливо, щоб освітня сфера при передачі знання не втратила свого основного призначення — транслювати традицію, фундамент, на якому має зрости правова державність. Натомість сьогодні можемо спостерігати тривожну тенденцію вихолощення гуманістичних і демократичних традицій освіти та перетворення її у «сферу освітніх послуг». Частково описана ситуація пов'язана і з певною кризою позитивізму як способу обґрунтування права, у зв'язку з чим необхідний пошук для права нових ціннісних орієнтирів. Тому, як справедливо відзначає В. Я. Тацій, «сьогодні вкрай необхідно зорієнтувати молодь на поглиблене розуміння значення права як найбільш універсального, легітимного засобу регулювання взаємин між людьми»¹.

Таким чином, мета побудови правового суспільства ставить перед юридичною освітою завдання виправдання права, інтегрування до свого змісту новітніх тенденцій сучасного світу і одночасного збереження правової традиції українського народу. Відзначаючи неабияке значення останньої для сучасних державотворчих процесів, дослідники акцентують увагу на тому, що ціннісним стрижнем об'єднання українського народу має стати національна ідея, виплекана традицією².

Наступний важливий чинник розвитку державотворчих процесів в Україні — *стан розвитку юридичної науки*, ступінь залучення юристів-учених до розробки проектів нормативно-правових актів та удосконалення їх змісту, характер участі науковців у позитивному оформленні суспільного ідеалу.

Важливість розвитку правової науки для державотворчих процесів обумовлена її зв'язком із правовою освітою. Сучасна модель правової освіти передбачає керівну роль правової доктрини у формуванні мети, цілей і змісту правового виховання. Переорієнтація правового виховання на досягнення глибинної сутності правових явищ актуалізує як спосіб обґрунтування права некласичне природно-правове мислення у вигляді сучасних теорій справедливості. Особливого значення воно набуває в ситуації загострення протиріччя між ідеалом і дійсністю або,

¹ Тацій В. Я. Правове виховання студентства як елемент формування правової держави / В. Я. Тацій // Виховання в контексті соціальної адаптації студентства : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф.-семінару кер. ВНЗ та вчених дослідників із пробл. виховання студентства в сучас. умовах, Харків, 7 листоп. 2003 р. – Х., 2003. – Ч. 1. – С. 30.

² Див.: Калиновський Ю. Ю. Правосвідомість українського суспільства: генеза та сучасність / Ю. Ю. Калиновський. – Х., 2008. – С. 125; Огородник Л. Становлення системи громадянського виховання в умовах розвитку української державності / Л. Огородник // Пробл. освіти. – Вип. 26. – К., 2001. – С. 63.

іншими словами, досвіду переживання несправедливості¹. Разом з тим в умовах зміцнення позицій школи природного права в середовищі вітчизняних юристів багатьом пересічним громадянам важко уявити існування права «до» моменту його офіційного визнання державою. Їм байдуже право, що сприймається як ідеальна філософсько-правова справедливість. Звертаючись до суду, вони апелюють до права, яке «позитивно» закріплено у статтях нормативно-правових актів². Отже, проблемою залишається втілення природно-правових принципів у позитивному праві. Законодавство відповідатиме своєму призначенню, буде здатним ефективно здійснювати регулювання суспільних відносин, а отже, виправдовуватиме закладені в ньому суспільні очікування, якщо воно характеризується високою якістю законів, системністю та узгодженістю з міжнародними правовими стандартами, демократичною і гуманістичною спрямованістю.

У сучасній Україні, на превеликий жаль, у законодавчій сфері існує чимало невирішених питань, зокрема, неузгодженість між різними законодавчими актами, їх неефективність, нестабільність чинного законодавства. Як зауважує В. Я. Тацій, результатом бурхливої законотворчості перших років незалежності нашої держави став значний масив нормативно-правових актів, прийняття яких часто відбувалося за умов недостатньої концептуальної визначеності, соціальної обґрунтованості, супроводжувалося поспішністю, що аж ніяк не сприяло юридичній якості законодавства, його узгодженості та системності, як результат — високій ефективності правового регулювання. Так, за оцінками експертів, за період незалежності України було прийнято близько трьох тисяч законів, причому більшість із них — про внесення змін до вже прийнятих законів. Зрозуміло, що останнє якраз і свідчить про низьку стабільність законодавства. Безперечно, спосіб «спроб та помилок» у такій відповідальній галузі, як законотворча робота, є абсолютно неприпустимим, бо занадто дорого коштує для суспільства та держави³. Тому значення правової доктрини для державотворення обумовлено, крім іншого, необхідністю наукового обґрунтування законодавчих приписів.

¹ Див.: Максимов С. И. Правовая реальность: опыт философского осмысления / С. И. Максимов. – Харьков, 2002. – С. 79.

² Див.: Яковюк І. В. Правова культура як детермінанта розвитку правової системи / І. В. Яковюк // Правова культура в умовах становлення громадянського суспільства : монографія ; за ред. проф. Ю. П. Битяка та доц. І. В. Яковюка. – Х., 2007. – С. 78.

³ Тацій В. Я. Шлях «спроб та помилок» надто дорого обходиться суспільству / В. Я. Тацій // Віче. – 2005. – № 9. – С. 56–57.

І нарешті заслуговує на увагу методологічна функція юридичної науки. Адже в умовах переходу до нових соціальних ідеалів офіційна стратегія влади на розбудову правової держави ставить низку проблем, ефективне вирішення яких безпосередньо залежить від методологічного стану вітчизняної юридичної науки.

Таким чином, вище були розглянуті особливості правового виховання окремих суб'єктів державотворення у зв'язку з виконуваними ролями у цьому складному процесі. У цілому ж демократичний лад можливий завдяки існуванню правового суспільства із відповідною правовою свідомістю та правовою культурою. Разом з тим останнє являє собою збірне поняття і свого змістовного наповнення набуває в окремих особистостях із їх конкретними характеристиками. Саме особистість, а не абстрактне суспільство є об'єктом і метою правовиховного впливу. Тому доцільно акцентувати увагу на тому, якою має виховуватись особистість, аби бути здатною відтворювати правову реальність у правовому суспільстві.

Концепція правового суспільства передбачає як його суб'єкт автономну особистість, ідея якої, обґрунтована І. О. Ільїним, не тільки не втрачає своєї актуальності в наш час, а, навпаки, набуває вирішального значення для визначення мети правового виховання. На думку філософа, духовній істоті належить самій бачити і знати, що таке добро і зло, де закінчується право і де починається обов'язок. «Духовне життя, — зазначає І. О. Ільїн, — є самодіяльність у здійсненні вищих предметних цінностей»¹. Тобто, реалізуючи абстрактну правову норму, суб'єкт наповнює її конкретним змістом, виходячи із внутрішніх надпозитивних підстав. Отже, суб'єкт правового суспільства — це особа, чиєю свідомістю та діяльністю створюється право, чий ідеали і прагнення реалізуються у праві. Він — джерело і мета будь-якого права.

Особливого значення така властивість суб'єкта, як самозаконність, набуває в періоди активного правового реформування та суспільних трансформацій, коли постає питання про досягнення консенсусу щодо суспільного ідеалу та ціннісних орієнтацій соціуму, питання визначення системи принципів, на яких має спиратися вся правова реальність. При цьому початок розуміння певних ідей як принципів права

¹ Ильин И. А. Общее учение о праве и государстве / И. А. Ильин. – М., 2006. – С. 411.

йде не від конкретного рішення якогось законодавчого органу або суду, а від почуття правомірності, яке розвивається у суб'єктів права¹.

Таким чином, якщо у сформованих правових системах зі сталими традиціями автономія особистості гарантує підтримання правопорядку та задає напрям подальшого розвитку державно-правових явищ, то у перехідному суспільстві ця риса є підґрунтям і найважливішою умовою розвитку право- та державотворення в напрямі закріплення загальнолюдських цінностей. З іншого боку, правове виховання не відбувається і не може відбутися стихійно. Воно зазнає активного впливу усього процесу правотворчості, реалізації та застосування правових норм, стану законності і правопорядку, зовнішньополітичного чинника та загальної соціокультурної обстановки у країні.

Багато в чому рівень правової вихованості суспільства визначається *державно-правовою практикою*, зокрема діяльністю владної еліти, адже саме на прикладі її представників виховується народ. Остання теза підтверджується як історичним досвідом, так і сучасною ситуацією в українській правовій дійсності. Протягом історичного розвитку український народ не одноразово ставав заручником непатріотичної еліти, яка захищала перш за все свої власні, а не народні інтереси. Цей фактор посилював індивідуалістичні настрої в українському суспільстві і формував недовіру до влади. У підсвідомості більшості населення України влада і право асоціювались із насильством над людиною, що стало однією з причин породження правового нігілізму в нашому суспільстві. Тому українське населення, як правило, боялося влади, не вірило у справедливість права і всіляко намагалось позбутися зазначених атрибутів держави². На сучасному етапі державотворення, на превеликий жаль, спостерігаються схожі тенденції. Державно-правова практика останніх років містить багато прикладів того, що органи державної влади, органи місцевого самоврядування та їх посадові особи у своїй діяльності часто припускаються свідомих порушень вимог чинного законодавства. Перш за все привертають увагу подібні явища

¹ Див.: Погребняк С. П. Роль правової культури для утвердження верховенства права / С. П. Погребняк // Виховання в контексті соціальної адаптації студентства : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф.-семінару кер. ВНЗ та вчених дослідників із пробл. виховання студентства в сучас. умовах, Харків, 7 листоп. 2003 р. – Х., 2003. – Ч. 1. – С. 19.

² Див.: Скуратівський А. Правова культура в контексті особливостей розвитку соціального буття українського суспільства та національного характеру українців / А. Скуратівський // Вісн. Укр. акад. держ. управління. – 2002. – № 1. – С. 256.

у конституційно-правовій сфері¹, наявні вони і в інших галузях державно-правової практики. З одного боку, це є свідченням низького рівня правової культури відповідних посадовців, а з другого — наслідком цього є значне поширення деформацій свідомості в суспільстві в цілому, оскільки громадяни продовжують переконуватись у тому, що право не виконує свого головного соціального призначення, а лише служить засобом досягнення певних вузько корпоративних цілей. Таким чином, за умов невідповідності запропонованої картини правової реальності дійсному стану речей значно знижується ефективність правового виховання.

До того ж невдачі останніх років у державотворчій сфері спричинили розчарування населення у проголошених ідеалах та цінностях, піддали сумніву вже не можливість створення правової держави, а доцільність такого орієнтиру взагалі. Остання тенденція унеможлиблює ефективне правове виховання, засноване на демократичних принципах. Таким чином, стан державно-правової практики, зумовлений, крім іншого, якістю правового виховання, у свою чергу суттєво впливає на розвиток останнього через низку факторів, окреслених вище.

Резюмуючи, можна зазначити, що процеси правового виховання і державотворення перебувають у відносинах тісного взаємозв'язку і взаємовпливу, який відбувається за декількома напрямками і має неоднозначний результат. З одного боку, проголошення суспільного ідеалу і мети побудови відповідної державності має безперечно позитивний вплив на процес правового виховання, оскільки спрямовує його у руслі загальнолюдських цінностей та служить певним орієнтиром, з другого ж — державно-правова практика може мати і негативний вплив на виховання. Нездатність реалізувати проголошений суспільний ідеал та свідомі чи несвідомі відхилення від обраного курсу тягнуть за собою розчарування у ньому зокрема і у праві взагалі, а згодом — прогресуючий правовий нігілізм. У будь-якому разі кінцева мета державотворення має бути чітко сформульованою і сприйнятою суспільством. Адже невизначеність суспільного ідеалу спричиняє неможливість визначення кінцевої мети правового виховання.

¹ Див.: Веніславський Ф. В. Правова культура як фактор забезпечення конституційної стабільності / Ф. В. Веніславський // Правова культура і громадянське суспільство в Україні: стан і перспективи розвитку : матеріали міжнар. наук. конф., м. Харків, 12 жовт. 2007 р. – Х., 2007. – С. 53; Требін М. П. Формування правової культури в Україні / М. П. Требін // Правова культура і громадянське суспільство в Україні: стан і перспективи розвитку : матеріали міжнар. наук. конф., м. Харків, 12 жовт. 2007 р. – Х., 2007. – С. 21–23.

У цілому взаємообумовленість державотворення і правового виховання опосередкована ідеєю суспільного ідеалу та правової особистості. Державотворчі процеси спрямовані на досягнення певного суспільного ідеалу, визначеного правовою доктриною та задекларованого в актах державотворення. Будь-який суспільний ідеал, у свою чергу, передбачає існування певних характеристик особистості як суб'єкта такого суспільства. Саме правова особистість і є кінцевою метою правового виховання, якій мають відповідати зміст і спрямованість останнього. У зв'язку з цим акцент у правовому вихованні, і правовій освіті зокрема, поступово зміщується на принципи права, загальнолюдські цінності, ті апріорні підстави, які покладені в основу вільного вибору стилю поведінки в межах правового поля.

В. Лемак, доктор юридичних наук, професор (Ужгородський національний університет)

Соціально-економічні права людини в контексті верховенства права: вітчизняний досвід закріплення та застосування

Україна зазнала найсильнішого впливу світової фінансово-економічної кризи порівняно не лише з розвинутими європейськими державами, а також із більшістю держав — членів СНД. Простежується чіткий зв'язок між стійким суспільним розвитком і верховенством права, з яким безпосередньо пов'язаний соціальний та економічний прогрес і сучасного глобального світу, і кожної національної держави.

У цій статті ставимо за мету актуалізацію проблеми розуміння соціально-економічних прав у контексті верховенства права та вироблення адекватного підходу щодо їх реалізації в правотворчій та правозастосовній діяльності.

Почнемо з того, що частина перша статті 8 Конституції України визначає, що «в Україні визнається і діє принцип верховенства права»¹. І хоча при цьому принцип верховенства права конституційно не розкривається, саме він виступає висхідною засадою демократичного суспільства. Слід погодитися: першою вимогою до утвердження в суспільстві верховенства права є те, що природні, невід'ємні і невідчужувані права і свободи людини набувають вирішального значення у відносинах між нею і державною владою².

Проте постає запитання: чи всі блоки (види) прав людини є рівнозначними? Як засвідчує зміст Конституції України, вітчизняний законодавець обрав підхід, згідно з яким відповідь на таке запитання є ствердною. Соціально-економічні права, на його думку, є такими ж цінними, як і особисті чи політичні. Не зупиняючись на ідейному підґрунті такого підходу, підкреслимо його специфіку — «право на достатній рівень життя» ставиться, наприклад, поряд із «правом на життя».

¹ Конституція України від 28 червня 1996 р. // Відом. Верхов. Ради України. – 1996. – № 30. – 1996. – Ст. 141.

² Див.: Козюбра М. І. Принципи верховенства права і правової держави: єдність основних вимог / М. І. Козюбра // Наук. зап. НаУКМА. Юрид. науки, 2007. – Т. 64. – С. 4.

Більше того, вітчизняний законодавець пішов на доволі розширене закріплення соціально-економічних прав у Конституції 1996 р. Такі права і свободи (біля десятка) зосереджені компактно у статтях 41–53 Конституції України і їх зміст істотно відрізняється від європейських соціальних стандартів.

У свою чергу, такий підхід означає поширення на цей блок прав людини принципу верховенства права, зокрема загальних конституційних гарантій прав людини. Частина перша статті 22 Конституції України встановлює: «Права і свободи людини і громадянина, закріплені цією Конституцією, не є вичерпними». «Невичерпність» означає, що, принаймні, перелік прав людини не вичерпується назвою тих прав, які закріплені в Конституції. Це відображає природно-правове розуміння сутності прав людини — як таких, які людина має за фактом народження («від Бога») і які не залежать від їх юридичного закріплення державою.

Особливість вітчизняного підходу полягає в тому, що таке природно-правове розуміння прав людини було поширене не лише на політичні й особисті права, а й на інші права, визначені Конституцією, в тому числі й соціально-економічні. Просте моделювання засвідчує, що прикладення принципу «невичерпності» до соціально-економічних прав може мати катастрофічні наслідки для економічної і соціальної системи будь-якої держави (незалежно від її економічних ресурсів).

Творці української Конституції були послідовними у своєму підході. У частині другій цієї ж статті 22 Конституції вони передбачили, що «конституційні права і свободи гарантуються і не можуть бути скасовані». У такий спосіб чітко встановлено, що й передбачені Основним Законом соціально-економічні права «не можуть бути скасовані», тобто, по суті, заборонено дії щодо раціоналізації (скорочення) їх переліку чи змісту в самому тексті Конституції.

Саме такий підхід присутній і в інших положеннях Основного Закону. По-перше, відповідно до статті 157 «Конституція України не може бути змінена», крім інших випадків, також у разі, «якщо зміни передбачають скасування чи обмеження прав і свобод людини і громадянина». Відзначимо окремо, що згідно зі статтею 159 законопроект про внесення змін до Конституції України розглядається Верховною Радою України лише за наявності висновку Конституційного Суду України щодо відповідності законопроекту, зокрема, вимогам статті 157 Конституції.

По-друге, творці Конституції 1996 р. не зупинилися у справі порівняння соціально-економічних прав до «основних», а пішли далі в розвитку цієї ідеї. Вони створили конституційну норму, адресовану законодавцю, котра також унеможливило раціоналізацію соціально-економічних прав і на рівні поточної законотворчої діяльності парламенту. З цією метою у частині третій статті 22 Конституції передбачено: «При прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод». Конституційна норма встановила, отже, що не можуть бути «звужені» вже не лише конституційні (закріплені в Конституції) права і свободи, а «існуючі права і свободи», тобто ті з них, які передбачені чинними законами.

Підсумовуючи аналіз відповідних норм Конституції України, зробимо попередній висновок: не можуть бути скасовані і звужені в обсязі соціально-економічні права — як ті з них, що закріплені в Конституції, так і ті з них, які закріплені нормами законів України. Вони можуть бути змінені лише в напрямі розширення їх переліку та змісту. Держава не лише взяла на себе соціальні зобов'язання та закріпила їх нормативно-правовими засобами, а й, крім того, позбавила себе легальної можливості виправити становище, вжити заходів щодо раціоналізації соціально-економічної сфери, наприклад під час фінансової економічної кризи.

На нашу думку, вітчизняний законодавець при цьому не врахував своєрідності соціально-економічних прав людини, під якими слід розуміти претензії людини на відновлення певних мінімальних позицій у соціально-економічній сфері, утрачених унаслідок складної життєвої ситуації, шляхом надання соціального захисту та допомоги з боку державно-організованого суспільства, котра надається шляхом перерозподілу економічних ресурсів.

На нашу думку, соціально-економічні права за своєю природою не можуть бути поставлені в один ряд із правами особистими і політичними через їх значну специфіку. Остання виявляється в їх сутнісних характеристиках різноманітно:

1) цей блок прав людини відображає розуміння «прав людини» не як «можливості на поведінку в певних рамках» (як у інших видах прав людини), а як «можливість отримати благо». Проте «отримання блага» пов'язане з обсягом прав інших людей, зокрема, з його «вилученням» у людини, котра здобула його своєю працею (наприклад, через стяг-

нення податку на доходи фізичної особи). Держава, котра закріплює в правових нормах «право на благо», фактично бере на себе правове зобов'язання щодо його вилучення в інших суб'єктів. Чіткий і стабільний взаємозв'язок між фактом надання «права на блага» одним особам і фактом його обмеження для інших осіб — очевидний. Інші блоки прав людини не вимагають цього. Свобода віросповідання для особи, наприклад, не пов'язана із вилученням матеріальних благ в іншої особи. Право на об'єднання в політичні партії також не вимагає позбавлення частини доходів у інших людей (тих, які не об'єднуються);

2) соціально-економічні права, на відміну від інших видів прав людини, не є правами, якими наділені всі суб'єкти. В ідеальній суспільній конструкції вони не можуть належати «кожному», бо визнання їх за «кжною» особою може призвести до колапсу державно-організованого суспільства з економічної і моральної точки зору. Як правило, такі права визнаються лише за категоріями осіб, які належать до «соціально вразливих». Постає питання про обсяг цих категорій осіб та чинники, які впливають на нього. Таких чинників може бути декілька і обмежений економічний ресурс не стоїть на першому місці. В умовах демократичної політичної системи виявляється явище обміну політичної підтримки і економічних очікувань, що веде до загрози постійного «розширення» як обсягу соціально-економічних прав, так і переліку суб'єктів — їх адресатів.

Обмеження адресатів соціальної допомоги характерне і для документів ЄС із прав людини. Так, наприклад, визначені у Хартії Європейського Союзу про основні права людини від 7 грудня 2000 р. соціально-економічні права спрямовані на створення гарантій насамперед щодо соціальних груп, які перебувають у несприятливих умовах і тому потребують захисту з боку суспільства: дітей (стаття 24), осіб похилого віку (стаття 25), інвалідів (стаття 26). Захист слабких, знедолених — саме цей етичний принцип набуває в зазначеній Хартії юридичного виразу¹;

3) лише соціально-економічні права пов'язані з перерозподілом виробленого в суспільстві національного доходу, а отже — з обсягом такого національного доходу і рівнем його перерозподілу. Ці два ключових питання реально визначають рівень реалізованості соціально-

¹ Див.: Кашкин С. Хартия Европейского Союза об основных правах и право Совета Европы / С. Кашкин // Конституц. право: Восточноевропейское обозрение. – 2001. – № 3 (36). – С. 120.

економічних прав, а не їх юридичні гарантії. Рішеннями судових інстанцій неможливо домогтися «здійснення» того чи іншого права з цього блоку, якщо відсутнє відповідне ресурсне забезпечення (особливо у випадках «безоплатності» певних соціальних послуг, закріплених як «право»);

4) соціально-економічні права не можуть належати до так званих «основних» (природних) прав людини, бо вони в принципі не наділені властивостями, притаманними іншим блокам прав людини, зокрема: соціально-економічні права не є «непорушними» в тому розумінні, що вони не можуть бути скасовані чи звужені законодавцем. Причому мотивами для такого скасування можуть бути як зниження рівня національного доходу, так і необхідність посилення економічних стимулів у суспільстві; перелік соціально-економічних прав не є «невичерпним», тобто в принципі цей блок прав не може існувати за межами їх юридичного закріплення. Це впливає з того, підкреслимо, що йдеться про зобов'язання держави надати особі певне благо і, звісно, ресурсне забезпечення цього блага не може бути «невичерпним». Як справедливо зазначає А. Бланкенагель, у зв'язку із захистом соціально-економічних прав виникає низка специфічних проблем і перша з них стосується фінансування безпосереднього здійснення цих прав¹.

Відзначимо також, що західна доктрина традиційно протиставляє соціально-економічні права так званим класичним правам — особистим і політичним. Класичні права при цьому визнаються абсолютними, природними і невідчужуваними, справді суб'єктивними правами, котрі безумовно пов'язують державу і підлягають судовому захисту. У той же час соціально-економічні права власне в юридичному розумінні правами не виступають, а є претензіями на отримання від держави (за рахунок перерозподілу національного доходу) певних матеріальних благ, що гарантують «гідний рівень життя». Соціально-економічні права зазвичай кваліфікуються як цільові, програмні, що націлюють державу на певні соціальні орієнтири. Власне це не суб'єктивні права, а об'єктивні обов'язки держави, виконання яких є залежним від стану економіки держави. Відповідно до такого підходу проголошені міжнародними актами і Конституцією соціально-економічні права безпосередньо не підлягають судовому захисту, а розглядаються як загальні

¹ Бланкенагель А. Конституционные суды, социальные права и социальное государство / А. Бланкенагель // Конституц. право: Восточноевропейское обозрение. – 2003. – № 1 (42). – С. 42.

установки на соціальну захищеність, які мають бути конкретизовані у чинному законодавстві¹.

Ситуацію ускладнює і той факт, що Конституція України не містить застережень стосовно обсягу соціально-економічних прав, зокрема щодо їх зв'язку з економічними ресурсами держави. У міжнародно-правових документах, які закріплюють соціально-економічні права, такі застереження мають місце. Наприклад, у статті 22 Загальної декларації прав людини від 10 грудня 1948 р., в якій передбачено право на соціальне забезпечення, таке застереження встановлено словами — «відповідно до структури і ресурсів держави»².

Навіть у Міжнародному пакті про економічні, соціальні і культурні права 1966 р. (УРСР приєдналася до нього в 1973 р.) відзначається прямий взаємозв'язок соціально-економічних прав і ресурсів, доступом до яких володіє держава: «Кожна держава, яка бере участь у цьому Пакті, зобов'язується в індивідуальному порядку і в порядку міжнародної допомоги та співробітництва, зокрема в економічній і технічній галузях, **вжити в максимальних межах наявних ресурсів заходів для того, щоб забезпечити поступово повне здійснення визнаних у цьому Пакті прав** (виділено нами. — В. Л.) усіма належними способами, включаючи, зокрема, вжиття законодавчих заходів» (пункт 1 статті 2)³.

Підкреслимо, в Конституції України соціально-економічні права не лише були сформульовані саме як норми (а не цілі), котрі підлягають захисту в судовому порядку, а й їх жодною мірою не було пов'язано з ресурсами держави, наприклад, через відповідні конституційні застереження про зв'язок їх рівня (обсягу) із показниками економічного розвитку.

Наведений конституційний підхід, окрім посилення патерналістських установок в суспільстві, несе загрози з багатьох точок зору. По-перше, зрівняння соціально-економічних прав з іншими правами об'єктивно принижує роль і значення особистих і політичних прав. По-друге, через неспроможність їх дієвої реалізації та неможливість

¹ Див.: Варламова Н. Введение к Форуму «Конституционный статус социально-экономических прав» / Н. Варламова // Конституц. право: Восточноевропейское обозрение. – 2000. – № 1 (30). – С. 144.

² Загальна декларація прав людини від 10 грудня 1948 р. // Офіц. вісн. України. – 2008. – № 93. – Ст. 3103.

³ Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных с иностранными государствами. – Вып. XXXII. – М., 1978. – С. 36.

судового захисту принижується авторитет прав людини як фундаментальної суспільної цінності і одночасно — авторитет конституційних норм, які закріплюють соціально-економічні права. У посттоталітарному суспільстві створюється ілюзія про «умисне» невиконання публічною владою «хороших норм» Конституції і, як наслідок, — принижується авторитет держави.

З огляду на зміст наведених норм Конституції України важливою для правотворення і правозастосування в цьому питанні є роль Конституційного Суду України. Враховуючи модель конституційного правосуддя в Україні, Конституційний Суд України не вправі за власною ініціативою дати сигнал органам законодавчої і виконавчої влади щодо більш «збалансованого підходу» в законодавчому і підзаконному закріпленні сукупності кількісних і якісних параметрів соціально-економічних прав чи способів їх здійснення.

Тим не менш, більш виважена позиція Конституційного Суду України гіпотетично могла полягати у такому. Перше — у чіткому розмежуванні категорій «соціально-економічні права» і «пільги», іншими словами — у розведенні «прав людини» в їх конституційному (розширеному) розумінні, з одного боку, і набору конкретизованих кількісних параметрів цих прав — з другого. Право на пільгову пенсію — це одне, а її конкретний розмір — це все таке інше.

Друге — Конституційний Суд України повинен був також відокремити соціально-економічні права, що належать особі із загальним правовим статусом (власне «людині», «громадянину»), і певні соціальні привілеї осіб зі спеціальним статусом (наприклад, службових осіб). Йдеться лише про факт визнання того, що, наприклад, конкретний пільговий стаж державного службовця і право людини на освіту — це не однопорядкові речі.

Проте Конституційний Суд України в обох випадках зайняв протилежну правову позицію. Наприклад, у його Рішенні від 11 жовтня 2005 року № 8-рп/2005 (справа про рівень пенсії і щомісячного довічного грошового утримання) проявляється його правова позиція, відповідно до якої держава не вправі встановити обмеження (граничну межу) на розмір пенсії (довічного утримання), якщо таке обмеження не встановлене законом на момент такої спроби. Процитуємо мотивувальну частину названого рішення — «Закон звужив обсяг цього права, встановивши граничну межу для таких виплат суддям, і вод-

ночас знизив досягнутий рівень гарантій незалежності працюючих суддів»¹.

Така позиція Конституційного Суду означає прирівнювання категорії «розмір пенсії на пільгових умовах» з категорією «права людини» з цього питання, тим більше — щодо судді (особи зі спеціальним правовим статусом). Підкреслимо: у даному випадку йшлося навіть не про особливі умови пенсії (довічного утримання), а лише про спробу встановлення законом її граничної межі (максимальний розмір). Конституційний Суд заперечив для Верховної Ради України саму можливість такого обмеження.

У Рішенні, схваленому 18 червня 2007 р. (справа про гарантії незалежності суддів), його позиція виявилася ще чіткіше: «Конституційний Суд України неодноразово розглядав проблему, пов'язану з реалізацією права на соціальний захист, неприпустимістю обмеження конституційного права громадян на достатній життєвий рівень, і сформулював правову позицію, згідно з якою Конституція та закони України виокремлюють певні категорії громадян України, що потребують додаткових гарантій соціального захисту з боку держави. До них, зокрема, належать громадяни, яким пенсія призначається за спеціальними законами. У рішеннях Конституційного Суду підкреслюється, що пільги, компенсації, гарантії є видом соціальної допомоги і необхідною складовою конституційного права на достатній життєвий рівень, тому звуження змісту та обсягу цього права шляхом прийняття нових законів або внесення змін до чинних законів за статтею 22 Конституції України не допускається» (абзац другий підпункту 3.1 мотивувальної частини)².

¹Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями Верховного Суду України та 50 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень абзаців третього, четвертого пункту 13 розділу XV «Прикінцеві положення» Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» та офіційного тлумачення положення частини третьої статті 11 Закону України «Про статус суддів» (справа про рівень пенсії і щомісячного довічного грошового утримання) № 8-рп/2005, 11.10.2005 // Офіц. вісн. України. – 2005. – № 42. – Ст. 2662.

²Рішення Конституційного Суду України від 6 липня 1999 р. № 8-рп/99, від 20 березня 2002 року № 5-рп/2002, від 17 березня 2004 р. № 7-рп/2004, від 1 грудня 2004 року № 20-рп/2004» (Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень статті 36, пунктів 20, 33, 49, 50 статті 71, статей 97, 98, 104, 105 Закону України «Про Державний бюджет України на 2007 рік» (справа про гарантії незалежності суддів) № 4-рп/2007, 18.06.2007 // Офіц. вісн. України. – 2007. – № 54. – Ст. 2184.

Поширення принципу верховенства права на сукупність соціальних пільг, закріплених законодавством не лише для «людини» (загальний правовий статус), а й для носіїв спеціального правового статусу, створило парадоксальну соціальну модель, «недоторканне» існування якої є загрозою не лише для ефективності економіки, а також для фінансової спроможності України.

Як слушно підкреслював відомий угорський учений А. Шайо¹, повний захист соціально-економічних прав як прав особистих спричинить хаос. Тим більше, судовий захист кожної соціальної пільги від «обмеження» чи «звуження» в період фінансово-економічної кризи може призвести до непередбачуваних наслідків.

Резюмуючи, відзначимо, по-перше, що надто широко сформульовані в Конституції України соціально-економічні права людини та гарантії їх «недоторканності» виступають самостійним чинником економічної і соціальної кризи, котрий унеможлиблює реформування на рівні чинних законів України окремих ділянок цієї сфери (наприклад, освіти, охорони здоров'я). По-друге, прирівнювання соціальних пільг до соціально-економічних прав надає сукупності таких пільг гарантії «недоторканності». При цьому йдеться не лише про недостатність економічних і фінансових ресурсів для їх забезпечення, а також про невпорядкований характер останніх. Стан у соціальній сфері є настільки хаотичним, що Кабінет Міністрів України 7 жовтня 2009 р. № 1192-р. окремим розпорядженням доручив відповідним органам «провести інвентаризацію системи пільг, визначивши категорії громадян, які мають право на пільги, й види належних їм пільг» та «провести аналіз вартості пільг, передбачених законодавством для кожної категорії громадян, які мають право на пільги, у розрізі видів послуг та фактичного обсягу їх споживання».

¹ Шайо А. Гарантии социальной защиты в посткоммунистических государствах / А. Шайо // Конституц. право: Восточноевропейское обозрение. – 2001. – № 4 (37). – С. 4.

М. Хаустова, кандидат юридичних наук, доцент кафедри теорії держави і права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Структура правової системи суспільства

Дослідження різних аспектів формування, реалізації та сутності права привели до визнання у ХХ ст. необхідності формування теоретичної конструкції, яка б охопила всі правові явища, цілісно та системно охарактеризувала їх внутрішні та зовнішні відносини. Основою методології такої теорії є застосування системного підходу до аналізу правових явищ. За допомогою системного підходу певний об'єкт розглядається як складне, багатоаспектне явище, що складається з різноманітних елементів, зв'язки між якими утворюють відносно стійку структуру та забезпечують його цілісність.

Цінність використання категорії правової системи для юриспруденції полягає у можливості за її допомогою комплексно проаналізувати всю правову сферу життя суспільства, виявити найсуттєвіші закономірності, що складаються між її частинами та у стосунках з іншими суспільними явищами.

У загальному вигляді правову систему можна визначити як сформовану під впливом об'єктивних закономірностей розвитку суспільства сукупність усіх його правових явищ, які перебувають у стійких зв'язках між собою та з іншими соціальними системами.

Насамперед відзначимо, що в літературі зустрічаються судження, з яких можна зробити висновок про «безмежний» зміст поняття «правова система», коли в неї включаються сторонні, тобто не властиві їй елементи. Яскравим прикладом такого підходу є позиція О. І. Харитонової й Є. О. Харитонова. Вони як елементи правової системи виділяють: 1) право як сукупність створюваних й охоронюваних державою норм; 2) законодавство як форму вираження цих норм (нормативні акти); 3) правові установи, що здійснюють правову політику держави; 4) судову й іншу юридичну практику; 5) механізм правового регулювання; 6) правореалізаційний процес (включаючи акти застосування й тлумачення); 7) права, свободи й обов'язки громадян (право в суб'єктивному розумінні); 8) систему складних

і функціонуючих у суспільстві правовідносин; 9) законність і правопорядок; 10) правову ідеологію (правосвідомість, юридичні доктрини, теорії, правову культуру тощо); 11) суб'єктів права (індивідуальних і колективних), які організують і приводять у дію весь правовий механізм; 12) систематизуючі зв'язки, що забезпечують єдність, цілісність і стабільність системи; 13) інші правові явища (юридична відповідальність, правосуб'єктність, правовий статус, законні інтереси та ін.), що утворюють як би інфраструктуру правової системи¹.

Такий підхід претендує на гранично повне окреслення обсягу поняття й характеризує правову систему як складне утворення в єдності всіх його можливих складових частин, але разом з тим з певною надмірністю кількості складових елементів. Проте, за визначенням, до правової системи не можуть належати всі можливі правові явища, оскільки це суперечить основній її функції стосовно навколишнього середовища — спрощення складності правової реальності та й самому способу конструювання системи як певної ідеальної моделі цієї реальності².

Проти включення до цього поняття всіх без винятку юридичних категорій, всієї правової дійсності виступає Л. С. Явич, стверджуючи, що було б необачно вважати елементами правової системи соціальні чинники, які безпосередньо впливають на правоутворення та правореалізацію, але не становлять їх безпосереднього змісту³. Автори першої монографії, спеціально присвяченої дослідженню правової системи, включали до складу правової системи норми й інститути, принципи, юридичні установи (правотворчі й правозастосовчі), правову свідомість, правову культуру, правотворчість, правореалізацію, правопорядок⁴. М. І. Матузов і О. В. Малько підкреслюють, що крім права як стрижневого елемента правова система містить безліч інших додатків, як-от: правотворчість, правосуддя, юридична практика, нормативні, правозастосовні та правотлумачні акти, правовідносини, суб'єктивні права й обов'язки, правові установи (суди, прокуратура,

¹ Харитонова О. І. Порівняльне право Європи. Основи порівняльного правознавства. Європейські традиції / О. І. Харитонова, Є. О. Харитонов. – Х., 2002. – С. 26–27.

² Див.: Бусова Н. А. Модернизация, рациональность и право / Н. А. Бусова. – Харьков, 2004. – С. 123.

³ Явич Л. С. Сущность права / Л. С. Явич. – Л., 1985. – С. 41.

⁴ Правовая система социализма. Понятие, структура, социальные связи. Кн. 1 / под ред. А. М. Васильева. – М., 1986. – С. 39–44.

адвокатура), законність, відповідальність, механізми правового регулювання, правосвідомість та ін.¹

В. М. Синюков із позицій свого дослідження визначає правову систему як соціальну організацію, що включає в себе основні компоненти національної правової культури². Він пропонує ще одне бачення сутності та структури правової системи. Вчений доповнює її деякими новими елементами, які в принципі охоплюються існуючим широким тлумаченням і розумінням розглядуваного явища, але не завжди називаються при переліку основних рис та ознак обумовленої реальності. До таких елементів він, зокрема, відносить регіональну й місцеву правову інфраструктуру, системи й підсистеми нагляду, контролю, профілактики порушень, правового інформування і правових комунікацій, юридичного утворення, підготовки й перепідготовки кадрів, відтворення і зберігання правової ідеології (НДІ, центри, фонди, культурні співтовариства та ін.)³. В. М. Сирих підкреслює, що до структури правової системи входять джерела права, судова та інша правозастосовна практика, історичні традиції, правосвідомість, правовідносини⁴.

Вітчизняні вчені у 90-х роках ХХ ст. зазначали, що елементами, які входять до правової системи України, є система права, правова політика, правова ідеологія і юридична (правова) практика, зокрема правотворча, правозастосовна, правоохоронна. Поряд із цим до правової системи також входять споріднені з нею явища: норми і принципи міжнародного права, соціальні норми, санкціоновані державою⁵. Нарешті, П. М. Рабінювич зазначає, що правова (юридична) система — це система всіх юридичних явищ, які існують у певній державі або у групі однотипних держав, до складу якої входять: 1) різноманітні юридичні (юридичні принципи і норми з їх зовнішніми джерелами (формами), об'єктивовані акти офіційного роз'яснення (тлумачення) і застосування цих норм), а також діяльність відповідних суб'єктів зі створення таких актів; 2) офіційно функціонуюча правосвідомість та форми (засоби) її прояву, вираження; 3) юридичні відносини між суб'єктами об'єктивного юридичного права; 4) законність (соціальний режим відповідності фізичної

¹ Теория государства и права : курс лекций / под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. – М., 2004. – С. 179.

² Синюков В. Н. Российская правовая система / В. Н. Синюков. – Саратов, 1994. – С. 165.

³ Там само.

⁴ Сырых В. М. Теория государства и права / В. М. Сырых. – М., 2002. – С. 491.

⁵ Див.: Погорілко В. Правова система – система законодавства суверенної України / В. Погорілко, Л. Малишко // Право України. – 1993. – № 9–10. – С. 10.

діяльності суб'єктів права приписам законів та різноманітних підзаконних джерел об'єктивного юридичного права)¹.

О. Ф. Скакун, зазначивши, що наявність у державі власної національної правової системи зумовлена тим, що в кожній країні діють свої правові звичаї, традиції, законодавство, юрисдикційні органи, особливості правового менталітету, правової культури, які склались історично, підкреслює, що в будь-якій державі правова система, будучи невід'ємним елементом правової культури, детермінована історичними й географічними чинниками і є частиною соціальної системи держави. Спираючись на такі вихідні положення, вона визначає правову систему як комплекс взаємопов'язаних та узгоджених юридичних засобів, призначених для регулювання суспільних відносин, а також юридичних явищ, що виникають унаслідок такого регулювання (правові норми, правові принципи, правова свідомість, законодавство, правові відносини, юридичні установи, юридична техніка, правова культура, стан законності та її деформації, правопорядок тощо)².

Наголошується на тому, що правова система є одним із різновидів соціальних систем і у працях Н. М. Оніщенко, яка виходить у своїх дослідженнях з того методологічного посилення, що система взагалі — це впорядкована сукупність елементів, взаємопов'язаних і взаємодіючих, яка має відносну самостійність і органічну єдність, характеризується внутрішньою цілісністю й автономністю функціонування³. На її думку, вказані ознаки притаманні і правовій системі, хоча поняття останньої «означає набагато більше, ніж просто явище, що формально підпадає під ознаки будь-якої системи». На підставі зазначеного пропонується правову систему трактувати як об'єктивне, історично закономірне явище, яке включає в себе взаємопов'язані, взаємообумовлені й взаємодіючі компоненти: право й законодавство, що його втілює, юридичні установи та юридичну практику, суб'єктивні права й обов'язки, правовідносини, правову ідеологію та ін.⁴

Обґрунтованим є й акцент на тому, що структура правової системи складається зі статистичних і динамічних елементів. За цих умов пра-

¹ Рабінович П. М. Основи загальної теорії права та держави : навч. посіб. / П. М. Рабінович. – Львів, 2008. – С. 137–138.

² Скакун О. Ф. Теория государства и права : учебник / О. Ф. Скакун. – Харьков, 2000. – С. 257–259.

³ Порівняльне правознавство (теоретико-правове дослідження) : монографія / за ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. – К., 2007. – С. 182.

⁴ Оніщенко Н. М. Загальна характеристика правової системи як інтегруючої категорії правової науки / Н. М. Оніщенко // Правова держава. – Вип. 11. – К., 2000. – С. 62–64.

вова система розглядається як така, що в статиці охоплює сукупність: а) норм, принципів, інститутів (нормативний бік системи); б) правових установ (організаційний елемент); в) правових поглядів, ідей, уявлень, притаманних даному суспільству (ідеологічний елемент). Відповідно в динаміці правової системи вирізняють правоутворення, реалізацію права, що включає виникнення, зміну і припинення правовідносин, правове мислення¹.

Досить поширеним треба визнати підхід С. С. Алексєєва до цієї проблематики, який підкреслює, що частинами (елементами) правової системи є: а) об'єктивне (позитивне) право як сукупність загально-обов'язкових норм, виражених у законі, інших визнаних державою формах позитивного права; б) правова ідеологія — активна сторона правосвідомості; в) судова (юридична практика)². Тут підкреслюється, що саме через правову систему та її елементи відбувається начеб «ув'язування» позитивного права з державою, її органами, з усією політичною структурою даного суспільства. Саме через неї при розгляді позитивного права включаються правотворчі, законодавчі установи, а також правовиконавчі органи, органи правосуддя, інші правоохоронні установи, вся політична система країни³.

Проте, як вбачається, надмірно «вузьке» трактування також не є переконливим. Правова система, повторимося, є складним правовим явищем, що включає в себе конструктивні елементи, за допомогою яких охоплюється весь процес правового регулювання, досягаються його кінцеві цілі. Тому правильнішим варто вважати «широкий» підхід, при якому повною мірою відбивається вся правова організація суспільства в єдності і взаємодії всіх складників її компонентів. Однак широке розуміння правової системи зовсім не означає, що до неї треба включати ті елементи, які за своєю природою не є правовими, як, наприклад, державні, політичні, соціальні органи, структури, інститути. Інакше кажучи, широкий підхід до правової системи теж повинен мати свої межі.

Окремі правознавці намагаються розширити поняття «правова система» за рахунок додавання окремих елементів. Так, В. М. Синюков пропонує включати до правової системи правоохоронні відомства й

¹ Загальна теорія держави і права / за ред. М. В. Цвіка, О. В. Петришина. – Х., 2009. – С. 560.

² Алексєєв С. С. Право: азбука-теорія-філософія. Опыт комплексного исследования / С. С. Алексєєв. – М., 1999. – С. 46–47.

³ Там само.

організації¹. О. М. Васильєв також як елемент правової системи виділяє правоохоронні, правозастосовчі, державні органи, призначені для реалізації й захисту права, боротьби з його порушеннями². М. І. Матузов відносить до правової системи як її елемент також правові установи, що здійснюють правову політику держави³. На наш погляд, у правову систему не можна включати правоохоронні й державні органи, тому що вони діють на основі права; це все-таки не правові явища. Неприпустимим є віднесення до правової системи і таких правових установ, як науково-дослідні інститути юридичного профілю.

Існує думка, що елементами правової системи слід вважати також законність і правопорядок⁴. Нам вбачається, що вищезгадані явища є результатом правового регулювання, показником його ефективності або, навпаки, недосконалості (залежно від рівня законності і правопорядку в країні), а тому й невід'ємною складовою функціонування правової системи. Законність і правопорядок — результат дії правової системи, який указує на ступінь упорядкованості, стабільності суспільних відносин, що свідчить про ефективність дії всіх її правових інститутів.

Як відзначалося вище, усі елементи правової системи тісно пов'язані один з одним, є взаємозалежними, втім мають і відносну самостійність. Усі вони виконують загальні і специфічні функції у правовій системі, характеризуються єдністю й розходженням, сприяють ефективності дії всього розглянутого утворення. Отже, орієнтуючись на методологічний арсенал системного підходу, необхідно вирізнити такі складники в дослідженні правової системи: суб'єктний; нормативний; інтелектуально-психологічний; діяльнісний; результативний. Під подібним кутом зору пропонує розглядати систему кримінальної юстиції й І. Б. Михайловська, яка вбачає специфіку сучасного підходу до дослідження соціальних систем крізь призму людей, речей, правил та ідей, що безперервно взаємодіють⁵.

¹ Синюков В. Н. Российская правовая система / В. Н. Синюков. – Саратов, 1994. – С. 165.

² Правовая система социализма. Понятие, структура, социальные связи / под ред. А. М. Васильева. – М., 1986. – Кн. 1. – С. 39–44.

³ Матузов Н. И. Правовая система и личность / Н. И. Матузов. – Саратов, 1987. – С. 13.

⁴ Правовая система социализма. Понятие, структура, социальные связи / под ред. А. М. Васильева. – М., 1986. – Кн. 1. – С. 39–44.

⁵ Михайловская И. Б. Социальное назначение уголовной юстиции и цель уголовного процесса / И. Б. Михайловская // Государство и право. – 2005. – № 5. – С. 111–118.

Суб'єктний рівень виокремлюється, щоб підкреслити значення саме суб'єктів права єдиних системоутворюючих у певному сенсі матеріальних чинників правової системи. Саме людина є первинним суб'єктом права, здатним до активної духовної і практичної діяльності¹.

Ще на початку XIX ст. відомий учений М. А. Гредескуль у своїй праці «Загальна теорія права» писав, що «суб'єкт права є центральним пунктом в юридичних відносинах»².

Вихідним у поглядах про сутність права, є те, що саме право розглядається як породження суспільних відносин, передовсім взаємин між соціалізованими індивідами, адже те, що людина живе серед інших людей, не є її примхою чи висновком, якого вона дійшла з мотивів спільної вигоди: людина за своєю природою — як фізичною так і духовною — призначена для життя в суспільстві і стає людиною лише в результаті життя в суспільстві. Способом існування соціалізованих індивідів, що мають суперечливі, але водночас однотипні з іншими інтереси, котрі вони не можуть самостійно реалізувати, є соціальне спілкування (конфлікт та співпраця) у формі стосунків одного з іншим та всіма іншими, яке й виступає по суті реальним, фактичним джерелом права³.

Дослідження нормативного рівня правової системи спрямоване безпосередньо на норми права, що виступають її елементом. Складені на підставі повторювальних суспільних відносин⁴, відображаючи еквівалентність взаємних очікувань їх учасників⁵, вони об'єктивують ідеальні уявлення людей про справедливість і несправедливість, про важливість стимулювання розвитку тих чи інших суспільних відносин.

Нормативний рівень висвічує основну соціальну функцію правової системи — регулювання суспільних відносин, а також основні цілі й напрями правового впливу на розвиток суспільства. Юридичні норми, будучи обов'язковими еталонами суспільно необхідної поведінки, спираю-

¹ Бачинин В. А. Философия права : конспект лекций / В. А. Бачинин. – Харьков, 2002. – С. 104–107.

² Гредескуль Н. А. Общая теория права. Лекции, читанные в С.-Петербургском Политехническом Институте. – Издание кассы взаимопомощи студентов С.-Петербурга, 1909. – 317 с.

³ Правова система України: історія, стан та перспективи : у 5 т. – Т. 1 : Методологічні та історико-теоретичні проблеми формування і розвитку правової системи України / за заг. ред. М. В. Цвіка, О. В. Петришина. – Х., 2008. – С. 97.

⁴ Цвік М. Про сучасне праворозуміння / М. Цвік // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2001. – № 4. – С. 3–13.

⁵ Тесленко М. Право як інструмент соціальної справедливості / М. Тесленко // Право. – 2004. – № 7. – С. 41–43.

чись на можливість державного примусу, виступають інтегруючим началом. Це свого роду каркас, що несе всю конструкцію правової системи, без якого вона могла б перетворитися на простий конгломерат елементів, не пов'язаних між собою єдиним нормативно-вольовим началом.

Саме цей рівень визначає більш обґрунтований підхід, який дозволяє реалізувати принцип єдності юридичної форми та соціального змісту в інтерпретації як права в цілому, так і окремих правових явищ. З цієї позиції як однорідні явища повинні розглядатися право та права людини, які мають єдину соціально-юридичну природу, і тому, за влучним висловом М. І. Козюбри, прав людини поза межами права не може існувати, так само як і права за межами прав людини¹. Права людини не можуть існувати поза межами функціонування правової системи навіть у найбільш спрощеному її тлумаченні², оскільки є її соціоантропологічним фундаментом, так само як і право, функціонуючи у вигляді цілісної правової системи, без опори на права людини ризикує бути не лише беззмістовним, а й не вкоріненим до потреб та інтересів індивідів як правових суб'єктів, адже у будь-якому випадку правові норми не можуть використовуватися, виконуватися, дотримуватися чи застосовуватися поза межами свідомої та вольової поведінки людини³.

На **інтелектуально-психологічному рівні** правової системи формується правосвідомість конкретної людини і суспільства в цілому. Як підкреслює Н. М. Оніщенко, правосвідомість — це насамперед ставлення людей до права⁴. Правосвідомість являє собою юридичний спосіб усвідомлення системи суспільних відносин і на ідеологічному рівні фіксує зв'язки, що встановилися між іншими елементами правової системи. Елементи правосвідомості за своїм змістом, формою, функціональним навантаженням якісно визначені у структурі правової системи і на рівні суспільства. У цілому вони характеризують систему знань, оцінок, вольових установок, які формуються в межах правової системи⁵.

¹ Козюбра М. Правовий закон: проблема критеріїв / М. Козюбра // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2003. – № 2 (33)–3 (34). – С. 92.

² Шундиків К. В. Правовые механизмы: основы теории / К. В. Шундиків // Государство и право. – 2006. – № 12. – С. 12–21.

³ Правова система України: історія, стан та перспективи : у 5 т. – Т. 1 : Методологічні та історико-теоретичні проблеми формування і розвитку правової системи України / за заг. ред. М. В. Цвіка, О. В. Петришина. – Х., 2008. – С. 94–95.

⁴ Оніщенко Н. М. Правова система: проблеми теорії : монографія / Н. М. Оніщенко. – К., 2002. – С. 53–55.

⁵ Теория государства и права / под ред Н. И. Матузова, А. В. Малько. – М., 2004. – С. 611–620.

Правосвідомість є одвічним супутником права¹, в їх суперечливому розвитку відбувається регулювання суспільних відносин.

Правосвідомість, як форма суспільної свідомості, завжди є суб'єктивним явищем, зміст якої становлять: правові ідеї й поняття; уявлення людей про минуле чи бажане право; суб'єктивне ставлення до чинного права як феномену суспільного життя; масові емоційні реакції на право, вчинки людей, особливо представників влади, та інші духовні елементи.

Діяльнісний рівень охоплює всі юридично оформлені зв'язки й відносини, форми реалізації права, різні види правової поведінки людей, правотворчу і правозастосовну діяльність держави й суспільства. Правова діяльність опосередковується правовими відносинами. У правовій системі вони виконують роль універсальної форми (засобу) упорядкування суспільних відносин. З'явившись як форма економічних відносин, надалі правовідносини можуть приймати ідеологічну форму, що безпосередньо впливає на життя суспільства².

Правовідносини впливатимуть на правову систему, зберігаючи її цілісність, і сприяти здійсненню поставлених перед нею завдань лише у разі відповідності останньої соціально-економічному розвитку суспільства. «Саме через правовідносини забезпечується цілісність суспільства й громадський порядок, без чого не можуть нормально функціонувати матеріальне виробництво, інститути політичної демократії, державне управління, всебічно розвиватися особистість»³.

Юридична воля однієї особи неодмінно містить у собі домагання, вимогу і звернена до інших осіб, щоб вони поважали цю свободу. Усяке право тому припускає відповідне ставлення особи до всіх інших осіб, що називається юридичними або правовими відносинами. Правомочність та обов'язок — дві сторони, елементи юридичних відносин. Можна коротко визначити правовідносини як урегульовані правом і охоронювані державою суспільні відносини, учасники яких виступають носіями взаємно кореспондуючих один одному юридичних прав та обов'язків⁴.

¹ Загальна теорія держави і права / за ред. М. В. Цвіка, О. В. Петришина. – Х., 2009. – С. 532.

² Див.: Байтин М. И. Правосвязующее звено между политической властью, государством и правовой системой общества / М. И. Байтин // Вопросы теории государства и права. – Саратов, 1988. – С. 40.

³ Див.: Тиунова Л. Б. Системные связи правовой действительности / Л. Б. Тиунова. – СПб., 1991. – С. 42.

⁴ Див.: Теория государства и права : курс лекций / под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. – 2-е изд., перераб. и доп. – М., 2004. – С. 515; Червонюк В. И. Теория государства и права : учеб. пособие / В. И. Червонюк. – М., 2003. – С. 191–192.

Результативний рівень правової системи характеризує, з одного боку, наскільки людина як суб'єкт права освоїла правову дійсність, як вона «живе» в ній, а з другого — як сформувалися й наскільки ідентичні інтересам індивіда й суспільства різного виду режими і стани, що дозволяють уявити собі певні результати дії юридичних норм (законність, правопорядок). Як зазначив С. С. Алексєєв, поняття «законність» характеризує правову дійсність, яка узята під кутом зору практичного здійснення права, ідейно-політичних основ правової системи, її зв'язки з основоположними суспільно-політичними інститутами, з політичним режимом даного суспільства.

Своєрідним індикатором руху до соціологічного бачення права покликана стати розбудова національної правової системи на засадах верховенства права, що передбачає поглиблений усталений для вітчизняної юриспруденції принцип законності, який тлумачився лише як формальне дотримання вимог законодавства, шляхом адаптації до змісту правової форми змістовних правових чинників. Саме тому виявляється необхідність у виокремленні останнього результативного рівня у структурі правової системи суспільства. Передовсім йдеться про необхідність врахування конституційних положень як норм прямої дії, міжнародних стандартів прав і основоположних свобод людини, судової практики міжнародних та вітчизняних судових інституцій. Беззаперечно, суспільні взаємини функціонують у правовій державі на засадах презумпції законності: лише від імені закону, на підставі, у межах повноважень та у спосіб, передбачений законом, можуть діяти і органи державної влади. Проте ускладнення соціальної реальності спонукає до використання потенціалу і таких джерел права, як судовий прецедент, правовий звичай, нормативний договір, що знаходить своє підтвердження у принципових новелах прийнятих нещодавно галузевих кодексів, практичній діяльності судових органів.

Першочергової уваги за цих умов набуває статус судової влади як арбітра за питань права, зокрема, у відносинах між державою і громадянином, яка (судова влада) уповноважена вирішувати конфлікти з приводу права, приймати остаточні правові рішення, діє в особливому процесуальному режимі¹.

¹Правова система України: історія, стан та перспективи : у 5 т. – Т. 1 : Методологічні та історико-теоретичні проблеми формування і розвитку правової системи України / за заг. ред. М. В. Цвіка, О. В. Петришина. – Х., 2008. – С. 106.

ПИТАННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА

В. Колісник, доктор юридичних наук,
професор, Національна юридична академія
України імені Ярослава Мудрого

Правовий механізм трансформації української Конституції

Конституційний процес, якщо його розглядати як процес розробки та ухвалення Конституції, із прийняттям Основного Закону не припиняється, а лише переходить у якісно нову стадію — етап реалізації конституційних положень та приписів. До головних завдань цього етапу, які постали перед українським суспільством і державою одразу ж після остаточного схвалення Верховною Радою України тексту нової Конституції 28 червня 1996 р., варто віднести перш за все такі: 1) розробка та прийняття парламентом цілої низки нових законів, покликаних юридично оформити демократичний правовий механізм реалізації Конституції; 2) створення нових державних інституцій, яких до того не знала практика українського державотворення; 3) законодавче врегулювання порядку діяльності органів публічної влади; 4) запровадження оптимального механізму взаємодії органів публічної влади та подолання державно-правових конфліктів між ними, координація та узгодження їхньої діяльності з метою забезпечення ефективного використання високого потенціалу українського суспільства і його подальшого демократичного поступу.

Без перебільшення можна стверджувати, що практично жодне з тих завдань, які постали після ухвалення Конституції, так і не було виконано навіть наполовину. Органам публічної влади та посадовцям у цей період бракувало наполегливості та цілеспрямованості, гнучкості й зваженості, послідовності і професіоналізму, вміння визначати стратегічні пріоритети та відповідального ставлення до своїх обов'язків, консолідації й концентрації зусиль для вирішення найбільш складних і актуальних питань. Брак політичної волі, професіоналізму та небажання займатися реальною повсякденною кропіткою роботою багато

хто з посадовців намагався прикрити гучними політичними заявами, спробами надмірної політизації окремих питань, переведенням їх із власне організаційно-правової площини в політичну. У практику взаємовідносин між органами публічної влади увійшли постійні взаємні звинувачення, щоденний пошук винних у погіршенні соціально-економічної та політичної ситуації, перекладання відповідальності з однієї інституції на іншу, вихід за межі власних повноважень та втручання в прерогативи інших органів і посадовців. За таких умов розкрити потужний потенціал конституційних норм було неможливо.

Після ухвалення Конституції у тій ситуації, що склалася, окремі політичні сили знаходили пояснення низької результативності функціонування державного механізму, соціально-економічної та політичної систем передусім у недосконалості української конституційної моделі. Перші пропозиції щодо внесення змін до Конституції України з'явилися невдовзі після її ухвалення. Однак якщо спочатку передбачалося суттєво посилити повноваження глави держави, то згодом домінуючою стала ідея перенесення відповідальності за стан справ у державі до парламенту й часткового обмеження президентської влади.

Проте через нехтування перш за все демократичними засадами обговорення конституційних проектів, постійні спроби надмірно впливати на ці процеси адміністративними засобами, а також нехтування важливими процедурними аспектами встановленого порядку внесення конституційних змін у 2003–2004 рр. в Україні не вдалося провести всебічну, зважену та конструктивну політичну дискусію як щодо головних ідей політичної реформи та її правових механізмів, так і щодо її можливих наслідків. Знехтувавши демократичними принципами обговорення та юридичної процедури, у результаті проведення політичної реформи Україна отримала ще більш розбалансований державний механізм. Замість запровадження ефективної системи взаємодії в процесі здійснення державної влади конституційні зміни принесли нові протиріччя та набагато складніші проблеми. Закон про внесення змін до Конституції України від 8 грудня 2004 р. виявився занадто недосконалим, неузгодженим, недоопрацьованим, «сирим» та «крихким» і саме тому головним завданням на сьогодні є перш за все усунення недоліків поспішної політичної реформи.

Проте навіть за умови дотримання встановленої процедури і розробки більш вдалого та досконалого правового механізму взаємодії органів державної влади, а також чіткого розмежування їх повнова-

жень, обрана модель навряд чи змогла б забезпечити належне функціонування державного апарату та дати можливість скористатися у повному обсязі усіма перевагами парламентсько-президентської форми правління.

Головна вада запровадженої моделі здійснення влади полягає в тому, що вона не відповідає реальному стану розвитку української політичної системи, політичних партій та політико-правової культури так званої «української політичної еліти», неадекватно враховує сучасний рівень становлення багатопартійності в Україні. Спроба зробити головний акцент на відповідальності парламенту за стан справ у державі від самого початку була приречена, адже в умовах відсутності у більшості парламентських партій внутрішньопартійної демократії та диктату окремих партійних функціонерів (коли партійний лідер чи кілька наближених до нього осіб ухвалюють більшість рішень та формують виборчі списки), в умовах імітації дискусій, полеміки та виборності, в умовах домінування конформізму, формалізму та демагогії можна без перебільшення стверджувати, що справжніх політичних партій в Україні немає. Насправді вони є лише «політичними клубами» при фінансово-спонсорських групах. А відсутність справжніх політичних партій унеможливорює ефективне функціонування парламентської чи навіть парламентсько-президентської республіки. Отже, є всі підстави стверджувати, що будь-яке удосконалення існуючої конституційної моделі владних відносин, навіть за умови чіткого та повного розмежування функцій, повноважень і сфер відання в межах парламентсько-президентської (чи парламентської) республіки, є безперспективним. І саме так буде доти, поки не почне функціонувати система внутрішньопартійної демократії, сутністю якої є реальна виборність та періодична змінюваність керівних органів, а також — і це головне — колективне ухвалення найважливіших рішень. Тому дещо спрощеними та перебільшеними виглядають твердження про те, що так звана «війна повноважень» між парламентом, главою держави та урядом виникла начебто «внаслідок гіперболізації політичних повноважень Прем'єр-міністра України»¹.

Однак окрім визначення головних стратегічних напрямів конституційної реформи, здатної забезпечити відновлення керованості суспільно-

¹ Оніщук М. Система стримувань і противаг у незалежній Українській державі: досвід, проблеми, перспективи / М. Оніщук // Проблеми сучасного українського конституціоналізму. – К., 2008. – С. 127.

політичними та економічними процесами в Україні, та їх зваженого, системного й узгодженого змістовного наповнення¹, не менш важливим є з'ясування та визначення правового механізму трансформації української Конституції. У ході подальшого конституційного реформування важливо забезпечити дотримання певної процедури трансформації конституційного тексту, адже в іншому разі сумніви щодо конституційності порядку внесення змін можуть звести нанівець будь-який досконалий, узгоджений, юридично бездоганний та перспективний варіант конституційних змін чи проект нового Основного Закону.

З точки зору процедури усунути недоліки першого етапу конституційної реформи та подолати пов'язані з ним перешкоди на шляху подальшого демократичного поступу України можна трьома шляхами: 1) шляхом визнання неконституційним Закону про внесення змін до Конституції України від 8 грудня 2004 р.; 2) шляхом внесення нових змін до Конституції України; 3) шляхом ухвалення нового Основного Закону.

За процедурою внесення змін конституції поділяються на дві групи: конституції, усі статті яких змінюються в одному порядку, і конституції, для зміни яких встановлено різні процедури для різних її структурних частин. Конституційний закон зазвичай ухвалюється парламентом остаточно або з наступним затвердженням шляхом референдуму. Умовою ухвалення конституційного закону у більшості держав є його підтримка кваліфікованою більшістю у парламенті. Конституції деяких країн вимагають, щоб закон про внесення конституційних змін ухвалювався парламентом двічі через певний проміжок часу (через один місяць у Греції², через три місяці в Італії³) чи на двох чергових сесіях (так званий «подвійний вотум») або парламентами двох послідовних скликань («подвійний вотум з пронесенням через вибори»).

Розділ XIII Конституції України також передбачає застосування подвійного вотуму в процесі внесення змін до Основного Закону. Спе-

¹ Див.: Тацій В. Я. Теоретико-методологічні засади оновлення конституційного ладу України на сучасному етапі / В. Я. Тацій // Конституційний процес в Україні: здобутки та проблеми. – Х., 2009. – С. 5–14; Речицький В. Проект Конституції України-2009. Перспектива прав людини. – Харків: Права людини, 2009. – 144 с.; Стецюк П. Декілька міркувань щодо можливих майбутніх змін Конституції України / П. Стецюк // Сучасний конституціоналізм: досвід нових демократій. – К.; Львів, 2008. – С. 73–79; Колодій А. М. Конституційно-правове регулювання в Україні: перспективи розвитку / А. М. Колодій, Н. А. Пелих // Стратегічні пріоритети. – 2008. – № 2. – С. 135–140.

² Конституції государств Европы : в 3 т. / под общ. ред. Л. А. Окунькова. – М., 2001. – Т. 1. – С. 690–691.

³ Конституції зарубіжних країн. – Х., 2009. – С. 155.

цифіка українського варіанту подвійного вотуму полягає в тому, що відповідний законопроект про внесення змін до усіх розділів (крім I, III та XIII) має бути поданий до Конституційного Суду України для розгляду та надання висновку щодо відповідності законопроекту вимогам статей 157 і 158 Конституції України. Після отримання такого висновку парламент попередньо ухвалює Закон про внесення змін до Конституції абсолютною більшістю голосів народних депутатів від конституційного складу Верховної Ради, а згодом, на наступній парламентській сесії, приймає цей Закон остаточно не менше ніж двома третинами голосів народних депутатів від конституційного складу парламенту.

Якщо ж зміни стосуються розділів I, III та XIII чинної Конституції, тоді такий законопроект після отримання висновку Конституційного Суду України має бути спочатку ухвалений не менше ніж двома третинами конституційного складу українського парламенту, а згодом винесений на всеукраїнський референдум. Другий спосіб внесення змін до Конституції України є набагато складнішим та потребує значних витрат, оскільки для проведення всеукраїнського референдуму потрібно здійснити цілий ряд обов'язкових процедур та організаційно-технічних дій, починаючи від створення системи відповідних комісій з проведення референдуму і закінчуючи встановленням результатів та їх офіційним оприлюдненням.

При внесенні змін до Конституції України необхідність у проведенні всеукраїнського референдуму для їх затвердження може виникнути лише якщо такі зміни стосуватимуться засад конституційного ладу, тобто розділів I, III та XIII. Такий висновок логічно випливає з вимог розділу XIII та Рішення Конституційного Суду України від 5 жовтня 2005 р., згідно з яким «Положення частини третьої статті 5 Конституції України “право визначати і змінювати конституційний лад в Україні належить виключно народові і не може бути узурповане державою, її органами або посадовими особами” треба розуміти так, що **тільки народ** має право безпосередньо шляхом всеукраїнського референдуму визначати конституційний лад в Україні, який закріплюється Конституцією України, а також змінювати конституційний лад внесенням змін до Основного Закону України в порядку, встановленому його розділом XIII»¹. До того ж ще раніше Конституційний Суд

¹ Офіц. вісн. України. – 2005. – № 41. – Ст. 2605.

наголошував, що «законопроект про внесення змін до розділів, які встановлюють засади конституційного ладу в Україні, після його прийняття у Верховній Раді України має затверджуватись всеукраїнським референдумом»¹ (п. 4 мотивувальної частини Рішення від 11 липня 1997 р.). А згодом Конституційний Суд уточнив, що «У Рішенні Конституційного Суду України від 11 липня 1997 р. у № 3-зп стверджується лише про засади конституційного ладу в Україні, що закріплені у розділах I, III, XIII Конституції України»².

Таким чином, внесення змін до Конституції, якщо навіть вони стосуватимуться усіх конституційних норм, розміщених поза межами розділів I, III, XIII основного тексту Конституції України, передбачає виключно парламентський шлях їх прийняття. Це означає, що проведення всеукраїнського референдуму з метою ухвалення таких змін не допускається. Якщо ж зміни стосуватимуться хоча б однієї норми із розділів I, III або XIII Конституції України, тоді такий законопроект має спочатку отримати підтримку кваліфікованої більшості парламенту, а потім — повинен виноситися на затвердження всеукраїнським референдумом.

Але тоді виникає інше питання: а якщо зміни стосуються I, III, XIII та деяких інших розділів одночасно? Тоді мають застосовуватися два варіанти внесення змін одночасно чи перший варіант поглинається другим? Конституція не дає однозначної відповіді на це питання. Логічним було б застосування одночасно двох механізмів, але ж як тоді узгодити їх у часі? До того ж це може негативно позначитися на збереженні внутрішньої єдності Закону про внесення змін до Конституції.

Таким чином, зміни до Конституції можуть бути внесені або парламентом, або ж парламентом та всеукраїнським референдумом за безпосередньої участі Президента України, оскільки саме він має право в такому разі призначити всеукраїнський референдум. А позапарламентський шлях оновлення Основного Закону України однозначно є неконституційним.

А в якому ж порядку має ухвалюватися нова Конституція України, якщо виникне така потреба?

Ухвалення нової Конституції у державі, яка вже має Основний Закон, зазвичай відбувається тоді, коли переважна більшість політичних

¹ Конституційний Суд України. Рішення. Висновки. 1997–2001 : у 2 кн. / відп. ред. канд. юрид. наук П. Б. Євграфов. – К., 2001. – Кн. 1. – С. 32.

² Офіц. вісн. України. – 2005. – № 41. – Ст. 2605.

сил, політична еліта і суспільство усвідомили необхідність та дійшли згоди щодо запровадження нової форми правління, нового механізму здійснення державної влади, фундаментальних засад конституційного ладу або щодо їх кардинальної трансформації. Така необхідність може виникати у разі гострого політичного конфлікту чи глибокої політичної кризи, коли в межах існуючих конституційних процедур дійти згоди з основних проблемних питань протягом тривалого часу не вдається. Однак на сьогодні такого консенсусу ще немає.

На нашу думку, процедура прийняття нового Основного Закону має бути такою ж, як і порядок внесення змін до розділів I, III та XIII чинної Конституції. Це позбавить окремі політичні сили спокуси скорегувати конституційний текст відповідно до власних ситуативних політичних інтересів. Але при цьому обов'язково необхідно врахувати вимоги Конституційного Суду України до процесу ухвалення нової Конституції, викладені ним у кількох своїх рішеннях.

Ще у 2000 р. Конституційний Суд України визнав неконституційним винесення на всеукраїнський референдум пункту 6 статті 2 Указу Президента від 15 січня 2000 р., в якому викладено питання: «Чи згодні Ви з тим, що Конституція України має прийматися всеукраїнським референдумом?». При цьому у мотивувальній частині зазначалося, що «викладене в пункті 6 статті 2 Указу питання виноситься на всеукраїнський референдум без з'ясування волі народу щодо необхідності прийняття нової Конституції України і, отже, ставить під сумнів чинність Основного Закону України, що може призвести до послаблення встановлених ним основ конституційного ладу в Україні, прав і свобод людини і громадянина»¹. Зазначене Рішення Конституційного Суду України (як і будь-яке інше) є обов'язковим для виконання незалежно від того, коли воно було ухвалене і скільки часу минуло відтоді. Буквальна інтерпретація вказаного Рішення означає, що шляхом всеукраїнського референдуму потрібно спочатку з'ясувати, чи вважає більшість громадян України за необхідне ухвалення нової Конституції України. Лише після цього у разі отримання позитивної відповіді на наступний всеукраїнський референдум можна виносити питання про ухвалення нової Конституції держави шляхом всеукраїнського референдуму. Але такий підхід був би логічним за умови відсутності інших рішень Конституційного Суду, що стосуються цього питання.

¹ Конституційний Суд України. Рішення. Висновки. 1997–2001 : у 2 кн. / відп. ред. канд. юрид. наук П. Б. Євграфов. – К., 2001. – Кн. 1. – С. 32.

Зокрема, у Рішенні Конституційного Суду від 16 квітня 2008 р. зазначається: «В аспекті порушеного у конституційному поданні питання положення частини другої статті 72 у системному зв'язку зі статтею 5 Конституції України слід розуміти так, що народ як носій суверенітету і єдине джерело влади в Україні може реалізувати на всеукраїнському референдумі за народною ініціативою своє виключне право визначати і змінювати конституційний лад в Україні шляхом прийняття Конституції України у порядку, який має бути визначений Конституцією і законами України»¹. Таким чином, Конституційний Суд наголосив, що: а) порядку прийняття нової Конституції не існує; б) такий порядок має бути визначений у тексті самої Конституції. Аналіз структури чинної Конституції України переконує, що логічно було б доповнити розділ XIII новою статтею. Це може бути стаття 159¹, у якій слід визначити: 1) хто може бути розробником проекту нової Конституції України; 2) власне порядок ухвалення нової Конституції України; 3) яким чином визначається необхідність ухвалення нової Конституції. Одним із варіантів нової статті 159¹ міг би бути такий:

«Конституція України приймається Конституційною Асамблеєю, порядок формування якої визначається законом та затверджується всеукраїнським референдумом.

Проект Конституції України розробляється і вноситься Конституційною Комісією. Президент України, Верховна Рада України та Кабінет Міністрів України призначають до складу Конституційної Комісії по сім фахівців у галузі права і визначають строк розробки проекту Конституції України».

Одночасно слід також змінити й назву цього розділу. Зараз він називається: «Внесення змін до Конституції України». Нова назва має складатися з двох речень: «Внесення змін до Конституції України. Ухвалення нової Конституції України».

Але для остаточного запровадження порядку ухвалення нової Конституції необхідно провести ще один всеукраїнський референдум, який мав би затвердити доповнення розділу XIII Конституції новою статтею після її прийняття кваліфікованою більшістю парламенту. На виконання вимог цієї нової конституційної норми Верховна Рада України мала б ухвалити Закон «Про вибори членів Конституційної Асамблеї», у якому варто було б передбачити, що члени Конституційної Асамблеї протягом двадцяти років не можуть бути обрані Президентом України,

¹ Офіц. вісн. України. – 2008. – № 32. – Ст. 1056.

народними депутатами, обіймати посади у вищих та центральних органах державної влади. Це положення забезпечить суспільство від спроб деяких членів Конституційної Асамблеї ухвалити Конституцію «під себе» чи на замовлення окремих політичних сил, а також дозволить сформувати оптимальний і професійний склад зазначеної інституції. І лише після цього може бути створена Конституційна Комісія, яка могла б розробити проект нової Конституції та внести його на розгляд і затвердження Конституційною Асамблеєю. Не важко передбачити, що це довготривалий і складний процес, дотримання якого обумовлене необхідністю забезпечити конституційність політичної реформи.

Отже, можна зробити такі головні висновки: 1) на сьогодні винесення на всеукраїнський референдум законопроект про внесення змін до Конституції чи проекту нового Основного Закону України без його попереднього обговорення та схвалення в парламенті кваліфікованою більшістю є неможливим і в будь-якому разі має визнаватися неконституційним і саме тому жодних перспектив ухвалення змін до Конституції немає; 2) порядок ухвалення нової Конституції обов'язково має бути визначений у тексті самого Основного Закону, а для цього слід провести два референдуми (щодо з'ясування ставлення більшості громадян до ухвалення нової Конституції та щодо встановлення порядку її ухвалення в тексті Основного Закону); 3) слід усвідомити і визнати, що українське суспільство і політична еліта все ще не готові до парламентсько-президентської і тим більше до парламентської форми правління, оскільки справжніх політичних партій в Україні поки що немає, а є лише політична бутафорія. А оскільки запровадження демократичних основ у діяльність політичних партій потребує тривалого часу, слід повернутися до президентсько-парламентської або навіть перейти до президентської республіки, в якій глава держави має очолювати уряд і регулярно проводити його засідання. Це спонукатиме його безпосередньо займатися організацією конкретної, рутинної (але вкрай необхідної), повсякденної роботи уряду та усієї системи виконавчої влади, що позбавить її дуалізму, забезпечить від штучного протистояння, напруженості та конфліктів як усередині цієї системи, так і з іншими державними інституціями.

УДК 342.25

П. Любченко, доктор юридичних наук,
доцент, Національна юридична академія
України імені Ярослава Мудрого

Засоби масової інформації як структурний елемент громадянського суспільства та їх вплив на місцеве самоврядування

У формуванні громадянського суспільства важливу роль відіграють засоби масової інформації. Вони забезпечують прямий і зворотний зв'язок між владними структурами і населенням, виконують роль посередника й контролюючої інстанції, без якої не можуть обійтися ні держава, ні економіка, ні місцеве самоврядування. Громадянське суспільство сьогодні та й у майбутньому — це насамперед інформаційне суспільство. Забезпечення свободи циркуляції інформації, доступу до неї, свободи слова, захист засобів масової інформації від зловживань як владних, так і корпоративних структур, захист громадян та установ від зловживань засобів масової інформації, висока вимогливість до якості інформації — невідмінні вимоги громадянського суспільства до відносин на інформаційному полі¹. У зв'язку з цим актуальним є дослідження правової основи інформаційної співпраці журналістів і посадовців, проблем взаємодії засобів масової інформації з органами місцевого самоврядування.

Вагомість впливу засобів масової інформації на розвиток місцевого самоврядування в Україні зумовлюється низкою обставин. По-перше, починаючи з середини ХХ ст. засоби масової інформації дедалі активніше й результативніше впливають на поведінку виборців. Численні соціологічні опитування підтверджують, що свій вибір громадянин робить, орієнтуючись значною мірою на інформацію, отриману з екранів телевізорів, зі шпальт газет і журналів, по радіо. По-друге, саме засоби масової інформації можуть найефективніше привернути увагу громадян до деяких проблемних питань, організувати їх всебічне обговорення. По-третє, засоби масової інформації служать основним комунікаційним каналом між владою й суспільством. Переважно через засоби масової інформації влада інформує суспільство про свою діяльність і має змогу привернути увагу широких верств насе-

¹ Див.: Онищенко О. Громадянське суспільство: тенденції становлення / О. Онищенко // Наука і суспільство. – 2002. – № 1–2. – С. 6.

лення до тем, які вона вважає значущими для громади, й довідатися про думку людей, соціальних груп, громадських організацій щодо тих чи інших своїх ініціатив і дій¹. За даними соціологічних досліджень, засобам масової інформації довіряють значно більше респондентів, ніж політичним партіям, громадським організаціям і профспілкам.

Аналізуючи феномен політизації засобів масової інформації, відомий американський дослідник С. Хантінгтон писав, що у двох найдраматичніших внутрішньополітичних конфліктах періоду ніксоновської адміністрації, викликаних опублікуванням документів Пентагону і Уотергейтом, засоби масової інформації країни кинули виклик і нанесли поразку главі виконавчої влади. Преса фактично зіграла провідну роль у тому, що до цього часу не вдавалося жодному окремо взятому інституту, угрупованню чи сукупності інститутів в американській історії позбавити своєї посади президента, обраного менше двох років назад за підтримки більшості².

Засоби масової інформації здійснюють інформативну, агітаційну і просвітницьку функції. Інформативна полягає в донесенні до громадськості об'єктивної та всебічної інформації про заплановані чи здійснені заходи. Для реалізації цієї функції необхідне забезпечення високого рівня поінформованості редакційних колективів: насамперед це створення журналістам умов для вільного доступу до інформації. Згідно зі ст. 2 Закону України «Про порядок висвітлення діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування в Україні засобами масової інформації»³ органи місцевого самоврядування зобов'язані надавати засобам масової інформації повну інформацію про свою діяльність через відповідні інформаційні служби, забезпечувати журналістам вільний доступ до неї, крім випадків, передбачених Законом України «Про державну таємницю»⁴, не чинити на них будь-якого тиску й не втручатися в їх виробничий процес. Засоби масової інформації сьогодні фактично здійснюють функцію посередника між громадянином і владними інститутами, яка зазвичай має належати політичним партіям.

¹ Див.: Поживанов М. О. Українські вектори місцевого самоврядування / М. О. Поживанов. – К., 2004. – С. 165.

² Цит. за: Шамхалов Ф. Теория государственного управления / Ф. Шамхалов. – М., 2002. – С. 50.

³ Про порядок висвітлення діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування в Україні засобами масової інформації : Закон України від 23.09.97 р. // Відом. Верхов. Ради України. – 1997. – № 49. – Ст. 299.

⁴ Про державну таємницю : Закон України від 21.09.1999 р. // Відом. Верхов. Ради України. – 1999. – № 49 – Ст. 428.

Враховуючи цю важливу функцію засобів масової інформації, вважаємо, що необхідно акцентувати увагу на таких проблемах, як зміст інформації, що подається, і відповідальність за неї. Досить часто трапляються випадки, коли засоби масової інформації, висвітлюючи діяльність органів і посадових осіб місцевого самоврядування, оприлюднюють поверховий, неперевірений матеріал. Не підвищують також авторитету видань і публікації демагогічного характеру, низького наукового й морального рівня.

Практично у всіх розвинутих країнах світу засоби масової інформації стали найпотужнішим інститутом агітації. Їх агітаційна функція полягає в наданні інформації, що складається з тенденційно відібраних фактів, містить чітко виявлені суб'єктивні соціально-політичні оцінки й орієнтації та врешті-решт має на меті однобічно спрямований вплив на свідомість населення. Відповідно до ст. 53 Закону України «Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів»¹ передвиборна агітація з використанням засобів масової інформації всіх форм власності провадиться з дотриманням принципу рівних умов і можливостей. Висвітлення виборчого процесу в засобах масової інформації всіх форм власності, у тому числі в інтерв'ю, дискусіях і дебатах, інформаційних повідомленнях, програмах новин і поточних подій, має відбуватися на засадах об'єктивності, неупередженості та збалансованості. Здійснюючи агітаційну функцію, засоби масової інформації повинні: а) забезпечити вільний доступ до публічної трибуни всім кандидатам, які беруть участь у виборах; б) надати виборцям повну, об'єктивну й неупереджену інформацію; в) спонукати виборців до голосування.

Оскільки засоби масової інформації можуть негативно впливати на свідомість людини, громада повинна захищати свій інформаційний простір, обмежуючи діяльність тих із них, що поширюють небезпечну для морального і психологічного стану населення інформацію. Згідно зі ст. 2 Закону України «Про захист суспільної моралі»² забороняється виробництво й обіг у будь-якій формі продукції порнографічного характеру й виробництво та розповсюдження продукції, яка: а) пропагує війну, національну й релігійну ворожнечу, зміну шляхом насильства конститу-

¹ Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів : Закон України від 06.04.2004 р. // Відом. Верхов. Ради України. – 2004. – № 30–31. – Ст. 382.

² Про захист суспільної моралі : Закон України від 20.11.2003 р. // Відом. Верхов. Ради України. – 2004. – № 14. – Ст. 192.

ційного ладу або територіальної цілісності України; б) пропагує фашизм і неофашизм; в) принижує або ображає націю чи особистість за національною ознакою; г) пропагує бузувірство, блюзнірство, неповагу до національних і релігійних святинь; д) принижує гідність особи, є проявом знуцання з приводу фізичних вад (каліцтва), з душевнохворих, літніх людей; е) пропагує невігластво, неповагу до батьків; є) пропагує наркоманію, токсикоманію, алкоголізм, тютюнопаління та інші шкідливі звички. Органи місцевого самоврядування, зважаючи на особливості місцевих умов, звичаї і традиції, вправі визначати території та місця, в яких заборонено розповсюдження продукції та проведення видовищних заходів сексуального характеру, скоротити час трансляції теле-, відео- і радіопрограм, що містять елементи еротики.

У той же час необхідно відзначити, що в Україні згідно зі ст. 45¹ Закону України «Про інформацію»¹ заборонено з боку органів місцевого самоврядування та їх посадових осіб цензуру як вимогу, спрямовану до засобу масової інформації, попередньо узгоджувати інформацію, що поширюється, чи перешкоджати в будь-якій іншій формі її тиражуванню або розповсюдженню. Також не допускаються втручання у формах, не передбачених законодавством України, у професійну діяльність журналістів, контроль за змістом розповсюджуваної інформації, з боку органів місцевого самоврядування та їх посадових осіб, зокрема, з метою поширення чи непоширення певної інформації, замовчування суспільно значущої інформації, накладення заборони на показ окремих осіб або поширення інформації про них, на критику владних органів або їх посадових осіб. Тому органи місцевого самоврядування мають діяти чітко відповідно до норм чинного законодавства, не допускаючи випадків цензури чи іншого втручання в роботу засобів масової інформації, з одного боку, а з другого — своєчасно і ефективно захищаючи суспільну мораль.

Необхідно враховувати, що законодавець, представляючи організаційну відокремленість і функціональну самостійність масово-інформаційним структурам, не поєднує їх повністю з іншими механізмами самоврядного соціального організму. Перші, як правило, «вбудовані» в кожен з останніх, включаючи і механізми місцевого самоврядування². Засоби масової інформації сприяють реалізації одно-

¹ Про інформацію : Закон України від 2.10.1992 р. // Відом. Верхов. Ради України. – 1992. – № 48. – Ст. 650.

² Див.: Бондарь Н. С. Гражданин и публичная власть: Конституционное обеспечение прав и свобод в местном самоуправлении : учеб. пособие / Н. С. Бондарь. – М., 2004. – С. 302.

го з найважливіших прав людини — права на інформацію. Тільки вільна циркуляція інформації в соціальних зв'язках дозволяє громадянину уникнути жорсткої залежності від органів публічної влади і створює більш повні гарантії в задоволенні його інтересів. Якщо засоби масової інформації є залежними, порушуються їх комунікаційні функції. А в результаті програють усі: дезорієнтований необ'єктивною інформацією виборець обирає не найгідніших; влада, втрачаючи зворотний зв'язок із суспільством, робить помилки при визначенні пріоритетів; закінчується все серйозними соціально-економічними втратами, що нерідко призводить до зміни влади. Разом із тим підкреслимо, що будь-яка влада, в тому числі й найдемократичніша, завжди прагне домогтися від засобів масової інформації висвітлення тих чи інших подій у потрібному саме для неї ракурсі. Оскільки ж у демократичних країнах обмеження свободи засобів масової інформації відносять до розряду занять невдячних, то виконувати поставлене завдання доводиться суто інтелектуальними методами¹. Російські вчені пропонують розглядати засоби масової інформації місцевого рівня не лише як засіб громадського самоврядування жителів, але й як самостійні суб'єкти місцевого самоврядування. Адже вони разом із поширенням соціально значущої інформації, яка надходить до них від жителів, інших осіб, органів, активно формують громадську думку місцевих співтовариств, обстоюють власне бачення самоврядного процесу².

Конкретні форми взаємодії органів місцевого самоврядування й засобів масової інформації залежать від компетенції перших. Зокрема, Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні» до відання місцевих рад відносить заснування засобів масової інформації, призначення і звільнення їх керівників (статті 26 і 43). Згідно зі ст. 7 Закону України «Про порядок висвітлення діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування в Україні засобами масової інформації» органи місцевого самоврядування мають право засновувати або бути співзасновниками друкованих чи аудіовізуальних засобів масової інформації в порядку, встановленому законодавством України, і в межах коштів, що виділяються з державного чи місцевих бюджетів на висвітлення їх діяльності, або за рахунок перерозподілу коштів, що виділяються на забезпечення функціонування цих органів. Територі-

¹ Поживанов М. О. Українські вектори місцевого самоврядування / М. О. Поживанов. – К., 2004. – С. 166.

² Див.: Выдрин И. В. Муниципальное право России : учеб. для вузов / И. В. Выдрин, А. Н. Кокотов. – М., 2000. – С. 325.

альні громади можуть створювати комунальні телерадіоорганізації. Відповідно до ст. 16 Закону України «Про телебачення і радіомовлення»¹ рішення про їх створення та фінансування приймається відповідними органами місцевого самоврядування. Зауважимо, що органи місцевого самоврядування є засновниками значної кількості засобів масової інформації. Державний комітет телебачення і радіомовлення України за сприяння місцевої влади склав проект так званої медіа-карти комунальних друкованих засобів масової інформації, який містить докладну інформацію про 734 видання.

Відносини засобів масової інформації комунальної форми власності з органами місцевого самоврядування будуються на засадах їх підпорядкованості, підзвітності та підконтрольності останнім. Керуючись цією нормою, політичні сили, що прийшли до влади на місцевому рівні в деяких областях, намагаються отримати тотальний контроль над відповідним інформаційним простором, втручаються в редакційну політику, чинять тиск на журналістів, звільняють керівників засобів масової інформації. А тому логічно виникає питання про доцільність існування засобів масової інформації комунальної форми власності, на які фактично не поширюються гарантії, передбачені на законодавчому рівні. Комунальна телекомпанія чи періодичне видання, як правило, є рупором влади, а не джерелом свободи слова. Практика європейських країн взагалі не передбачає існування державних чи комунальних засобів масової інформації. Їх фінансування з кишені платників податків не лише є нерациональним витрачанням коштів, а й сприяє існуванню подвійного стандарту в галузі, створює умови для нечесної конкуренції.

У більшості місцевих бюджетів обласного й міського рівнів передбачаються значні витрати на засоби масової інформації комунальної форми власності. Водночас органи місцевого самоврядування районного, селищного й сільського рівня таких можливостей не мають. Переважно це мізерні, економічно не вмотивовані дотації, які навіть не покривають інформаційні послуги газети з висвітлення діяльності органів влади. У такій ситуації, навпаки, засоби масової інформації фактично дотують органи місцевого самоврядування. Згідно зі ст. 11 Закону України «Про статус депутатів місцевих рад»² у порядку, встановленому відповідною радою, депутат місцевої ради має право доступу до засобів масової інформації комунальної форми власності для

¹ Про телебачення і радіомовлення : Закон України від 12.01.2006 р. № 3317-IV // Відом. Верхов. Ради України. – 2006. – № 18. – Ст. 155.

² Про статус депутатів місцевих рад : Закон України від 11.07.2002 р. // Відом. Верхов. Ради України. – 2002. – № 40. – Ст. 290.

оприлюднення результатів власної депутатської діяльності та інформування про роботу ради. Однак, як правило, такого порядку на місцевому рівні саме і бракує, нормативні акти місцевих рад лише повторюють законодавчі положення. А це призводить до того, що опозиція має значно менший доступ до комунальних засобів масової інформації. Необхідно врегулювати питання рівного доступу до засобів масової інформації комунальної форми власності фракцій, які становлять більшість у місцевих радах та опозиції.

Одним зі шляхів реформування комунальних засобів масової інформації, який, до речі, уже реалізовано в окремих регіонах, є підписання між журналістами та міським головою угоди про невторчання в редакційну політику видання. Так, 31 січня 2006 р. на Закарпатті підписано угоду про редакційну політику газети «Тячів», яка належить міській раді¹. Подібні угоди² регламентують творчі й виробничі умови праці журналістів, ставлять заслін упередженості з боку посадовців, підвищують відповідальність редакції, зобов'язують її бути об'єктивною у висвітленні подій. Для ефективної роботи засобів масової інформації важливе значення мають питання встановлення дієвих обмежень щодо недопущення монополізації телерадіоорганізацій промислово-фінансовими, політичними та іншими групами чи окремими особами, також необхідно розробити й закріпити на законодавчому рівні систему гарантій захисту телерадіоорганізацій від фінансового й політичного тиску з боку фінансово-політичних груп, органів державної влади та місцевого самоврядування.

На місцевому рівні засоби масової інформації повинні сприяти самоорганізації населення, участі кожного громадянина у вирішенні питань місцевого значення, доводити до населення необхідну інформацію, яка давала б можливість ефективно здійснювати контрольну функцію, а в зворотному напрямі громадську думку. За допомогою засобів масової інформації органи місцевого самоврядування можуть не лише інформувати населення про мету й цінності своєї політики, а й формувати в суспільстві відповідні пріоритети. Тільки широке обговорення при зіткненні різноманітних інтересів може допомогти формуванню досить обґрунтованої громадської думки³.

¹ Угода про редакційну політику газети «Тячів» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://fraza.org.ua/news/31.01.06/19373.html>

² Угода про редакційну політику [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.telekritika.kiev.ua/articles/174/0/6774/>

³ Див.: Штюдemann Д. Громадянське суспільство в Німеччині / Д. Штюдemann // Дзеркало тижня. – 2002. – № 5. – С. 3.

Функціонування засобів масової інформації потребує більш детального правового регулювання. Зокрема, це стосується встановлення форм впливу органів місцевого самоврядування на підвищення дієвості вираження громадської думки з важливих питань розвитку відповідних адміністративно-територіальних одиниць у засобах масової інформації. Спроможність органів місцевого самоврядування реалізовувати комплексні чи галузеві програми значною мірою залежить від громадської підтримки зазначених дій, яка може бути сформована саме засобами масової інформації. Основою вдосконалення структурно-функціональних засад системи засобів масової інформації повинно стати усвідомлення, що право на інформацію і свободу її обміну є, з одного боку, одним із фундаментальних прав і свобод людини, а з другого — одним із головних механізмів, що сприяють реалізації принципів демократії й місцевого самоврядування¹.

Практика показує, що між індексом корупції і свободою слова існує пряма залежність. За уявленнями журналістів, корупційні відносини поширилися й на медійному ринку, чому, на їхню думку, сприяє низька матеріальна забезпеченість працівників засобів масової інформації². Як результат — авторитетна міжнародна організація, якою є Freedom House, що відстежує стан свободи слова в усьому світі, відносить Україну до категорії тих країн, де засоби масової інформації залежні від влади. Основними недоліками інформаційної роботи органів місцевого самоврядування є: а) спонтанний характер інформаційної діяльності; б) відсутність довготривалої стратегії; в) неадекватний стиль подання матеріалів, тобто шаблонність і пафосність у їх викладенні; г) заангажованість інформації, коли подається переважно позитивний матеріал, що не має проблемного характеру; д) недостатня оперативність у поширенні інформації; е) небажання співпрацювати з незалежними («незручними») засобами масової інформації.

Головними проблемами, що виникають у посадових осіб середньої ланки органів місцевого самоврядування під час спілкування з журналістами є: а) неготовність до спілкування, побоювання й упередженість, негативні очікування й нерозуміння мотивів і цілей журналістів, відмова відповідати на запитання журналістів; б) професійна невідповід-

¹ Див.: Бондарь Н. С. Гражданин и публичная власть: Конституционное обеспечение прав и свобод в местном самоуправлении : учеб. пособие / Н. С. Бондарь. – М., 2004. – С. 303.

² Див.: Дяков Ю. Чи готові чиновники до співпраці з журналістами? / Ю. Дяков // Аспекти самоврядування. – 2005. – № 3. – С. 55.

леність, брак навичок безпосереднього спілкування й публічних виступів, надмірне вживання канцеляризмів; в) побоювання допустити витік інформації й зіпсувати відносини з керівником; г) обов'язковість узгодження тексту інтерв'ю чи публікації з вищим керівництвом.

Найбільш закриті теми щодо напрямів діяльності органів місцевого самоврядування є такими: а) нецільове використання бюджетних коштів; б) інформація про те, кому що належить із посадових осіб органів місцевого самоврядування, їх вплив на діяльність підприємницьких структур; в) доходи керівників органів влади чи їх родичів; г) механізм прийняття рішень стосовно володіння, управління й розпорядження комунальною власністю; д) обставини прийняття визначальних для територіальних громад кадрових рішень; е) корупція в органах місцевого самоврядування, правоохоронних органах і судах.

Окрім індивідуальних форм співпраці журналістів із представниками органів місцевого самоврядування сьогодні найбільш поширеними є робота з інформаційними службами владних структур і загальноприйняті форми інформаційної співпраці: прес-конференції, брифінги, прес-релізи тощо. Однак очевидно, що журналісти прагнуть більш прозорих відносин із владою. На думку опитаних, значні перешкоди, що заважають роботі журналістів із чиновниками, чинить влада. Бюрократія з усього робить «канцелярську таємницю», охоплює своїм жорстким контролем канали підготовки, зберігання й поширення інформації, чиновники неохоче беруться коментувати гострі події чи явища. Перешкоджає їй так званий «страх диктофона»: чиновник кволює йде на контакт з журналістом, не хоче ділитися інформацією, неохоче бере відповідальність за надану інформацію. Причинами цього може бути декілька явищ — некомпетентність чиновників (зокрема, внаслідок частих кадрових змін), корумпованість влади, а також недовіра до засобів масової інформації¹.

Прес-служби окремих органів влади не сприймають принципів відкритості й публічності, поваги до громадської думки, а, навпаки, намагаються на основі вибіркового підходу надання пріоритетних умов інформаційної співпраці окремим довіреним журналістам створити, так би мовити, певну «віртуальну реальність», деформований образ власного «я», свого суспільного буття. Інакше кажучи, спостерігається прагнення маніпулювати громадською думкою, з метою послаблення кри-

¹ Див.: Дяков Ю. Чи готові чиновники до співпраці з журналістами? / Ю. Дяков // Аспекти самоврядування. – 2005. – № 3. – С. 55.

тичності громадського сприйняття власної діяльності. А тому питання відкритості-закритості не стають предметом системних політичних зрушень, а залишаються полем суперництва особистих здібностей журналістів, їх здатності пристосуватися до ситуації закритості й дефіциту інформації про діяльність органів влади і самоврядування.

Оцінюючи правову основу взаємодії органів місцевого самоврядування і засобів масової інформації, слід визнати, що вона не гарантує нормальної співпраці журналістів із посадовими особами, для яких існує багато можливостей ухилитися від надання матеріалів. У багатьох випадках журналісти також схильні керуватися не законами, а використовувати інші канали, щоб отримати інформацію. Втім проблеми місцевого самоврядування стали більш системно й послідовно висвітлюватися в засобах масової інформації, хоча невіршеним залишається питання створення такого спеціалізованого друкованого видання, в якому висвітлювалася б діяльність суб'єктів місцевого самоврядування, поширювалися кращі зразки вітчизняного й зарубіжного досвіду в цій сфері.

Підсумовуючи викладене, можемо констатувати: а) преса повинна стати корпоративним середовищем із механізмами саморегулювання, навчитися жити на гроші читача, а не спонсора чи бюджету; б) необхідним є полегшення податкового тягаря з метою створення міцної економічної бази засобів масової інформації, посилення соціального і правового захисту журналістів; в) потребує вдосконалення правове регулювання відповідальності засобів масової інформації та їх працівників за оприлюднення неправдивих матеріалів, порушення прав і свобод особистості, ділової репутації юридичних осіб; г) настав час створити громадські засоби масової інформації, незалежні від владних органів і фінансово-промислових груп; д) засоби масової інформації мають становити окрему самодостатню комерційну галузь із дотриманням принципу прозорості відносин власності в цій сфері.

Неухильне забезпечення принципів свободи слова, висловлювання поглядів, безперешкодного доступу громадян до інформації, політичного плюралізму, недопущення будь-яких рецидивів політичної цензури і перешкоджання професійній діяльності журналістів має бути пріоритетним напрямом інформаційної політики органів місцевого самоврядування.

В. Ковальчук, декан правничого факультету Національного університету «Острозька академія», доцент кафедри державно-правових дисциплін, заслужений працівник освіти України

Органи конституційної юстиції в механізмі легітимації державної влади: зарубіжний та вітчизняний досвід

Подальший демократичний розвиток Української держави неодмінно пов'язаний із зростанням ролі та місця Конституційного Суду України, який має стати реальним захисником народного суверенітету та особистих свобод людини. Питання реформування цього органу конституційного контролю, яке, на нашу думку, є неминучим, обумовлює актуальність зазначеної теми дослідження.

Питання ролі Конституційного Суду України в розвитку держави та суспільства неодноразово висвітлювалося на сторінках наукових видань. Детальний аналіз ця проблема знайшла у працях таких авторитетних учених, як: В. Тацій, Ю. Тодика, В. Тимченко, В. Тихий, О. Скрипнюк, В. Селіванов, Ю. Барабаш, М. Козюбра, М. Костицький, В. Шаповал та ін. Разом з тим одна з ключових функцій органів конституційної юстиції, яка пов'язана з легітимацією публічної влади, не знайшла достатнього висвітлення в науковій літературі.

Завдання цього дослідження полягає у з'ясуванні ролі та місця Конституційного Суду України в механізмі легітимації вищих органів державної влади та наданні практичних рекомендацій щодо удосконалення цього механізму.

Легітимація — складний соціальний процес, у результаті якого державна влада набуває своєї легітимності, тобто визнання народом того, що вона відповідає принципам справедливості, законності та доцільності. Легітимація перш за все пов'язана з народним волевиявленням і, зокрема, з такою формою його прояву, як вибори. Втім останні не можуть служити єдиним способом здійснення легітимації. Демократичні вибори лише забезпечують делегування народом своїх повноважень окремим органам держави у легітимний спосіб, проте вони не гарантують, що в процесі здійснення цих делегованих повноважень той чи інший орган держави чи влади в цілому будуть зберігати свою легітимність.

Криза представницької демократії, яку можна було неодноразово спостерігати в розвинутих західноєвропейських країнах і яка особливо гостро відчувається сьогодні в державах пострадянського простору (враховуючи і Україну), була і є зумовленою відсутністю достатнього контролю за публічною владою. Тому запорукою легітимності є контроль за владою як з боку громадянського суспільства, так і з боку спеціального органу держави, який стежить за дотриманням конституції, не дозволяючи порушень політичних та особистих свобод громадян.

У сучасних конституційних демократіях існує чіткий правовий механізм легітимації влади, в якому поряд із безпосереднім народо-владдям важливе місце належить органам конституційного контролю. Цю функцію можуть здійснювати як суди загальної юрисдикції на чолі з верховним судом, так і конституційні суди. В окремих випадках відповідні повноваження можуть бути покладені і на інші — несудові органи. Вперше в Європі конституційний суд як орган конституційного контролю був запроваджений у систему судової влади у 1920 р. в Австрії. Створення конституційного суду стало втіленням в життя ідеї відомого австрійського теоретика права Г. Кельзена. У зв'язку з цим така модель організації конституційного контролю дістала назву «австрійської», або «кельзенівської».

Поширення такої моделі конституційного контролю характерне для країн Європи, які пережили періоди тоталітаризму й авторитаризму та перейшли на шлях демократії. Після Другої світової війни вона була запроваджена в Основному Законі ФРН від 23 травня 1949 р., Конституції Італійської Республіки від 22 грудня 1947 р., після ліквідації авторитарного режиму на Піренеях — Конституції Іспанії від 29 грудня 1978 р., Конституції Португальської Республіки від 2 квітня 1976 р., законами про зміни до Конституції чи Конституціями в державах, які з'явилися на пострадянському просторі в період з 1989 до 1997 р. Конституційний Суд України розпочав свою діяльність після прийняття Конституції України від 28 червня 1996 р. та Закону України «Про Конституційний Суд України» від 16 жовтня 1996 р. Соціологічні дослідження підтверджують, що конституційні суди мали і мають загалом серйозну народну підтримку і їх зараховують до найбільш легітимних демократичних інститутів¹.

¹ Див.: Розанвалон П'єр. Демократична легітимність. Безсторонність, рефлексивність, наближеність / П'єр Розанвалон ; пер. з фр. Євгена Маричева. — К., 2009. — С. 167.

За останні тридцять років роль конституційних судів значно зросла, особливо в тих державах, де зменшувалася легітимність парламентів та партійних систем. Такий процес був зумовлений тим, що конституційні суди стали реальним охоронцем конституції. Змінилася сама концепція ролі конституційної юстиції в житті суспільства та держави. Так, із органу, який був покликаний здійснювати виключно формально-юридичну функцію, а саме забезпечувати верховенство конституції і утверджувати ієрархію правових норм на чолі з конституцією як «основоположною нормою» (таке позитивістське розуміння конституційного контролю було притаманне Г. Кельзену), він перетворився в орган, призначенням якого стало забезпечення функціонування нової ціннісно-орієнтованої парадигми права, головна мета якої полягає в забезпеченні свободи особи як головної передумови ефективної діяльності держави.

Роль органів конституційного правосуддя в сучасних демократіях зросла через те, що вони стали тією реальною силою, яка здатна захистити суверенні права народу, закріплені в конституції, від посягань органів державної влади, зокрема представницьких органів, які намагаються монополізувати це право. Не випадково екс-голова Верховного Суду США Дж. Маршал доводив необхідність конституційного контролю за актами парламенту, мотивуючи це тим, що воля народу, виражена в конституції, має вищий характер, і саме ця воля встановлює певні межі, які жоден орган не може переступати. Саме для захисту цієї волі необхідне здійснення судового контролю з боку судових установ¹. Отже, не випадковим є те, що Федеральний Конституційний Суд Німеччини свої рішення проголошує від «імені народу».

У механізмі легітимації державної влади конституційні суди виконують роль посередника між народом та владою, який, з одного боку, захищає право народу на його волевиявлення, що реалізовується перш за все через вибори та референдуми, а з другого — здійснює контроль за легітимністю актів органів державної влади. Саме так визначив роль судів, які займаються конституційними питаннями, О. Гамільтон, коли вказував на обов'язковий характер рішень таких судів для інших гілок влади. Вони наділяються такою владою тому, що тлумачать норми вищого рівня як посередники між народом та законодавством².

¹ Конституционный контроль в зарубежных странах. — М., 2007. — С. 101.

² Див.: Федералист. Политические эссе А. Гамильтона, Дж. Медисона и Дж. Джея / под общ. ред., с предисл. Н. Н. Яковлева, коммент. О. Л. Степановой : пер. с англ. — М., 1994. — С. 505.

Сьогодні значно розширилися межі предметної компетенції конституційних судів. Серед повноважень органів конституційної юрисдикції, що безпосередньо стосуються питання легітимації, слід виділити такі, як: забезпечення конституційності в процесі волевиявлення громадян на виборах та референдумах; здійснення конституційного контролю за дотриманням прав та свобод людини; гарантування конституційних прав меншості та ін.

Більш детальне дослідження визначених повноважень органів конституційної юрисдикції у розрізі зарубіжного та вітчизняного досвіду надасть змогу чітко визначити місце й роль таких органів у механізмі легітимації.

У конституціях країн світу органами конституційної юрисдикції прямо чи опосередковано здійснюється контроль за основними формами безпосередньої демократії — виборами та референдумом. Повноваження цих органів у різних країнах неоднакові. Найбільш типовим, обов'язковим повноваженням органів конституційної юрисдикції відповідно до конституцій є прийняття рішення про конституційність/неконституційність нормативного акта про призначення або проголошення виборів та референдумів. У більшості європейських країн конституційними нормами визначено коло суб'єктів конституційного подання, які можуть звернутися до суду на предмет конституційності рішення про проведення виборів та референдумів. У багатьох країнах ці норми закріплені безпосередньо в Основному Законі¹, зокрема у конституціях Албанії та Словаччини.

В Україні це питання регулюється Законом України «Про Конституційний Суд України». Зокрема, у гл. 11 цього Закону «Особливості провадження у справах щодо конституційності актів про призначення виборів, всеукраїнського референдуму чи місцевого референдуму в Автономній Республіці Крим» встановлено терміни конституційного подання (ст. 78), предмет розгляду (ст. 79), коло осіб, яких Конституційний Суд може залучити до участі у розгляді справи (ст. 80), та вимоги до резолютивної частини рішення (ст. 81). Конституційний Суд України у своїй діяльності неодноразово звертався до проблеми безпосереднього народовладдя, в результаті чого було прийнято кілька десятків рішень та висновків Суду, які прямо чи опосередковано стосуються виборів та референдумів.

¹ Див.: Дерев'яно С. Проблеми забезпечення конституційного контролю за референдумами за конституціями світу: порівняльно-правовий аналіз / С. Дерев'яно // Вісн. Конституц. Суду України. — 2009. — № 2. — С. 95.

Визначаючи повноваження Конституційного Суду України встановлювати конституційність призначення виборів та референдуму, закон фактично обмежує повноваження Суду у сфері конституційного контролю за виборами та референдумами, тим самим створює перешкоди у реалізації легітимуючої функції Конституційного Суду.

Досвід європейських конституційних судів свідчить про те, що органи конституційної юстиції є обов'язковими суб'єктами виборчих та референдних правовідносин. Так, ст. 25 Конституції Республіки Хорватія передбачено, що Конституційний Суд Республіки Хорватія «здійснює нагляд за конституційністю і законністю виборів та республіканських референдумів і розв'язує ті спори стосовно виборів, які не підпадають під юрисдикцію судів»¹. Конституційний Суд Республіки Молдова «підтверджує результати республіканських референдумів, виборів до Парламенту та Президента». Подібні норми містяться в конституціях Азербайджану, Албанії, Греції, Румунії.

Особливими повноваженнями в питанні безпосереднього народо-владдя наділена Конституційна рада Франції. Відповідно до статей 58–60 Конституції Франції, вона «стежить за правильністю» обрання Президента Республіки, депутатів, сенаторів та проведення референдуму, а також оголошує їх результати². При цьому цей орган наділений правом приймати і оголошувати рішення про анулювання результатів виборів. Останнє повноваження не стосується референдумів, які мають у Франції вищу юридичну силу.

На відміну від Конституції Франції до компетенції органів конституційної юрисдикції низки країн належить вирішення спорів щодо результатів референдумів. Так, за Конституцією Словацької Республіки «Конституційний Суд розглядає заперечення щодо результатів референдуму»³. Скарги, пов'язані з результатами референдуму, вирішують також Конституційні Суди Республік Вірменія, Грузія, Казахстан, Чорногорія.

В Україні розгляд спорів щодо виборів та референдумів з 1 вересня 2005 р. віднесено до компетенції адміністративних судів (п. 5 ч. 1 ст. 17 КАС України)⁴. Справи ж щодо встановлення Центральною виборчою

¹ Конституція Республіки Хорватія // Конституції нових держав Європи та Азії / упоряд. С. Головатий. — К., 1996. — С. 399.

² Конституція Французької Республіки // Конституції зарубіжних держав : учеб. пособие. — 2-е изд., исправ. и доп. — М., 1997. — С. 124.

³ Конституція Словацької Республіки // Конституції нових держав Європи та Азії / упоряд. С. Головатий. — К., 1996. — С. 477.

⁴ Кодекс адміністративного судочинства України // Відом. Верхов. Ради України. — 2005. — № 35–37. — С. 1358.

комісією результатів виборів або всеукраїнського референдуму підвідомчі Вищому адміністративному суду України як суду першої і останньої інстанції (п. 1 ч. 4 ст. 18 КАС України). Така правова регламентація та судова практика, що склалася в Україні, загалом не повністю забезпечують потреби судового контролю за виборчими і референдними процесами. На наш погляд, наявна процедура розгляду спорів щодо встановлення Центральною виборчою комісією результатів виборів або всеукраїнського референдуму потребує змін, зокрема надання повноваження Конституційному Суду України переглядати рішення Вищого адміністративного суду як суду останньої інстанції. Тому доцільно було б доповнити ст. 150 Конституції України та гл. 11 Закону України «Про Конституційний Суд України» повноваженням щодо здійснення контролю Конституційного Суду за проведенням виборів та референдумів, а також за остаточним встановленням їх результатів.

Разом з тим у контексті здійснення конституційного контролю в Україні за волевиявленням громадян на виборах та референдумах доцільно було б до Конституції України внести норму про здійснення обов'язкового попереднього встановлення конституційності чітко визначеного переліку законів. Серед цього переліку варто передбачити закони, якими регулюються організація і порядок проведення виборів та референдумів. У законодавстві України необхідно також встановити мораторій на внесення змін та доповнень до цих нормативних актів за певний термін до проведення виборів та референдумів (наприклад, за півроку до виборів Президента чи народних депутатів зміни до законодавства не вносяться).

Внесення відповідних законодавчих змін із урахуванням досвіду зарубіжних держав дало б змогу ліквідувати певні прогалини контролю за виборчими та референдними правовідносинами, зосередивши контрольні функції в єдиному органі конституційної юрисдикції — Конституційному Суді України. Це посилює б легітимуючу функцію суду.

Протягом трьох останніх десятиліть європейська конституційна юстиція була спрямована на реальний захист прав та свобод людини, що сприяло зростанню довіри до цього органу серед громадян. Таку діяльність справедливо характеризують як конституційний контроль за реалізацією прав і свобод.

Процес інтеграції України з Європою неминує пов'язаний із врахуванням досвіду зарубіжних країн щодо включення у правову систе-

му такого важливого елемента, як конституційна скарга. На думку багатьох вітчизняних науковців, держава повинна надати людині можливість дбати про захист основних прав та свобод самостійно, коли вона сама усвідомить відповідну потребу. Громадяни не можуть чекати від Президента чи Уряду, коли вони знайдуть можливість підтримати їх індивідуальну чи колективну скаргу щодо порушення прав людини чинним законодавством. Громадяни мають розраховувати лише на себе¹.

На наш погляд, реальні підстави запровадження інституту конституційної скарги в Україні існують. Конституцією України гарантується відповідно до ч. 2 ст. 8 звернення до суду для захисту конституційних прав і свобод людини. Доступ до судового захисту, закріплений у Основному Законі, дозволяє громадянам використовувати юрисдикцію судів, яка поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі (ч. 2 ст. 124 Конституції України), тому вільний доступ до правосуддя в Україні повинен передбачати і вільний доступ до конституційного правосуддя.

Найявне сьогодні в Україні право особи на звернення до Конституційного Суду певною мірою компенсує інститут конституційної скарги², але не може вважатися повноцінним інструментом конституційного захисту прав та свобод людини. Першою причиною цього є те, що предмет конституційного звернення, передбачений ст. 42 Закону України «Про Конституційний Суд України», полягає в тому, що Суд офіційно тлумачить Конституцію та закони України з метою забезпечення реалізації чи захисту конституційних прав та свобод людини та громадянина, а відтак лише опосередковано захищає права особи. Очевидно, що виходячи із вище зазначеного інституту конституційної скарги, Конституційний Суд повинен мати обов'язок захисту прав особи шляхом визнання неконституційними актів, якими було порушено права та свободи. Причиною низької ефективності інституту конституційного звернення є недосконалість та складність процедури, відповідно до якої відбувається подання та розгляд такого звернення. Це підтверджується практикою розгляду справ про захист порушених прав та свобод за конституційним зверненням громадян. За весь період діяльності

¹ Див.: Селіванов А. О. Конституція. Громадянин. Суд. Професійні та суспільні погляди / А. О. Селіванов. — К., 2009. — С. 205.

² Див.: Козюбра М. Попередній конституційний контроль і захист прав людини / М. Козюбра // Вісн. Конституц. Суду України. — 2001. — № 2. — С. 54.

Конституційного Суду України станом на 2008 р. ним було розглянуто лише 16 справ за конституційним зверненням громадян¹.

Виходячи з цього, доцільно було б у Конституції України та Законі України «Про Конституційний Суд України» передбачити норму, яка б надала можливість будь-якій людині, яка вважає, що її конституційні права порушено публічною владою, подати скаргу до Конституційного Суду України стосовно питання про відповідність Конституції закону чи іншого нормативного акта, на основі якого суд чи орган публічної влади прийняв остаточне рішення про її права та свободи чи про її обов'язки, визначені в Конституції. Важливо, що предметом конституційної скарги мають бути не лише закони, а й підзаконні нормативно-правові акти, що значно розширить можливості суду в питанні захисту прав і свобод людини². При складанні конституційної скарги необхідно: по-перше, взяти до уваги, що ця скарга має стати останнім засобом захисту прав людини, тому, перш ніж звертатися до Конституційного Суду, необхідно використати всі можливі судові засоби правового захисту, передбачені законодавством України. По-друге, конституційна скарга повинна стосуватися виключно визначеного переліку прав, закріплених Конституцією України (пріоритет у цьому переліку повинні мати особисті та політичні права). По-третє, з метою недопущення перевантаження роботою Конституційного Суду повинні існувати обмеження щодо порядку подання конституційної скарги: встановлення термінів оскарження, встановлення форми скарги тощо.

Оскільки основним покликанням Конституційного Суду України є захист суверенної волі українського народу, то, як уже зазначалося, він має стати останньою інстанцією щодо встановлення остаточних результатів виборів та референдуму, необхідно передбачити як індивідуальну, так і колективну скаргу громадян щодо порушення їхнього права під час здійснення народного волевиявлення. Фактично Конституційний Суд мав би стати тим органом, який у період надзвичайної ситуації, що існувала в грудні 2004 р., повинен взяти на себе відповідальність щодо прийняття остаточного рішення в інтересах українського народу.

¹ Див.: Стрижак А. Конституційний Суд України в системі органів державної влади України / А. Стрижак // Конституційний Суд у системі органів державної влади: актуальні проблеми та шляхи вирішення : матеріали міжнар. конф., м. Київ, 16 трав. 2008 р. / Конституц. Суд України ; упоряд. К. О. Пігнаста [та ін.]. — К., 2008. — С. 9.

² Див.: Селіванов А. О. Конституція. Громадянин. Суд. Професійні та суспільні погляди / А. О. Селіванов. — К., 2009. — С. 207, 271; Ткачук П. Конституційний Суд України: теоретико-правові питання діяльності / П. Ткачук // Вісн. Конституц. Суду України. — 2006. — № 4. — С. 26–28.

Важливого значення набуває зарубіжний досвід діяльності органів конституційної юстиції у сфері захисту прав парламентської меншості.

В окремих країнах конституційний суд здійснює захист парламентської меншості, даючи їй можливість звернутися до суду з оскарженням рішення більшості до моменту набуття чинності законодавчого акта (промульгації). Як вказує А. Шайо, «конституційний суд є свого роду новою культурою конституціоналізму, такою культурою, яку не відображають конституції з їх демократичними приписами щодо панування більшості»¹.

Згідно з внесеними в 1974 р. змінами до Конституції Франції, кваліфікована парламентська меншість (шістдесят депутатів або шістдесят сенаторів) отримали можливість подавати запит до Конституційної ради щодо відповідності законів Конституції. Після цього кількість звернень до Конституційної ради зросла вдвіть. Конституційна рада стала основною зброєю опозиції, даючи можливість парламентській меншості проводити додаткові обговорення².

Відповідно до ст. 150 Конституції України 45 народних депутатів України можуть звертатися до Конституційного Суду з приводу вирішення питання про конституційність законів та інших правових актів Верховної Ради України, актів Президента України, актів Кабінету Міністрів України та правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим. Однак розгляд питання про конституційність указаних актів був би більш ефективним саме до набрання ними чинності, що дозволило б меншості провести конструктивний діалог із врахуванням суспільної думки щодо змісту майбутнього закону, а відтак, і його легітимності.

У контексті захисту прав меншості важливим є питання здійснення органами конституційної юстиції контролю за діяльністю політичних партій. В умовах політичної структуризації суспільства і багатопартійності Конституційний Суд України повинен стати гарантом політичної стабільності та політичного плюралізму. На нашу думку, контроль Конституційного Суду України за діяльністю політичних партій мав би стати новелою вітчизняного законодавства, яка б наблизила правовий механізм легітимації влади до стандартів європейської демократії.

¹ Шайо А. Самоограничение власти (краткий курс конституционализма) / А. Шайо : пер. с венг. — М., 2001. — С. 244.

² Див.: Розанвалон П'єр. Демократична легітимність. Безсторонність, рефлексивність, наближеність / П'єр Розанвалон ; пер. з фр. Євгена Марічева. — К., 2009. — С. 175.

Рівень легітимності органів конституційного правосуддя прямо пропорційно залежить від рівня об'єктивності та політичної незаангажованості суддів, які приймають рішення в умовах конфлікту між гілками влади. Незалежність суду веде, як наслідок, до кращого сприйняття його позиції у суспільстві.

Легітимність Конституційного Суду України залежить від існування механізму формування суддівського корпусу Суду та від наділення гарантіями, якими будуть володіти судді під час прийняття важливих для суспільства та держави рішень. Сьогодні триває дискусія з приводу процедури призначення суддів Конституційного Суду України¹. На нашу думку, при процедурі призначення суддів органу конституційної юстиції мають бути поєднані принцип призначення за морально-професійними якостями та принцип виборності.

По-перше, згідно з досвідом зарубіжних країн (Литви, Польщі, Болгарії), до кандидатів на посаду суддів Конституційного Суду повинні встановлюватися вимоги щодо високих моральних якостей².

По-друге, суддями Конституційного Суду повинні призначатися особи за професійними якостями, тобто провідні вчені в галузі теорії держави і права чи професійні судді, які мають не менше 15 років досвіду роботи у вищих судових інстанціях України (передусім судді Верховного Суду та Вищого адміністративного суду України). Практика призначення суддів саме за професійною ознакою закріплена нормами конституцій таких країн, як Словенія³, Італія⁴, Іспанія⁵.

¹ Див.: Бахолдина М. Как отделить политику от судей? / М. Бахолдина // Юрид. практика. — 2008. — № 11. — С. 21; Міщенко С. Законодавчі гарантії незалежності суддів Конституційного Суду України / С. Міщенко // Конституційний Суд у системі органів державної влади: актуальні проблеми та шляхи вирішення : матеріали міжнар. конф., м. Київ, 16 трав. 2008 р. / Конституц. Суд України ; упоряд. К. О. Пігнаста [та ін.]. — К., 2008. — С. 120–122; Колісник В. Теоретико-правові аспекти подальшого вдосконалення статусу Конституційного Суду України / В. Колісник // Конституційний Суд у системі органів державної влади: актуальні проблеми та шляхи вирішення : матеріали міжнар. конф., м. Київ, 16 трав. 2008 р. / Конституц. Суд України ; упоряд. К. О. Пігнаста [та ін.]. — К., 2008. — С. 86–91.

² Конституція Литовської Республіки // Конституції нових держав Європи та Азії / упоряд. С. Головатий. — К., 1996. — С. 74.

³ Конституція Республіки Словенія // Конституції нових держав Європи та Азії / упоряд. С. Головатий. — К., 1996. — С. 304.

⁴ Конституція Італійської Республіки // Конституції зарубіжних держав : учеб. пособие. — 2-е изд., исправ. и доп. — М., 1997. — С. 243–282.

⁵ Конституція Королівства Іспанії // Конституції зарубіжних держав : учеб. пособие. — 2-е изд., исправ. и доп. — М., 1997. — С. 345.

По-третє, потребує нормативного регулювання питання відбору кандидатів на посаду суддів Конституційного Суду України. Законодавство має передбачити участь широкої громадськості у висуненні претендентів на призначення. Саме представники громадянського суспільства можуть бути цензором морально-етичних якостей кандидата на посаду судді Конституційного Суду України. Первісна ініціатива висунення кандидатів для призначення їх за квотою Верховною Радою та Президентом України повинна виходити від вищих навчальних закладів, що займаються підготовкою фахівців у галузі права, правозахисних громадських організацій, професійних об'єднань юристів, а також з'їздом суддів України, як це передбачено Конституцією. Подальша процедура проміжного добору кандидатів на посаду суддів Конституційного Суду може визначатися тим органом, що здійснює призначення, однак має бути чітко нормативно врегульована. Зазначені вимоги спрямовані на максимальну деполітизацію процесу висунення кандидатів у судді, що означає, насамперед, відмову від негативної практики призначення суддів на основі партійної квоти.

Основною гарантією легітимного статусу судді Конституційного Суду є забезпечення його незалежності в процесі здійснення конституційного контролю. Така незалежність визначається, перш за все, недоторканністю та незмінністю судді, про що власне зазначається у Конституції Іспанії¹. Існуючий порядок припинення повноважень судді Конституційного Суду України Президентом та Верховною Радою України та призначення суддів Конституційного Суду заперечує незалежний статус судді, та змушує його у процесі своєї діяльності враховувати позицію органу, що його призначив. За таких умов Суд не може залишатись об'єктивним та неупередженим у своїх рішеннях, що неминуче призведе до втрати його легітимного статусу. У зв'язку з цим необхідно було б виключити із законодавства України будь-які можливості дострокового припинення повноважень суддів, окрім одного: рішення самого Конституційного Суду кваліфікованою більшістю у кількості 2/3 голосів усіх суддів з підстав втрати поваги або довіри та явної демонстрації власної політичної позиції в процесі виконання своїх професійних обов'язків.

Таким чином, органи конституційної юстиції, в тому числі Конституційний Суд України, займають важливе місце у механізмі легітимації державної влади, оскільки вони покликані захищати закріплені

¹ Конституция Королевства Испании // Конституции зарубежных государств : учеб. пособие. — 2-е изд., исправ. и доп. — М., 1997. — С. 345.

конституцією суверенні права народу від протиправних дій та рішень органів публічної влади і здійснювати тим самим легітимуючу функцію. Конституційний Суд України виступає охоронцем Конституції, що за своєю природою є суспільним договором, в якому, з одного боку, визначені основні права людини, а з другого — межі повноважень держави. З метою такої демократичної легітимації Конституційний Суд має володіти певними повноваженнями, які на сьогодні закріплені в конституціях розвинутих європейських держав.

1. При забезпеченні конституційності в процесі волевиявлення громадян на виборах та референдумах єдиний суд конституційної юрисдикції повинен здійснювати контроль не лише за призначенням, а й за процесом встановлення результатів виборів та референдуму.

2. У сфері здійснення конституційного контролю за дотриманням прав та свобод людини варто запровадити інститут конституційної скарги, за допомогою якого особи могли б отримати можливість оскаржити у Конституційному Суді, як суді останньої інстанції, конституційність законів та інших нормативно-правових актів, якими порушено їхні права та свободи.

3. Із метою захисту прав парламентської меншості необхідно передбачити процедуру попереднього конституційного контролю за законодавством, а також запровадити конституційний контроль за діяльністю політичних партій.

Передумовами таких змін у правовому статусі Конституційного Суду України повинні стати, по-перше, удосконалення процедури формування цього органу, по-друге, чітке закріплення гарантії незалежності суддів у своїй професійній діяльності.

Саме впровадження висловлених пропозицій надає суттєві перспективи перетворення вітчизняного органу конституційної юрисдикції у реальний механізм захисту народного суверенітету та прав людини і легітимації публічної влади. Разом з тим слід врахувати, що такі перетворення можливі за наявності кількох чинників: по-перше, досягнення достатнього рівня правової культури громадянського суспільства, яке було б свідоме необхідності делегування таких повноважень органу конституційної юстиції; по-друге, зрілість політичної еліти, яка б розглядала цей орган не як інститут реалізації власних політичних інтересів, а як дієвий механізм демократичної легітимації; по-третє, судді Конституційного Суду України мають бути готовими брати на себе відповідальність приймати важливі державні рішення, виходячи з інтересів українського народу.

УДК 340.12: 352.071

А. Онупрієнко, кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник НДІ державного будівництва та місцевого самоврядування АПрН України

Правове регулювання функціонування місцевої влади: світовий і вітчизняний досвід

Сьогодні очевидним стає те, що система місцевих органів влади має бути відроджена на новій основі та стати одним із фундаментальних принципів будівництва вітчизняних інститутів демократії. Ефективне функціонування місцевої влади у будь-якій країні неможливе за відсутності правового забезпечення умов відповідної діяльності місцевих органів влади.

Проблемі правового регулювання присвятили свої дослідження С. С. Алексєєв, М. І. Байтін, В. М. Горшеньов, В. В. Копейчиков, В. В. Лазарєв, А. В. Малько, М. М. Марченко, Н. І. Матузов, О. В. Петришин, О. Ф. Скакун та деякі інші науковці. Більш предметно питання правового регулювання функціонування місцевих органів влади знайшли відображення у наукових розробках українських та російських державознавців, серед яких праці О. М. Баймуратова, В. І. Борденюка, М. П. Воронова, В. Б. Євдокимова, В. М. Кампо, П. М. Любченка, О. В. Прієшкіної, Я. Ю. Старцева, В. Є. Чиркіна, К.Ф. Шеремета та ін. Разом з тим, незважаючи на наявність уваги з боку вчених до названого питання, будь-яка визначеність щодо правового регулювання місцевої влади, в тому числі з причин суперечливості й мінливості законодавства, поки що відсутня, що, безумовно, актуалізує обраний аспект даної проблематики. Саме цією обставиною й зумовлюється мета даної статті: аналіз правового регулювання функціонування місцевої влади, вивчення світового та вітчизняного досвіду.

У юридичній літературі зустрічаються різні визначення правового регулювання (регулювання, здійснюваного позитивним правом)¹. Однак принципових відмінностей між цими визначеннями немає. Усі вони

¹ Див. наприклад: *Общая теория государства и права* : акад. курс : в 3 т. / отв. ред. М. Н. Марченко. – 2-е изд., перераб. и доп. – М., 2001. – Т. 2. – С. 493; *Теория государства и права* : курс лекций / под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. – 2-е изд., перераб. и доп. – М., 2001. – С. 724; *Общая теория права и государства* : учебник / под ред. В. В. Лазарева. – 3-е изд., перераб. и доп. – М., 1999. – С. 140, 145; *Загальна теорія держави і права* / за ред. В. В. Копейчикова. – К., 1997. – С. 217, 218.

акцентують увагу на тому, що правове регулювання — це здійснюваний за допомогою права та всієї сукупності правових засобів юридичний вплив на суспільні відносини¹, що має своєю метою упорядкування цих відносин.

Система правових актів, які встановлюють організацію місцевих органів влади, структурована в різних країнах по-різному. Найбільш істотні відмінності, як зазначають В. Б. Євдокимов і Я. Ю. Старцев, пов'язані з належністю правової системи країни до певної правової сім'ї². Втім останнім часом можна помітити тенденції до зближення різних правових систем, зокрема в питаннях організації і діяльності місцевих влад.

В Європі інтегруючу роль виконує *Європейська хартія місцевого самоврядування*, ратифікована більшістю європейських країн, з 1988 р. підписання Хартії є обов'язковою умовою вступу до Ради Європи. Крім Хартії, окремі питання діяльності місцевих органів влади можуть регулюватися й іншими міжнародно-правовими актами, наприклад Європейською хартією прав людини. Конгрес місцевих і регіональних влад Європи розробляє Європейську хартію регіонального самоврядування³, що буде потім запропонована на затвердження Раді Європи і відкрита для підписання країнам, які входять до її складу.

Питання організації і діяльності місцевих органів влади регулюються *конституціями*, які у різному обсязі регламентують організацію місцевих органів влади. Так, у країнах із федеративним політико-територіальним устроєм національні конституції можуть регламентувати організацію і діяльність органів місцевої влади досить детально (Австрія, Мексика, Бразилія), лише згадувати про них у стислих і лаконічних формулюваннях (Німеччина), взагалі не торкатися цього питання, залишаючи правове регулювання місцевих органів виключно на розсуд суб'єктів федерації (Австралія, США, Швейцарія)⁴. Але, як

¹ Див.: Алексеев С. С. Механизм правового регулирования в социалистическом государстве / С. С. Алексеев. – М., 1966. – С. 5; Загальна теорія держави і права : підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. / за ред. М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченка, О. В. Петришина. – Х., 2002. – Гл. XVIII. § 2. – С. 256, 257.

² Евдокимов, В. Б. Местные органы власти зарубежных стран: правовые аспекты / В. Б. Евдокимов, Я. Ю. Старцев. – М., 2001. – С. 15.

³ Див.: Європейська Хартія регіонального самоврядування [Електронний ресурс] : Проект від 5 черв. 1997 р. – Режим доступу: <http://www.municipal.gov.ua/fond/default.asp?cid=213>. – Заголовок з екрану.

⁴ Див.: Черкасов А. И. Сравнительное местное управление: теория и практика / А. И. Черкасов. – М., 1998. – С. 38–47; Евдокимов В. Б. Местные органы власти зарубежных стран: правовые аспекты / В. Б. Евдокимов, Я. Ю. Старцев. – М., 2001. – С. 16, 89–115, 117, 163–183.

правило, національні конституції федеративних країн регулюють лише основні принципи діяльності місцевих органів влади, покладаючи в основному правове регулювання на суб'єктів федерації (Німеччина, Канада, Російська Федерація).

В унітарних державах обсяг конституційного регулювання також різний. У конституціях ряду унітарних держав органам місцевої влади відведені спеціальні розділи і глави про порядок їх формування і діяльності, наприклад, у Конституції Італії (глава V), Японії (глава VIII), Нідерландів (глава IV). Розділи, присвячені місцевому управлінню, містяться й у конституціях Болгарії (глава VII), Угорщини (розділ IX), Польщі (розділ VII)¹.

Англосаксонські країни віддають перевагу *окремим законам та іншим актам*, присвяченим регулюванню певного аспекту діяльності органів місцевої влади. У результаті загальний статус місцевих органів формується на основі багатьох рівнозначних нормативних актів, один з яких може регулювати деякі повноваження, інший — окремі питання фінансового забезпечення або організаційних структур тощо (ряд законів про місцеве управління в Великій Британії, наприклад, Закони про місцеве управління 1985, 1998, 1999, 2000 рр. та ін.). Останнім десятиліттям багато англосаксонських країн прагнуть також кодифікувати своє муніципальне право (Ірландія, ряд штатів США)², однак вони ще далекі від того, щоб остаточно перейти від характерних для англосаксонського права консолідованих актів до дійсних кодексів французького зразка.

Крім загальних актів, діяльності місцевих органів безпосередньо стосуються також і *закони, що належать до інших галузей права* (адміністративного, фінансового та ін.), наприклад, закони про комунальні податки 1928 і 1965 рр. у Швеції, житловий закон 1985 р. у Великій Британії.

Практично в усіх країнах окремі аспекти діяльності місцевих органів можуть регулюватися й *підзаконними актами*: міністерськими циркулярами, постановами, розпорядженнями тощо. Залежно від конкретної ситуації такі акти можуть мати як обов'язковий, так і рекомендаційний характер.

Певну специфіку має правове регулювання місцевого управління в ряді англосаксонських країн. Так, важливим елементом правового статусу місцевих органів влади в США є *муніципальні хартії*, що іс-

¹ Див.: Конституції нових держав Європи та Азії. – К., 1996. – 544 с.

² Див.: Евдокимов В. Б. Местные органы власти зарубежных стран: правовые аспекты / В. Б. Евдокимов, Я. Ю. Старцев. – М., 2001. – С. 18.

нують у більшості муніципалітетів країни. У Великій Британії та в деяких інших англосаксонських країнах поряд із загальнонормативними законами приймаються й так звані «місцеві» або «приватні» парламентські акти (Local Acts), кожний з яких адресовано якому-небудь конкретному муніципалітету. Подібні акти, як правило, приймаються з ініціативи самого муніципалітету.

Слід зазначити й важливу роль *судової практики* у визначенні прав і статусних характеристик місцевих органів влади в США, Великій Британії та інших країнах загального права. Сучасні країни англосаксонського права еволюціонують у бік визнання більшої ролі закону як джерела права. У жодному разі не слід недооцінювати роль судових рішень у правовому регулюванні діяльності місцевих органів, але закон дедалі частіше стає основним джерелом права в цій галузі.

Нарешті, багато питань внутрішньої організації діяльності місцеві органи вирішують самостійно шляхом видання власних правових актів.

Якщо ж розглядати питання щодо правового регулювання відносно державного устою, то в *унітарних державах* (Італія, Японія, Нідерланди, Угорщина, Румунія, Болгарія, Польща та ін.) правове положення місцевого управління визначається, як правило, центральною владою. Основи закріплюються в конституціях. Навіть постсоціалістичні держави, які раніше відмовлялися від принципів незалежності місцевих органів, конституційно визнали ідею місцевого самоуправління. Лише Конституція Румунії не вживає терміна «місцеве самоврядування», замінивши його поняттям «місцева автономія». Як правило, у кожній країні приймається спеціальне законодавство, присвячене організації місцевого самоврядування. Воно доповнюється численними договорами центральної адміністрації з місцевою владою, а часом також актами делегованого і регламентарного законодавства. У *федеративних державах* (Німеччина, Канада, Росія, США) визначення статусу органів місцевого самоврядування нерідко належить до виняткової компетенції суб'єктів федерації. Так, у США це положення було сформульовано ще в 1868 р. У деяких федеративних державах централістські начала дуже сильні, і федерація сама встановлює основи організації й діяльності органів місцевого самоврядування. Наприклад, у конституції Австрії докладно регулюються структура органів місцевого управління і повноваження окремих посадових осіб. Однак детальна регламентація управління на місцях центральною владою все-таки більш характерна для федеративних держав Латинської Америки й Азії¹.

¹ Див.: Административное право зарубежных стран : учебник / под ред. А. Н. Козырина и М. А. Шатиной. – М., 2003. – С. 77, 78.

У будь-якому разі практично в усіх країнах із розвинутим демократичним устроєм розділ, присвячений місцевому самоврядуванню, закріплений як у конституції, так і у поточному законодавстві.

Приступаючи до розгляду *правового статусу органів місцевої влади в Україні*, необхідно зазначити наявність різних видів нормативно-правових актів, що мають свої особливості, певну ієрархію, яка визначає різний ступінь регулюючого впливу на діяльність цих органів.

І. Перше місце посідає *Конституція*, що має силу прямої дії, одним з основних питань якої є визначення структури влади (в системі поділу влади), системи органів державної влади і місцевого самоврядування, регулювання їх взаємовідносин, порядок формування, функції, компетенції. Повноваження місцевих органів виконавчої влади закріплені у розділі VI «Кабінет Міністрів України. Інші органи виконавчої влади» (статті 113–120). Місцевому самоврядуванню присвячений спеціальний розділ XI Конституції (статті 140–146)¹. Конституція України вивела місцеве самоврядування на рівень одного з провідних інститутів громадянського суспільства, характеризуючи його як елемент конституційного ладу, системи народовладдя і конституційного статусу особистості в Україні.

Особливе місце в системі законодавства займають *загальновизнані принципи і норми міжнародного права і міжнародні договори*, які відповідно до ст. 9 Конституції є частиною національного законодавства. Мова йде про міжнародні акти, що стосуються питань організації та діяльності місцевих органів влади, такі як Всесвітня декларація місцевого самоврядування 1985 р.², Європейська хартія місцевого самоврядування³, розроблена і прийнята Радою Європи з ініціативи Постійної конференції місцевих і регіональних органів влади в Європі⁴ 15 жовтня 1985 р. у Страсбурзі⁵ і ратифікована Верховною Радою

¹ Конституція України. – Х., 2006. – 48 с.

² Всесвітня Декларація місцевого самоврядування 23–25 вересня 1985 р. // Місц. та регіон. самоврядування України. – 1994. – Вип. 1–2 (6–7). – С. 65–69.

³ Європейська хартія місцевого самоврядування від 15 жовтня 1985 р. // Місц. та регіон. самоврядування України. – 1994. – Вип. 1–2 (6–7). – С. 70–74.

⁴ Детальніше див.: Хартія Конгресу місцевих і регіональних влад Європи (КМРВЕ) від 14 січня 1994 р., ухвалена Комітетом міністрів 14 січня 1994 р. на 506-х зборах заступників міністрів [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.coe.kiev.ua/docs/kmpbe/hartia\(KMPBE\).htm](http://www.coe.kiev.ua/docs/kmpbe/hartia(KMPBE).htm). – Заголовок з екрану.

⁵ Детальніше про це див.: Ежевский, Д. О. Роль международных организаций в развитии местного самоуправления в Европе / Д. О. Ежевский // Государство и право. – 2005. – № 4. – С. 105, 106.

України 15 липня 1997 р.¹ Можна також згадати Європейську хартію міст, затверджену на рівні Ради Європи постійною конференцією громад і регіонів Європи 17 березня 1992 р., Європейську хартію комунальних і регіональних фінансів ради громад і регіонів Європи, що доповнила Європейську комунальну хартію; Декларацію про принципи місцевого самоврядування в державах — учасницях Співдружності, прийняту Міжнародною Асамблеєю держав — учасниць Співдружності Незалежних Держав 29 жовтня 1994 р. Важливу роль відіграють і такі міжнародні політико-правові документи, як комюніке, декларації, двосторонні і багатосторонні договори й угоди тощо, що стосуються регіонального виміру. Найбільш значну роль у цьому напрямі відіграють такі міжнародні організації, як ЄС, ОБСЄ, Рада Європи, а також спеціалізовані на європейському регіоналізмі інститути — Конгрес місцевих і регіональних влад Європи, Асамблея регіонів Європи, Комітет регіонів ЄС та ін.

Питання про пріоритет норм міжнародного права, в даному випадку — Європейської хартії місцевого самоврядування, над нормативно-правовими актами України не має однозначного вирішення серед науковців і практиків. Але слід зазначити, що на підставі ст. 9 Конституції України, яка містить положення про пріоритет норм міжнародного права, і в цьому розумінні норми міжнародного права, інкорпоровані в національне законодавство, мають таку ж обов'язкову силу, як і безпосередньо акти національного законодавства. Як вважає Д. В. Ходаковський, оскільки Європейська хартія регулює найважливіший «зріз» прав і свобод людини і громадянина — можливість їх реалізації на місцевому рівні, то вона повинна мати пріоритет і над актами органів місцевого самоврядування².

Конституційні положення про місцеві органи влади знаходять своє подальше вираження в поточному законодавстві.

II. Отже, другу групу становлять *закони України*, прийняті на основі Конституції України, які стосовно регулювання функціонування органів місцевої влади можна поділити на *дві підгрупи*:

1. *Спеціальні закони про органи місцевої влади*, в їх числі закони України «Про місцеве самоврядування в Україні» (1997), «Про місцеві державні адміністрації» (1999), «Про службу в органах місцевого

¹ Відом. Верхов. Ради України. – 1997. – № 24. – Ст. 170.

² Ходаковский Д. В. Историко-правовые и теоретические проблемы инкорпорации положений Европейской хартии местного самоуправления в российскую правовую систему / Д. В. Ходаковский // Государство и право. – 2005. – № 4. – С. 76, 77.

самоврядування» (2001), «Про органи самоорганізації населення» (2001), «Про державну службу» (1993), «Про вибори депутатів місцевих рад та сільських, селищних, міських голів» (1998), «Про асоціації органів місцевого самоврядування» (2009) та ін.

2. У свою чергу, інші закони як «тематичні» також регулюють ті чи інші сторони діяльності місцевої влади (у галузі освіти, культури, охорони здоров'я, житлового фонду, регулювання земельних відносин, підприємництва, захисту прав споживачів і т. ін.), їх взаємин із державними органами, господарюючими суб'єктами. Тому до *другої підгрупи* умовно можна віднести закони, що становлять законодавчу основу інших галузей права (адміністративної, житлової, податкової тощо), але в яких тією чи іншою мірою розглядаються питання щодо органів місцевої влади. Необхідно звернути увагу також на вплив на діяльність місцевих органів та їх посадових осіб таких нормативних актів, як акти Всеукраїнських референдумів.

III. Регулювання питань органів місцевої влади здійснюється і в інших нормативних актах. Тому до *третьої групи* можна віднести *підзаконні нормативно-правові акти, що регулюють питання діяльності місцевих органів влади*, це Укази Президента України, постанови Кабінету Міністрів України.

Особливе місце посідають *рішення Конституційного Суду України*. Слід зазначити, що ні українська правова теорія, ні практика не визначають, яке місце займають у правовій системі рішення Конституційного Суду, що містять офіційне тлумачення норм Конституції. Фактично такі рішення мають характер судового прецеденту, теоретично спростовуваного вітчизняною юридичною наукою.

IV. Четверту групу нормативно-правового регулювання питань організації і діяльності органів місцевої влади становлять їх *власні акти*, тобто *нормативні акти, прийняті місцевими референдумами, органами виконавчої влади і місцевого самоврядування, їх посадовими особами*. Тут також можна виділити декілька підгруп.

1. До першої підгрупи належить *статут муніципальних утворень*, який є важливим джерелом на місцевому рівні і який по суті можна вважати малою конституцією співтовариства громадян. Відповідно до ст. 19 Закону «Про місцеве самоврядування в Україні» представницький орган місцевого самоврядування на основі Конституції України та в межах цього Закону може прийняти статут територіальної громади села, селища, міста, який підлягає державній реєстрації в органах Міністерства юстиції України.

У статутах можуть визначатися і закріплюватися положення, що стосуються питань місцевого значення, порядок формування та організація діяльності рад, порядок проведення загальних зборів громадян за місцем проживання, порядок внесення місцевої ініціативи на розгляд ради, порядок організації громадських слухань та ін.¹

Безумовно, оскільки статuti органів місцевого самоврядування покликані забезпечити реалізацію конституційного права громадян на участь у місцевому самоврядуванні, а також підлягають обов'язковій державній реєстрації, є необхідним визначити мінімальні однакові вимоги до його змісту. Разом із тим це можна було б зробити шляхом видання модельного акта чи рекомендаційного документа, схваленого, наприклад, асоціацією органів місцевого самоврядування, а взагалі кращим варіантом є прийняття Закону України «Про затвердження примірного статуту територіальної громади». Певним позитивним кроком у цьому напрямі є те, що відповідно до п. 9 ч. 1 ст. 14 нещодавно прийнятого Закону України «Про асоціації органів місцевого самоврядування» на виконання статутних завдань асоціація готує пропозиції щодо типових (примірних) статутів територіальних громад, положень про виконавчі органи сільських, селищних, міських, районних у місті рад, органи самоорганізації населення².

2. Другою підгрупою нормативно-правового регулювання питань організації місцевої влади власними актами є *рішення її органів і акти волевиявлення населення*. До таких належать нормативні акти, прийняті місцевими референдумами і загальними зборами громадян, органами виконавчої влади і місцевого самоврядування, їх посадовими особами. Це найбільш конкретні за своїм змістом акти, на характер яких найбільшою мірою може безпосередньо вплинути населення територіальної громади.

Їх статус, місце в ієрархії нормативно-правових актів і порядок легітимації визначаються двома шляхами: а) Конституцією і законами; б) самими органами місцевої влади.

Статус рішень і порядок проведення референдуму визначаються першим шляхом (Конституцією і законами). Однак варто зазначити,

¹ Див. наприклад: Статут територіальної громади міста Харкова [Електронний ресурс] нову редакцію статуту затверджено рішенням 14 сесії Харківської міської ради 5 скликання від 4 лип. 2007 р. № 121/07 та зареєстровано Харківським міським управлінням юстиції від 16 липня 2007 р. – Режим доступу : <http://www.city.kharkov.ua/?page=docs/showdoc.php&id=2966>. – Заголовок з екрану.

² Див.: Про асоціації органів місцевого самоврядування : Закон України від 16 квіт. 2009 р. № 1275-VI // Голос України. – 2009. – 2 черв. (№ 100).

що попри всю важливість рішень місцевих референдумів, це, скоріше, виняток, ніж правило у вирішенні питань місцевого значення¹. Очевидно, рішення місцевих представницьких органів муніципальної влади — це більш оптимальна та менш витратна форма реалізації влади місцевого співтовариства. Однак ні Конституція, ні Закон «Про місцеве самоврядування в Україні» не передбачили на місцевому рівні можливість використання такого стримуючого нелегітимну ініціативу представницького органу місцевого самоврядування заходу, як обов'язкове підписання його акта виборним главою громади, що несе відповідальність за його виконання. Аналогія з центральним рівнем влади тут є не зовсім доречною, оскільки, як зазначалося, на цьому рівні відсутнє закріплення принципу поділу влади. Правда, виходячи з положень Закону «Про місцеве самоврядування в Україні», відбувається поєднання статусу глави органу місцевого самоврядування зі статусом глави представницького органу місцевого самоврядування.

Враховуючи викладене, *нормативно-правові акти місцевої влади можна умовно поділити на такі елементи:*

1) статут органу місцевого самоврядування; 2) оформлені у вигляді правових актів рішення, прийняті на місцевому референдумі, зборах (сходах) громадян; 3) акти (рішення) представницького органу місцевого самоврядування; 4) акти (рішення) виконавчого органу місцевого самоврядування; 5) акти (рішення, розпорядження) голови місцевого самоврядування; 6) акти місцевих державних адміністрацій (розпорядження голів і накази керівників управлінь, відділів та інших структурних підрозділів місцевих державних адміністрацій).

Такі акти, як уявляється, повинні відповідати певним вимогам: законності, як за формою, так і за змістом; бути виданими в межах компетенції відповідного місцевого органу влади; підлягати державній реєстрації у випадках, встановлених законом; публікуватися (оприлюднюватися); приводитися у відповідність із актами (рішеннями), виданими органами державної влади та місцевого самоврядування.

Крім того, місцеві органи влади приймають і *ненормативні акти*. Не маючи на меті детально аналізувати такі акти, зазначимо лише, що в пункті 4 мотивувальної частини рішення Конституційного Суду

¹ Див.: Дмитриев Ю. А. Референдум в системе народовластия / Ю. А. Дмитриев, В. В. Комарова. – М., 1995. – С. 52; Пылин В. В. Народовластие в системе местного самоуправления : монография / В. В. Пылин ; Санкт-Петерб. ин-т внешнеэкономич. связей, экономики и права. – СПб., 1998. – С. 48.

України від 16 квітня 2009 р. № 7-рп/2009 у справі про скасування актів органів місцевого самоврядування зазначено, що органи місцевого самоврядування, вирішуючи питання місцевого значення, представляючи спільні інтереси територіальних громад сіл, селищ та міст, приймають нормативні та ненормативні акти. До нормативних належать акти, які встановлюють, змінюють чи припиняють норми права, мають локальний характер, розраховані на широке коло осіб та застосовуються неодноразово, а ненормативні акти передбачають конкретні приписи, звернені до окремого суб'єкта чи юридичної особи, застосовуються одноразово і після реалізації вичерпують свою дію¹. Такий висновок узгоджується із правовими позиціями Конституційного Суду України, викладеними у рішеннях від 27 грудня 2001 р. № 20-рп/2001 у справі про укази Президії Верховної Ради України щодо Компартії України, зареєстрованої 22 липня 1991 р. (абзац 1 пункту 6 мотивувальної частини), від 23 червня 1997 р. № 2-зп у справі про акти органів Верховної Ради України (абзац 4 пункту 1 мотивувальної частини).

V. У системі нормативно-правових актів, що регулюють діяльність органів місцевої влади, можна виділити *нормативно-правові договори*, які доцільно використовувати як більш оперативні форми взаємодії місцевих органів влади із цілого ряду поточних питань.

Так, відповідно до п. 5 ст. 35 Закону України «Про місцеві державні адміністрації» для здійснення спільних програм місцеві державні адміністрації та органи місцевого самоврядування можуть укладати договори, створювати спільні органи та організації. По суті можна зазначити, що в нашому випадку договір набуває значення важливого засобу саморегуляції відносин партнерів.

Велике значення при регулюванні окремих питань територіально-місцевого самоврядування має *судова практика*. Незважаючи на те, що в нашій країні судова практика не є джерелом права і тим самим не обов'язкова у правозастосуванні (як це прийнято в англосаксонській системі права), проте в Україні нижчі суди найчастіше користуються оглядами судової практики для розглядів справ. Це насамперед огляди

¹ Див.: Справа за конституційним поданням Харківської міської ради щодо офіційного тлумачення положень частини другої статті 19, статті 144 Конституції України, статті 25, частини чотирнадцятої статті 46, частин першої, десятої статті 59 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» (справа про скасування актів органів місцевого самоврядування): Рішення Конституційного суду України від 16 квіт. 2009 р. № 7-рп/2009 // Офіц. вісн. України. – 2009. – 8 трав. (№ 32).

судової практики Верховного Суду України, листи та роз'яснення Вищого господарського суду¹.

Отже, юридична база функціонування органів місцевої влади є багаторівневою і складається з цілого ряду взаємопов'язаних правових актів. Такий розподіл нормативно-правових актів дозволяє побудувати певну послідовність дослідження тих чи інших складових правового статусу органів влади за ступенем впливу на них окремих законодавчих актів. У нормативно-правових актах, що були стисло проаналізовані, охоплюються різні рівні або види правового регулювання місцевої влади — законодавчий, підзаконний, локальний, договірний. Ефективність функціонування системи місцевих органів влади багато в чому залежить від своєчасності зміни й удосконалення кожної з цих груп нормативно-правових актів. Складність пов'язана із прийняттям таких законів, що регулюють, визначають і формують механізм, форми і методи практичної реалізації принципів, ідей, закладених у Конституції України.

¹ Див. наприклад: Про практику розгляду судами справ за скаргами на рішення, дії чи бездіяльність органів державної влади, органів місцевого самоврядування, юридичних, посадових і службових осіб у сфері управлінської діяльності, які порушують права та свободи громадян : Постанова Пленуму Верховного Суду України від 03 груд. 1997 р. № 13 // Постанови Пленуму Верховного Суду України. – К., 2000. – Т. 1. – С. 231 та ін.

ПИТАННЯ ІСТОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

В. Єрмолаєв, доктор юридичних наук,
професор, Національна юридична академія
України імені Ярослава Мудрого

Про двопалатний парламент: з історії парламентаризму в Україні

Досвід підготовки, прийняття й особливо реалізації чинної Конституції України виявив низку проблем, серед яких найбільш очевидно є неефективність організації публічної влади, механізмів реалізації державно-владних повноважень, розвитку місцевого самоврядування. Затяжна конфронтація між законодавчою і виконавчою гілками влади, яка щойно подолана, вади пропорційної виборчої системи при формуванні українського парламенту, нової коаліційної більшості в ньому знову загострили проблему його оптимальної моделі на сучасному етапі державотворення.

Ця проблематика посилила увагу політиків та науковців до запровадження у національну правову систему бікамералізму. Конституційна реформа повинна посилити основи парламентаризму в Україні, утвердити європейську модель представницького органу нації — наголошується в «Пояснювальній записці» до президентського проекту Закону України «Про внесення змін до Конституції України» 2009 р. У проєкті пропонувалося створення двопалатного органу законодавчої влади — Національних зборів, що складаються з Палати депутатів і Сенату¹.

Добре знані в Україні спеціалісти-правознавці — В. Я. Тацій, В. Т. Маляренко, І. А. Тимченко та інші прибічники двопалатної структури майбутнього парламенту при цьому акцентують увагу на необхідності системного оновлення конституційного ладу, апелюють до досвіду «більшості успішних країн», результатів всенародного волевиявлення всеукраїнським референдумом 16 квітня 2000 р., вказують

¹ Офіц. вісн. Президента України. – 2009. – № 25. Спецвип. – С. 10–37, 42–43.

на нагальну необхідність ефективного забезпечення регіонального представництва, на кричущі недоліки нинішньої організації публічної влади, які подолати інакше, як шляхом внесення змін до Конституції, просто неможливо¹.

На нашу думку, в обговоренні переваг і недоліків двопалатної моделі парламенту важливо враховувати не лише світовий досвід парламентаризму, а й вітчизняний. Тут теж є повчальні уроки давнього і недавнього минулого.

Парламентський досвід українство почало опановувати у складі Польщі (Галичина) і Великого князівства Литовського з утворенням двопалатних сеймів: у Польському королівстві в XV ст., у Великому князівстві Литовському — із сеймовою реформою 1565–1566 рр. До цієї реформи сеймами звалися розширені зібрання Пани-ради, в якій були представлені найвищі урядовці і земські урядники, князі і бояри-магнати. За підрахунками автора, напередодні 1565 р. українські князі і бояри у складі Пани-ради становили близько половини її членів, повний склад якої згідно з «Титулами панов рад их милості», складених після сеймової реформи у січні 1569 р. нараховував 58 «панов коронных литовских и русских»². Згодом до Панів-ради увійшли великі землевласники — магнати, тож її склад збільшився до 80 панів радних. Пересічна шляхта до сеймової реформи приймала лише пасивну й несистематичну участь у загальнодержавних сеймах. Проте необхідність зміцнення оборони земель і ведення війни з Москвою за руські землі, одержання згоди на нові податі вимагали широкого залучення литовської і руської шляхти до державної і воєнної служби, активної участі у законотворчій, контрольній та зовнішньополітичній функціях сейму. Адже відсутність унормованого представництва на його попередніх

¹ Див.: Тацій В. На шляху конституційної реформи (тези доповіді) / В. Тацій // Політична реформа і конституційний процес. – Х., 2003. – С. 29–35; Конституційний лад України: проблеми удосконалення. // Вісн. прокуратури. – 2007. – №7. – С. 3–11; Конституційна реформа в Україні: сучасний стан та перспективи подальшої реалізації // Бюл. Мін-ва юстиції України. – 2009. – № 6. – С. 14–33; Маляренко В. Чи веде двопалатний парламент до федералізації держави? / В. Маляренко // Вісн. нац. акад. прокуратури України. – 2009. – №1. – С. 19–22; Створення двопалатного парламенту в Україні – необхідна умова утвердження демократії, гарант законності і правопорядку // Право України. – 2009. – № 6. – С. 12–16; Тимченко І. Конституційна реформа: усвідомлений обопільно розбрат чи об'єктивна необхідність / І. Тимченко // Право України. – 2008. – № 9. – С. 4–13 та ін.

² Малиновский И. Сборник материалов, относящихся к истории Паны-Рады Великого княжества Литовского / И. Малиновский. – Томск, 1901. – С. 506–508; Він же. Рада Великого княжества Литовского / И. Малиновский. – Ч. III. Вып. 2. – Томск, 1904. – С. 100.

зібраннях, права голосу шляхти призводила до відстрочки рішень із нагальних питань або до невиконання прийнятих постанов.

Уже на початку XVI ст. урядом Великого князівства Литовського було здійснено уніфікацію адміністративно-територіального устрою держави, а Віленським сеймом 1564–1565 рр. — реорганізацію місцевого управління на українських землях. Поділ їх на воєводства і повіти дозволив вибудувати нижню ланку загальних (вальних) сеймів — повітові сеймики.

Віленським привілеєм 1565 р. передбачалося скликання, за чотири тижні перед загальнодержавним сеймом, повітових сеймиків, на яких би місцева шляхта обирала на сейм по два своїх послы. Це шляхетське виборче право було уконституйоване II Литовським статутом 1566 р.¹ Статут чітко визначав склад і компетенцію повітових сеймиків: на них «мають зъезджатися тые воеводове и каштелянове врядники земские, потому ж князове панове шляхта того же повету и воеводства, а намовляти о тых речах и потребах земских...». Важливим нововведенням у Статуті було положення про вироблення на цих сеймиках єдиних рішень з порядку денного вального сейму, що скликався: обраних послів «послати на сойм, ознайомивши и вручившы то все им, о чом водле листов наших господарских, и теж во всех потребах радити, намовляти и становити мають, даючи їм моць на том таковом вальном сойме поступовати и кончыти тые и иные припалые речы водле часу и потребности».

Ініціатива скликання загальнодержавних сеймів визначалась окремим артикулом II Литовського статуту «О сойме вальном», що передбачав право їх скликання великим литовським князем «за радою рад наших... або за прозбою рыцьерства (тобто шляхти. — В. Є.), складати сеймы вальные... завжды, коли колко того будеть потреба».² Про час, місце скликання і порядок денний сейму повідомлялося спеціальними листами великого князя знову ж таки «за порадою рад наших того ж панства». Новий Статут встановлював «месца и воты» на сеймовому зібранні як для «князей, панов, маршалков и иных всих урядников земских и дворных подле старого обычаю», так и для послів, обраних шляхтою на повітових сеймиках. Йшлося про утворення двох палат: панів радних і послів земських (Посольська палата). Після Люблінської

¹ Статут Великого князства Литовського 1566 года. — Изд-е Импер. Моск. об-ва истории и древностей Российских. (Б.м., року вид.). — С. 11–13, 45.

² Там само. — С. 46.

унії 1569 р. верхня палата сейму стала зватися Сенатом і обидві палати скликалися одночасно, як у Польському королівстві.

Вирішальною новелою у Статуті 1566 р. був артикул 12 «О держанье старих устав, а новых без сейму вального не встановляти», який відносив до виключної компетенції сейму повноваження видавати закони, обрання великого князя. Це була значна поступка «рицарству-шляхті», адже ще на сеймі 1551 р. вона домогалася, щоб законами вважалися лише ті постанови, які схвалені всіма учасниками сеймів. Проте ці домагання тоді було відхилено, та політичне життя у Литовсько-Руській державі примусило уконституювати представництво і участь шляхти у законотворенні, обранні великого князя. Крім ухвалення законів сеймом Статут передбачав, що ні великий князь, ні Пани-рада не мали права оголошувати війну чи встановлювати нові податки без згоди на те сейму. В разі гострої і термінової необхідності їх збільшення рішення приймали повітові сеймики¹. Шляхта домоглася також права сеймового контролю за сферою виконавчої влади, а саме, за прибутками з накладених податків, зносинами з іншими державами. Зокрема, обрана Городенським сеймом 1568 р. ревізійна комісія перевіряла звіти про прибутки і видатки по земських податках. Ця робота була продовжена і після закриття сейму.

На литовсько-руських сеймах неодноразово порушувалось і обговорювалось питання про польсько-литовську унію. У січні 1569 р. у Любліні був скликаний спільний польсько-литовський сейм для вирішення питання про утворення єдиної держави. Не погодившись на польський проект нової унії, литовсько-руські послы залишили сейм. Проте польський король, спираючись на підтримку українських магнатів і шляхти Волині та Київщини, видав ряд універсалів про відторгнення Волині, Київщини та Брацлавщини від Литви та включення їх до складу Польщі. Король обіцяв не порушувати прав та привілеїв місцевих магнатів і шляхти в українських воєводствах. Литовські й руські послы повернулися на сейм і 1 липня 1569 р. на об'єднаному сеймі відбулась урочиста присяга обох сторін та укладена угода про унію і утворення єдиної держави — Речі Посполитої.

За Люблінською унією на вальний сейм Речі Посполитої прибувало 170 земських і повітових послів, у т. ч. 48 від Литви і Руських земель.

¹ Див.: Максимейко Н. А. Сеймы Литовско-Русского государства до Люблинской унии 1569 г. / Н. А. Максимейко. – Харьков, 1902. – С. 133.

Духовенство було представлено єпископами лише в Сенаті¹. Конституційна доктрина проголошувала: сейм складається з трьох «сеймових станів» — короля, Сенату і Посольської палати. Король у Сенаті, таким чином, ставав частиною шляхетського сейму і під час сеймових засідань був тільки головою Сенату.

Як стверджують польські дослідники, тепер центр ваги державного життя і управління зосереджувався в сеймі і обсяг його компетенції продовжував зростати. Посилився контроль сейму над королем і міністрами. Найважливіші посади король міг роздавати лише на сеймі².

Тривалість сесій сейму залежала від порядку денного, винесеного на сейм. Так, Берестейський сейм 1566 р. тривав від кінця квітня до серпня того ж року. У Речі Посполитій тривалість сеймів встановлювалася не більше шести тижнів. Місцем проведення засідань сейму в Литовсько-Руській державі було Вільно, але в разі воєнної загрози або обговорення питань, пов'язаних з унією, сейми відбувались у Бересті чи Гродно. Після Люблінської унії — у Варшаві.

За виробленою з XV ст. процедурою («звичаєвим правом сеймів»)³ на загальному зібранні сейму спочатку вислуховувались пропозиції великого князя (короля), що містили остаточний варіант порядку денного, порядку і форми його розгляду, які потім обговорювались на зборах послів окремих земель з урахуванням їх інтересів і наданих послам повноважень. За тим затверджувався порядок денний і регламент роботи сейму. Засідання відбувались по палатах, «лавицях» — Панів-ради і в «колі» рицарства — шляхти. Окремо радилося духівництво⁴.

Для прийняття сеймових постанов було потрібне належне представництво усіх земель держави. Відсутність або неповнота представництва тієї чи іншої землі на сеймі призводили до того, що прийняті рішення фактично втрачали для неї їх обов'язкову силу. Тому на сеймі 1567 р. була прийнята регламентна норма, не вигідна для тих, хто спізнився на сейм: пани радні позбавлялися права голосу на стільки засідань, на скільки вони спізнилися, всі інші — на всі засідання. Крім

¹ Див.: Бардах Ю. История государства и права Польши / Ю. Бардах, Б. Леснодорский, М. Пиетрчак. – М., 1980. – С. 209.

² Див.: Там само. – С. 212; Дыбковская А. История Польши. С древнейших времен до наших дней / А. Дыбковская, М. Жарын, Я. Жарын. – Варшава, 1995. – С. 106–107.

³ Див.: Дорошенко Д. Нарис історії України. – Т. 1 (До половини XVII ст.) / Д. Дорошенко. – К., 1991. – С. 118.

⁴ Див.: Єрмолаєв В. М. Вищі представницькі органи влади в Україні (історико-правове дослідження) / В. М. Єрмолаєв. – Х., 2005. – С. 66–72.

того, ті, хто спізнився, позбавлялися права суперечити проти рішень сейму, прийнятих за їх відсутності.

Найвпливовішою частиною сейму Литовсько-Руської держави, а потім Речі Посполитої була шляхетська Палата послів. Оскільки кожен із них отримував інструкцію від повітового сеймику, від якої він не міг відступити, а прийнята процедура голосування вимагала одностайності послів, прийняття одностайного рішення ставало важкою справою. Тут діяв принцип вільної заборони — *liberum veto*. У Сенаті не голосували, а по черзі висловлювали свою думку («вотум»). На цій основі король або від його імені канцлер формулював загальну думку — «конклюдзію» (висновок). Остаточні постанови і прийняті проекти законів ухвалювались на спільних засіданнях обох палат сейму. Голосування відбувалось у певній послідовності: спочатку голосували пани радні, а потім всі інші відповідно «местца и воты». За регламентними статтями Литовського статуту 1566 р. «вси в раде посполитой местца и воты свои будуть мети способом звичаю стародавнього, а послове земские местца и воты свое мають мети водле порадку нижей написанного». Йшлося про порядок виступів і голосування шляхти на сеймі. Українська шляхта вносила національний колорит у роботу Пани-ради, вальних сеймів і сеймиків¹.

За Литовським статутом 1588 р. закріплювався обов'язок послів після закінчення сейму і повернення додому «всех жителей каждого повета обстоятельно уведомить» про роботу і постанови сейму, про свою участь у законотворенні. Для цього кожен посол мав письмові постанови сейму з королівською печаткою, які потім повинні були передаватися на зберігання до судових земських і гродських книг².

Із утворенням Речі Посполитої її король у вирішенні державних справ і підготовці нових законів спирався на Сенат, оскільки він об'єднував усіх вищих посадовців — воєвод, каштелянів (комендантів фортець), канцлера та інших найвищих державних достойників, католицьких єпископів Польщі й Литви. На початку XVII ст. нараховувалося 140 сенаторів, призначених пожиттєво³. Постанови (конституції) сейму оприлюднювались від імені короля з обов'язковим посиланням

¹ Український парламентаризм: минуле і сучасне / за ред. Ю. С. Шемшученка. – К., 1999. – С. 40.

² Статут Великого княжества Литовского. – Ч.1. – СПб., 1811. – С. 137–138.

³ Бардах Ю. История государства и права Польши / Ю. Бардах, Б. Леснодорский, М. Пиетрчак. – С. 210.

на згоду або їх ухвалу Сенатом. Королю ж і сенаторам належала також остаточна редакція текстів законів перед їх оприлюдненням.

Із кінця XVI ст. ефективність і результативність сеймової роботи в Речі Посполитій поступово занепадає: принцип *liberum veto* все більше гальмував прийняття на сеймі спільних узгоджених постанов. Тому причини — зросла роль шляхетських передсеймових повітових сеймиків, інструкції яких своїм послам ставали все більш детальними і категоричними, набували форми обов'язкових наказів. Давалися взнаки і шляхетський гонор (зокрема, від посла не вимагалось обґрунтування *veto*), вимоги нових шляхетських привілеїв. Щоб домогтися узгоджених рішень, на сеймах почали застосовувати пом'якшену форму *liberum veto*, коли посол заявляв *sisto activitatem* — перерву засідання для узгодження спірних питань. Проте все частіше наслідком сеймових суперечок була відсутність узгоджених рішень і постанов, або ж вони не набували юридичної, обов'язкової сили. З 1582 р. протягом 180 років було зірвано роботу 53 сеймових засідань (40 %)!¹ Як писав М. С. Грушевський, унаслідок такої парламентської процедури «парламентарна, а з нею взагалі державна машина стає...»². Це спричинило поглиблення політичного безсилля Речі Посполитої.

Зародки українського парламентаризму на Запорозькій Січі були розвинуті за доби Гетьманщини — у державотворчій практиці Генеральних козацьких і Старшинських рад, які іноді називали «сеймами» і «сенатом», як у Речі Посполитій. Але становлення тут представницької демократії з двопалатним сеймом не відбулося через складні внутрішньополітичні обставини і геополітичні впливи, недооцінку колегіальних органів влади самими гетьманами, що сприяло послабленню і втраті української державності.

Збалансування державно-владних повноважень у трикутнику Генеральна рада — Старшинська рада — гетьман, визначення механізмів і заходів у розбудові більш ефективної організації публічної влади вперше було здійснено гетьманом П. Орликом у 1710 р. Його відомі «Пакти й конституції законів та вольностей Війська Запорозького» застерігали від самодержавного владування гетьманів, зобов'язували главу держави радитись із генеральною старшиною, полковниками та генеральними радниками «про цілісність батьківщини, про її загальне

¹ Бардах Ю. История государства и права Польши / Ю. Бардах, Б. Леснодорский, М. Пиетрчак. — С. 211, 213.

² Грушевський М. С. Історія України-Руси: В 11 т., 12 кн. / М. Грушевський ; редкол. П. С. Сахань (голова) та ін. — К., 1994. — Т. 5. — С. 325.

благо й про всі публічні справи»¹. Встановлювалися три щорічні зібрання Генеральної ради «для слухання й обговорення справ, щоб взяти активну участь, під жодним приводом не ухилитися від призначеного часу». Конституція П. Орлика започаткувала вітчизняний конституціоналізм, модель демократичної парламентсько-гетьманської республіки із двопалатним парламентом.

У XIX ст. історія українського конституціоналізму знає два конституційні проекти — «Начерки Конституції» Г. Андрузького (1852 р.), який оптимізував механізм функціонування публічних органів влади і місцевого самоврядування в майбутній федеративній республіці на рівні округу, області, штату, і більш досконалий проект М. Драгоманова (1884 р.).

Останній передбачав «завідування справами, загальними всьому російському державному союзу і загальнодержавне законодавство» двопалатним парламентом². Його нижню палату — Державну думу складають депутати (гласні), обрані виборчими сходами по округах, які могли б «представляти не тільки жителів усіх місцевостей, але й, по можливості, всі роди занять, а також не лише більшості, а й меншості». Верхня — Союзна дума, склад якої формувався б обласними думами. За обласними думами закріплювалося право відзиву і заміни своїх представників у Союзній думі, формувати «накази» для них. Визначений у проекті обсяг повноважень робив сильною цю верхню палату парламенту. Зокрема, Державна дума могла бути розпущена Главою держави лише за згодою Союзної думи. На період розпуску парламенту або в разі незаконного захоплення державної влади збираються і працюють обласні думи до самого початку відновлення роботи парламенту. Обласні й повітові думи, як і Глава держави, наділяються правом «піднімати питання» про незгоду з постановами вищого представницького органу. Рішення з цих питань приймає Сенат. Сенатори призначаються Главою держави пожиттєво з кандидатів, запропонованих йому Союзною думою, які мають вищу юридичну освіту та досвід роботи в судових палатах чи в обласних і загальнодержавних представницьких органах. Зміни в Основному Законі держави можуть відбутися лише за згоди конституційної більшості складу обох палат парламенту і в разі затвердження цих змін Державним Собором. Як

¹ Слюсаренко А. Г. Історія української конституції / А. Г. Слюсаренко, М. В. Томенко. – К., 1993. – С. 30.

² Там само. – С. 52–60.

свідчить проєкт, ця своєрідна Конституанта скликається в разі необхідності конституційної реформи і формується з представників об'єднаних Дум, а також обраних до складу Собору гласних від обласних дум у кількості, дорівнюваній складу Державної думи. Отже, за проєктом Державний Собор — орган охорони, а в разі конституційної кризи — реформування Основного Закону. Союзна дума — орган обласного (регіонального) представництва. Сформульовані в проєкті М. Драгоманова важливі програмні положення в нормах Конституції про політичну свободу «як засіб для повернення української нації в сім'ю націй культурних», державне і місцеве самоврядування, структуру і систему державної влади, компетенцію її органів на основі демократизму, принципу поділу влади і сьогодні видаються цікавими і слухними.

Розробляючи свій конституційний проєкт, М. Драгоманов, схоже, зважав на досвід українського представництва в австро-угорському парламенті та крайових сеймах. За австрійською Конституцією 1867 р. нова Державна рада (рейхсрат) складалася з двох палат — палати панів і палати депутатів. До палати панів входили повнолітні принци імператорської родини, глави дворянських родів провінцій, вище духовенство та особи, призначені імператором довічно. Усього 170 членів, але насправді їх було більше. Він же призначав президента та віцепрезидента цієї палати. Палата депутатів (343 депутати) до виборчої реформи 1873 р. обиралася провінційними сеймами (ландтагами) на шість років. Рейхсрат мав скликатися імператором щорічно. Формально палати рейхсрату вважалися рівноправними. Закон, що приймався, вимагав згоди обох палат і затверджувався імператором¹.

У березні 1861 р. відбулися перші вибори до крайових сеймів, у тому числі до Галицького і Буковинського сеймів. На їх перших сесіях були обрані депутати рейхсрату. Українська депутація складалася всього з 12 осіб. Серед призначених імператором членів палати панів було лише 4 українці². Нова Державна рада вперше зібралася на сесію у червні 1863 р.³ Українське представництво в ній залишалось порів-

¹ Див.: Цольнер Е. Історія Австрії / Е. Цольнер ; пер. з нім. Р. Дубасевич, Х. Назаркевич, А. Онишко, Н. Іванчук. – Львів, 2001. – С. 400–401; Тейлор А. Дж. П. Габсбурзька монархія 1809–1918. Історія австрійської імперії та Австро-Угорщини / А. Дж. Тейлор. – Львів, 2002. – С. 169–173.

² До історії національних меншин Австро-Угорщини (XIX – початок XX ст.) / упоряд. Й. В. Ковалюк, передмова В. І. Худанича. – Ужгород, 2001. – С. 143.

³ Никифорак М. В. Державний лад і право на Буковині в 1774–1918 рр. / М. В. Никифорак. – Чернівці, 2000. – С. 86.

няно незначним і після заведення загального виборчого права (1907 р.): із 516 виборчих округів німці отримали 233 мандати, чехи — 107, поляки — 82, українці — 33, словенці — 24, серби, хорвати, румуни та ін. — 37¹. До парламенту у Відні було обрано 27 представників українських політичних партій, до крайових сеймів — 29. Серед обраних українських парламентарів налічувалося 17 правників, у 1911 р. — 10 адвокатів, 3 суддів, 3 університетських професори, 2 поміщики, 1 вїйт і 1 селянин. Такого професійного складу не мало жодне національне представництво австрійського парламенту.

Незважаючи на вирішальну перевагу німців у рейхсраті, поляків у Галицькому сеймі, румунів — у депутатському складі Буковинського сейму, українці брали активну участь у виборах до парламенту, парламентському житті, законотворенні, діяльності Українського парламентського клубу (1907–1914 рр.), набувши значного досвіду парламентаризму і самоврядування.

Для більшої ж частини українців, що проживали на території Російської імперії, досвід парламентаризму був менш тривалим, але теж пов'язаний із функціонуванням двопалатного парламенту. Царським маніфестом у жовтні 1905 р. запроваджувалася законодавча Державна дума, а маніфестом у лютому 1906 р. змінювалися структура і функції Державної ради — вона ставала верхньою палатою парламенту². При цьому тільки половина її членів представляла православне духовенство, дворянство, земства, організації науки, а інша призначалася царем.

До складу I і II Державної думи (478 і 518 депутатів) від українських губерній було обрано 102 депутати, які належали до різних політичних партій. На відміну від складу I Думи, де переважали конституційні демократи, у II Думі 43 % депутатів представляли ліві партії й організації³. Далось взнаки поглиблення революції, тому Дума і першого, і другого скликань була достроково розпущена царем. Лише III Дума проіснувала весь визначений термін (1907–1912 рр.) завдяки реакційним змінам у виборчій системі, скороченню депутатського складу (446 депутатів). Українські губернії представляли 111 депутатів. За всю каденцію третього скликання Думи було розглянуто 2567 законопро-

¹ Никифорок М. В. Державний лад і право на Буковині в 1774–1918 рр. / М. В. Никифорок. – Чернівці, 2000. – С. 98.

² Государственная дума в России : Сб. док. и материалов / сост. Ф. И. Калинычев. – М., 1957. – С. 90–91, 102–104, 104–114, 136–138.

³ Государственная Дума. Указатель к стеногр. отчетам. Второй созыв. – Т. 1. – СПб., 1907. – С. 6–25.

ектів (переважно — дрібних) та 205 законодавчих пропозицій, більшість яких була прийнята, а інші відхилені Державною радою¹. Стенографічні звіти думських засідань свідчать про активну участь депутатів з України в роботі думських комісій, підготовці важливих законопроектів, обговоренні бюджетних, освітянських справ, становища робітників і селян².

Державна дума четвертого скликання (442 депутатів) працювала з перервами до початку жовтня 1917 р., у якій від України було 97 представників. Як і в III Думі серед них переважали депутати правих, консервативних поглядів, ярих захисників самодержавства на чолі з головою Думи М. Родзянко — 59 монархістів, 21 октябристів, 14 кадетів та прогресистів, 1 «трудолик» і 2 більшовики³. Праві захищали політику царського уряду, нападали на «мазепинців», хто вимагав запровадження в Україні, Польщі, Білорусії національних шкіл, української автономії. Зокрема, П. Скоропадський закінчив під оплески чорносотенців свою палку промову проти «мазепинців» такими словами: «Нашим ворогам потрібна автономія, а нам потрібна єдина і могутня Росія!»⁴ Тож російська Дума не змогла прискорити, а Державна рада гальмувала процес конституційного оновлення Росії. Дума мала обмежені можливості впливу на владу, зупинення наростаючої кризи самодержавства, соціально-економічної кризи, викликаной Першою світовою війною. Паростки парламентаризму тут були надзвичайно слабкими, а конфронтація політичних сил все більше загострювалася, наслідком чого й стали дві революції в Росії 1917 р., кривава громадянська війна, знецінення особистості і людського життя.

¹ Обзор деятельности Государственной думы третьего созыва. 1907–1912 гг. Ч. 1. Общие сведения. – СПб., 1912. – С. 167.

² Государственная Дума. Стенографический отчет. Третий созыв. Сессия 1. Ч.1. – СПб., 1908. – Стб. 1569–1577, 1872–1881; Ч.2. – СПб., 1911. – Стб. 563–565; Ч.3. – Стб. 49–50, 1098–1099, 1104, 1128, 2351, 2433–2450; Сессия IV. Ч.2. – СПб., 1911. – Стб. 553, 1197–1198, 1366–1368 та ін.

³ Государственная Дума. Четвертый созыв. Стенографический отчет. 1912–1913 гг. Сессия 1. Ч. 1. – СПб., 1913. – Стб. 5.

⁴ Там само. – Стб. 1841–1844.

Д. Селіхов, доцент Полтавського факультету Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Загальноімперський характер переселенського закону від 13 липня 1889 року в губерніях Наддніпрянської України

Історичний досвід життєдіяльності людської спільноти переконує в тому, що міграції населення були і залишаються природним явищем її існування. Незалежно від причин, які викликають рухливність мешканців того чи іншого регіону, зрушення в географічному розміщенні населення мають неабиякий вплив на економіку, політику і духовне життя країни. Ця обставина викликає цілком зрозумілий інтерес до міграційних процесів фахівців різних галузей суспільних знань, зокрема істориків держави і права. Щодо нашої країни, то міграційний фактор відіграв у її розвитку особливо важливу роль. Не стала винятком і друга половина XIX ст., коли було скасоване кріпосне право та ухвалено цілу низку правових актів щодо регулювання міграційних процесів на загальноімперському рівні.

У літературі близького і далекого зарубіжжя історія переселенського законодавства Російської імперії перших пореформених десятиріч висвітлена лише у загальних рисах. Окремі згадки про нього знаходимо у працях вітчизняних учених дорадянського періоду, серед яких слід відмітити насамперед дослідження економістів І. А. Гурвича¹ та А. А. Кауфмана², університетських професорів А. А. Ісаєва³ і І. М. Ямзіна⁴. Практично не вивчалось переселенське законодавство царської Росії другої половини XIX ст. і радянськими вченими, у яких, як відомо, були зовсім інші пріоритети. У працях Е. М. Брусні-

¹ Гурвич И. А. Переселение крестьян в Сибирь / И. А. Гурвич. – М., 1888. – 144 с.

² Кауфман А. А. Сибирское переселение на исходе XIX века : Историко-статистический очерк / А. А. Кауфман. – СПб., 1893. – 100 с.

³ Исаев А. А. Переселения в русском народном хозяйстве / А. А. Исаев. – СПб., 1891. – 189 с.

⁴ Ямзин И. Переселенческое движение в России с момента освобождения крестьян / И. Ямзин. – Киев, 1912. – 198 с.

кіна¹, М. С. Симонової², Л. Ф. Склярова³, В. М. Кабузана⁴, М. А. Якименка⁵ та деяких інших авторів ґрунтовно висвітлено переселенську політику царату, причини, зміст та наслідки аграрних міграцій, у зв'язку з чим, власне, і згадуються ті чи інші законодавчі акти перших пореформених десятиліть ХІХ ст.

Подібне зауваження стосується і досліджень представників далекого зарубіжжя, історіографія якого представлена ґрунтовними монографіями з переселенської проблематики Дональда Тредгольда⁶, Франсуа-Ксав'є Кокена⁷ та Барбари Анерсон⁸. Утім підготовка загальноімперського закону від 13 липня 1889 р. та його застосування на території таких традиційних центрів аграрних міграцій, як українські губернії, заслуговують значно більшої уваги дослідників, ніж це мало місце дотепер. З точки зору історії держави і права України питання технології підготовки будь-якого правового акта саме по собі цікавить дослідників. Що ж стосується вищезгаданого закону, то його підготовка тривала протягом аж 9 років⁹. У ході дискусій навколо статей відповідного законопроекту було встановлено чимало ідей стосовно землеволодіння і землекористування, прав і свобод так званих непривілейованих станів, що викликає певний науковий інтерес і може бути предметом відповідного дослідження.

Беручи до уваги зазначене, автор даного повідомлення поставив *за мету з'ясувати основні позиції учасників дискусії, яка розгорнулася у*

¹ Бруснікин Е. М. Крестьянский вопрос в период политической реакции (80–90-е годы XIX в.) / Е. М. Бруснікин // Вопросы истории. – 1970. – № 2. – С. 34–47.

² Симонова М. С. Переселенческий вопрос в аграрной политике самодержавия в конце XIX – начале XX в. / М. С. Симонова // Ежегодник по аграрной истории Восточной Европы. – М., 1970. – С. 424–434.

³ Скляров Л. Ф. Переселение и землеустройство в Сибири в годы столыпинской аграрной реформы / Л. Ф. Скляров. – Л., 1962. – 588 с.

⁴ Кабузан В. М. Дальневосточный край в XVII – начале XX в. (1640–1917): Историко-демографический очерк / В. М. Кабузан. – М., 1985. – 260 с.

⁵ Якименко М. А. Аграрні міграції українського селянства на рубежі ХІХ–ХХ століть: монографія / М. А. Якименко. – Полтава, 2006. – 144 с.

⁶ Treadgold D.W. Circumstances of Siberian Migration. Government and Peasant in Resettlement and Peasant in Resettlement Emancipation to the First World War / D.W. Treadgold. – Princeton Univ. Press, 1957. – 262 p.

⁷ Coguin F.-X. La Sibirie. Peuplement immigration pausanne an XIX ciele / F.-X. Coguin. – Paris, 1969. – 789 p.

⁸ Anderson B. A. Internal migration during modernisation in late nineteenth – century Russia / B. A. Anderson. – Princeton, 1980. – 217 p.

⁹ Сельскохозяйственное ведомство за 75 лет его деятельности (1837–1912 гг.) / сост. Г. К. Гинс и П. А. Шафранов. – Изд. Канцелярии ГУЗ и З. – Пг., 1917. – 397 с.

80-х роках XIX століття навколо переселенського законодавства, визначити зміст закону від 13 липня 1889 р. та його значення для регулювання міграційних процесів у губерніях Наддніпрянської України.

Про недостатнє висвітлення історії переселенської політики царату перших пореформених десятиліть свідчить, зокрема, той факт, що навіть відомий фахівець аграрних відносин у Росії другої половини XIX ст. П. А. Зайончковський свого часу заперечував у 60–70-х роках «будь-яке законодавство з переселення селян на вільні землі»¹. Це не відповідає дійсності. У 60–70-х роках було ухвалено цілий ряд законодавчих актів, які тією чи іншою мірою регулювали переселенське питання. Серед них найважливішими були такі: «Правила для поселення росіян та іноземців в Амурській і Приморській областях» від 26 березня 1861 р.²; «Про переваги переселенців Новоросійської губернії греків і болгар, які прибули з Туреччини» від 5 січня 1862 р.³; «Положення про заселення передгір'я Кавказького хребта кубанськими козаками та іншими категоріями населення» від 21 травня 1862 р.⁴; «Про поселення в Алтайському гірничому окрузі державних селян» від 30 липня 1865 р.⁵; «Положення про заходи щодо розселення в Оренбурзькій губернії переселенців з інших губерній, які давно там мешкають» від 9 квітня 1869 р.⁶; «Про переселенців Тобольської, Томської губерній, які оселилися там з давніх часів» від 9 листопада 1876 р.⁷

Поряд із вищезгаданими у 60–70-х роках XIX ст., було чимало інших правових актів, що регулювали міграційні процеси в імперії, які після реформи 1861 р. набули небачених масштабів. Особливістю цих актів було те, що вони мали разовий характер, або регулювали порядок розміщення переселенців, їх нові права та обов'язки в окремо взятому регіоні. На межі 70–80-х років в урядових колах визріла думка про необхідність загальнодержавного правового акта, який регулював би порядок заселення і господарського освоєння казенних земель як у губерніях європейської частини імперії, так і на її окраїнах. Розуміючи

¹ Зайончковський П. А. Российское самодержавие в конце XIX столетия (Политическая реакция 80-х – начала 90-х годов) / П. А. Зайончковский. – М., 1970. – 444 с.

² Полное собрание законов Российской империи (ПСЗРИ). Собр. 1-е. – Т. XXVII. – № 19117.

³ ПСЗРИ. Собр. 2-е. – Т. XXVII. – № 20103.

⁴ Там само. – № 38256.

⁵ Там само. Собр. 2-е. – Т. XXXII. – № 42353.

⁶ Там само. Собр. 2-е. – Т. XXIV. – № 46952.

⁷ Там само. Собр. 3-е. – Т. I. – № 55527.

глобальний характер змін, які можуть викликати у законодавчій сфері загальноімперський переселенський закон, урядові кола в умовах революційної ситуації, апогеєм якої стало вбивство 1 березня 1881 р. народовольцями царя Олександра II, нашвидкуруч підготували так звані «Тимчасові правила по облаштуванню переселенців на казенних землях», які після затвердження його новим імператором Олександром III 10 липня 1881 р. стали законом¹. У пояснювальній записці, яку міністр внутрішніх справ Н. П. Ігнат'єв направив до Комітету міністрів разом із відповідним законопроектом, зазначалося, що залишати переселенську справу у невизначеному стані надалі неможливо².

Щоб не викликати зайвого ажіотажу серед мешканців центрально-чорноземних губерній, де від безземелля і малоземелля страждали десятки мільйонів селян, було вирішено застосувати нові правила на практиці «без особливого розголошення», тобто таємно від тих, на кого вони, власне, і були розраховані³. Такий підхід уряду мав своїм наслідком те, що цими правилами скористалося лише 975 домогосподарів із 60-ти тисяч селян, які реально змінили місце свого постійного проживання у 80-х роках XIX ст.⁴

Чи не найсуттєвішим фактором стримування міграційних процесів в імперії була норма закону від 10 липня 1881 р. щодо видачі необхідних документів на переселення лише тим селянам, «економічний стан яких їх до того змушує»⁵. Право ж визначення економічного стану надавалося двом міністрам — внутрішніх справ та державних маєтностей за відповідним поданням губернської адміністрації, яка у центрально-чорноземних губерніях не була зацікавлена у зменшенні у своєму регіоні кількості платників податків та дешевої робочої сили.

Розуміючи певну обмеженість «Тимчасових правил», які не давали відповіді на багато життєво важливих питань аграрно-селянської політики, міністр внутрішніх справ Н. П. Ігнат'єв наприкінці 1881 р. вирішив скликати особливу нараду так званих «знавців», які повинні були продовжити роботу над загальноімперським переселенським законом.

¹ ПСЗРИ. Собр. 3-е. – Т. III. – № 56872.

² Сельскохозяйственное ведомство за 75 лет его деятельности (1837–1912 гг.) / сост. Г. К. Гинс и П. А. Шафранов. – Изд. Канцелярии ГУЗ и З. – Пг., 1917. – С. 62.

³ Російський державний історичний архів (РДІА). – Ф. 391: «Переселенське управління».

⁴ Сельскохозяйственное ведомство за 75 лет его деятельности (1837–1912 гг.) / сост. Г. К. Гинс и П. А. Шафранов. – Изд. Канцелярии ГУЗ и З. – Пг., 1917. – С. 63.

⁵ РДІА. – Ф. 391. – Оп. 1. – Спр. 4. – Арк. 6.

До складу «особливої наради» входило 24 особи. Це були не лише високопосадовці Міністерства внутрішніх справ, Міністерства державних маєтностей та Міністерства фінансів, а й відомі на той час учені-економісти, представники місцевого дворянства. До числа найвідоміших осіб належали, наприклад, слов'янофіли А. Н. Аксаков, учений-економіст Н. А. Ваганов, юрист за освітою, поміщик А. А. Бобринський, меценат-українофіл Г. П. Галаган та ряд інших державних і громадських діячів.

Як і слід було чекати, під час обговорення найважливіших положень майбутнього законопроекту погляди розійшлися. Відповідно до певних уявлень про майбутній закон було розроблено чотири законопроекти. Один із них було підготовлено більшістю членів особливої наради «знавців». Його автори наполягали, що слід надати усім селянам право вільного переселення з одного в інше місце імперії, адже все одно ніякими заходами «переселення зупинити неможливо». «Коли говорять про необхідність визнати свободу переселення, — відзначено у проекті більшості, — не слід забувати, що ця свобода вже існує, що мова йде лише про те, щоб покласти цю норму в основу закону з метою привести її у відповідність із життям»¹. Більшість вважала, що ніяких пільг переселенцям надавати не слід, адже ця обставина у міграційних процесах може відігравати роль стримуючого фактора.

«Цілком достатньо, — вважала більшість, — видати такий закон про переселення, який, з одного боку, мав би значення запобіжного клапану, а з другого — давав би можливість державі одержувати максимальну користь від надлишку народонаселення, яке прагне переселитися на вільні землі»².

Цим проектом передбачалося видавати «у міру можливості» дозволи на переселення до Сибіру, Середньої Азії, Казахстану і Закавказзя. Таке формулювання давало юридичну підставу Міністру внутрішніх справ у будь-який час відмовити у видачі дозволу, а переселятися «на свій страх і ризик», вважали автори законопроекту, наважитись не кожен.

Найпрогресивнішим з економічної і політичної точки зору був законопроект, запропонований меншістю народи «знавців», серед яких були Н. А. Ваганов, Л. В. Воцеславцев, Н. А. Лисаневич, Е. Л. Марков і Ф. П. Нікітін. Перший із вищезгаданих авторів законопроекту ви-

¹ Проект положення о переселении, составленный совещанием следующих людей. — Б.м. и г.п. — С. 35.

² Там само. — С. 39.

ступив із різкою критикою одного із головних пунктів проекту більшості, де йшлося про те, що допомога переселенцям може надаватися лише у виняткових випадках. Меншість стверджувала, що уряд повинен надавати всіляку допомогу не тільки тим, «у кого немає землі, немає засобів для існування, але і малоземельним селянам, які мають у своєму розпорядку менше 5-ти десятин на ревізку душу»¹.

Особливу думку сформулювала група «знавців» у складі Н. А. Арапова, А. Д. Дашкова і К. А. Рачинського. Не виступаючи проти надання права на переселення усім селянам, які цього потребують, вони пропонували спершу вивчити наявність колонізаційного фонду і у відповідності з його розмірами організувати переселення певної частини сільської бідноти на вільні казенні землі східних окраїн імперії.

Особливу думку виклав у своїй записці яскравий представник великого поміщицького землеволодіння А. А. Бобринський. Його позиція зводилася до того, щоб уряд здійснював суворий і жорсткий контроль за ходом селянських переселень. Таке ставлення до переселень мало суперечливий характер, що визначилося головним чином його соціальним статусом. Як колишній поміщик-кріпосник, господарство якого ще користувалося напівфеодальними методами експлуатації наймитів, він вимагав «залишити існуючу в цей час систему одержання переселенських документів»². Одночасно з цим граф А. А. Бобринський визнавав користь селянських переселень у справі господарського освоєння нових земель.

Таким чином, практично всі члени наради певною мірою погоджувалися з тим, що переселення селян як соціально-економічне явище є для держави корисним, а значить потребує певної правової регламентації. Одержавши відповідні пропозиції членів особливої наради, уряд вирішив ознайомитися із позицією адміністрації центрально-чорноземних губерній. Разом із різними проектами нових правил про переселення губернаторам було запропоновано надіслати свої відповіді на сім запитань, серед яких найважливішим вважалося те, що стосувалося надання селянам права вільного переселення. Протягом 1882 р. губернатори надсилали свої пропозиції щодо майбутнього переселенського закону. Усі губернатори, без винятку, визнали за необхідне вжити необхідних заходів з метою «усунення тих чи інших не-

¹ РДА. – Ф. 391. – Оп.1. – Спр. 4. – Арк. 160.

² Мнение члена совещания следующих людей по переселенческому вопросу графа А. А. Бобринского. – СПб., 1882. – С. 37.

доліків в економічних умовах відповідної місцевості». Стосовно видання загальноімперського закону, який би регулював переселенський рух у країні, голоси розділилися. Так, чернігівський губернатор писав, що ніяких порушень існуючих порядків боятися не слід. Діючи енергійно і послідовно, влада може упоратися із самовільним переселенням і взагалі «із будь-яким незадоволенням»¹.

Беручи до уваги значну актуальність для свого краю переселенсько-го питання, чернігівський губернатор С. В. Шаховський не обмежився формальними відповідями на запропоновані Міністром внутрішніх справ запитання. У записці, обсягом кілька десятків друкованих сторінок, він детально виклав своє бачення переселенського законодавства.

Обґрунтовуючи свою тезу про всіляке обмеження прагнень широким мас трудового селянства переселятися на вільні землі окраїн, губернатор пропонував у новому законодавстві передбачити право на переселення лише так званого «надлишку» землеробського населення. Пільги ж «законним» переселенцям слід надавати лише «у виняткових випадках»².

На думку полтавського губернатора, переселенський рух з українських губерній буде стримуватися «існуючим там подвірним землеволодінням»³.

Хоча ухвалення нового закону було необхідним, проте реалізувати його слід обережно, щоб не викликати незадоволення переселенців відмовами у відведенні достатньої кількості землі при переселенні на нових місцях. Що ж стосується представників адміністрації Правобережної України, то всі вони висловилися проти зміни порядку, який було встановлено «Тимчасовими правилами» 1881 р. На їхню думку новий закон у разі його ухвалення викличе серед селян «велике сум'яття» і масовий «переселенський рух»⁴.

Невідомо, як розвивалися б події з підготовкою нового переселенського закону, якби Міністром внутрішніх справ залишався Н. П. Ігнат'єв. Проте у 1882 р. у керівництві цього найважливішого міністерства сталися зміни, пов'язані з новим очільником цієї інституції. Мова йде про графа Д. А. Толстого — цього, за визначенням фахівців,

¹ РДА. – Ф. 391. – Оп. 1. – Спр. 9. – Арк. 30.

² Шаховской С. В. Заключение черниговского губернатора по вопросу о переселении / С. В. Шаховской. – Чернигов, 1882. – С. 45.

³ РДА. – Ф. 391. – Оп.1. – Спр. 9. – Арк. 30.

⁴ Там само. – Арк. 29.

«стовпа реакції»¹. У своїй «всеподданейшей» доповіді царю Д. А. Толстой виклав своє бачення переселенського питання. На його думку, ніякого загальнодержавного закону з цього приводу ухвалювати не слід через те, що уряд не має у своєму розпорядженні достатньої площі вільних земель. Разом з тим він визнавав факт аграрного перенаселення у 12-ти губерніях, серед яких було названо і ряд українських — Полтавську, Чернігівську і Харківську. Питання про надання дозволу переселятися з цих губерній повинно, на думку нового Міністра внутрішніх справ, вирішуватися місцевою адміністрацією, якій слід надати право «негайно зупинити переселення у кожному конкретному випадку, коли вона переконана у тому, що переселення відбувається необережно, без необхідних коштів і ясно визначеної мети»².

Отже, позиція графа Толстого зводилася до всілякого обмеження переселенських настроїв селянства і боротьби із самовільними аграрними міграціями силами місцевої адміністрації.

Пропозиції Д. А. Толстого у квітні 1884 р. були обговорені в Кабінеті Міністрів у присутності самого Олександра III і загалом схвалені. Детальна розробка належала спеціальній комісії, яку очолив заступник Міністра внутрішніх справ В. К. Плеве. Підготовка законопроекту здійснювалася характерним для російського самодержавства бюрократичним шляхом: підготовлений законопроект неодноразово направлявся на своєрідне рецензування тих чи інших міністрів, керівників відомств, після чого вносилися відповідні поправки, і бюрократичне коло повторювалося знову. Так продовжувалося до початку 1889 р., коли розроблений комісією В. К. Плеве законопроект було подано на розгляд Державної ради. Порядок видачі дозволів на переселення передбачалося зберегти таким же, як це було зафіксовано у «Тимчасових правилах» 1881 р. Дозвіл на переселення, як і раніше, повинні були давати за згодою два міністри — внутрішніх справ і державних маєтностей. На відповідний дозвіл могли розраховувати лише ті селяни, яких «економічне становище до цього примушує»³. Казенні землі в губерніях європейської частини країни новоселам повинні були надаватися лише у тимчасове користування, а в губерніях і областях Сибіру і Казахстану — у постійне. У законопроектах для новосельців передбачалися певні пільги щодо сплати податків, кредитів на домооб-

¹ Зайончковский П. А. Российское самодержавие в конце XIX столетия (Политическая реакция 80-х – начала 90-х годов) / П. А. Зайончковский. – М., 1970. – С. 183.

² РДА. – Ф. 911: «Вешняков В.И.». – Оп. 1. – Спр. 107. – Арк. 18.

³ РДА. – Ф. 391. – Оп.1. – Спр. 43. – Арк. 37.

заведення. У травні 1889 р. з'єднані департаменти законів і державної економіки обговорили поданий Д. А. Толстим законопроект. Відредагований у цій державній інституції законопроект ще більше обмежив права переселенців. Пільги були скасовані, а пункт про пільговий залізничний тариф для переїзду переселенської родини було знято як небажаний. Державні кредити на здійснення організованих переселень були скорочені у червні 1889 р. Загальні збори державної влади схвалили той варіант законопроекту, з яким погодилися з'єднані департаменти. Після затвердження його царем 13 липня 1889 р. він набув сили закону під назвою: «Про добровільне переселення сільських обивателів і міщан на казенні землі»¹. Його дія продовжувалася до 1904 р., коли під тиском селянських повстань у Полтавській і Харківській губерніях 1902 р. було ухвалено новий загальноімперський переселенський закон².

Як і «Тимчасові правила» 1881 р., закон від 13 липня 1889 р. мав на меті всіляко обмежувати природну рухливість непривілейованих станів, що, як відомо, становили майже 90 % усього населення імперії. Та попри численні обмеження, закон від 13 липня 1889 р. мав не регіональний, як це було раніше, а загальнодержавний характер, визначаючи юридично унормовані права та обов'язки мігрантів. У тих губерніях і областях, де уряд визнавав факт наявності вільних казенних земель, «законні» переселенці одержували землю у постійне користування. За це вони зобов'язувалися сплачувати поземельний податок, відбувати казенні і земські повинності. Переселенці звільнялися від сплати казенних зборів і орендних платежів у європейській частині імперії на два роки, за Уралом — на три роки повністю, а наступні три роки — на 50 %.

Крім того, від військової повинності європейські регіони звільнялися на два роки і на три роки — у Заураллі. Найнужденніші переселенці могли розраховувати на позику 50–60 карбованців на родину, терміном на 33 роки при 6 % річних. Для будівництва житла і на продовольство кошти надавалися терміном до: перші три роки без відсотків, а у наступні — 3 % річних³.

¹ ПСЗРИ. Собр. 3-е. – Т. IX. – № 6198.

² РДА. – Ф. 391. – Оп. 1. – Спр. 1546. – Арк. 71.

³ Россия. Государственный сенат. Временные организации : материалы. – Т. 54. – Б.м. и г.п. – Документ № 29. – С. 13.

На основі цього закону протягом перших 3-х років після введення його в дію уряд видав дозвіл на переселення 17 289 родинам, з яких 11 362 мешкали в губерніях Наддніпрянської України, переважно на її Лівобережжі. За цей же час на територію Зауралля прийшло 28 911 родин (близько 150 тис. осіб обох статей). У 1892 році після голоду 1891–1892 років із центрально-чорноземних губерній за Урал прибуло 84 200 осіб; у 1893 р. — 61 435 осіб¹.

Як і раніше, переважну частину мігрантів становили українці, вихідці із Полтавської, Чернігівської, Харківської губерній. Так, наприклад, у 1892 р. до приморської області прибуло 2 207 переселенців, з яких 2 098 осіб (95,06 %) губерній². У наступні роки масштаби переселенського руху продовжували зростати, хоча уряд в особі Міністра внутрішніх справ час від часу віддавав накази губернаторам узагалі припиняти видачу будь-яких документів на переселення, як це було, наприклад, 6 березня 1892 р. Проте, незважаючи на заборону, на територію Зауралля щороку прибували десятки тисяч мігрантів³.

Як же українські мігранти обходили вимоги переселенського закону від 13 липня 1889 р.? На це запитання дав відповідь полтавський губернатор у своїй записці, надісланій до Міністерства внутрішніх справ невдовзі після аграрних заворушень 1902 р. Щоб одержати потрібні для переселення кошти, селяни передавали за певну винагороду своє право землекористування комусь із односельців, одержуючи на руки відповідну ухвалу сільського сходу, яка мала передбачену законом юридичну силу. «Найчастіше, — відзначав губернатор, — переуступка землі за грошову винагороду здійснюється на простому або гербовому папері у присутності свідків; інколи документ засвідчується печаткою сільського старости, а іноді угода підтверджується, всупереч закону, волосним правлінням. Через те, що переселенці інколи повертаються із Сибіру на батьківщину і вимагають повернути свій наділ, покупці як гарантію своєї власності оформляють фіктивне боргове зобов'язання продавцю на значну суму... Інколи, — продовжував губернатор, — продаж оформлюється у вигляді здачі в оренду на тривалий термін»⁴. Сумнівність вищезгаданих актів з юридичної точки зору і нагальна

¹ Сельскохозяйственное ведомство за 75 лет его деятельности (1837–1912 гг.) / сост. Г. К. Гинс и П. А. Шафранов. – Изд. Канцелярии ГУЗ и З. – Пг., 1917. – С. 65.

² Див.: Кабузан В. М. Дальневосточный край в XVII – начале XX в. (1640–1917): Историко-демографический очерк / В. М. Кабузан. – М., 1985. – С. 203.

³ Див.: Яхонтов А. П. Переселение и колонизация / А. П. Яхонтов. – Харьков, 1925. – С. 41.

⁴ РДІА. – Ф. 1273: «Комітет Сибірської залізниці». – Оп. 1. – Спр. 437. – Арк. 10.

потреба мати для переселення певну суму коштів змушували переселенців «віддавати землю за низькою ціною, аби тільки одержати на руки сякі-такі гроші»¹. Підготовка переселенського закону від 13 липня 1889 р. та його застосування у наступні роки свідчить, що керівництво тогочасної країни навіть у такому, здавалося б, очевидному питанні, як необхідні заселення і господарського освоєння величезних просторів Сибіру і Далекого Сходу, Казахстану і Середньої Азії, ряду інших регіонів країни, керувалося вузько класовими інтересами помісного дворянства. Його ставлення до мобільності сільськогосподарських виробників з числа непривілейованих станів у 80-х роках досить чітко сформулював один із тогочасних губернаторів. «Основна маса поміщицьких господарств у малоземельних і число землеробських губерній, поза всяким сумнівом, може існувати виключно через дешевизну робочих рук і високі орендні ціни на землю... Тому, якщо уряд негайно прийде на допомогу незаможним переселенцям, дуже багато поміщицьких господарств неминуче розоряться»².

Незважаючи на численні законодавчі обмеження і адміністративні покарання самовільних переселенців, міграційні процеси царському уряду в бажаних рамках так і не вдалося утримати. Об'єктивні закони ринкової економіки, у якій робоча сила є цінним товаром, примушували самодержавство час від часу робити поступки мігрантам, а у роки столипінської реформи проголосити повну свободу переселення кожному, хто цього забажає. З точки зору перспектив подальшого дослідження переселенського законодавства певний інтерес становить таке питання, як порівняльний аналіз усіх законодавчих актів царської Росії епохи капіталізму. Окремого аналізу потребує законодавче регулювання матеріальної допомоги переселенцям, адже «Правила видачі позик» хоч і були підзаконними актами Міністерства державних маєтностей (з 1906 р. — Головне управління землеробства і землеустрою), проте мали надзвичайно важливе значення для практичної реалізації у Російській імперії тих чи інших законодавчих актів.

¹ РДІА. – Ф. 1273: «Комітет Сибірської залізниці». – Оп. 1. – Спр. 437. – Арк. 10.

² РДІА. – Ф. 391. – Оп. 1. – Спр. 9. – Арк. 38.

ПРОБЛЕМИ ЦИВІЛЬНОГО ТА ГОСПОДАРСЬКОГО ПРАВА

І. Жилінкова, доктор юридичних наук,
професор кафедри цивільного пра-
ва Національної юридичної академії
України імені Ярослава Мудрого, член-
кореспондент Академії правових наук
України

Конструкції заміни боржника у цивільному зобов'язанні

В юридичній практиці нерідко постає питання щодо необхідності заміни однієї зі сторін зобов'язання за бажанням учасників правовідносин. Така заміна опосередковується спеціальними юридичними засобами. У цьому аспекті можна говорити про існування цілої низки самостійних *конструкцій заміни боржника у зобов'язанні*. Конструктивний підхід до проблем заміни боржника вбачається цілком виправданим, оскільки він надає можливість визначити основні, ключові моменти, не зупиняючись на питаннях, які не мають принципового значення.

Доречним при цьому буде використання загальнотеоретичного розуміння правової конструкції як модельної схеми, типової побудови, усталеного зв'язку окремих елементів — прав та обов'язків, відповідальності, юридичних фактів тощо¹. Будь-яка правова конструкція має бути самодостатньою, мати цілісний та закінчений характер, тобто включати такий набір елементів, який надавав би можливість її практичного застосування та вичерпного розуміння. Вона не може потребувати додаткових елементів, іншої інформації про її зміст та принцип дії. Кожен з елементів такої правової конструкції має бути невід'ємним і логічно взаємопов'язаним з іншими елементами. У свою чергу ефективність правової конструкції у цілому залежить від «якості» кожної з її складових, логічної взаємної пов'язаності всіх елементів між собою, коли кожен з них не суперечить, а доповнює інший. Окрім власної

¹ Див.: Алексеев С. С. Юридические конструкции – ключевое звено права / С. С. Алексеев // Цивилистические зап. : межвуз. сб. науч. тр. – М., 2001. – С. 6, 8, 14.

внутрішньої структури кожна правова конструкція має і зовнішній елемент — юридичну мету, задля досягнення якої вона створена. Правова конструкція «обслуговує» досягнення саме правової мети, хоча її дія, без сумніву, має широкий соціальний ефект.

У такому розумінні *конструкції заміни боржника у зобов'язанні* — це сукупність правових елементів (односторонніх та двосторонніх правочинів, прав та обов'язків сторін, актів органів влади, судових рішень, відповідальності тощо), яка дозволяє досягти поставленої мети, а саме здійснити перехід обов'язку (боргу) від однієї особи до іншої шляхом заміни зобов'язаної особи (боржника).

Конструкції заміни боржника у зобов'язанні, що здійснюються за ініціативою учасників, можуть бути класифіковані за різними критеріями. За принципом *цільової спрямованості волі учасників правовідносин* можна визначити конструкції, в яких заміна боржника є:

- 1) *основною метою* правової взаємодії учасників правовідносин;
- 2) *додатковим правовим ефектом*, оскільки воля учасників безпосередньо спрямована на досягнення іншого правового результату.

Сторони можуть спрямовувати свої дії виключно на заміну боржника у зобов'язанні. Водночас заміна боржника може і не бути основною метою взаємодії сторін. Наприклад, за договором купівлі-продажу разом із річчю до нового власника можуть переходити і відповідні обов'язки попереднього власника (ст. 770, ст. 814 ЦК). Отже, заміна боржника (первісного власника на нового) хоча і здійснюється за волею сторін, не є безпосередньою правовою метою договору купівлі-продажу. Вона виступає як «додатковий ефект» взаємодії сторін. Воля сторін спрямована на перехід права власності, а не на заміну боржника.

Утім існують «спеціалізовані» правові конструкції, які спрямовані саме на заміну боржника. Кожна з таких конструкцій має власну нормативну базу, структуру та зміст. Своєрідність кожної з них наочно виявляється в суб'єктивному аспекті — з точки зору способів волевиявлення учасників правовідносин. Серед конструкцій, які безпосередньо обслуговують заміну боржника, найбільший інтерес становлять:

- 1) *переведення боргу (як різновид делегації)*;
- 2) *прийняття на себе чужого боргу (intercessio, пасивна цесія)*;
- 3) *заміна боржника у процесі санації*.

1. Першою та, без сумніву, основною конструкцією заміни боржника у зобов'язанні є традиційна конструкція *переведення боргу*. Вона

передбачає, що заміна боржника здійснюється за волею усіх учасників правовідношення.

Переведення боргу застосовувалося ще в римському праві. Треба зазначити, що ця конструкція не була однозначно визначеною і перебувала в постійному розвитку. В найбільш спрощеному варіанті можна говорити про те, що як різновид делегації (*delegatio*) переведення боргу передбачало таке: попередній боржник (делегант) надавав іншій особі (делегату) вказівку (наказ, повноваження) зробити певні дії на користь третьої особи (делегатарія) або стати його боржником, у свою чергу новий боржник (делегат) зобов'язувався перед старим боржником виконати вказані дії на користь третьої особи (делегатарія). Делегант одночасно міг також уповноважити третю особу (делегатарія) прийняти надане йому делегатом¹.

У чинному законодавстві заміна боржника шляхом переведення боргу закріплена у статтях 520–523 ЦК України. Треба одразу зазначити, що законодавчий обрис цієї конструкції має не цілісний, а лише фрагментарний характер. Зокрема, у ст. 520 ЦК зазначається: боржник у зобов'язанні може бути замінений іншою особою (переведення боргу) за згодою кредитора. Таке визначення важко визнати вдалим, оскільки воно не враховує всіх суб'єктивних аспектів відносин, що виникають при заміні боржника. Закон робить наголос на волі (згоді) лише кредитора (делегатарія) і оминає інших учасників правовідносин. Дійсно, заміна боржника у зобов'язанні має принципове значення для кредитора, втім, не менш важливим це питання є і для нового боржника. Особа, яка «заступає» місце боржника, має висловити на це свою повну згоду. Крім того, переведення боргу в повному розумінні терміна (як різновиду *delegatio*) означає саме волю попереднього боржника (делеганта) та нового боржника, на якого борг переходить (делегата).

Указане свідчить про те, що закріплене у ст. 520 ЦК визначення переведення боргу не можна віднести до здобутків нового законодавства. Саме це, очевидно, не дає можливості однозначно встановити правову природу переведення боргу в сучасній юридичній літературі. Нерідко при характеристиці переведення боргу лише вказується, що воно здійснюється за згодою кредитора. Яку ж роль у процесі заміни сторони відіграють власне боржники, не підкреслюється. Тому існує необхідність чіткого визначення правової природи переведення боргу та внесення відповідних змін до законодавства України.

¹ Див.: Барон Ю. Система римського громадянського права : в 6 кн. / Ю. Барон. – СПб., 2005. – С. 768–770.

У сучасній літературі переведення боргу в переважній більшості характеризується як сукупність договору боржників та згоди кредитора. Висловлювалася також думка, що оскільки заміна боржника передбачає вольові дії трьох осіб — кредитора та двох боржників, то заміна боржника є багатостороннім правочином¹. Друга позиція викликала обґрунтовані заперечення². Дійсно, навіть вкрай скорочене визначення, що міститься у ст. 520 ЦК, свідчить про те, що згода кредитора розглядається як самостійне правове явище. Заміна здійснюється за згодою кредитора, а не за домовленістю між усіма учасниками, тому згода — це вольова дія однієї особи — кредитора. Водночас заміна боржника неможлива без домовленості між боржниками. Отже, конструкція переведення боргу базується на *двох самостійних вольових діях (правочинах) учасників цивільних правовідносин*: 1) двосторонньому правочині (договорі) між первісним та новим боржниками; 2) односторонньому правочині, яким є згода кредитора на заміну боржника.

Договір між боржниками про переведення боргу свідчить про наявність узгодженої волі двох осіб, спрямованої на переведення існуючого обов'язку від однієї з них на іншу. Сутність відносин полягає у тому, що первісний боржник переводить свій обов'язок (борг) щодо кредитора на іншу особу — нового боржника, а новий боржник приймає цей обов'язок (борг) на себе і зобов'язується перед попереднім боржником виконати цей обов'язок на користь кредитора.

Оскільки договір переведення боргу є договором між боржниками, він пов'язує самих цих осіб. Кредитор у договорі про переведення боргу участі не бере. Своєрідність указаних відносин знаходить свій вияв у тому, що навіть відсутність згоди кредитора або його пряма незгода на укладення боржниками договору не анулює автоматично цей договір. Якщо згоди кредитора немає, зрозуміло, що переведення боргу не відбудеться, проте, відносини між боржниками можуть зберігатися. Як зазначалося в літературі, навіть при негативній реакції кредитора новий боржник буде зобов'язаний звільнити попереднього боржника від виконання боргу. Для цього можливе застосування конструкції «покладення виконання»³. Йдеться про випадки, коли виконання обов'язку буде

¹ Цивільне право України : підручник : у 2 т. / В. І. Борисова, Л. М. Баранова, І. В. Жилінкова та ін. ; за заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатеевої, В. Л. Яроцького. – К., 2004. – Т. 2. – С. 19.

² Див.: Белов В. А. Сингулярное правопреемство в обязательстве / В. А. Белов. – М., 2000. – С. 183–186.

³ Гражданское право : учебник : в 3 т. / Е. Н. Абрамова, Н. Н. Аверченко, Ю. В. Байгушева и др. ; под ред. А. П. Сергеева. – М., 2009. – Т. 1. – С. 835.

покладено боржником на іншу особу за правилами, встановленими в законі. Треба ще раз наголосити, що за таких обставин переведення боргу не виникає, тому сторони не можуть називатися «делегант» та «делегат». Тут застосовуватиметься інша конструкція, а саме — виконання обов'язку боржника іншою особою (ст. 528 ЦК України).

Другим обов'язковим елементом конструкції переведення боргу є *згода кредитора*. Висловлення такої згоди в належній формі є об'єктивацією волі лише однієї сторони — кредитора, тому згода кредитора є одностороннім правочином. Як зазначав М. М. Агарков, згода кредитора як односторонній правочин може бути адресована старому та новому боржнику або обом боржникам одночасно. Головне, щоб вона була сприйнята адресатом¹.

Чинний ЦК України не визначає час та форму надання кредитором своєї згоди на переведення боргу. Втім ці моменти мають важливе значення. Можна припустити, що згода кредитора може надаватися як до, так і після укладення боржниками договору про переведення боргу. Завершення конструкції переведення боргу здійснюватиметься при вчиненні другого з правочинів.

Оскільки між згодою кредитора та договором боржників може існувати певний проміжок часу, виникає питання щодо можливої відмови від правочину будь-кого з учасників відносин. Це питання не вирішене в законі. Можна вважати, що оскільки договір боржників та згода кредитора щодо переведення боргу не є нерозривно пов'язаними між собою правочинами, то *до вчинення другого (за часом) правочину попередній правочин може бути скасований особою, яка його вчинила*. Право особи на відмову від вчиненого нею правочину передбачене у ст. 214 ЦК. Якщо, наприклад, першим за часом був договір боржників щодо переведення боргу, то до надання згоди кредитором боржники можуть його розірвати. Якщо ж спочатку була надана кредитором згода, то до укладення боржниками договору вона також може бути взята назад. В останньому випадку головним є доведення кредитором до відома боржників або хоча б одного з них інформації про відмову від правочину (наданої згоди).

Якщо виходити зі складного правочинного складу переведення боргу (договір боржників та згода кредитора) та застосувавши системне тлумачення норм чинного законодавства, треба визначати окремо:

¹ Див.: Агарков М. М. Избранные труды по гражданскому праву : в 2 т. / М. М. Агарков. – М., 2002. – Т. 2. – С. 119.

- а) форму договору про переведення боргу між боржниками;
- б) форму надання кредитором згоди.

Згідно із законом правочин щодо заміни боржника у зобов'язанні вчиняється у такій же формі, що і правочин, на підставі якого виникло зобов'язання з переведення боргу (ст. 513, ст. 521 ЦК). Отже, *форма договору про переведення боргу* залежить від форми правочину, що існує між боржниками. Відносини, що існують між попереднім боржником та його кредитором, не визначають форму правочину про переведення боргу.

Оскільки другим елементом конструкції переведення боргу є згода кредитора, необхідно визначитися щодо *форми надання кредитором такої згоди*. Треба підкреслити, що закон не вирішує цього питання ані прямо, ані опосередковано. У літературі зазначалося, що, враховуючи таку невизначеність закону, можна вважати, що згода кредитора може бути надана у будь-якій формі¹. З позицій логіки та чистоти теоретичної побудови конструкції переведення боргу з цим можна погодитися.

Утім для запобігання будь-яких ускладнень у практиці реалізації прав та обов'язків при переведенні боргу можна порадити учасникам застосувати «перестраховувальний підхід». Зокрема, ускладнити форму згоди кредитора і прирівняти її до форми договору між боржниками. Закон не лише не забороняє таких дій, а й навіть «запрошує» сторони здійснювати їх. Так, у ч. 1 ст. 205 ЦК зазначається, що сторони мають право обирати форму правочину, якщо інше не встановлено законом. У частині 4 ст. 209 ЦК України спеціально наголошується: на вимогу фізичної або юридичної особи будь-який правочин з її участю може бути нотаріально посвідчений.

У легальному визначенні переведення боргу такі моменти мали б враховувати. Зокрема, у ст. 520 ЦК України можна було б відзначити: *переведення боргу здійснюється шляхом укладення договору між первісним та новим боржниками, за яким первісний боржник переводить свій обов'язок (у повному обсязі або частково) до нового боржника, а новий боржник приймає його на себе і зобов'язується перед первісним кредитором щодо виконання на користь кредитора. Для переведення*

¹ Див.: Агарков М. М. Избранные труды по гражданскому праву : в 2 т. / М. М. Агарков. – М., 2002. – Т. 2. – С. 122; Белов В. А. Сингулярное правопреемство в обязательстве / В. А. Белов. – М., 2000. – С. 189. Автори аналізують ст. 128 ЦК РРФСР та чинну ст. 391 ЦК РФ. Позиція авторів має важливе значення, оскільки аналізовані ними законодавчі конструкції збігаються зі ст. 520 ЦК України.

боргу потрібна згода кредитора первісного боржника. Після переведення боргу кредитор втрачає право вимоги до первісного боржника (в обсязі переведеного боргу) та набуває відповідне право вимоги відносно нового боржника.

2. Заміна боржника у зобов'язанні може здійснюватися не лише шляхом переведення боргу. Реалізації такої мети може служити конструкція, відома під назвою «*прийняття чужого боргу*». Як і в попередньому випадку, ця конструкція є надбанням римського права. Окрім переведення боргу, в римському праві щодо заміни боржника у зобов'язанні використовувалися терміни «інтерцесія» (*intercessio*) або «пасивна цесія», *expromissio*.

Інтерцесія означала договір між двома особами — кредитором та особою, яка у наданій законом формі погоджувалася сплатити чужий борг¹. І хоча в римському праві існувало кілька варіантів використання терміна «інтерцесія», діяли три обов'язкові умови її застосування: 1) особа була зобов'язана прийняти борг; 2) цей борг був чужим; 3) особа укладала договір із кредитором².

Виникає питання щодо можливості застосування заміни боржника шляхом застосування конструкції інтерцесії у сучасних вітчизняних правових реаліях. У літературі висловлені цікаві міркування з цього приводу. Так, В. А. Белов, який всебічно дослідив проблему сингулярного правонаступства, вважає, що інтерцесія (пасивна цесія або цесія боргу) не є надбанням лише теорії цивільного права. Прикладом сучасної інтерцесії, на його думку, є випадки, коли третя особа задовольняє вимоги кредитора у разі небезпеки втрати свого права на майно боржника внаслідок звернення кредитором стягнення на це майно без згоди боржника (п. 2 ст. 313 ЦК РФ). Аналогічна норма закріплена в ч. 3 ст. 528 ЦК України.

Утім, із таким підходом важко погодитися. Аналізуючи сутність інтерцесії, автор підкреслює, що ця конструкція базується на домовленості між новим кредитором та боржником. При цьому новий боржник приймає на себе обов'язок перед кредитором здійснити виконання певного зобов'язання за третю особу (боржника)³. Це дійсно так. Про-

¹ Див.: Пухан І. Римское право (базовый учебник) / И. Пухан, М. Поленак-Акимовская; под ред. проф. В. А. Томсинова. – М., 1999. – С. 204.

² Див.: Барон Ю. Система римского гражданского права: в 6 кн. / Ю. Барон. – СПб., 2005. – С. 650.

³ Белов В. А. Сингулярное правонаступство в обязательстве / В. А. Белов. – М., 2000. – С. 205; Він же. Гражданское право: Общая часть: учебник / В. А. Белов. – М., 2002. – С. 456, 457.

те у наведених автором прикладах йдеться про інше. Якщо третя особа задовольняє вимоги кредитора, то вона по суті самостійно виконує зобов'язання замість боржника. Між особою, яка виконує чужий обов'язок, та кредитором немає договору. Тому тут не виникає зв'язаності нового боржника перед кредитором щодо виконання чужого боргу, як це має місце при інтерцесії. Третя особа нічого не обіцяє кредитору, вона не бере на себе обов'язок здійснити виконання за боржника. Оскільки між третьою особою та кредитором немає договору, який пов'язує третю особу чужим боргом, то немає й інтерцесії.

Випадки, коли третя особа задовольняє вимоги кредитора у разі небезпеки втрати свого права на майно боржника внаслідок звернення кредитором стягнення на це майно, дійсно, мають місце. Проте головним тут є, що третя особа спрямовує свої дії не на укладення договору з кредитором, а на фактичне виконання чужого боргу. Для такого типу відносин конструкція інтерцесії застосовуватися не може.

Із загальних принципів зобов'язального права зрозуміло, що особа, яка задовольнила вимоги кредитора, має стати на його місце, тобто набути прав кредитора. Такі відносини «обслуговує» конструкція не інтерцесії, а суброгації. У широкому розумінні суброгація означає перехід до правонаступника (суброгата), який виконав обов'язок за іншу особу (основного боржника) у момент та в розмірі виконаного надання прав кредитора (суброганта) до основного боржника. При цьому виконання не припиняє обов'язку основного боржника, а лише служить підставою для переходу прав кредитора¹.

Отже, механізм задоволення третьою особою вимог кредитора у разі небезпеки втрати її права на майно боржника внаслідок звернення кредитором стягнення на це майно (ч. 3 ст. 528 ЦК України) треба визнати самостійною правовою конструкцією, яка не збігається з конструкцією «взяття чужого боргу» (інтерцесії). Однак, це не свідчить про неможливість застосування останньої в юридичній практиці.

До конструкції інтерцесії входять два основних елементи: 1) договір між кредитором та третьою особою про взяття останнім на себе обов'язку (боргу) іншої особи, з якою кредитор перебуває у зобов'язальних правовідносинах; 2) односторонній правочин — згода кредитора звільнити первісного боржника від його обов'язку щодо

¹ Гражданское право : учебник : в 3 т. Т. 1 / Е. Н. Абрамова, Н. Н. Аверченко, Ю. В. Байгушева и др. ; под ред. А. П. Сергеева. – М., 2009. – С. 833; Брагинский М. И. Договорное право. Книга первая / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – 2-е изд. – М., 1999. – С. 476.

виконання обов'язку перед ним. Згода первісного боржника щодо здійснення його заміни не вимагається. Більше того, конструкція інтерцесії допускає навіть заперечення первісного боржника щодо його заміни.

Хоча чинне законодавство не передбачає конструкції заміни боржника, яка б базувалася на договорі між кредитором та новим боржником, не можна вважати, що договір між особою, яка хоче взяти на себе чужий борг, та кредитором суперечить нормам чинного законодавства. Керуючись загальними положеннями про свободу договору (ст. 7, ст. 624 ЦК), можна передбачити такий розвиток договірної ініціативи, коли учасники цивільних правовідносин вважатимуть за необхідне укласти новий вид договорів про заміну боржника у зобов'язанні, зокрема, договір між новим боржником та кредитором про взяття чужого боргу¹.

3. У контексті співвідношення різних конструкцій заміни боржника у зобов'язанні, зокрема, конструкцій переведення боргу та прийняття на себе чужого боргу, цікаво проаналізувати чинне законодавство, що застосовується у процесі *санації боржника*. У частині 2 ст. 18 Закону України № 784-XIV «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» (далі — Закон) від 30.06.1999 р. та п. 6 Порядку проведення досудової санації державних підприємств, затвердженого ПКМУ від 17.03.2000 р. № 515, вказано, що заходами щодо відновлення платоспроможності боржника, які містить план санації, можуть бути: зобов'язання інвестора про погашення боргу (частини боргу) боржника, зокрема шляхом *переведення на нього боргу (частини боргу)*.

Як і чинний ЦК України, законодавство про банкрутство обмежується лише вказівкою на те, що санація здійснюється шляхом переведення боргу. Більш-менш детального визначення цього питання в ньому немає. Можна було б вважати, що закон не повинен пояснювати усталені терміни, сутність яких має бути відома фахівцям і без пояснень. Утім проблема все ж таки існує, оскільки в законі містяться положення, які піддають сумніву застосування при санації саме конструкції переведення боргу.

Якщо перевести термінологію законодавства про банкрутство в ракурс термінології переведення боргу, то можна вважати, що пере-

¹ Див.: Боднар Т. В. Виконання договірної зобов'язання в цивільному праві / Т. В. Боднар. – К., 2005. – С. 152, 153.

ведення боргу при санації має передбачати: 1) договір між первісним боржником та інвестором про переведення обов'язку з першого до другого; 2) згоду кредитора (кредиторів) боржника щодо переведення боргу.

Утім, законодавство про банкрутство не передбачає обох указаних елементів, передусім, домовленості між боржником та інвестором. Як зазначалося, у конструкції переведення боргу ключовою фігурою має виступати первісний боржник. Саме він переводить із себе борг на іншу особу. Водночас реальними фігурами у процесі санації виступають лише кредитор (комітет кредиторів) та інвестор (інвестори). Про це свідчить ціла низка положень законодавства. Найбільш важливою можна вважати вказівку закону про те, що виступити інвестором (тобто новим боржником або — за конструкцією переведення боргу — делегатом) може будь-яка фізична або юридична особа, яка виявить бажання взяти участь у процедурі санації боржника. При цьому такі особи подають заяву про участь у санації боржника розпоряднику майна (ч. 2 ст. 14 Закону). Отже, закон не згадує про первісного боржника. Ініціатива йде саме від нового боржника — інвестора. Той факт, що інвестор подає заяву про участь у санації, не залишає сумнівів, що йдеться про односторонній правочин (волю лише інвестора), а не договір між попереднім та новим боржниками. Це підтверджується також іншими положеннями закону (ч. 2 ст. 17). Зокрема, кандидатури інвестора (інвесторів) можуть бути запропоновані комітету кредиторів будь-ким із кредиторів (не боржником) або представником органу, уповноваженого управляти майном боржника. Саме комітет кредиторів, а не боржник приймає рішення про вибір інвестора (інвесторів). Вказане свідчить про те, що в процесі санації застосовується конструкція, яка не збігається із традиційною конструкцією переведення боргу. Оскільки тут заміну боржника ініціює новий боржник (інвестор), а питання погоджується з кредитором (комітетом кредиторів), то можна проводити паралелі з конструкцією прийняття на себе чужого боргу — інтерцесією (*expromissio*), а не переведенням боргу.

Своєрідного характеру в процесі санації набуває також згода кредитора боржника. Як відомо, конструкція переведення боргу означає обов'язкову згоду кредитора. Без такої згоди переведення боргу не відбудеться. Втім у процесі санації думка кредитора щодо її проведення може і не враховуватися. Згідно з ч. 5 ст. 18 Закону протокол засідання комітету кредиторів може містити особливу думку кредиторів,

які голосували *проти* порядку і строків погашення заборгованості, передбачених у плані санації.

Особливість відносин санації знаходить свій вияв також у тому, що схвалений комітетом кредиторів план санації та протокол засідання комітету кредиторів подаються керуючим санацією до арбітражного суду на затвердження. Арбітражний суд затверджує план санації боржника, про що виноситься відповідна ухвала. Отже, без затвердження судом плану санації заміна боржника у зобов'язанні відбутися не може. Це не відповідає загальній конструкції переведення боргу, яка обмежується лише домовленістю боржників та згодою кредитора.

Таким чином, конструкція заміни боржника при санації передбачає наявність таких елементів, як: згода нового боржника (інвестора) взяти на себе чужий борг; згода кредитора (комітету кредиторів) щодо заміни боржника; затвердження плану санації; ухвала суду про затвердження плану санації; окрема думка кредиторів, які не згодні з планом санації тощо.

Вказане свідчить про недоцільність ототожнення конструкції заміни боржника при санації з переведенням боргу. Якщо потрібні певні паралелі, то заміну боржника при санації можна порівнювати із прийняттям чужого боргу (інтерцесією), а не з переведенням боргу. У найбільш точному розумінні заміна боржника при санації може розглядатися як самостійна правова конструкція, що має власну структуру та сферу застосування.

В. Крат, кандидат юридичних наук,
асистент кафедри цивільного права № 1
Національної юридичної академії України
імені Ярослава Мудрого

Нетиповість у цивільному праві: історія та сучасність

Зміна економічних умов і застосування в законодавстві нових правових конструкцій змушує до критичного погляду на певні непохитні аксіоми в науці. Хоча це може викликати заперечення, мовляв, саме доктрина повинна аргументувати, чи доречно впроваджувати певне правило, але регулювання суспільних відносин за допомогою якісно інших інститутів є поштовхом до аналізу та обґрунтування тих правових моделей, що застосовуються практикою.

Окрім того, в сучасних умовах висувуються якісно нові вимоги до розвитку та регулювання суспільних відносин, на які не завжди вчасно і адекватно реагує право. У цьому разі над правовою сферою невпинно тяжіє «данина» використання для правового регулювання суспільних відносин «класичних» правових засобів, під які «підлаштовуються» нові відносини. Тому цілком обґрунтовано І. Спасибо-Фатеєва вказує, що дотепер юридична наука не виявляє яких-небудь тенденцій до того, щоб подолати гіперконсерватизм і запропонувати такі правові засоби, які могли б бути не просто адекватними економічному і суспільному вектору, а концентровано направлени його потенціал на благо розвитку цивілізації¹.

Напевне, саме це зумовило інтенсивну появу в доктрині різноманітних своєрідних термінологічних понять, за допомогою яких учені намагаються розкрити або пояснити, чи згрупувати деякі правові явища з позицій нетиповості, невідповідності тим правовим засобам, що застосовуються для регулювання певних суспільних відносин. *Exempli gratia* про це свідчить використання у доктрині таких термінів як: «аномалії»², «нетипові явища»³, «нетиповий

¹ Спасибо-Фатеєва І. В. Новейшие тенденции переосмысления сущности юридического лица / И. В. Спасибо-Фатеєва // Гражданское законодательство. Статьи. Комментарии. Практика / под ред. А. Г. Диденко. – Алматы, 2009. – Вып. 33. – С. 227.

² Див.: Аномалії в цивільному праві України: навч.-практ. посіб. / відп. ред. Р. А. Майданік. – К., 2007. – 912 с.

³ Див.: Мирошниченко Т. Н. Нетипичные явления в советском праве : автореф. дис. на соискание степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «теория и история государства и права; история политических и правовых учений» / Т. Н. Мирошниченко. – Харьков, 1985. – 24 с.

інститут»¹, «нетипова конструкція»², «квазіюридична особа»³, «квазіпублічна корпорація»⁴, «квазінеурядова організація»⁵, «квазіорган квазіюридичної особи»⁶, «квазісуб'єктне утворення»⁷, «квазігроші»⁸, «нетипові об'єкти інтелектуальної власності»⁹, «квазівиключне право»¹⁰, «квазіобов'язки»¹¹, «нетипові договірні відносини»¹², «нетипова договірна конструкція»¹³.

Нетиповість необов'язково відзначається вживанням незвичних та не властивих цивілістиці термінів¹⁴, вони лише можуть додатково під-

¹ Див.: Садиков О. Н. Нетипичные институты в советском гражданском праве / О. Н. Садиков // Сов. гражданское право. – 1979. – № 2. – С. 32–39.

² Див.: Крат В. І. Коментар статті 1228 Спадкування права на вклад у банку (фінансовій установі) / В. І. Крат // Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців) / за заг. ред. проф. І. В. Спасибо-Фатеевої. – Х., 2009. – Т. 12 : Спадкове право. – С. 134.

³ Див.: Головизнин А. Некоторые вопросы участия в гражданском обороте органов государственной власти (местного самоуправления) / А. Головизнин // Хозяйство и право. – 1999. – № 6. – С. 61–62.

⁴ Див.: Козлова Н. В. Понятие и сущность юридического лица. Очерк истории и теории : учеб. пособие / Н. В. Козлова. – М., 2003. – С. 240.

⁵ Див.: Руководство по разработке и применению законов, регулирующих деятельность гражданских организаций / Леон Айриш и др. – Алматы, 2006. – С. 123.

⁶ Див.: Андреев Ю. Н. Участие государства в гражданско-правовых отношениях / Ю. Н. Андреев. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2005. – С. 33.

⁷ Див.: Любимов Ю. С. Квазисубъектное образование в гражданском праве / Ю. С. Любимов // Правоведение. – 2000. – № 6. – С. 98–125.

⁸ Див.: Тихомирова Л. В. Юридическая энциклопедия / Л. В. Тихомирова, М. Ю. Тихомиров ; под ред. М. Ю. Тихомирова. – М., 1997. – С. 198.

⁹ Див.: Жуков В. И. Правовой режим нетипичных объектов интеллектуальной собственности / В. И. Жуков // Правовое государство. Проблемы правотворчества. – Тарту, 1989. – С. 191–197.

¹⁰ Див.: Дозорцев В. А. Информация как объект исключительного права / В. А. Дозорцев // Дело и право. – 1996. – № 4. – С. 27–38.

¹¹ Див.: Мица Ю. В. Коментар статті 14 Виконання цивільних обов'язків / Ю. В. Мица // Цивільний кодекс України : Науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців) / за заг. ред. проф. І. В. Спасибо-Фатеевої. – Х., 2010. – Т. 1 : Загальні положення. – С. 157.

¹² Див.: Ойгензихт В. А. Нетипичные договорные отношения в гражданском праве : учеб. пособие / В. А. Ойгензихт. – Душанбе, 1984. – 128 с.

¹³ Див.: Костюк И. В. Нетипичные договорные конструкции в сфере электронной торговли / И. В. Костюк // Законы России: опыт, анализ, практика. – 2009. – № 1.

¹⁴ Див.: Спасибо-Фатеева И. В. Новейшие тенденции переосмысления сущности юридического лица / И. В. Спасибо-Фатеева // Гражданское законодательство. Статьи. Комментарии. Практика / под ред. А. Г. Диденко. – Алматы, 2009. – Вып. 33. – С. 227–245.

креслювати особливість, подібність або схожість певного правового явища, його розвиток чи невідповідність із позицій сучасних засобів правового регулювання. Антиподом такого використання є невинне тяжіння в сучасних наукових дослідженнях до використання цих термінів, з метою показати відсутність тривіальності та наявність евристичності. Втім це не завжди відбувається вдало та послідовно, що досить часто призводить до еkleктичності отриманого результату.

Слід зазначити, що сучасна доктрина перебуває лише на етапі констатації необхідності пояснення феномену нетиповості без висунення адекватних та обґрунтованих пропозицій щодо його ролі у цивільному праві. Це, зокрема, пов'язано з відсутністю самого розуміння нетиповості, аналізу сутнісного її аспекту, взаємозв'язку та впливу на суміжні правові явища. Хоча є очевидним, що вона потребує не тільки змістовної визначеності, а й формально-логічної, розрахованої на стабільне практичне застосування.

Тому існує безсумнівний інтерес простежити як еволюцію нетиповості в період римського приватного права, так і вплив сформованих поглядів на сучасний розвиток деяких інститутів цивільного права.

Безумовно, кожен дослідник намагається, особливо в сучасних умовах, показати історичну взаємозалежність та обумовленість деяких правил з позицій римського приватного права. Разом із тим слід однозначно розуміти, що такий процес є іманентно контрадикторним та містить відбиток впливу коментаторства і відсутності цілісних першоджерел римського приватного права. Тим не менше, він дозволяє з певною мірою умовності простежити формування окремих цивілістичних конструкцій в їх історичному генезисі, й зокрема з точки зору нетиповості.

Однією з історичних форм вираження нетиповості в римському приватному праві була конструкція «квазі» (етимологічно походить від лат. *quasi* — немов би, на зразок, подібний, неначе, майже)¹. У літературі відмічається, що термін «*quasi*» означав у римському праві подібні, аналогічні ситуації².

Традиційним її втіленням були у зобов'язальному праві квазіконтракт і квазіделікт (як додаткові підстави виникнення зобов'язань), а

¹ Див.: Дворецкий И. Х. Латино-русский словарь / И. Х. Дворецкий. – 2-е изд., испр. – М., 1976. – С. 843; Нисембаум М. Е. Via Latina ad jus (Латинская дорога к праву) / М. Е. Нисембаум. – М., 1996. – С. 537.

² Див.: Бартошек М. Римское право (Понятия, термины определения) : пер. с чешск. / М. Бартошек. – М., 1989. – С. 267.

у речовому — узуфрукт та квазіузуфрукт. Причому необхідно відмітити, що наведеними прикладами не вичерпувалися прояви нетиповості в римському приватному праві, й зокрема, вони пов'язувалися із наявністю пекулію та квазіпекулію¹, володіння й квазіволодіння², новації та квазіновації³.

Відомо, що на певному етапі розвитку приватного права римські юристи зазначали, що контракт та делікт не охоплюють усієї сукупності юридичних фактів, на підставі яких виникали зобов'язання. Унаслідок цього було використано сполучник «квазі», що відображав деяку подібність із контрактами й деліктами, завдяки чому з'явилися такі підстави, як квазіконтракт та квазіделікт.

Варто підкреслити, що пояснення романістів з цього приводу не відзначаються єдністю. Зокрема, І. Новицький зазначав, що терміном *quasi ex contractu* позначалися випадки, за яких поміж двома сторонами, котрі не перебували в договірних відносинах, встановлювалися зобов'язальні відносини, за своїм характером і змістом схожі із договірними зобов'язаннями⁴. Відмінність *quasi delicta* від справжніх *delicta*, М. Боголепов убачав у тому, що їм не вистачало якої-небудь із ознак, об'єктивної або суб'єктивної, тобто шкоди чи умислу⁵. У свою чергу К. Чилларж зазначав як відносно квазіконтрактів, так і квазіделіктів, що вони вважалися фактами, які хоча й не були контрактами (деліктами), але породжували подібні зобов'язання⁶.

Враховуючи викладене, можливо відзначити, що результатом виокремлення терміна «квазі» стало:

1) узагальнення окремих, за своєю суттю різних правових ситуацій, за яких виникали зобов'язання, подібні до контрактів та деліктів, однак без притаманної праву чіткості й однозначності. Адже відсутній критерій, на основі якого відбулося таке об'єднання та зближення. Звісно,

¹ Див.: Хвостов В. М. Система римського права : конспект лекцій / предисл. А. Ворс / В. М. Хвостов. – М., 1909. – С. 35–38.

² Див.: Зом Р. Институции : Ч. 2 : Система. Вып. 1 : Общая часть и вещное право. История и система римского гражданского права. Ч. 2 : Вып. 1 ; пер. Н. Кесслер ; предисл. и ред. А. Н. Беликов / Р. Зом. – Сергиев Посад, 1916. – С. 324.

³ Див.: Пергамент М. Я. Договорная неустойка и интерес / М. Я. Пергамент. – 2-е изд., пересмотр. и доп. – М., 1905. – С. 26–29.

⁴ Римское частное право : учебник / под ред. И. Б. Новицкого и И. С. Перетерского. – М., 2008. – С. 432.

⁵ Боголепов Н. Учебник истории Римского права / Н. Боголепов. – М., 1895. – С. 491.

⁶ Чилларж К. Ф. Учебник институций римского права : пер., разреш. автором, под ред. В. А. Юшкевича / К. Ф. Чилларж. – 2-е изд. – М., 1906. – С. 225, 246.

можна вказати як такий правовий наслідок квазіконтракт (квазіделікт), тобто в сучасному розумінні виникнення недоговорного зобов'язання;

2) започаткування достатньо складного поєднання¹ правових явищ на ті, які: а) мали правове регулювання (контракти, делікти); б) були позбавлені такого (квазіконтракти, квазіделікти), але були зовні схожі з тими, що регулювалися правом;

3) використання штучних прийомів для поширення правового регулювання на схожі відносини. У сучасному вимірі використання таких прийомів нагадує ті правові механізми, що застосовуються при аналогії закону, оскільки за основу при аналогії закону мають братися *подібні за змістом цивільні відносини* (ч. 1 ст. 8 ЦК).

Окрім цього, ще більш «заплутаною» виглядає поява в імператорський період такого різновиду особистого сервітуту, як квазіузуфрукт (*quasi ususfructus*). Особливо у контексті пояснень його подібності або потреби введення порівняно із принципами функціонування власне узуфрукту. Сутність квазіузуфрукту полягала в тому, що, на відміну від узуфрукту, його предметом виступали споживні речі, як правило, гроші або ж усе спадкове майно. Це по своїй природі суперечило сутності *usufructus*, оскільки його об'єктом могли бути лише неспоживні речі.

Г. Дєрнбург підкреслював, що господарські цілі обох інститутів були ті самі, але їх юридична форма достатньо різна. При квазіузуфрукті узуфруктарій ставав власником об'єкта узуфрукту з правом повного розпорядження останнім. Квазіузуфрукт не являв собою речового права подібно узуфрукту, він іншим чином досягав мети узуфрукту — забезпеченням одній особі капіталу, з наданням іншій на певний час доходів².

Пояснюючи виникнення квазіузуфрукту, Ю. Барон стверджував, що господарська думка, яка лежала в основі узуфрукту, допускала

¹ У цьому випадку навряд чи раціонально вести мову про поділ, враховуючи ті правила, що висувуються логікою до цієї операції. Зокрема, його здійснення на одній основі, члени поділу мають виключати один одного (детальніше див: Струве Г. Е. Элементарная логика : учебник для преподавания и самообучения / Г. Е. Струве. – 6-е изд. – Варшава, 1884. – С. 69–72; Жеребкін В. Є. Логика : підр. для юрид. вузів і ф-тів / В. Є. Жеребкін. – Х., 1995. – С. 56 – 58.) Однак цього не спостерігається при виокремленні, наприклад, контракту та квазіконтракту. Адже відповідно до логічної операції поділу квазіконтракти мали би включатися до групи деліктів.

² Дєрнбург Г. Пандекты: Вещное право / Г. Дєрнбург. – СПб., 1905. – Т. 1. – 6-е изд., испр. – С. 213, 226–227.

можливість його застосування до всіх тілесних та безтілесних речей. Зокрема, у сфері спадкування виникла необхідність втілити таку ідею, і для цієї мети, на зразок справжнього узурфрукту, створити аналогічний інститут — *quasi ususfructus*¹. При порівнянні узурфрукту та квазіузурфрукту Л. Дорн указував, що поміщення квазіузурфрукту до прав на чужі речі було викликано винятково практичною зручністю, і до цього стимулювала єдина економічна мета, яка досягалася як за допомогою квазіузурфрукту, так і договору позики². Г. Пухта зазначав, що квазіузурфрукт стосовно питань виникнення, припинення та забезпечення розглядався як справжній узурфрукт, однак до нього не застосовувалися ті принципи, що визначали відносини сторін, оскільки тут не могло йти про існування права власності одночасно з узурфруктом³.

Відтак усе викладене дозволяє зробити висновок, що в основі виникнення квазіузурфрукту закладена певна ідея, що використовувалася в узурфрукті. Завдяки цьому стало можливим використати подібне правове регулювання і до його парної категорії — квазіузурфрукту, незважаючи на ті правові засоби, що застосовувалися при цьому.

Таким чином, за своєю сутністю римське приватне право було побудоване на внутрішньо поєднаних та взаємозумовлених винятках. Однак за допомогою узгодження відбувалося повноцінне та ефективне застосування певних правових засобів для регулювання тих чи інших суспільних відносин.

Фактично подібне відбувається й в умовах сьогодення, хоча з деякими особливостями та специфікою. Унаслідок цього важливою є потреба простежити і сучасні прояви нетиповості, зокрема, щодо:

- 1) юридичних осіб (технопарки, бізнес-інкубатори, промислово-фінансові групи, фонди фінансування будівництва та операцій з нерухомістю);
- 2) об'єктів цивільних прав (електронні гроші, бездокументарні цінні папери);
- 3) правочинів (електронні правочини, електронний цифровий підпис);
- 4) речового права (довірча та публічна власність);
- 5) спадкового права (заповідальні розпорядження).

¹ Барон Ю. Система римського громадянського права // Кн. 2. Владение. Кн. 3. Вещное право ; пер. с нем. Л. Петражицкого / Ю. Барон. – 2-е изд. – М., 1898. – С. 95.

² Дорн Л. Б. Об узурфрукте по римскому праву / Л. Б. Дорн. – СПб., 1871. – Т. 1. – С. 87–92.

³ Пухта Г. Ф. Курс римского гражданского права : пер. с последн. нем. изд. проф. Рудорффа / Г. Ф. Пухта. – М., 1874. – Т. 1. – С. 476.

У всіх наведених випадках спостерігається і та сама тенденція — існує основне правове явище (будь то конструкція юридичної особи, об'єкта цивільних прав і т. д.), поряд із якою з'являється і розвивається інше правове явище. Причому останнє може будуватися як на основі повної подібності основному, так і протиставлятися йому. Так, специфіка електронного цифрового підпису виявляється в тому, що його накладення *привірюється до власноручного підпису*, у випадку якщо електронний цифровий підпис підтверджено з використанням посиленого сертифіката ключа за допомогою надійних засобів цифрового підпису або *печатки*, у разі накладення на електронний документ ще одного електронного цифрового підпису юридичної особи, спеціально призначеного для таких цілей (ч. 1 ст. 3 та ч. 5 ст. 5 Закону України «Про електронний цифровий підпис»)¹. Антиподом цього є конструкція довірчої власності, яка, на перший погляд, містить подібності із правом власності, однак побудована на якісно інших засадах².

У цьому разі кориснішим є індуктивний спосіб дослідження, оскільки він дозволяє на конкретному випадку з'ясувати і виробити висновки відносно явища взагалі. Саме тому детально вбачається за доцільне зупинитися на аналізі фондів фінансування будівництва (надалі — ФФБ) та операцій з нерухомістю (надалі — ФОН) у ракурсі подібності цих правових конструкцій до юридичної особи. Необхідність такого порівняння зумовлена як відсутністю доктринальних досліджень конструкції ФФБ (ФОН), так і емпіричним аналізом норм Закону України «Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю»³ (надалі — Закон). Його результати дозволяють стверджувати, що ФФБ (ФОН) є подібними конструкціями стосовно юридичної особи, і це, зокрема, виявляється в тому, що вони:

а) створюються *фінансовими установами за власною ініціативою* (ч. 1 ст. 5 Закону). Це цілком узгоджується із конструкцією юридичної особи, яка, за загальним правилом, створюється за власною ініціативою її засновників;

¹ Про електронний цифровий підпис : Закон України від 22 травня 2003 р. № 852-IV // Офіц. вісн. України. – 2003. – № 25. – Ст. 1175.

² Див. напр.: Майданик Р. А. Довірча власність у цивільному праві України (формування, порівняльний аналіз і поняття) / Р. А. Майданик // Укр. комерц. право. – 2004. – № 5. – С. 37–56.

³ Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю [Електронний ресурс] : Закон України від 19 червня 2003 р. № 978-IV // Офіц. сайт Верхов. Ради України. Законодавство України. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi>

б) функціонують на підставі Правил, які є *затвердженою і оприлюдненою системою норм* (абз. 8 ст. 2 Закону). Тобто одним із основних регуляторів діяльності ФФБ (ФОН) є певний документ, в якому визначені норми, обов'язкові для їх учасників. Наявність правил також підтверджує певну подібність ФФБ (ФОН) із юридичною особою у контексті обов'язковості в останньої установчих документів, що визначають її організаційну структуру, умови діяльності та припинення;

в) мають майно (ч. 13 ст. 25 Закону), що також повною мірою відповідає конструкції юридичної особи, яка наділяється засновниками (учасниками) майном;

г) *припиняють* своє функціонування за рішенням управителя ФФБ у разі *досягнення мети* (ч. 1 ст. 22) або після закінчення строку, на який ФОН був створений, та після виконання своїх зобов'язань перед власниками сертифікатів відповідно до Правил ФОН (ч. 1 ст. 31 Закону) чи на підставі рішення суду (ч. 2 ст. 31 Закону). При припиненні функціонування ФОН навіть складається *ліквідаційний баланс* (ч. 3 ст. 31 Закону). Хоча терміни «припинення», «ліквідація», «ліквідаційний баланс» стосуються процесу припинення юридичних осіб і орієнтовані винятково на юридичних осіб, тобто суб'єктів права¹, втім законодавець уживає їх і щодо ФФБ (ФОН).

Разом з тим є очевидним, що у цій ситуації також допускається «присутність» основного правового явища (юридична особа) і подібного, яке порівнюється із основним (ФФБ і ФОН). При цьому важливо підкреслити той факт, що за наявності подібностей цих правових моделей законодавець фактично їх протиставляє. Це виражається у приписі, що ФФБ (ФОН) *не є юридичними особами* (ч. 1 ст. 11 та ч. 2 ст. 25 Закону).

Таким чином, складається повною мірою парадоксальна та алогічна ситуація, оскільки при використанні по суті однакових правових засобів створюється конструкція, котра не зближується, а навпаки, віддаляється від основної. Вищенаведені розсуди доводять, що наявність певних подібностей виступила у римському приватному праві передумовою для поширення правового регулювання на схожі відно-

¹ Детальніше див.: Крат В. І. § 9 Розділу 1. Припинення юридичних осіб (статті 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112) / В. І. Крат, В. М. Кравчук, Ю. В. Мица, І. В. Спасибо-Фатеева // Цивільний кодекс України : Науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців) / за ред. І. В. Спасибо-Фатеевої. – Х., 2009. – Т. 3: Юридична особа. – С. 254–312.

сини. Як наслідок, навряд чи доцільно і навіть допустимо моделювати за допомогою аналогічних понять і термінів таку конструкцію, що не зближується із основною, а протиставляється останній.

Наведені твердження дозволяють зробити окремі загальні висновки, що матимуть важливе методологічне значення для подальшого дослідження нетиповості у цивільному праві:

1. Прояв нетиповості відбувається за наявності основного правового явища, під котре немов «підлаштовується» інше, що має з ним деякі спільні чи подібні риси або правові наслідки. Причому такому явищу завжди чогось не вистачало або воно містило деяку суперечність, яка не дозволяла його кваліфікувати за допомогою існуючих як у доктрині, так і законодавстві понять.

2. Наявність одного правового явища завжди зумовлювала наявність іншого, йому подібного, що порівнювалося із основним, завдяки чому вони існували як нерозривні парні категорії. Наприклад, делікт — квазіделікт, узуфрукт — квазіузуфрукт.

3. Наслідком такого порівняння виступало обґрунтування доцільності його регулювання за допомогою існуючих правових засобів, однак із врахуванням відмінностей, що не допускали кваліфікувати його як основне правове явище.

4. Можливо констатувати певну адаптованість цих явищ до конкретних ситуацій за відсутності виокремлення чітких ознак, які були б підставою виділення таких парних категорій. В основі цього знаходилася казуїстичність, притаманна римському приватному праву, на підставі якої вироблялося в подальшому загальне правило.

5. За своєю сутністю римське приватне право було побудоване на внутрішньо поєднаних та взаємообумовлених винятках. Однак за допомогою узгодження відбувалося повноцінне та ефективне застосування певних правових засобів для регулювання тих чи інших суспільних відносин.

6. У сучасних умовах, на відміну від римського приватного права, прояви нетиповості характеризуються особливостями та специфікою, що стосується як численності її випадків (зокрема, технопарки, бізнес-інкубатори, промислово-фінансові групи, фонди фінансування будівництва та операцій з нерухомістю, електронні гроші, бездокументарні цінні папери, електронні правочини, електронний цифровий підпис, довірча та публічна власність, заповідальні розпорядження), так і пра-

вил, на основі яких розвиваються ці конструкції (повної подібності або протиставлення основній конструкції).

7. Наявність певних подібностей виступила у римському приватному праві передумовою для поширення правового регулювання на схожі відносини. Як наслідок, навряд чи доцільно моделювати за допомогою аналогічних понять таку конструкцію, яка протиставляється, а не зближується з основною.

О. Кухарев, кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільно-правових дисциплін Навчально-наукового інституту права, економіки та соціології Харківського національного університету внутрішніх справ

Поняття та юридична природа заповідального покладення

Одним із проявів принципу свободи заповіту є встановлення в заповіті будь-якого розпорядження, зміст якого має відповідати загальним вимогам, додержання яких є необхідним для чинності правочину (ст. 203 ЦК України). До таких розпоряджень, поряд із призначенням (підпризначенням) спадкоємця, визначенням обсягу спадщини, що має спадкуватися за заповітом, встановленням заповідального відказу, призначенням виконавця заповіту, закон відносить встановлення в заповіті зобов'язання спадкоємця до вчинення певних дій, спрямованих на досягнення суспільно корисної мети (ч. 2 ст. 1240 ЦК України). Останнє із зазначених розпоряджень в юридичній літературі має назву «заповідальне покладення», хоча законодавчо такий термін не визначається.

Розкриваючи нормативне регулювання заповідального покладення, варто зауважити, що структурно воно розміщене саме в ч. 2 ст. 1240 ЦК України. Теоретики цивільного права інколи поєднують заповідальне покладення із розпорядженням заповідача щодо зобов'язання спадкоємців до вчинення дій немайнового характеру (ч. 1 ст. 1240 ЦК України). Аналогічної термінологічної помилки припустилися й у п. 160 Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України¹, затвердженої наказом Міністерства юстиції України від 03.03.2004 р. № 20/5, а також у п. 16 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про спадкування»² від 30.05.2008 р. № 7, в яких зазначено, що заповідач має право зобов'язати

¹ Інструкція про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України : затв. наказом М-ва юстиції України № 20/5 від 03.03.2004 // Офіц. вісн. України. – 2004. – № 10. – Ст. 639.

² Про судову практику у справах про спадкування [Електронний ресурс] : постанова Пленуму Верхов. Суду України від 30.05.2008 № 7. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=v0007700-08>

спадкоємців до вчинення певних дій немайнового характеру, зокрема щодо розпорядження особистими паперами, визначення місця і форми здійснення ритуалу поховання, дій, спрямованих на досягнення суспільно корисної мети.

Структура ст. 1240 ЦК України зумовлена, напевне, бажанням законодавця виділити два окремих види заповідальних розпоряджень — зобов'язання спадкоємця щодо вчинення певних дій немайнового характеру (ч. 1) та зобов'язання спадкоємця щодо вчинення певних дій, спрямованих на досягнення суспільно корисної мети (ч. 2). Такий висновок можна зробити з огляду на те, що серед прикладів учинення певних дій немайнового характеру (в частині 1 ст. 1240 ЦК України) названо розпорядження особистими паперами, визначення місця і форми здійснення ритуалу поховання. Ці розпорядження заповідача не передбачають досягнення суспільно корисної мети, що є кваліфікуючою ознакою заповідального покладення (ч. 2 ст. 1240 ЦК України). Крім того, якщо в ч. 1 ст. 1240 ЦК України міститься положення про немайновий характер дій, то ч. 2 вказаної норми такого застереження не має.

Відтак, уявляється доцільним у межах ст. 1240 ЦК України виділяти два окремих види заповідальних розпоряджень, що відрізняються як за характером, так і за правовою метою. Тому ч. 2 ст. 1240 ЦК України має самостійний характер відносно ч. 1 ст. 1240 ЦК України і регулює заповідальне покладення як норма спеціальна.

Дослідники в галузі цивільного права приділяли достатньо уваги характеристиці заповідального покладення. Зокрема, цьому присвятили свої роботи В. І. Серебровський, Б. С. Антімонов, К. А. Граве, Ю. О. Заїка, Є. О. Рябоконт, В. В. Васильченко, В. М. Ігнатенко. У розвідках цих учених традиційно характеризується юридична природа відносин, що виникають при встановленні й виконанні заповідального покладення, та співвідношення цього розпорядження із заповідальним відказом.

Значимо, що серед науковців немає єдиного погляду на юридичну природу заповідального покладення. Можна констатувати наявність двох протилежних концепцій із цього питання.

Так, прихильники першої концепції розглядають заповідальне покладення як вид недоговірного зобов'язання. Зокрема, В. В. Васильченко стверджує, що в силу покладення виникають правовідносини, в яких зобов'язаній особі-спадкоємцю протистоять у ролі управомочених

усі зацікавлені в його виконанні особи, які можуть з'явитися лише внаслідок порушення обов'язку виконати це обтяження¹. В. М. Ігнатенко з приводу юридичної характеристики відносин із заповідального покладення вказує таке: «... як заповідальний відказ, так і заповідальне покладення мають зобов'язально-правовий характер та виникають із юридичного складу. Вирішальну роль в останньому відіграє основна одностороння угода заповідача — заповідальний відказ або заповідальне покладення. На відміну від заповідального відказу, який називає як кредитора, так і боржника, заповідальне покладення вказує лише боржника-спадкоємця, а кредитором може виступити будь-яка зацікавлена в діях, спрямованих на здійснення будь-якої загальнокорисної мети, особа. Вона ж повинна мати і право вимоги від спадкоємця виконання дій, які становлять зміст покладення... Тобто має місце встановлення правового зв'язку між спадкоємцем і особою, яка відгукнулася, що, без сумніву, має зобов'язально-правовий характер»².

Є. О. Рябоконт аналогічно стверджує, що між спадкоємцем за заповітом, на якого покладено відповідний обов'язок, та між особами, які мають право вимагати виконання на їх користь дій відповідного змісту, складаються зобов'язальні відносини, в яких перший виступає боржником, останні — кредиторами³. Досить цікавий погляд щодо досліджуваної проблематики висловила К. Б. Ярошенко. Так, на її думку, за наявності потенційних кредиторів відносини, які можуть виникнути на підставі заповідального покладення, можна розглядати як умовні зобов'язання, що перетворюються на реальні за умови пред'явлення до спадкоємців відповідних вимог про виконання покладення. Звідси вона робить висновок, що загальні норми зобов'язального права можуть застосовуватися до відносин, які виникають із заповідального покладення⁴.

¹ Васильченко В. Обов'язки спадкоємців, що витікають із спадкового правонаступництва / В. Васильченко // Юрид. вестн. – 2002. – № 1. – С. 104.

² Ігнатенко В. Правова характеристика відносин, що виникають із заповідального відказу і заповідального покладення / В. Ігнатенко // Підприємництво, госп-во і право. – 2003. – № 8. – С. 34.

³ Заїка Ю. О. Спадкове право : навч. посіб. / Ю. О. Заїка, Є. О. Рябоконт. – К., 2009. – С. 98.

⁴ Наследственное право / [Булаевский Б. А. и др.] ; отв. ред. К. Б. Ярошенко. Ин-т законодательства и сравн. правоведения при Правительстве Рос. Федерации. – М., 2005. – С. 105.

Інші дослідники не знаходять у відносинах, що складаються при виконанні заповідального покладення, зобов'язальних засад. У цьому аспекті варта уваги позиція В. І. Серебровського, суть якої зводиться до того, що при покладенні не виникають зобов'язальні відносини між спадкоємцем та іншою особою через відсутність кредитора, який міг би вимагати виконання зобов'язання на свою користь¹. Схожі міркування висловлювали Б. С. Антімонов та К. А. Граве, вказуючи, що хоча здійснення тих дій, які становлять зміст покладення, і являє собою обов'язок відповідного спадкоємця за заповітом, такий спадкоємець не стає боржником будь-якої певної особи, яка могла б як відказоодержувач або інший кредитор спадкоємця вимагати виконання цих дій². В. К. Дроніков визначав заповідальне покладення як юридичний обов'язок, що обмежує або зменшує надане право³.

Сучасний російський дослідник В. А. Белов аналогічно заперечує наявність зобов'язання у покладенні, виходячи із немайнового характеру цього правовідношення. Більше того, із цього автор виводить загальний висновок про недопустимість зобов'язань немайнового характеру⁴.

Враховуючи викладене, питання щодо юридичної природи заповідального покладення не можна вважати вирішеним, воно потребує подальшого наукового аналізу. З'ясування цієї проблеми дозволить визначити місце заповідального покладення у відносинах спадкування, віднайти норми, що можуть бути застосовані за аналогією при виконанні заповідального покладення, та сприятиме розвитку досліджуваних відносин. Отже, метою даної статті є визначення юридичної природи заповідального покладення шляхом з'ясування поняття та ознак указаної правової конструкції.

Як зазначалося вище, закон не оперує категорією «заповідальне покладення» та містить лише загальне положення про те, що заповідач може зобов'язати спадкоємця до вчинення певних дій, спрямованих на досягнення суспільно корисної мети (ч. 2 ст. 1240 ЦК України). Відтак можна виділити певні ознаки заповідального покладення, що, власне,

¹ Серебровский В. И. Избранные труды по наследственному и страховому праву / В. И. Серебровский. – Изд. 2-е, испр. – М., 2003. – С. 106.

² Антимонов Б. С. Советское наследственное право / Б. С. Антимонов, К. А. Граве. – М., 1955. – С. 173.

³ Дроников В. К. Наследование по завещанию в советском праве / В. К. Дроников. – Киев, 1957. – С. 91.

⁴ Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики / под общ. ред. В. А. Белова. – М., 2008. – С. 672, 673.

відрізняють його від інших заповідальних розпоряджень, зокрема від заповідального відказу.

По-перше, предметом заповідального покладення можуть бути дії як майнового, так і немайнового характеру. Водночас, І. В. Спасибо-Фатєєва та В. Ю. Чуйкова наголошують на тому, що предметом такого розпорядження є обов'язок учинити дії лише немайнового характеру. Хоча вже у наступному абзаці своєї роботи автори стверджують, що «...водночас такі дії можуть супроводжуватися і майновими витратами, які здійснюватиме спадкодавець. У такому випадку розбіжності між легатом та покладенням полягатимуть у відсутності в останньому випадку конкретно визначеного вигодонабувача»¹. Зміст ст. 1240 ЦК України імперативно не визначає дії немайнового характеру як предмет заповідального покладення. Мова йде лише про покладення на спадкоємця «певних дій» без конкретизації їх природи, визначаючи лише мету їх встановлення як кваліфікуючу ознаку. Відтак, немає законодавчих перешкод зобов'язати спадкоємця вчинити дії майнового характеру для досягнення суспільно корисної мети.

По-друге, заповідальне покладення характеризується невизначеністю суб'єктного складу. Покладення обов'язку на спадкоємця за заповітом щодо вчинення певних дій обумовлює визначення лише одного учасника правовідносин. Навпаки, особи, які наділені правом вимагати виконання зазначеного обов'язку, заповітом або законом не встановлюються, що характеризує правовідношення, яке виникає при цьому, як *абсолютне*. Слід також указати і на незвичність конструкції суб'єктного складу правовідношення, що виникає внаслідок встановлення заповідального покладення. Так, загальноприйнятим є розуміння абсолютного правовідношення як такого, в якому управомоченій особі протистоїть необмежена кількість пасивно зобов'язаних суб'єктів². При встановленні ж заповідального покладення на визначеній особі-спадкоємцеві лежить обов'язок, а правом вимоги щодо виконання цього обов'язку наділена необмежена кількість суб'єктів.

¹ Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції України, науковців, фахівців). – Т. 12: Спадкове право / за ред. проф. І. В. Спасибо-Фатєєвої. – Серія «Коментарі та аналітика». – Х., 2009. – С. 197.

На немайновий характер дій як ознаку заповідального покладення вказують С. Я. Фурса та Є. І. Фурса (див.: Спадкове право: Нотаріат. Адвокатура. Суд : наук.-практ. посіб. / С. Я. Фурса, Є. І. Фурса, О. М. Клименко та ін. ; за заг. ред. С. Я. Фурси. – К., 2007. – С. 47).

² Толстой Ю. К. К теории правоотношения / Ю. К. Толстой. – Л., 1959. – С. 74.

Така незвичність обумовлюється специфікою як спадкових правовідносин, так і заповідального розпорядження, що досліджується.

Оскільки покладення спрямоване на здійснення суспільно корисної мети, то серед осіб, які можуть вимагати його виконання, називають інших спадкоємців, організації, що зацікавлені у виконанні покладення, прокурора, органи місцевого самоврядування, громадські організації, ініціативну групу громадян¹. Дійсно, вимагати виконання покладення має право будь-яка особа, яка має інтерес у вчиненні таких дій. У той же час, інтерес у виконанні заповідального покладення у конкретної особи залежить перш за все від характеру суспільно корисної мети, яка має бути досягнута. Зокрема, виконання обов'язку щодо доступу до бібліотеки заповідача, користування спортивним майданчиком, побудованим заповідачем, має право вимагати від спадкоємця за заповітом особа, якій було відмовлено у доступі до бібліотеки (спортивного майданчику). У цьому сенсі досліджуване правовідношення певним чином наближене до зобов'язання. Однак уповноважена особа буде вимагати виконання заповідального покладення не в своєму інтересі або в інтересі третіх осіб, що притаманно зобов'язальному правовідношенню, а діяти у *суспільному інтересі*, тобто інтересі необмеженої кількості осіб.

По-третє, заповідач може зобов'язати спадкоємця до вчинення дій, спрямованих саме на досягнення *суспільно корисної мети*. Закон не визначає поняття суспільно корисної мети, проте аналіз словосполучення «суспільно корисна мета» дозволяє дійти висновку про дві її складові, а саме: 1) дії спадкоємця щодо виконання покладення повинні бути корисними, тобто мати певний позитивний ефект; такий ефект має бути не просто позитивним, а позитивним у правовому значенні, тобто породжувати певні правові наслідки; 2) ці дії повинні бути вчинені в суспільному інтересі, зокрема — в інтересі необмеженого кола осіб. Це може бути мета, корисна для держави та суспільства в цілому, або мета, що становить користь для певного кола з необмеженою кількістю осіб.

Як зазначають І. В. Спасибо-Фатєєва та В. Ю. Чуйкова, зміст дій, спрямованих на досягнення суспільно корисної мети, обумовлюється

¹ Див., наприклад: Гражданское право : учебник / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – 2-е изд., перераб. и доп. – М., 2000. – Т. 3. – С. 576; Гражданское право : учебник : в 2 т. / отв. ред. проф. Е. А. Суханов. – 2-е изд., перераб. и доп. – М., 2002. – Т. 1. – С. 545; Ігнатенко В. Правова характеристика відносин, що виникають із заповідального відказу і заповідального покладення / В. Ігнатенко // Підприємництво, госп-во і право. – 2003. – № 8. – С. 35.

колом інтересів заповідача, його самовираженням, іншими властивостями його як особистості. Вони залежать від тієї справи, якою займався заповідач протягом свого життя або, навпаки, тією, якою він з різних причин не мав можливості зайнятися¹.

Визначаючи юридичну природу відносин, що виникають унаслідок встановлення заповідального покладення, важко погодитися із наявністю в цих відносинах зобов'язальних засад. Так, до головних особливостей зобов'язання як правовідношення, що дозволяють відрізнити його від інших цивільних правовідносин, загалом належать:

а) майновий характер правовідношення, на відміну від немайнових цивільних правовідносин²;

б) протиставлення управненій особі (кредитору) конкретної зобов'язальної особи (осіб), що обумовлює відносний характер;

в) зобов'язання закріплює (опосередковує) переміщення матеріальних благ (майна, майнових благ);

г) зобов'язанню притаманний активний характер поведінки зобов'язальних осіб;

д) зміст і характер суб'єктивних прав у зобов'язанні обумовлений підставами його виникнення, видом зобов'язання³;

е) виконання зобов'язання забезпечується заходами державного примусу у формі санкцій⁴.

Проаналізовані вище ознаки заповідального покладення кваліфікують його як незобов'язальне правовідношення.

¹ Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції України, науковців, фахівців). – Т. 12: Спадкове право / за ред. проф. І. В. Спасибко-Фатєєвої. – Серія «Коментарі та аналітика». – Х., 2009. – С. 198.

² Серед науковців питання майнового характеру правовідношень у зобов'язанні становить певну дискусію. Незважаючи на те, що загальноприйнятою в теорії цивільного права є концепція, відповідно до якої всі зобов'язання мають майнову природу, деякі учені допускають зобов'язання, що мають немайновий характер. Основним аргументом такої позиції є те, що жодна норма цивільного законодавства не обмежує зміст зобов'язання ознакою майнового характеру цього змісту (див., наприклад: Новицький М. В. Общее учение об обязательстве / М. В. Новицкий, Л. А. Лунц. – М., 1950. – С. 59; Гражданское право. Часть первая: учебник / под ред. А. Г. Калпина, А. И. Масляева. – М., 1997. – С. 352, 353). Утім, виділяючи ознаки зобов'язання, ми дотримуємося позиції переважної більшості цивілістів щодо неможливості існування зобов'язань із немайновим змістом.

³ Боднар Т. В. Договірні зобов'язання в цивільному праві (Заг. положення): навч. посіб. / Т. В. Боднар. – К., 2007. – С. 10–13.

⁴ Гражданское право. Часть первая: учебник / под ред. А. Г. Калпина, А. И. Масляева. – М., 1997. – С. 349.

Так, предметом заповідального покладення можуть виступати дії як майнового, так і немайнового характеру. Відповідно, у разі якщо предметом заповідального покладення виступають дії немайнового характеру, правовідношення, що виникає при цьому, не закріплює (опосередковує) переміщення матеріальних благ (майна, майнових благ).

Крім того, у досліджуваному правовідношенні прямо не визначена особа, яка наділена правом вимагати вчинення дій, що становлять предмет заповідального покладення. Права зобов'язальні протягом тривалого часу після свого виникнення та формування продовжують розглядатися як можливості, що забезпечують панування над певною стороною особи боржника. Відносини ж особистого панування могли бути суто особистими, нерозривно пов'язаними з їх конкретними учасниками¹. Невипадково П. П. Цитович називав першою, центральною ознакою зобов'язальних правовідносин їх строго особистий характер — споконвічну прикріпленість до чітко визначених осіб².

І хоча виконання заповідального покладення може вимагати будь-яка особа, заінтересована у цьому, вище вже наголошувалося, що така особа діятиме не у власному інтересі або інтересі третіх осіб, а в інтересі суспільному. Зазначене дозволяє відрізнити особу, яка звертається із вимогою про виконання заповідального покладення, від кредитора в зобов'язанні саме за ознакою спрямованості інтересу у правовідношенні.

Слід також указати, що до виконання заповідального покладення не застосовуються правила щодо забезпечення виконання зобов'язань (глава 49 ЦК України). Такий висновок обумовлюється тим, що відповідно до положення ч. 1 ст. 548 ЦК України виконання зобов'язання (основного зобов'язання) забезпечується, якщо це встановлене договором або законом. Договором не може встановлюватися один із видів забезпечення виконання зобов'язання (неустойка, порука, гарантія, застава, притримання, завдаток) щодо досліджуваних відносин, оскільки заповідальне покладення договором не є³. Не передбачено забез-

¹ Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики / под общ. ред. В. А. Белова. – М., 2008. – С. 680.

² Цитович П. П. Обязательства : конспект лекций по русскому гражданскому праву / П. П. Цитович. – Киев, 1894. – С. 5.

³ Заповідальне покладення не може розглядатися як договір через відсутність домовленості між сторонами, що є основою договору (ст. 626 ЦК України). Досліджуване правовідношення породжується волевиявленням однієї особи (заповідача) і для його виникнення не вимагається вчинення дій іншими учасниками цивільних правовідносин. Через це заповідальне покладення слід віднести до односторонніх правочинів.

печення виконання покладення і законом, оскільки ст. 1240 ЦК України не містить такого положення.

Виконання заповідального розпорядження може бути забезпечено виникненням права на спадкування у особи, яка призначена у заповіті, наявністю певної умови. Проте в такому випадку заповідальне покладення автоматично трансформується у заповіт з умовою (ст. 1242 ЦК України).

Узагальнюючи наведені ознаки та характеристику заповідального покладення, варто підкреслити, що відносини, які виникають при цьому, мають незобов'язальну природу. Отже, в цьому випадку недоцільно застосовувати загальні норми ЦК України про зобов'язання, оскільки тут породжуються відносини іншого роду.

Заповідальне покладення можна розглядати в широкому (цивільне правовідношення) та вузькому (юридичний обов'язок) значенні.

У широкому значенні заповідальне покладення являє собою цивільне правовідношення, на підставі якого на спадкоємця змістом заповіту покладається обов'язок учинити певні дії майнового або немайнового характеру, спрямовані на досягнення суспільно корисної мети.

У вузькому значенні заповідальним покладенням є сам юридичний обов'язок, яким обтяжується право спадкоємця на отримання спадщини. Проте, на відміну від заповіту з умовою (ст. 1242 ЦК України), зазначений вище юридичний обов'язок не обумовлює у спадкоємця виникнення права на спадкування, а лише певним чином обтяжує його право. Невиконання спадкоємцем обов'язку, що становить предмет заповідального покладення, має наслідком лише примушування його до таких дій.

Характеризуючи заповідальне покладення як юридичний обов'язок, що обмежує відповідне право, слід вказати, що заповідальне покладення обтяжує лише спадкування за заповітом. У разі, коли спадкоємець за заповітом відмовився від права на спадкування (помер раніше за спадкодавця, був усунений судом від права на спадкування) і має місце спадкування за законом, заповідальне покладення втрачає чинність. Навпаки, у випадку відмови спадкоємця за заповітом, чия частка обтяжена заповідальним покладенням, від прийняття спадщини на користь іншого спадкоємця за заповітом (ч. 1 ст. 1274 ЦК України), заповідальне покладення зберігає свою силу та переходить до іншого спадкоємця за заповітом.

На відміну від заповідального відказу, покладення не може втратити чинність у зв'язку зі смертю особи, яка має право вимоги виконання відповідного розпорядження, про що йдеться у ст. 1239 ЦК України.

Усе зазначене вище уможливорює висновок, що заповідальне покладення доцільно розглядати у двох аспектах — як цивільне правовідношення і як юридичний обов'язок. Характеризуючи заповідальне покладення як правовідношення, слід наголосити на його незобов'язальному характері, що обумовлюється суб'єктивним складом та характером відносин. Заповідальне покладення як юридичний обов'язок за своєю природою є одностороннім правочином, що обтяжує право спадкоємця за заповітом на отримання спадщини. Як і будь-яке заповідальне розпорядження, покладення діє лише у правовідносинах спадкування за заповітом, і у разі закликання до спадкування спадкоємців за законом покладення втрачає чинність.

В. Джузь, доктор юридичних наук, суддя Конституційного Суду України

Методологічні питання дослідження господарського права

Продуктивність юридичних досліджень має пряму залежність від евристичної спроможності методологічного інструментарію, що використовується у процесі наукового пошуку. У науковому співтоваристві досить сталою є думка про методологічну кризу в сучасному правознавстві. У цьому контексті наука господарського права не є винятком. Переважно результати досліджень за господарсько-правовою тематикою науковці цієї галузі права отримують на основі використання апарату аналітичної юриспруденції. Таку обмеженість методологічного інструментарію можна вважати галузевим проявом загальної методологічної кризи в юридичній науці. Методологічний монізм суттєво обмежує пізнання ефективності господарського права, оскільки дослідження, які базуються виключно на інструментарії аналітичної юриспруденції, не потребують критеріїв соціальної практики, що у свою чергу не додає дослідникам стимулу для пошуку соціальної та економічної інформації, включаючи використання даних судової статистики та прикладів із судової практики. У наукових роботах із тематики господарського права явно бракує досліджень аксіологічних аспектів запропонованих його авторами нормативних моделей, як правило, не визначаються критерії економічного і соціального виміру для пізнання їх ефективності. Саме тому Господарський кодекс України містить істотні недоліки, які використовуються опонентами концепції господарського права для його дискредитації. Останні дослідження в теорії права свідчать, що вихід із методологічної кризи слід шукати на засадах методологічного плюралізму¹.

Наслідком функціонування правової системи стає поява певних соціальних закономірностей і явищ, оскільки право своїм впливом, і передусім засобами регулювання, формує певний уклад суспільного життя, зокрема, упорядковує в різний спосіб рух суспільних відносин, сприяє або гальмує їх розвиток. Рациональність тих чи інших струк-

¹ Див.: Максимов С. І. Методологічні підходи до дослідження правової реальності / С. І. Максимов // *Правова система України: історія, стан та перспективи* : у 5 т. – Х., 2008. – Т. 1. – С. 40–65.

турних елементів системи права може вимірюватися лише позитивом чи негативом наслідків їх застосування у різних сферах соціального буття, оскільки немає іншого достовірного критерію для визначення обґрунтованості та ефективності правового регулювання. Економічні зрушення та еволюційні зміни у соціумі, які є результатом регулюючого впливу права, об'єктивно стають критеріями ефективності механізму правового регулювання. Ці соціальні явища становлять предмет наукового інтересу не лише юриспруденції, а й інших галузей суспільствознавства. Саме тому юридичні дослідження слід проводити на вихідних позиціях сучасного наукового пошуку, який вимагає залучення до пізнання права методологічного інструментарію суміжних гуманітарних дисциплін — філософії, соціології, економіки, антропології.

Антитезою цьому висновку може бути тільки оцінка обґрунтованості та ефективності права, що базується виключно на засадах схоластичної концепції юридичного позитивізму або нормативізму. В. Л. Тамбовцев писав: «Для «старої» юриспруденції значною мірою був характерним так званий «юридичний позитивізм», суть якого полягає в тому, що будь-яке рішення законодавства сприймається як даність, що фактично не підлягає обговоренню з точки зору його соціальних або економічних функцій: закон є таким, яким він є, і обговоренню та аналізу достойні лише проблеми його застосування, включаючи відповідність раніше прийнятим законам»¹.

Відповідно до постулатів позитивістської теорії право розглядається виключно як «наказ суверена», позитивний факт і тому не вимагається його аксіологічного осмислення, а також, виключається можливість пізнання сутності права, оскільки право, за висновком прихильників концепції позитивізму, не пов'язане з економікою, політикою, ідеологією, мораллю та іншими соціальними явищами. Так, автор нормативістської, або «чистої, теорії права» Ганс Кельзен зазначав: «Чисте Правознавство як теорія зорієнтоване виключно на свій предмет. Воно намагається відповісти на питання, що таке право і як воно здійснюється, а не на питання, яким воно повинно бути чи як його створити. Чисте Правознавство є правовою наукою, а не правовою політикою»². Оскільки теорія юридичного позитивізму обмежується лише емпіричною формою пізнання права, її прихильники цілком по-

¹ Тамбовцев В. Л. Право и экономическая теория : учеб. пособие / В. Л. Тамбовцев. – М., 2005. – С. 21.

² Кельзен Ганс. Чисте Правознавство. Пробл. Справедливості / Ганс Кельзен : пер. з нім. О. Мокровольського. – К., 2004. – С. 11.

слідовно вважають, що «право є чистою логічною формою, яка обґрунтовує сама себе поза її змістом»¹.

О. Ф. Скакун, визначаючи методологічні основи цієї теорії, справедливо вказувала: «Із проблематики юридичної науки виключалися не тільки сутнісні й аксіологічні (оцінні) аспекти права, а й соціальна обумовленість права, його виникнення й розвиток у загальному потоці соціальних взаємозв'язків. Концептуально обґрунтовувався формально-догматичний метод як головний і, по суті, єдиний загальний метод теоретичної юриспруденції. На цій основі вироблялося формально-логічне розуміння права у відриві від тих суспільних відносин, які служать його підґрунтям. З усіх зовнішніх факторів, що мають вплив на право, «позитивісти» визнають державу, суверенну політичну владу законодавця, що видає норми права, які розуміють як абстрактні накази, нормативні судження законодавця, догматичні установлення, які не підлягають обговоренню»².

Проблеми визначення методологічного апарату пізнання права були неоднозначними для радянських юристів, незважаючи на декларації науки радянського права про необхідність застосування діалектико-матеріалістичного підходу до пізнання правових явищ. Зокрема, у 70-х роках минулого сторіччя низка науковців відстоювала «чистоту» предмета юридичної науки. Так, В. В. Копейчиков рішуче заперечував необхідність розширення предмета теорії права за рахунок проблем політики, соціології та управління³, а А. Ф. Шебанов вважав негативним явищем захоплення юристів питаннями філософії, наукового комунізму, соціології, політології і критикував «розмивання» предмета юридичної науки⁴. У той же час Д. А. Керимов виходив із засновку про неможливість пізнання права із самого себе і заперечував цим науковцям, підкреслюючи: «Надмірне відокремлення юридичної науки може досягти такої межі, що із часом буде вести її до відриву від усього комплексу суспільного знання. ... На правотворчий процес впливає не

¹ Колодій А. М. Позитивізм // Юридична енциклопедія : в 6 т. / редкол. : Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К., 1998. – Т. 4: Н-П. – 2002. – С. 617.

² Скакун О. Ф. Теория государства и права (энциклопедический курс) : учебник / О. Ф. Скакун. – Харьков, 2005. – С. 817–818.

³ Копейчиков В. В. О предмете юридической науки и науки общей теории государства и права / В. В. Копейчиков // Актуальные проблемы теории социалистического государства и права. – М., 1974. – С. 41.

⁴ Шебанов А. Ф. Повышение творческой роли права – важное направление общетеоретических исследований / А. Ф. Шебанов // Актуальные проблемы теории социалистического государства и права. – М., 1974. – С. 121.

лише практика правової побудови сама по собі, а й соціальне середовище значно ширшого рівня. ...Саме зовнішнє середовище обумовлює трансформацію і удосконалення правотворчої діяльності та її результатів. З другого боку, створення правових норм тому і має творчий характер, що не лише відбиває або імпульсивно реагує на стан і зміну зовнішнього середовища, а є надзвичайно складним процесом її цілеспрямованого, концентрованого і нормативного перетворення. Лише завдяки цьому результати правотворчості — правові норми набувають сили активної зворотної дії на зовнішнє середовище, що зрештою їх і породило. Отже, чим глибше та всебічно пізнане зовнішнє середовище, чим раціональніше використані здобуті знання, чим більшою мірою вони відображають нагальні потреби цього середовища, тим вище творчий рівень процесу створення правових норм, тим ефективніше їх дія, тим оптимальніше досягнення мети правового регулювання...»¹. Коментуючи цей висновок Д. А. Керимова, українські дослідники В. Ф. Погорілко та В. Л. Федоренко зазначили: «Справедливість цієї точки зору підтверджує появу таких юридичних наук, як філософія права, соціологія права та інших, а також розширення методологічної бази науки... права за рахунок методів, першопочатково притаманних філософії, соціології політології та теорії управління»².

Повніше і точніше сучасні тенденції у дослідженні права окреслив російський науковець А. М. Медушевський, який відзначав: «Сучасна теорія права розвивається під знаком подолання класичної парадигми природного права, з одного боку, і традиційного позитивістського формалізму і легалізму — з другого. Це знайшло вияв насамперед у неокантіанській критиці натуралізму, результатом якої стало подолання суто формального підходу до права... Цей поворот сприяв формуванню нових підходів до вивчення права, таких як порівняльне правознавство, соціологія права, юридична антропологія, юридична психологія, нарешті юридична інформатика і економічний аналіз права»³. Отже, системне пізнання регулюючого впливу права неможливе на основі лише формально-логічного розуміння права із властивим йому формально-догматичним методом. Тому виникає необхідність пошуку

¹ Керимов Д. А. Общая теория государства и права: предмет, структура, функции / Д. А. Керимов. — М., 1977. — С. 37.

² Погорілко В. Ф. Конституційне право України. Академічний курс : підручник : у 2 т. — Т. 1 / В. Ф. Погорілко, В. Л. Федоренко ; за ред. В. Ф. Погорілка. — К., 2006. — С. 182.

³ Медушевский А. Н. Сравнительное конституционное право и политические институты : курс лекций. — М., 2002. — С. 20–21.

матеріальних критеріїв оцінки ефективності цього нормативного комплексу та методологічного апарата дослідження його регулюючого впливу на суспільство.

О. Ф. Скакун відзначала, що ефективність механізму правового регулювання можна вивчати у різних «вимірах»¹, тобто використовуючи методологічний інструментарій суміжних праву галузей знань. Дослідження права у світлі різних вимірів ґрунтується на вихідних позиціях сучасного наукового пошуку, який вимагає залучення до пізнання права наукового інструментарію таких гуманітарних дисциплін, як філософія, соціологія, економіка, антропологія. Так, О. Підпригора відзначав, що «сучасне праворозуміння як у предметно розвинутому, так і змістовно розгорнутому вигляді має по суті охоплювати всю правову дійсність в її системному розумінні, а не тільки в юридичному як систему певних суспільних відносин, урегульованих державою за допомогою ухвалених нею загальнообов'язкових юридичних актів»². Ніби продовжуючи цю думку, О. Петришин зазначав: «Підсумком розширення предмета правознавства має стати розрив замкнутого кола формальних юридичних понять та конструкцій, коли юриспруденція розуміється як така, що розвивається “із самої себе”»³. Виходячи із розгорнутого розуміння права, Д. А. Керимов підкреслював: «...у співвідношенні суспільних наук створюються “прикордонні зони”, без яких були б неможливими їх зв'язок, взаємодія. Саме розширення цих “прикордонних зон” привело до знаменної тенденції — інтеграції наук, що збагатила людство видатними відкриттями»⁴. Врахування багатоманітності економічних, соціально-культурних, політичних та інших чинників у розробленні нормативних актів становить реалізацію прогностичної функції юридичної науки.

У матеріальному сенсі ефективність окремих нормативних комплексів як структурних елементів системи права характеризується наслідками їх регулюючого впливу у тих сферах суспільного життя, на які спрямований цей вплив. В. Ф. Яковлев відзначав, що саме з особ-

¹ Скакун О. Ф. Теория государства и права (энциклопедический курс) : учебник. – Харьков, 2005. – С. 785.

² Підпригора О. Розмежування і взаємодія публічного і приватного права як методологічна проблема вітчизняного правознавства / О. Підпригора // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2002. – № 4 (31). – С. 85.

³ Петришин О. Право як соціально-юридичне явище: до постановки проблеми / О. Петришин // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2007. – № 4 (51). – С. 16.

⁴ Керимов Д. А. Общая теория государства и права: предмет, структура, функции / Д. А. Керимов. – М., 1977. – С. 42–43.

ливостями регулюючих властивостей права пов'язані його корисність, необхідність, соціальна цінність як форми економічних відносин суспільства¹. Так, регулюючий вплив комплексу норм господарського права спрямований на оптимальне упорядкування відносин суспільного виробництва, розподілу та обміну продуктів, товарів і послуг, у чому і полягає його соціальна цінність.

Визначення ефективності інститутів господарського права в економічному вимірі означає встановлення їх адекватності потребам розвитку продуктивних сил країни. Для встановлення економічної ефективності господарського права необхідно з'ясувати інституційний механізм, через який здійснюється вплив права на економіку. Слід зазначити, що це питання у 80–90-х роках минулого сторіччя паралельно досліджували як юристи, так і економісти, причому науковці обох галузей знань використовували для позначення системного характеру зв'язків між правом та економікою категорію господарського механізму. Тому, використовуючи уже наведений методологічний підхід Д. А. Керимова, можна стверджувати, що ця категорія і є тією «прикордонною зоною», у межах якої здійснюються взаємозв'язок і взаємодія між правом та економікою.

Однак юристи не дійшли одностайного висновку щодо сутності й природи господарського механізму. Так, В. В. Лаптев фактично ототожнив правові основи господарського механізму із господарським законодавством². С. С. Алексєєв та В. Ф. Яковлев уважали господарський механізм збірним поняттям, що відображає як базисні, так і надбудовні відносини та інститути, і, зокрема, серед останніх зазначали право³. На відміну від них, С. М. Братусь включав до господарського механізму лише надбудовні компоненти і передусім право⁴. В. П. Мозолін погоджувався з думкою, що господарський механізм містить базисні і надбудовні інститути, але заперечував включення права до складу господарського механізму⁵. В. Ф. Прозоров узагалі піддав сумніву існування

¹ Яковлев В. Ф. Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений / В. Ф. Яковлев. – 2-е изд., доп. – М., 2006. – С. 21.

² Лаптев В. В. Перестройка хозяйственного механизма и хозяйственное право / В. В. Лаптев // XXVII съезд КПСС и правовые вопросы перестройки хозяйственного механизма. – М., 1987. – С. 5.

³ Алексєєв С. С. Механизм социалистического хозяйства и гражданское право / С. С. Алексєєв, В. Ф. Яковлев // Правоведение. – 1983. – № 2. – С. 27.

⁴ Братусь С. Н. Право и хозяйственный механизм / С. Н. Братусь // Правоведение. – 1983. – № 4. – С. 32.

⁵ Мозолін В. П. Общие проблемы правовой регламентации хозяйственных отношений / В. П. Мозолін // Хозяйственный механизм и гражданское право ; под ред. Ю. Х. Калмыкова. – Саратов, 1986. – С. 13.

господарського механізму як теоретичної категорії, посилаючись на нібито закладений у цій категорії механістичний підхід до економіки і права¹. Г. Л. Знаменський вважав господарський механізм формою використання об'єктивних економічних законів².

Економісти України у 90-х роках минулого сторіччя просунулися значно глибше у пізнанні сутності господарського механізму. Вони більш предметно зрозуміли природу кардинальних змін в економічній і політичній системах нашої країни у цей час. У них уже було достатньо соціальної інформації про можливості розбудови принципово різних механізмів регулювання економічних відносин залежно від проголошеної провідниками соціуму стратегічної мети. В Україні на початку 90-х років фактично зруйнували інструментарій командно-адміністративної системи, а тому в ній уже штучно не обмежувалася дія об'єктивних законів товарної форми організації виробництва (закон вартості, закон попиту і пропозиції, закон конкуренції та закони грошового обігу). Результатом дії цих законів стало поступове становлення механізму ринкової саморегуляції, серцевина якого — механізм ціноутворення. Елементами ринкової саморегуляції є попит, пропозиція, ціна, кон'юнктура, рівновага, конкуренція, монополія. У той же час, «як свідчить життя, домогтися стійкого і збалансованого розвитку будь-якої сучасної економічної системи виключно прямим, свідомо суспільним або опосередковано ринковим регулюванням неможливо, необхідна комбінація обох механізмів регулювання»³. Саме ці реалії зумовили появу в тексті Конституції України статті 13, якою закріплено положення про те, що держава забезпечує соціальну спрямованість економіки. Як зазначав юрист Д. Задихайло, «стало аксіоматичним при визначенні сутності ринкової економіки виділяти чотири принципових чинники: економічну багатоманітність, включаючи приватну власність на засоби виробництва; свободу підприємництва; вільну конкуренцію та вільне ціноутворення; роль державного регулювання ринкової економіки»⁴. Проте ця аксіома виникла передусім завдяки дослідженням економічної науки в Україні.

¹ Прозоров В. Ф. Качество и эффективность хозяйственного законодательства в условиях рынка / В. Ф. Прозоров. – М., 1991. – С. 114–123.

² Знаменский Г. Л. Хозяйственный механизм и право / Г. Л. Знаменский ; отв. ред. В. К. Мамутов ; АН УССР Ин-т экономики пром-ти. – Киев, 1988. – С. 24–33.

³ Цимбал Л. Л. Ринок та умови його функціонування / Л. Л. Цимбал // Основи економічної теорії : підручник ; за ред. проф. С. В. Мочерного. – Тернопіль, 1993. – С. 159.

⁴ Задихайло Д. Конституційний економічний порядок: проблема систематизації нормативно-правового забезпечення / Д. Задихайло // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2006. – № 4 (47). – С. 130–131.

Так, у 90-х роках минулого сторіччя економіст С. В. Мочерний установив, що за своєю структурою сучасний господарський механізм — це сполучення державного регулювання економіки та ринкового механізму саморегуляції. За його висновком, державне регулювання економіки є свідомим регулюванням макроекономічних процесів з одного центру, а приписи права стають однією з основних форм такого регулювання¹. У 2000-х роках додатковий внесок у наукове опрацювання цієї категорії зробив економіст В. М. Попов, який установив, що господарський механізм як складова економічної системи складається із сукупності форм і методів регулювання економічних процесів і суспільних дій господарюючих суб'єктів на основі використання економічних законів, економічних важелів, правових норм та інституційних утворень².

Отже, соціальна спрямованість економіки, що базується на засадах ринку і конкуренції, може бути забезпечена лише органічним сполученням ринкової саморегуляції та державного регулювання економічних процесів, які в сукупності становлять господарський механізм країни. Завданням юридичної науки має стати виявлення такого інструментарію господарського законодавства, наслідком регулюючого впливу якого стають максимально позитивні макроекономічні зрушення у конкретному соціумі. Г. Л. Знаменський слушно зазначав: «Що стосується вивчення ефективності громадсько-правових норм, то тут ситуація є вельми специфічною. Адже йдеться про визначення ефективності норм в особливій галузі — галузі економіки»³. Для з'ясування ефективності господарського права як елемента господарського механізму і, відповідно, для переходу на нову парадигму наукового пошуку у межах цієї галузі права необхідно визначити теорію економічного аналізу права, яка стане методологічним вимірником впливу цього нормативного комплексу на економіку. В. Л. Тамбовцев відзначав, що «економічний підхід застосовувався і раніше, у 20–30-х роках, у межах правових досліджень, проте лише в окремих спеціальних областях,

¹ Див.: Мочерний С. В. Суть і структура господарського механізму / С. В. Мочерний // Основи економічної теорії : підручник ; за ред. проф. С. В. Мочерного. – Тернопіль, 1993. – С. 142–151.

² Попов В. М. Економічна система суспільства. Відносини власності / В. М. Попов // Економічна теорія: Політекономія : підручник ; за ред. В. Д. Базидевича. – 4-те вид., стр. – К., 2005. – С. 70.

³ Знаменський Г. Л. Предмет и функции науки хозяйственного права / Г. Л. Знаменский // Хозяйственное право : учебник ; под ред. В. К. Мамутова. – Киев, 2002. – С. 84.

насамперед у рамках антимонопольного законодавства, але не як методологічний підхід»¹.

У працях з історії економічних досліджень простежуються численні концепції економічного розвитку. Проте лише так звана економічна теорія права (Law&Economics), яка виникла у межах сучасного напряму економічного аналізу неокласичного інституціоналізму², на відміну від інших економічних концепцій, ґрунтовно роз'яснила інтеграційний механізм взаємодії економіки та права і, головне, висунула методологію для розуміння економічної результативності правового регулювання, тобто аналізу права у термінах і категоріях економічної теорії. Основним методологічним інструментом економічної теорії права є категорія інституції або інституту і відповідно дослідження соціальних явищ ведеться з позиції інституційного підходу.

Один із розробників економічної теорії права, лауреат Нобелівської премії з економіки Д. Норт визначив поняття і роль інституту в економічному аналізі. Він зазначав: «Інституції — це правила гри в суспільстві або, точніше, придумані людьми обмеження, які спрямовують людську взаємодію в певне річище. Відмінність у функціонуванні економік протягом часу передусім викликана тим, як функціонують інституції»³. За його висновком, «інституції впливають на функціонування економіки через дію на витрати обміну та виробництва». Цей дослідник виокремлював неформальні інституції або обмеження як такі, що не створені людьми, і формальні, тобто такі, що створені людьми. Джерелом неформальних інституцій або обмежень Д. Норт вважав культуру, яку він розуміє як «передачу від одного покоління до іншого шляхом навчання і наслідування знань, цінностей та інших чинників, що впливають на поведінку». Формальними інституціями є, на його думку, офіційні правила в суспільстві, що «...охоплюють політичні (і судові) правила, економічні правила і контракти». Отже, якщо врахувати англосаксонське середовище, в якому працював Д. Норт, з його традиціями загального права (common law), то до формальних інституцій, безумовно, належить право.

¹ Тамбовцев В. Л. Право и экономическая теория : учеб. пособие / В. Л. Тамбовцев. – М., 2005. – С. 28–29.

² Див.: Ивашковский С. Н. Права собственности как «правила игры» в хозяйственных системах / С. Н. Ивашковский // Курс экономической теории : учебник ; под ред. М. Н. Чепурина, Е. А. Киселевой. – Киров, 1997. – С. 70.

³ Норт Д. Институції, інституційна зміна та функціонування економіки / Д. Норт ; пер. з англ. І. Дзюба. – К., 2000. – С. 14.

Український економіст В. М. Бережний, досліджуючи інституційну систему перехідного суспільства, зазначав: «Під інститутами слід розуміти історично створені правила і норми соціальних взаємовідносин між людьми, структуровані в адекватні громадські організації, за допомогою механізму їх становлення та функціонування. Сукупність інститутів цього соціуму утворює його інституційну систему»¹. Тому в аспекті економічного аналізу правових явищ під інститутами слід розуміти встановлені або визнані суспільством формальні правила, включаючи правові норми та нормативні системи, неформальні обмеження і способи забезпечення цих обмежень. Ці інститути відкриті для економічного аналізу з позицій ефективності та оптимального розподілу ресурсів, а тому в економічній теорії права стали з'єднувальною ланкою між економікою і правом². В інших економічних теоріях немає такої з'єднувальної ланки, що унеможливило їх використання як методологічної бази для оцінки ефективності права і засобів правового регулювання. Р. Познер, розкриваючи суть підходу, який впливає з теорії неінституціоналізму, зазначив, що він «дозволяє розглядати право як систему, властивості і внутрішні зв'язки якої може висвітлити (а іноді й покращити) економічний аналіз»³. В. Л. Тамбовцев, характеризуючи методологічне значення праць засновників цієї теорії Р. Коуза і Г. Калабресі, підкреслив, що вперше «...економічний підхід було застосовано до правових інститутів в цілому, тобто до права як до соціального інституту»⁴.

На цей час економічна теорія права є одним із найвпливовіших напрямів у юридичній науці США та інших західних країн. Біля витоків цієї теорії стояли американські економісти — професори Р. Коуз, лауреат Нобелівської премії з економіки 1991 р. за дослідження з проблем трансакційних витрат та прав власності та Г. Калабресі. Значний внесок в економічну теорію права зробили також економісти Д. Норт і Р. Томас, А. Алчіан, Г. Демєєць і юрист Р. Познер. У юридичному співтоваристві України ця теорія до останнього часу була прак-

¹ Бережной В. М. Институциональная система переходного общества: вопросы теории и практики / В. М. Бережной, С. Ю. Дефорж // Наук. пр. Донец. нац. техн. ун-ту. Сер. Економічна. – Донецьк, 2004. – Вип. 70. – С. 54.

² Тамбовцев В. Л. Право и экономическая теория : учеб. пособие / В. Л. Тамбовцев. – М., 2005. – С. 17.

³ Познер Р. А. Экономический анализ права : в 2 т. / Р. А. Познер : пер. с англ. ; под ред. В. Л. Тамбовцева. – СПб., 2004. – Т. 1. XX. – С. XVIII.

⁴ Тамбовцев В. Л. Право и экономическая теория : учеб. пособие / В. Л. Тамбовцев. – М., 2005. – С. 29.

тично невідомою, а тому її методологічний апарат не використовувався у правових дослідженнях. Утім ще в 1972 р. Р. Познер застосував методологію економічної теорії права для аналізу законодавства США¹. У той же час економічна теорія права відома економістам пострадянського простору, зокрема й України, які, користуючись її методологічним інструментарієм, здійснили низку ґрунтовних досліджень.

До останнього часу на пострадянському просторі лише російський правознавець В. Л. Тамбовцев активно пропагував методологічні підходи економічної теорії права. Він підкреслював, що «...принципово важливим висновком із досліджень, що здійснювались у рамках економічного підходу до права, є доведена корисність економічного аналізу для здійснення правових реформ...»². З огляду на апробованість і визнання у міжнародному науковому співтоваристві продуктивності цього підходу, що дозволяє органічно поєднати методологічний інструментарій економіки та права, вбачається доцільним обрати саме економічну теорію права для дослідження економічної раціональності різних нормативних моделей господарського законодавства.

Теоретичний фундамент економічної теорії права був зведений на основі розв'язання проблеми відносної рідкості або обмеженості ресурсів, що необхідні для задоволення потреб споживачів і нормальної життєдіяльності суспільства. Р. Познер, визначаючи вихідний засновок цієї теорії, писав, що «...економіка розглядається як наука про раціональний вибір у світі... де ресурси обмежені щодо людських потреб»³. З точки зору розробників цієї теорії інститут права власності має своїм економічним підґрунтям брак ресурсів порівняно з потребами соціуму в них. Для забезпечення раціонального використання ресурсів законодавець повинен точно визначити (специфікувати) право власності на всі ресурси, що мають економічну цінність. Інститут права власності розглядається як закріплений у правових або інших санкціонованих суспільством нормах механізм виключення з вільного доступу до ресурсів. Цей механізм, на переконання розробників економічної теорії права власності, має моральну основу, оскільки «у світі обмежених ресурсів їх марнування слід розглядати як аморальне явище»⁴.

¹ Познер Р. А. Экономический анализ права : в 2 т. / Р. А. Познер : пер. с англ. ; под ред. В. Л. Тамбовцева. – СПб., 2004. – Т. 2. XX. – 454 с.

² Тамбовцев В. Л. Право и экономическая теория : учеб. пособие / В. Л. Тамбовцев. – М., 2005. – С. 16.

³ Познер Р. А. Экономический анализ права : в 2 т. / Р. А. Познер ; пер. с англ. ; под ред. В. Л. Тамбовцева. – СПб., 2004. – Т. 1. XX. – С. 3.

⁴ Там само. – С. 37.

За структурою право власності, за висновком Г. Демсеця, становить жмут специфікованих прав на користування економічно цінним ресурсом, які надають можливість власнику як господарюючому агенту отримувати пов'язані з їх використанням зиски та нести витрати. До цього жмута прав належать право володіння, право користування, право управління, право на доходи, право суверена, або інакше, право на відчуження, право на безпеку, право на передання блага у спадок, право на безстроковість утримання блага, право на відповідальність у вигляді стягнення і право на існування процедур та інститутів, що забезпечують відновлення порушених правомочностей¹. Наслідком нераціонального використання ресурсів є загроза перерозподілу за відповідними процедурами прав власності, що є потужним стимулом для господарюючого агента мінімізувати свої витрати, а це у свою чергу дає можливість розв'язувати проблему ефективності використання обмежених ресурсів². Економічне призначення і мета права власності об'єктивно полягають у тому, щоб створити сприятливі умови для привласнення ресурсів тими господарюючими агентами, які здатні здобути з них найбільшу користь, або інакше, найбільш ефективно їх використовувати. Як зазначає Р. Познер, «...основний принцип економічної теорії полягає в тому, що... ресурси мають потяг до найбільш цінних способів їх використання... У процесі добровільного обміну ресурси переміщуються у ті способи використання, в яких цінність для споживачів, вимірювана їх готовністю платити, є найвищою»³.

Ще одним важливим положенням економічної теорії права, що логічно впливає з проблеми обмеженості ресурсів, є можливість у господарюючого суб'єкта вибору альтернативних способів використання обмежених ресурсів. За словами Р. Познера, «економіку можна визначити як теорію раціонального вибору»⁴. Суспільство зацікавлене у найбільш раціональному використанні ресурсів, а це можливо лише за умови чіткого визначення змісту та обсягу права власності. На власника як господарюючого агента припадає ризик усіх позитивних і негативних наслідків використання належних йому ресурсів. Тому чим чіткіше визначені (специфіковані) права власника у національній сис-

¹ Demsetz H. Toward a theory of property right / H. Demsetz // American Economic Review, 1967. – Vol. 57, № 2. – P. 49–63.

² Див.: Коуз Р. Фирма, рынок и право / Р. Коуз : пер. с англ. – М., 1993. – С. 14.

³ Познер Р. А. Экономический анализ права : в 2 т. / Р. А. Познер ; пер. с англ. ; под ред. В. Л. Тамбовцева. – СПб., 2004. – Т. 1. XX. – С. 12.

⁴ Там само. – С. 27.

темі права, тим переконливішою для нього є мотивація ефективно використовувати ресурси і точно враховувати ті зиски або шкоду, які є результатом такого використання. Так, Р. Познер дійшов висновку, що «правовий захист права власності створює стимули для ефективного використання ресурсів».

Російський економіст Р. І. Капелюшников, аналізуючи постулати економічної теорії права, відзначав, що «специфікація прав власності сприяє утворенню стійкого економічного середовища, зменшуючи невизначеність і формуючи в індивідів стабільні очікування стосовно того, що вони можуть отримати внаслідок своїх дій і на що вони можуть розраховувати у відносинах з іншими економічними агентами»¹. А Д. Норт у серії своїх праць показав, що законодавче оформлення прав власності було головним фактором піднесення країн Заходу. На його думку, «ефективна організація економіки — ключ до економічного зростання... Ефективна організація тягне за собою встановлення інституціональної структури і структури прав власності, яка створює стимули для спрямування індивідуальних економічних зусиль у русло видів економічної активності»². Отже, інститут права власності як сукупність специфікованих прав власника на ресурси визнається єдиною можливим засобом для розв'язання проблеми їх обмеженості в суспільстві, оскільки формує у господарюючих суб'єктів стимули для їх ефективного використання. Ця проблема стає більш актуалізованою. Так, ряд політичних і військових аналітиків прогнозує, що в XXI сторіччі різко загостриться боротьба за обмежені у світі ресурси³.

Основне методологічне значення економічної теорії права для юридичних досліджень полягає в тому, що вона визначила необхідний критерій для перевірки економічної раціональності висунутих нормативних моделей господарського законодавства і цим критерієм є рівень закладених у правових моделях стимулів для ефективного використання власниками і підприємцями економічно цінних та обмежених у суспільстві ресурсів. Категорія стимулу використовується як в еконо-

¹ Капелюшников Р. И. Экономическая теория прав собственности (методология, основные понятия, круг проблем) / Р. И. Капелюшников. – М., 1990. – С. 17.

² North D. The Rise of the Western World: a new economic history / D. North, R. Thomas. Cambridge, 1973. – P. 1.

³ Див.: Интервью с первым заместителем начальника Генерального штаба Вооруженных Сил Российской Федерации Ю. Балуевским // Независимое военное обозрение. – № 6 (321). 2003. – 21–27 февр. – С. 1, 4.

мічній, так і у правовій науках, а отже, становить з'єднувальну між ними ланку.

Слід зазначити, що стимул має певні відмінності і специфіку у розумінні як правова та економічна категорія. Так, юристи вважають стимул у праві одним із засобів правового регулювання, тобто як зовнішній фактор, що закріплений у законодавстві для спонукання суб'єкта права до вчинення певних правомірних діянь¹. Економісти розглядають стимул, як правило, у системі економічного стимулювання, що являє собою систему організаційно-економічних заходів, спрямованих на розвиток господарської діяльності та підвищення її ефективності². Визначальною метою цих заходів є цілеспрямований вплив на три основних мотиви, що повноцінно діють у ринковій економіці, а саме: мотив власника, мотив підприємця і мотив працівника. І. Топішко та Н. Колганова зазначають, що «... в основі економічного стимулювання — максимізація доходів від власності, підприємницького доходу або заробітної плати, тобто мотиви і стимули діяльності тісно пов'язані з реалізацією насамперед економічних інтересів індивіда»³. Неважко помітити, що у своїй основі зміст категорії стимулу розуміється юристами та економістами однаково, тобто як зовнішній чинник, який впливає на мотиви суб'єкта. Але якщо правники оцінюють його як засіб правового регулювання для вчинення правомірного діяння, то економісти — як організаційно-економічний засіб для підвищення зацікавленості у результатах господарювання.

Резюмуючи викладене, можна дійти висновку, що відповідно до методологічних положень економічної теорії права господарське законодавство має розглядатись як інститут в економічній системі, що більш або менш результативно стимулює господарюючих агентів ефективно використовувати обмежені та економічно цінні ресурси, а оцінка проектів реформи господарського законодавства повинна здій-

¹ Див.: Луценко І. Поняття та ознаки правового стимулу / І. Луценко // Підприємництво, госп-во і право. – 2008. – № 5. – С. 12–13; Скакун О. Ф. Теория государства и права (энциклопедический курс) : учебник / О. Ф. Скакун. – Харьков, 2005. – С. 322.

² Див.: Лико І. Я. Соціально-економічне стимулювання працівників на промислових підприємствах : автореф. дис. ... канд. екон. наук / І. Я. Лико. – Л., 2006. – С. 7; Топішко І. Економічне стимулювання / І. Топішко, Н. Колганова // Економічна енциклопедія : у 3 т. Т. 3 / редкол. С. В. Мочерний (відп. ред.) та ін. – К., 2002. – С. 457; Чумаченко О. В. Механізм стимулювання виробничої діяльності персоналу підприємства : автореф. дис. ... канд. екон. наук / О. В. Чумаченко. – Донецьк, 2004. – С. 6.

³ Топішко І. Економічне стимулювання / І. Топішко, Н. Колганова // Економічна енциклопедія : у 3 т. Т. 3 ; редкол. С. В. Мочерний (відп. ред.) та ін. – К., 2002. – С. 457.

снюватися через критерій наявності чи відсутності стимулів у запропонованих нормативних інноваціях. Отже, для з'ясування ефективності нормативних моделей господарського законодавства необхідно здійснити економічну оцінку наслідків його реального чи прогнозованого застосування, що означає використання в юридичних дослідженнях методологічного інструментарію економічної теорії.

В. Ломака, помічник судді Вищого господарського суду України

Відповідальність вантажовідправника та вантажоодержувача за несвоєчасну оплату перевезення вантажів залізничним транспортом

Перевезення вантажів залізничним транспортом є одним із найбільш поширених в Україні й у всьому світі видом вантажних перевезень. Незважаючи на те, що ці перевезення забезпечують перш за все правовідносини, які мають приватноправовий характер, перебування залізничного транспорту в державній власності обумовлює особливе правове регулювання цієї сфери правовідносин. Як справедливо відзначається в літературі, специфіка перевезень залізничним транспортом в Україні полягає в тому, що Укрзалізниця є монополістом у цій сфері, а також одночасно здійснює як функції контролю й управління, так і функції суб'єкта господарювання, виступаючи однією зі сторін договірних відносин.

Договори перевезення за загальною цивільною класифікацією віднесені до договорів надання послуг. Головною особливістю договорів про надання послуг, на відміну від договорів про виконання робіт, є те, що надання послуг невіддільне від діяльності особи, яка надає послуги. Корисний ефект такої діяльності не виступає у вигляді певного осяжного матеріалізованого результату, як це має місце у підрядних договорах, а полягає в самому процесі надання послуги. Зобов'язання з надання послуг зокрема виникають із транспортних договорів.

Дослідженню означеної проблематики значну увагу приділяли такі вчені, як Б. Г. Бабкін, М. І. Брагінський, В. В. Вітрянський, А. Б. Гарбар, Н. С. Кузнєцова, Н. О. Саніахметова, В. Т. Смірнов, В. Н. Черешнюк, В. Ф. Яковлева та ін., проте нові політичні та економічні реалії викликають необхідність з'ясування й вивчення нових аспектів цих відносин.

Статтею 62 Статуту залізниць України передбачено, що порядок розрахунків за перевезення і послуги встановлюється Укрзалізницею згідно з чинним законодавством. Належні за перевезення вантажів і надання додаткових послуг платежі можуть вноситися готівкою, чеками, безготівково, якщо інше не передбачено законодавством, на стан-

ціях відправлення або передоплатою через розрахункові підрозділи залізниць. Остаточні розрахунки між залізницями і одержувачами за перевезення вантажів і надання додаткових послуг здійснюються на станціях призначення. Платежі за перевезення експортно-імпортних вантажів здійснюються згідно з міжнародними угодами та чинним законодавством. У разі несвоєчасного внесення вантажовідправником, вантажоодержувачем, експедитором належної плати, зборів та штрафів справляється пеня за кожний день затримки у розмірі, встановленому законодавством. Відправка, видача вантажів можуть бути затримані до внесення платежів. За час затримки відправник, одержувач, експедитор сплачують за користування вагонами (контейнерами) залізниці плату, передбачену ст. 119 цього Статуту¹.

Дещо дискусійним є питання щодо строків позовної давності, у межах яких перевізник має право звернутися з позовами до вантажовідправників, вантажоодержувачів, портів, експедиторів тощо. Актуальність цього питання, зокрема, зумовлена тим, що норми ЦК та ГК України по-різному регулюють це питання. Проте ч. 2 ст. 9 ЦК України встановлено, що законом можуть бути передбачені особливості регулювання майнових відносин у сфері господарювання. Таким законом є ГК України, норми якого у регулюванні майнових відносин суб'єктів господарювання є спеціальними щодо норм ЦК України, що стосується і положень про позовну давність. Так, ч. 5 ст. 315 ГК України, яка кореспондується з п. 136 Статуту залізниць України, встановлює для пред'явлення перевізником (залізницею) позовів, які впливають із перевезення, шестимісячний строк. Такої ж позиції дотримується і Верховний Суд України².

Порушенням зобов'язання, у тому числі грошового, є не тільки його невиконання, а й виконання з порушенням умов, визначених змістом зобов'язання (неналежне виконання). Неналежне виконання охоплює випадки часткового виконання зобов'язання, виконання зобов'язання у неналежні строки тощо.

Слід зазначити, що в судовій практиці можна зустріти випадки неправильного розуміння змісту грошового зобов'язання учасниками відносин у сфері господарювання. Так, у низці постанов Вищий господарський суд України вказував на те, що сторони, висуваючи позовні вимоги, виходили з неправильного розуміння грошових зобов'язань.

¹ Вісн. господ. судочинства. – 2001. – № 4.

² Офіц. вісн. України. – 2000. – № 48. – Ст. 2108.

Верховний Суд України виходить із розуміння грошового зобов'язання як обов'язку боржника сплатити кредитору певну грошову суму відповідно до цивільно-правового договору чи на інших підставах, передбачених цивільним законодавством України (див., зокрема, постанову Верховного Суду України від 17.01.2006 р. у справі № 11/690).

Отже, аналіз законодавства і судової практики дозволяє зробити висновок, що грошовим є зобов'язання, виконання якого має відбутись у формі сплати грошових коштів одним суб'єктом відносин на користь іншого. На користь цього свідчить позиція Вищого арбітражного суду України, який у Роз'ясненні від 29.04.1994 р. № 02-5/293 «Про деякі питання практики застосування майнової відповідальності за невиконання чи неналежне виконання грошових зобов'язань» указує, що моментом виконання грошового зобов'язання є дата списання коштів із рахунка платника.

Згідно зі ст. 51 Статуту залізниць України, підприємства залізничного транспорту загального користування мають право на заставу майна переданих їм для перевезення вантажів для забезпечення гарантії належної провізної оплати та інших платежів. Заставне право діє поки вантаж перебуває у віданні залізниці. Якщо відправник (одержувач) не внесе залізниці належні їй платежі, залізниця використовує заставне право і реалізує вантаж після закінчення передбаченого Правилами граничного терміну його зберігання. Граничний термін зберігання не повинен перевищувати 30 діб.

Детально порядок розрахунків за договорами перевезення залізницею урегульовано Правилами розрахунків за перевезення вантажів, затверджених наказом Міністерства транспорту України від 21 листопада 2000 р. № 644. Пунктом 1.4 цих Правил передбачено право залізниці для покриття своїх витрат використовувати заставне право і реалізовувати вантаж згідно зі статтями 49, 51 Статуту залізниць України, на випадок, якщо відправник (одержувач) не внесе залізниці належні їй платежі.

До особи, яка порушила грошове зобов'язання, можуть бути застосовані негативні наслідки, передбачені за порушення будь-якого цивільно-правового (господарського) зобов'язання, а також наслідки, які передбачені виключно у випадку невиконання саме грошового зобов'язання.

Згідно зі ст. 611 ЦК України у разі порушення зобов'язання настають правові наслідки, встановлені договором або законом, зокрема,

сплата неустойки. Відповідно до ст. 22 Закону України «Про залізничний транспорт» від 07.04.1996 р. № 273/96-ВР залізниці, підприємства, установи та організації залізничного транспорту загального користування мають право у разі несвоєчасної оплати за перевезення стягувати з вантажовідправників (вантажодержувачів) пеню у розмірі та порядку, встановлених Статутом залізниць України.

Слід звернути особливу увагу на визначення неустойки, пені і штрафу з огляду на певну суперечність у врегулюванні даного питання ЦК і ГК України. Річ у тім, що ГК України регулює це питання через введення поняття штрафних санкцій, під якими розуміють грошові суми (неустойка, штраф, пеня), які учасник господарських відносин зобов'язаний сплатити у разі порушення ним правил здійснення господарської діяльності, невиконання або неналежного виконання господарського зобов'язання. Таким чином, ГК України не проводить чіткого розмежування неустойки, штрафу і пені. У той же час ГК України передбачає, що у разі якщо розмір штрафних санкцій законом не визначено, санкції застосовуються в розмірі, передбаченому договором. При цьому розмір санкцій може бути встановлено договором у відсотковому відношенні до суми невиконаної частини зобов'язання.

Відповідно до ЦК України такий вид санкції слід вважати штрафом, який визначається у певній, визначеній грошовій сумі, або у відсотковому відношенні до суми зобов'язання незалежно від ступеня його виконання, або у кратному розмірі до вартості товарів (робіт, послуг). Таким чином, ГК України передбачає відповідальність за невиконання зобов'язання у вигляді штрафу (у розумінні ЦК України), але не передбачає пені (у значенні, що наводиться в ЦК України) і в той же час наводить такі види санкцій, які не передбачені ЦК України, а саме: санкції у певній, визначеній грошовій сумі, або у відсотковому відношенні до суми зобов'язання незалежно від ступеня його виконання, або у кратному розмірі до вартості товарів (робіт, послуг). У наступних статтях ГК України можна зустріти вказівку на штрафні санкції у вигляді пені у розмірі певного відсотка від вартості невиконаного зобов'язання за кожен день прострочення, а також у вигляді штрафу в розмірі певних відсотків від вартості невиконаного зобов'язання. З цього ми можемо зробити висновок, що незважаючи на те, що в переліку штрафних санкцій ГК України не назвав штраф і пеню, тим не менше ГК України до них звертається як до засобів відповідальності за невиконання зобов'язань і при цьому розуміння пені і штрафу за ГК і ЦК України збігається.

Як правило, сторона, що бажає захистити себе від невиконання контрагентом зобов'язань, передбачає в договорі неустойку (штраф, пеню), що покликана в тому числі покрити можливі збитки, нанесені неправомірними діями партнера. Звичайно штраф встановлювався в конкретній сумі або у відсотках від суми невиконаного зобов'язання. Пеня нараховується за кожний день прострочення виконання грошового зобов'язання. Відтак саме про пеню й варто поговорити. *Звичним стало формулювання: «пеня стягується в розмірі, приміром, 0,1 % від суми невиконаного грошового зобов'язання в день, але не більше розміру подвійної облікової ставки НБУ, що діє в період, за який сплачується пеня».* Таке обмеження було закріплено у ст. 3 Закону України від 22.11.1996 р. № 543/96-ВР «Про відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань».

Існує також підстава, що звільняє кредитора від необхідності сплатити неустойку: це невиконання або неналежне виконання зобов'язання внаслідок випадку або дії непереборної сили. При цьому боржник зобов'язаний довести відсутність своєї провини і наявність формажорних обставин. Не вважається випадком невиконання своїх зобов'язань контрагентом, боржником відсутність на ринку товарів, потрібних для виконання зобов'язання, а також відсутність у боржника необхідних коштів (ст. 617 ЦК України).

Варто врахувати також, що ГК України містить обмеження періоду, за який можуть бути нараховані штрафні санкції. Так, згідно зі ст. 232 ГК України «нараховання штрафних санкцій за прострочення виконання зобов'язання, якщо інше не встановлено законом або договором, припиняється через шість місяців від дня, коли зобов'язання мало бути виконане».

Таким чином, якщо в договорі немає спеціальної вказівки, за який період стягується неустойка, то, якщо керуватися ГК України, її можна стягнути тільки за півроку з моменту, коли відбулося фактичне порушення виконання зобов'язань (тобто шість місяців починають обчислюватися від дня, наступного за днем, що є останнім строком для виконання зобов'язання). При цьому право на вимогу про стягнення неустойки в кредитора діє протягом одного року (ст. 258 ЦК України).

Говорячи про порядок нараховання пені, не можна оминати увагою норми ст. 72 ЦК України, якою передбачено, що стосовно позовів про стягнення неустойки (штрафу, пені) встановлено не загальний строк позовної давності (три роки), а скорочений — тривалістю в шість мі-

сяців. Нагадаємо, що згідно зі ст. 76 ЦК України відлік строку позовної давності починається від дня виникнення права на позов. Право на позов виникає з дня, коли особа дізналася або повинна була дізнатися про порушення свого права. У цьому полягає істотна і відмінна особливість нарахування пені. Річ у тім, що, оскільки пеня нараховується щодня, то і обов'язок з її сплати виникає щодня, а отже, щодня виникає і право на подання позову. Враховуючи, що для позовів про стягнення неустойки встановлено скорочений строк позовної давності, що застосовується за кожний день прострочення виконання зобов'язання¹, можна зробити такий висновок.

Згідно з ГК України нарахування штрафних санкцій (пені і штрафу) за прострочення виконання зобов'язання, якщо інше не встановлено законом або договором, припиняється через шість місяців від дня, коли зобов'язання мало бути виконано. Цей строк слід відрізнити від строку позовної давності, що застосовується до вимог зі стягнення неустойки (штрафу, пені) і становить один рік².

ГК України також передбачає, що при реалізації в судовому порядку відповідальності за правопорушення у сфері господарювання застосовуються загальний та скорочені строки позовної давності, передбачені ЦК України, якщо інші строки не встановлено ГК України. Положення щодо шести місяців не може розглядатися як положення про встановлення строку позовної давності: якщо строк позовної давності відраховується від дня, коли особа дізналася або могла дізнатися, що її право порушено, і вказує на строк, протягом якого у особи є право звернутися до суду з вимогою про задоволення її вимог, то строк у шість місяців відраховується від дня, коли зобов'язання мало бути виконаним і вказує на строк нарахування штрафних санкцій.

На нашу думку, пояснити цю плутанину можна бажанням авторів ГК України сформулювати правило щодо позовної давності. Але все ж таки від такої думки необхідно відмовитися — занадто сильно формулювання положення про шість місяців відрізняється від поняття позовної давності. Вбачається, що найбільш прийнятною в цій ситуації є така рекомендація — прямо зазначити у договорі, що до відповідних відносин це правило не застосовується.

¹ Пункт 11 Роз'яснення ВАСУ від 16.04.1993 р. № 01-6/438 «Про деякі питання застосування позовної давності при вирішенні господарських спорів».

² Це так звана спеціальна позовна давність, оскільки її строк є скороченим – нагадаємо, що за загальним правилом строк позовної давності становить три роки; до прийняття нового ЦК до вимог про сплату неустойки застосовувалася позовна давність у шість місяців.

Така ситуація суперечить навіть самому ГК України, який встановлює, що штрафні санкції у формі сплати відсотків від невиконаної частини зобов'язання справляються по день сплати суми цих коштів кредитору. Крім того, подібна інтерпретація положень ГК України «про шість місяців» на практиці може призвести до елементарного затягування прострочення виконання зобов'язання. Адже виходить, що для боржника, який не виконав зобов'язання через шість місяців після настання строку виконання зобов'язання, більше жодних заходів відповідальності не застосовується.

Звернемо також увагу на те, що визнання боржником претензії кредитора про оплату продукції (товарів), робіт чи послуг без перерахування заборгованості не може бути підставою для припинення нарахування пені за прострочку платежу. Такою є позиція Вищого господарського суду України.

Розмір неустойки — у тому випадку, якщо спір вирішується у судовому порядку, — включається до ціни позову, а отже, впливає на розмір державного мита. Якщо з моменту початку обчислення пені минув період понад шість місяців, то кредитор у позовній заяві має право вимагати пеню, нараховану за останній шестимісячний період, оскільки стосовно тієї пені, що виникла раніше цього терміну, строк позовної давності вже минув. Отже, при поданні позовної заяви пеня розраховується, виходячи зі строку в шість місяців, що передують даті подання позову.

Стосовно визначення розміру неустойки слід відзначити таке. У своєму листі «Щодо розміру пені за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань» від 04.12.2002 р. № 2-221/6439 Державний комітет України з питань регуляторної політики та підприємництва пояснює таке. Згідно зі ст. 1 Закону України «Про відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань» від 22.11.1996 р. № 543/96-ВР платники грошових коштів за прострочення платежу сплачують на користь одержувачів цих коштів пеню в розмірі, що встановлюється за погодженням сторін. Відповідно до ст. 3 цього Закону зазначений розмір пені обчислюється від суми простроченого платежу і не може перевищувати подвійної облікової ставки НБУ, що діяла в період, за який сплачується пеня. Таким чином, Законом України «Про відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань» від 22.11.1996 р. № 543/96-ВР встановлено виключно обмеження в розмірі пені та тільки стосовно грошових платежів. На підставі цього можна дійти висновку, що розмір штрафу встановлюється у договорі за згодою сторін.

У той же час у листі Вищого арбітражного суду України від 10.03.1998 р. № 01-8/91 «Про деякі питання практики застосування окремих норм чинного законодавства у вирішенні спорів» суд, вирішуючи питання, чи застосовуються правила ст. 4 Закону України «Про відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань» щодо обмеження розміру стягнення подвійною обліковою ставкою Національного банку України, якщо сторони за договором передбачили в ньому відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань у вигляді штрафу, зазначено таке. За змістом ст. 178 Цивільного кодексу України (мається на увазі Цивільний кодекс УРСР) штраф і пеня є лише різновидами неустойки як засобу забезпечення виконання зобов'язання. Отже, якщо сторони в договорі передбачили відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань у вигляді штрафу, правила ст. 4 Закону України «Про відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань» щодо обмеження розміру стягнення подвійною обліковою ставкою Національного банку України мають застосовуватися на загальних підставах.

На нашу думку, таке розширення судом поняття «пеня» до поняття «неустойки» є зовсім незрозумілим та безпідставним, адже ст. 4 Закону чітко вказано, що саме розмір пені не може перевищувати розмір подвійної облікової ставки НБУ. Крім сплати сум пені й штрафу ст. 625 ЦК України встановлено, що «боржник, який прострочив виконання грошового зобов'язання, на вимогу кредитора зобов'язаний сплатити суму боргу з урахуванням встановленого індексу інфляції за увесь час прострочення, а також три відсотки річних від простроченої суми, якщо інший розмір відсотків не встановлений договором або законом».

Зазначені відсотки не слід змішувати з неустойкою. Вони, по суті, є платою за користування чужими коштами й стягуються незалежно від провини боржника. Неустойка ж є мірою відповідальності за невиконання зобов'язання або виконання його несвоєчасно чи з неналежною якістю. Неустойка може бути виражена в грошовій або майновій формі (ст. 549 ЦК України). За загальним правилом, при стягненні неустойки кредитор не зобов'язаний надавати докази, що підтверджують заподіяння збитків і їх розмір. Більше того, неустойка може бути стягнена й у тому випадку, якщо відсутній факт заподіяння збитків, але зобов'язання виконані несвоєчасно або неналежно (ст. 550 ЦК України)¹.

¹ Див.: Кабальский Р. Хозяйственно-договорные обязательства: нарушение и ответственность / Р. Кабальский. – Харьков, 2008. – С. 55.

Згідно зі ст. 550 ЦК України відсотки, передбачені ст. 625 ЦК України, на неустойку не нараховуються, оскільки відсотки сплачуються тільки за користування чужими коштами. Ця позиція обґрунтовується також і сформованою в Україні судовою практикою. Так, наприклад, у п. 9 Роз'яснення Вищого арбітражного суду України від 29.04.1994 р. № 02-5/293 «Про деякі питання практики застосування майнової відповідальності за невиконання чи неналежне виконання грошових зобов'язань» зазначається, що пеню як один із видів неустойки, яка стягується за кожний день прострочки і в межах 6-місячного строку позовної давності, необхідно відрізнити від відсотків за користування чужими коштами, що є платою саме за користування чужими коштами, а не санкцією за невиконання чи неналежне виконання зобов'язання. Стягнення цих відсотків передбачено, зокрема, п. 67 Положення про поставки продукції та п. 58 Положення про поставки товарів (при повторній оплаті тієї самої продукції (товарів), неправильному застосуванні цін тощо).

Як зазначено у постанові Вищого господарського суду України від 16.01.2007 р. у справі № 19/12/06, передбачене законом право кредитора вимагати сплати боргу з урахуванням індексу інфляції та процентів річних є способами захисту його майнового права та інтересу¹, суть яких полягає у відшкодуванні матеріальних втрат кредитора від знецінення грошових коштів внаслідок інфляційних процесів та отриманні компенсації (плати) від боржника за користування утримуваними ним грошовими коштами, належними до сплати кредитором. Враховуючи викладене, Вищий господарський суд України дійшов висновку, що інфляційні нарахування на суму боргу та проценти річних входять до складу грошового зобов'язання, як його визначено у ст. 1 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом». Суд першої інстанції безпідставно ототожнив зазначені складові грошового зобов'язання із санкціями за невиконання чи неналежне виконання грошових зобов'язань у розумінні абзацу четвертого ч. 4 ст. 12 цього Закону.

Аналіз загального та спеціального законодавства, а також судової практики у справах про залізничні перевезення дає підстави зробити такі висновки щодо наслідків порушення грошових зобов'язань, у тому числі пов'язаних із здійсненням розрахунків:

¹ Див.: Гвоздецкий А. О правовых аспектах железнодорожных перевозок / А. О. Гвоздецкий // Юрид. практика. – 2007. – № 24. – С. 10–11.

1. Підлягає стягненню пеня за кожний день прострочення, як один із видів неустойки, яку необхідно відрізнати від передбачених у ст. 536 ЦК України і ст. 232 ГК України відсотків за користування чужими коштами, що є платою саме за користування чужими коштами, а не санкцією за невиконання чи неналежне виконання зобов'язання (див. постанову Вищого господарського суду України від 04.10.2005 р., справа № 20-9/024).

2. Нараховуються відсотки, передбачені ст. 536 ЦК України, на суму грошових коштів тільки у разі порушення зобов'язання, інакше кажучи, ця стаття не може розумітися як така, що передбачає встановлення відсотків за правомірне користування грошовими коштами (див., зокрема, ст. 693 ЦК України, в якій закріплено, що на суму попередньої оплати нараховуються проценти відповідно до ст. 536 ЦК України від дня, коли товар мав бути переданий, до дня фактичного передання товару покупцеві або повернення йому суми попередньої оплати). Крім того, такі відсотки можуть бути нараховані у позадоговірних відносинах (зокрема, у разі безпідставно отриманих грошових коштів).

3. У статтях 536 і 625 ЦК України, а також у ст. 232 ГК України йдеться про ті самі відсотки, розмір яких, якщо сторони у договорі не передбачили іншого, складає три відсотки річних¹ (наприклад, постановою ВСУ від 17.01.2006 р. у справі № 11/690).

4. Стягнення відсотків за користування чужими грошовими коштами не потребує доведення вини боржника (на відміну від збитків і неустойки). Те саме, що цілком логічно, стосується індексу інфляції.

5. Відсотки, передбачені законом чи договором за правомірне користування грошовими коштами, продовжують нараховуватися після настання строку виконання зобов'язання боржником і мають зараховуватись до суми основного боргу. Нарахування таких відсотків має відбуватися до того моменту, як зобов'язання буде фактично виконано (навіть після винесення рішення суду про їх стягнення), і не може вважатися заходом відповідальності за невиконання грошового зобов'язання, а отже, не виключає застосування неустойки, але виключає нарахування відсотків за користування чужими грошовими коштами. Це пояснюється тим, що відсотки за правомірне користування грошовими коштами і відсотки за користування чужими грошовими

¹Ця позиція не є загальноприйнятою. Є прибічники погляду, згідно з яким проценти за користування чужими коштами і три проценти річних не збігаються і відповідно можуть нараховуватися паралельно. Утім судова практика виходить з іншого.

коштами є платою за таке користування, а стягувати подвійну плату за користування грошовими коштами видається неможливим.

6. Якщо рішенням суду було визнано обов'язок суб'єкта господарювання сплатити на користь іншого суб'єкта господарювання певну грошову суму і зобов'язаний суб'єкт її не сплатив, це слід вважати користуванням безпідставно отриманими грошовими коштами (користуванням чужими грошовими коштами). Відповідно, на вказану суму мають нараховуватися відсотки за користування чужими грошовими коштами у розмірі трьох відсотків річних (див. постанову Вищого господарського суду України від 04.10.2005 р. у справі № 20-9/024).

7. До складу грошового зобов'язання не включається неустойка (див. постанову ВСУ від 17.01.2006 р. у справі № 11/690).

8. Грошовим зобов'язанням є грошова сума, визначена з урахуванням встановленого індексу інфляції і трьох відсотків річних (див. постанову ВСУ від 17.01.2006 р. у справі № 11/690). Цей висновок ВСУ має значення для нарахування пені. Оскільки пеня нараховується на суму невиконаного зобов'язання, то зроблений висновок автоматично означає, що пеня має нараховуватися не на суму грошового зобов'язання, яке було визначено в договорі, а на суму, визначену вже на момент стягнення з урахуванням індексу інфляції і трьох відсотків річних. У той же час необхідно зауважити, що суди вважають прийнятним розрахунок учасників спору, зроблений за більш легким способом — пеня нараховується на суму грошового зобов'язання за договором, окремо нараховується індекс інфляції і відсотки річних.

Отже, господарсько-правові санкції, що можуть застосовуватись за порушення договірних відносин у сфері здійснення перевезень залізничним транспортом, застосовуються у формі відшкодування завданих збитків, сплати неустойки та адміністративно-господарських санкцій. Утім існує нагальна потреба у законодавчому врегулюванні цілої низки проблемних питань у сфері договірних відносин з перевезення залізничним транспортом, зокрема, у прийнятті Кабінетом Міністрів України, як це і передбачено ГК України, методики визначення розміру відшкодування збитків у сфері господарювання.

ПИТАННЯ ГОСПОДАРСЬКОГО СУДОЧИНСТВА

С. Демченко, Голова Вищого господарського суду України, кандидат юридичних наук, заслужений юрист України

Системний аналіз ефективності господарського судочинства

З метою розробки теоретичних засад підвищення ефективності господарського судочинства проведемо системний аналіз цієї категорії і визначимо складові ефективності судочинства в цілому.

Практика і наука відкликаються на наявні проблеми ефективності судочинства, але цей відгук неспроможний нейтралізувати виклик, вирішити ці проблеми. Це пояснюється головним чином тим, що зусилля, яких докладають, мають розрізнений, несистемний характер, не відповідають таким вимогам, як повнота, достатність і конструктивність (практична результативність) для вирішення проблеми. І саме це зводить такі зусилля нанівець. Так, наприклад, у юридичній літературі з метою вдосконалення правовідносин, що склалися у цій предметній сфері, піддається науково-теоретичному аналізу правова природа господарського судочинства, його сутність, робляться спроби осмислення основних інститутів господарського судочинства, аналізуються принципи та функції господарського процесу України, його стадії, судова практика. Провадиться огляд перегляду судових рішень в апеляційному, касаційному порядку, досліджуються питання, пов'язані з виконанням рішень, ухвал, постанов господарського суду, аналізом практики врегулювання спорів на різних стадіях судового процесу. Об'єктом дослідження виступає і правова природа господарського процесуального права, його предмет та метод, правові основи господарського судочинства, правовий статус його учасників¹ тощо.

¹ Див.: Булатов Є. В. Правовий статус установи як учасника господарських відносин : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.04 ; НАН України ; Ін-т екон.-прав. дослідж. / Є. В. Булатов. – Донецьк, 2005. – 20 с.

Однак такого роду дослідження, що проводяться протягом багатьох років, як ми бачимо, не є, у своїй більшості, комплексними, системними, а отже, вони не в змозі посприяти кардинальному вирішенню проблеми ефективності господарського судочинства, недостатньо впливають на якість вирішення господарських спорів.

З метою підвищення ефективності господарського судочинства з боку Президента України, Верховної Ради, Уряду, керівництва судовою системою приймаються ті чи інші відповідні рішення. Це і розробка проекту нового Господарського процесуального кодексу, і утворення нових органів¹, і підвищення кваліфікації суддів, і забезпечення виконання судових рішень та багато ін.

У той же час зазначені заходи, яких вживають, також можна охарактеризувати саме як розрізнені, нерідко і формальні, такі, що не завжди спрямовуються на досягнення єдиної мети — підвищення ефективності господарського судочинства.

Чому, наприклад, нерідко і формальні? Потрібно пам'ятати, що будь-які зміни, упорядкування, що пропонуються, самі по собі не є самоціллю. Усі вони мають підпорядковуватися зазначеній меті (підвищення ефективності судового процесу), сприяти її досягненню. А коли завдання ставиться саме так, то це вже і є цілеспрямований системний підхід. Саме такий підхід використовується у нашому дослідженні, яке базується також на системному, комплексному аналізі й синтезі. При цьому системний підхід не просто декларується, а насправді застосовується. Це забезпечується, по-перше, розумінням системи, напрацьованим спеціалістами з теорії систем. По-друге, особливістю інструментарію, що використовується як при аналізі існуючої, так і синтезі-побудові потрібної системи.

Щодо розуміння системи. У більшості досліджень під системою розуміють ту чи іншу сукупність однорідних елементів. Це є, за оцінкою фахівців з теорії систем, неуцтвом, невіглаством. Справді, та сама сукупність однорідних елементів може становити систему щодо певних ознак, властивостей, відношень (тобто відповідати цим ознакам, властивостям) і, навпаки, не бути такою стосовно інших ознак (властивостей, відношень). Інакше кажучи, не можна називати ту чи іншу сукупність системою, не позначивши, щодо яких саме ознак, властивостей

¹ Зокрема, утворено Державну судову адміністрацію України (ДСА України), яка покликана здійснювати функції організаційного забезпечення діяльності судів, заходи фінансового, матеріально-технічного, кадрового, інформаційного та організаційно-технічного характеру.

або відношень ця сукупність є системою. Наприклад, взвод солдатів є системою стосовно таких ознак, як прийняття присяги (кожен із солдатів прийняв її), громадянства (кожен із них — громадянин України), можливо, віку тощо. Але ж взвод не є системою стосовно росту (кожен має свій, неоднаковий зріст), кольору очей і т. ін. Тобто та сама сукупність елементів може бути системою щодо одних ознак і не бути такою стосовно інших властивостей.

Отже, для того щоб пізнати (виявити) систему, треба визначити спочатку ознаки, властивості або відношення, за якими ця сукупність має розглядатися як система. За цією концепцією при побудові нової системи слід визначити (задати) потрібні ознаки, властивості, а потім вже відбирати елементи, які б становили відповідну систему, або визначати завдання з переведення системи з одними властивостями у систему з іншими.

З огляду на це підвищення ефективності господарського судочинства слід розглядати як мету і одночасно критерій оцінки будь-яких змін, що пов'язані, тим чи іншим чином, із судовою системою. Завдяки такому розумінню можна чітко розмежовувати зміни (чинники), що здатні і, навпаки, неспроможні підвищити ефективність господарського судочинства. До останніх чинників, тобто таких, що неспроможні підвищити цю ефективність, належить, наприклад, створення державної судової адміністрації (ДСА).

Для виявлення достатньо повного переліку чинників, що суттєво впливають на ефективність господарського судочинства, знову ж таки потрібно використати спеціальний науковий інструментарій — системну методологію.

Зупинимося на доцільності використання та викладенні основних положень наукового інструментарію, що використовувався. Зазначимо, що висвітленню питань використання наукового інструментарію приділялася значна увага в юридичній, у тому числі господарсько-правовій науці, присвяченій вдосконаленню законодавства, законодавчого процесу. Так, серйозні розробки щодо науково обгрунтованого визначення мети, методології та засобів якісного вдосконалення законодавства містяться у працях відомих учених-теоретиків і господарників. Це, зокрема, роботи О. І. Ющика¹,

¹ Ющик О. І. Теоретичні проблеми законодавчого процесу : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01 / Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України / О. І. Ющик. – К., 2005. – 467 с.

В. К. Мамутова¹, В. Ф. Сіренка², Р. Ф. Гринюка³, О. Х. Юлдашева⁴ та ін.

У той же час слід погодитися з думкою О. Х. Юлдашева про те, що окремі дослідження нерідко формально проголошуються їх авторами «методологічними» або системними, не будучи фактично такими. Адже у багатьох випадках методологія, що в них декларується, є авторською, однак не обов'язково системною. Те саме стосується і системних досліджень законодавства, які нерідко також є системними лише за назвою, а не за змістом.

Особливості інструментарію, що використовується як при аналізі, так і при синтезі системи. Системна методологія, системний апарат, які викладаються у спеціальних роботах⁵, є надзвичайно потенційно потужними засобами вирішення дійсних проблем, але лише у тому разі, коли цей апарат, методологія використовуються з абсолютною науковою строгістю. Зокрема, у літературі, наприклад, обґрунтовано ефективність дослідження, що базується на науковому системному інструментарії у сфері регуляторної діяльності, регуляторної політики⁶.

У рамках системного аналізу використовується проблемно-орієнтований підхід, який полягає у виявленні проблеми, її структуризації (побудови «дерева» проблем), аналізі і встановленні причин виникнення проблеми (її складових), а також розробці альтернатив її вирішення (формування переліку заходів, цільової комплексної програми тощо). При цьому, як зазначалося, система визначається завданням системних об'єктів, властивостей та зв'язків. У нашому випадку як системні об'єкти виступають доступність правосуддя, судові рішення. Щодо властивостей цих рішень, то це їх правосудність (законність, обґрунтованість, справедливість та реальне виконання).

¹ Мамутов В. К. Обеспечение системности правового регулирования в процессе законотворческой деятельности / В. К. Мамутов // Проблемы методологии современного правознавства : материалы междунар. науч.-теорет. конф. (9–10 янв. 1996 г.). – К., 1996. – С. 37–40.

² Сиренко Василий. Интересы и власть / Василий Сиренко. – Киев, 2006. – 536 с.

³ Гринюк Р. Ф. Теоретична модель правової держави і проблеми її реалізації в сучасних умовах : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.01 / Р. Ф. Гринюк. – Х., 2007. – 39 с.

⁴ Юлдашев О. Х. Проблеми вдосконалення державної регуляторної політики в Україні : монографія / О. Х. Юлдашев. – К., 2005. – 330 с.

⁵ Системный анализ: этап развития методологии решения проблем в США // Системное управление – проблемы и решения. – 2001. – Вып. 12. – С. 62–87.

⁶ Юлдашев О. Х. Проблеми вдосконалення державної регуляторної політики в Україні : монографія / О. Х. Юлдашев. – К., 2005. – 330 с.

За системним аналізом, системні об'єкти — це вхід, процес, вихід, зворотний зв'язок і обмеження¹. У нашій інтерпретації *вхід* — це господарський спір, доступність правосуддя; *процес* — порядок розгляду спору і прийняття судового рішення; *вихід* — саме судові рішення; *зворотний зв'язок* — результати перегляду судового рішення і, нарешті, *обмеження* — це часові обмеження, обмеження за підвідомчістю, обмеження, що накладаються при апеляційному та касаційному розгляді скарги, тощо.

Системний аналіз базується на проблемно-орієнтованому підході, відповідно до якого вводяться поняття бажаної і фактичної системи, проблеми та її вирішення. Згідно з методологією системного аналізу слід спочатку визначити бажану систему, задавши бажані її властивості, потім проаналізувати фактичну систему на предмет її відповідності бажаній. На цьому етапі (оцінка відповідності фактичної системи бажаній) визначається проблема (як різниця між так званою бажаною і фактичною системами, а на наступному — виявляються причини її виникнення і розроблюються рішення з нейтралізації (вирішення) проблеми (усунення різниці між бажаним і фактичним).

У нашому випадку бажаною буде система судових рішень, що мають бажані (задані властивості). Це, як зазначалося, доступність правосуддя (справедливість, неупередженість суду), законність, обґрунтованість та реальність виконання рішень господарських судів. Зараз, як відомо, доступність правосуддя не забезпечено; не всі рішення господарських судів є правосудними, а отже, не можна вважати господарське судочинство ефективним.

Як показує наше дослідження, на ефективність господарського процесу впливають такі чинники, як доступність правосуддя, якість правового урегулювання порядку розгляду господарських спорів та прийняття рішень, тобто якість норм господарського процесуального кодексу, їх здатність сприяти одержанню законних, обґрунтованих, справедливих судових рішень. Це також і рівень кваліфікації, моральність суддів, і забезпечення верховенства права у процесі судочинства, і відсутність колізій у законодавстві, і організаційна досконалість ді-

¹ Входом називається те, що змінюється при перебігу даного процесу. Процес переводить вхід у вихід. Здатність переводити даний вхід у даний вихід називається властивістю даного процесу. Зв'язок визначає проходження процесів, а вихід будь-якого процесу є входом визначеного процесу. Всякий вхід системи є виходом цієї або іншої системи, а всякий вихід – входом. Виділити систему в реальному світі означає вказати всі процеси, що дають даний вихід.

яльності суду і т. д. Слід враховувати різноманітні чинники зовнішнього середовища, що можуть впливати на господарське судочинство, такі як громадська думка щодо судового розгляду спорів, правосудності рішень господарських судів, яка формується нерідко під впливом таких зовнішніх чинників, як ЗМІ, певні політичні сили, громадські організації, наукова думка і т. д.

Використовуючи ідею системного аналізу, потрібно, по-перше, виявити увесь набір чинників, всю їх систему, що впливають на ефективність господарського судочинства. По-друге, потрібно визначити повний набір заходів з нейтралізації кожного з чинників, що негативно впливає на ефективність судочинства і, навпаки, стимулювати ті чинники, які сприятимуть його ефективності. Таким чином, мова йде про необхідність виявити усі чинники, що є суттєвими для господарського судочинства, побудувати, відлагодити механізм управління їх системою.

Слід зазначити, що такого роду комплексних, системних досліджень господарського процесу практично ще не проводилося. Науковці обмежуються лише тими чи іншими аспектами даного предмета. Це, як вже зазначалося, науково-теоретичні дослідження правової природи господарського процесу, його сутності, принципів, функцій та інститутів, стадій господарського процесу, актів господарського суду, перегляду судових рішень в апеляційному, касаційному порядку та за нововиявленими обставинами, дослідження питань, пов'язаних із виконанням рішень суду, і т. ін.

Проведене нами дослідження дозволило виявити такі чинники, що суттєво впливають на забезпечення доступності правосуддя, ефективність господарського судочинства:

1) вдосконалення порядку розгляду господарських спорів, прийняття, перегляду рішень господарських судів та забезпечення виконання цих рішень. У межах цього вдосконалення лежить і прийняття Господарського процесуального кодексу, і визначення юрисдикції господарських судів, і відокремлення її від інших видів юрисдикції, зокрема від юрисдикції адміністративних судів, і визначення складу та структури судової системи у цілому, розмежування компетенцій Верховного Суду і вищих спеціалізованих судів; вдосконалення технології (процедури) розгляду спорів — порядку розгляду спору і прийняття судового рішення, включення до числа стадій господарського процесу етапу виконання рішень господарських судів, віднесення до судової влади виконавчої служби — системи примусового виконання рішень тощо;

2) удосконалення господарського законодавства, виходячи з критеріїв забезпечення верховенства права, встановлення нормативною моделлю (сукупністю норм господарського законодавства, що діє в тій чи іншій предметній сфері) тих чи інших відносин; відсутність колізій у національному законодавстві;

3) дотримання суддею вимог справедливості і моральності, незловживання ним правом, а також розумності строків розгляду справи;

4) організаційна досконалість діяльності суду: наявність (чи відсутність) спеціальної структури, яка б виконувала функції організаційного забезпечення діяльності судів, тобто заходів фінансового, матеріально-технічного, кадрового, інформаційного та організаційно-технічного характеру;

5) антикорупційні засоби забезпечення прозорості у публічному секторі; громадська думка, вплив ЗМІ, певних політичних сил, громадських організацій, наукової думки щодо якості судового розгляду спорів, правосудності рішень господарських судів.

Слід зазначити, що саме комплексний, системний розгляд предмета дослідження може забезпечити досягнення його цілей — розроблення теоретико-методологічних засад підвищення ефективності господарського судочинства та напрацювання відповідних конструктивних (практично результативних) рекомендацій із досягнення зазначеної мети.

ПИТАННЯ

АДМІНІСТРАТИВНОГО ТА ФІНАНСОВОГО ПРАВА

І. Бойко, кандидат юридичних наук, доцент кафедри адміністративного права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Забезпечення права громадян на вільний доступ до інформації про якість харчових продуктів: адміністративно-правовий аспект

З кінця минулого століття у світі спостерігається бурхливий розвиток науки і, як наслідок, новітніх технологій у різноманітних сферах життєдіяльності людини. Одна з таких галузей — це виробництво продуктів харчування. Сьогодні з'являються продукти з новими якостями, щодо яких точаться дискусії стосовно їх безпечності та природності для споживання. Як повідомляє прес-служба Міністерства економіки України, останнім часом на споживчий ринок країни збільшилося надходження продукції, яка містить генетично модифіковані організми (ГМО) або вироблена з їх використанням.

Одним із основоположних прав людини є право на інформацію. У статті 10 Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод інформаційні права виступають як складова свободи висловлення думки.

У всьому світі пріоритетним є право споживача на повну і достовірну інформацію про товари. У науковій юридичній літературі теж висвітлюється це питання. Вчені-правознавці намагаються розглянути юридичні підстави для забезпечення такого права людини¹.

¹ Див.: Ізотова Л. Право на інформацію як чинник якості життя / Л. Ізотова // Унів. наук. зап. – 2007. – № 2 (22). – С. 308–311; Пунда О. О. Право на безпеку харчових продуктів та предметів побуту у правовій системі України: цивільно-правовий аспект / О. О. Пунда // Життя і право. – 2004. – № 3. – С. 45–50.

Конституція України у ст. 50 гарантує право вільного доступу до інформації про стан довкілля, про якість харчових продуктів і предметів побуту, а також право на її поширення. Така інформація ніким не може бути засекречена. Це право служить також одним із чинників забезпечення права на безпечне для життя і здоров'я довкілля.

Указані права не можуть цілком бути реалізовані самими людьми, адже, як зазначає відомий теоретик права П. М. Рабінович, для реалізації прав людини необхідне втручання держави, утворення механізму реалізації¹.

Стаття 15 Закону України «Про захист прав споживачів»² зазначає, що споживач має право на одержання необхідної, доступної, достовірної та своєчасної інформації про продукцію, що забезпечує можливість її свідомого компетентного вибору. Уявляється, що інформація про продукцію повинна містити, у тому числі позначку про наявність у її складі генетично модифікованих компонентів. Відповідно до ст. 1 Закону України «Про якість та безпеку харчових продуктів і продовольчої сировини»³ безпека харчових продуктів — це відсутність загрози шкідливого впливу харчових продуктів, продовольчої сировини та супутніх матеріалів на організм людини. Тим самим визнається, що харчові продукти можуть бути небезпечні для громадян. Тому важливим є можливість отримання достовірної інформації про якість продукту та його склад.

Організація Об'єднаних Націй оголосила нинішнє століття століттям біотехнології. Це пов'язано з тим, що останнім часом з'явилися певні досягнення у галузі генної інженерії, які в багатьох країнах набули пріоритетного значення.

У 2000 р. у Монреалі (Канада) був підписаний Картахенський протокол із біобезпеки, який став першим міжнародним документом, що регламентує торговельні відносини між країнами у сфері генно-модифікованих організмів. У 2002 р. Україна приєдналася до цього міжнародного документа.

Аналіз норм цього акта (зокрема, преамбули) дозволяє зробити висновок, що міжнародна спільнота визнає, що в результаті генної інженерії відбувається шкідливий вплив на біологічне розмаїття, а також на здоров'я людини, але в той же час стверджує, що сучасна

¹ Рабінович П. М. Права людини і громадянина у Конституції України (до інтерпретації вихідних конституційних положень) / П. М. Рабінович. – Х., 1997. – С. 7.

² Відом. Верхов. Ради. – 1991. – № 30. – Ст. 379.

³ Відом. Верхов. Ради України. – 2002. – № 48. – Ст. 359.

біотехнологія відкриває неабиякі можливості для підвищення добробуту людей. Начебто для цього необхідно тільки розвивати та використовувати її із дотриманням заходів безпеки стосовно навколишнього середовища та здоров'я людини. Науковці ще довго сперечатимуться з приводу безпечності генно-модифікованих продуктів, адже за такими продуктами стоять інтереси величезних транснаціональних корпорацій. Проте навіть пересічному громадянину, без спеціальної освіти, зрозуміло, що втручання у геном рослини або тварини не є природним і нічого позитивного не може мати.

Фактом на сьогодні є широке розповсюдження продукції, виготовленої з використанням генної інженерії, а також вирощування на території України рослин, що містять трансгени.

На жаль, українські громадяни не поставлені сьогодні перед вибором — так чи ні генній інженерії та її практичній реалізації. Ми можемо тільки вести мову про забезпечення поінформованості у цій сфері і перш за все стосовно найважливішого — продуктів харчування. Адже сучасний світ майже всіх людей поставив у залежність від виробників продуктів харчування.

Деякі держави світу визначили, що позначення на етикетці продукту інформації щодо вмісту в ньому генно-модифікованих складових вирішить проблему забезпечення права громадян на якісні і безпечні продукти харчування. Так, етикування ГМ-продукції запроваджено у країнах Європейського Союзу. У США, навпаки, така продукція ніяк не позначається, хоча ця країна є світовим лідером у її виробництві. Певні кроки в регулюванні цього питання відбуваються в Росії, де вже запроваджено етикування продуктів, що містять ГМО.

Перед Українською державою проблема регулювання ввезення ГМО, вирощування генетично модифікованих рослин, виготовлення на їх основі продуктів споживання та їх продаж громадянам постала не так давно. Як визнають самі органи державної влади, такі організми є в Україні, містяться у продуктах харчування, проте держава робить тільки перші кроки стосовно контролю за їх використанням.

Як нам уявляється, в інтересах збереження здоров'я людини, а також природного біоценозу було б правильним заборонити ввезення ГМ-організмів в Україну, вирощування ГМ-рослин на її території та їх використання при виготовленні будь-яких продуктів споживання і оголосити Україну зоною без ГМО. На жаль, з такими інтересами стикаються інші — інтереси виробників і постачальників, які для держави є платниками податків.

Україна зробила декілька кроків у правовій регламентації питання, що розглядається. У цій статті нас буде цікавити переважно його адміністративно-правовий аспект.

Як вже зазначалося, Україна приєдналася до Картахенського протоколу. Згідно зі ст. 2 цього Протоколу, кожна Сторона зобов'язана вживати необхідних правових, адміністративних та інших заходів для виконання своїх зобов'язань, передбачених у рамках Протоколу. Мова йде про розробку і прийняття відповідного законодавства, що регулює безпеку в генно-інженерній діяльності, створення адміністративних органів та наділення відповідними повноваженнями вже існуючих. Таким чином, приєднання до Картахенського протоколу для країни створює передумови для утворення національної системи біобезпеки. Угодою про Технічні бар'єри в торгівлі визнається, що в жодній країні не може бути заборонено вжиття заходів, необхідних для захисту її інтересів безпечності та безпосередньо не забороняється введення маркування продукції, виготовленої з ГМО, а також заходів, які є необхідними для забезпечення якості її експорту чи захисту життя або здоров'я людини, тварин чи рослин, захисту навколишнього середовища, або для запобігання шахрайським діям на тому рівні, який така країна вважає за потрібне, за умови дотримання вимог про те, що такі заходи не мають застосовуватися у спосіб, що являв би собою засіб свавільної або невинуватого дискримінації між країнами, де переважають такі ж умови або приховане обмеження міжнародної торгівлі, та відповідати іншим положенням цієї Угоди.

Верховна Рада України прийняла Закон України «Про державну систему біобезпеки при створенні, випробуванні, транспортуванні та використанні генетично модифікованих організмів»¹. У ньому визначена державна політика в галузі поводження з ГМО, врегульовано питання поводження з ГМО та генно-інженерної діяльності у замкненій та відкритій системах, використання, транспортування, зберігання та утилізації ГМО. Проте навіть встановлення цих правил не дає гарантії щодо унеможливлення розповсюдження таких організмів у природне середовище. До того ж на сьогодні державні органи не мають реєстру генетично модифікованих організмів — увезених, вироблених тощо.

У Законі України «Про безпечність та якість харчових продуктів» встановлюється вимога виробникам продуктів харчування інформувати покупців про наявність чи відсутність у харчових продуктах гене-

¹ Відом. Верхов. Ради України. – 2007. – № 35. – Ст. 484.

тично модифікованих організмів через відображення на етикетці харчового продукту напису — «з ГМО» чи «без ГМО».

За вимогами Європейського Союзу, виробники зобов'язані зазначати на пакуванні інформацію щодо використання генно-модифікованих організмів, якщо частина трансгенних інгредієнтів у продукті складає 0,9 % і більше. В Україні питання щодо маркування такої продукції вирішено аналогічно. Вимога етикування продукції, яка містить генно-модифіковані складові або вироблена з їх використанням, встановлена також у постанові Кабінету Міністрів України від 13 травня 2009 р. № 468 «Про затвердження Порядку етикування харчових продуктів, які містять генетично модифіковані організми або вироблені з їх використанням та вводяться в обіг». Проте встановлення частини трансгенних інгредієнтів у розмірі 0,9 % насправді не гарантує те, що людина за відсутності інформації про вміст ГМО не буде споживати продукти із вмістом менше 0,9 %. На сьогодні не доведено безпечність споживання ГМО в будь-якій кількості. До того ж термін набуття чинності цієї постанови постійно переноситься.

Очевидно, що метою даної постанови є забезпечення права громадян України, визначених ст. 50 Конституції України. Наявність подібної інформації сприяла б забезпеченню здійснення права на безпечність продуктів харчування, яка полягає у можливості особи вільно, на власний розсуд приймати рішення щодо можливості споживання тих чи інших продуктів. Це означає, що за умови поінформованості про недоброякісність або про небезпечність (у тому числі вірогідну), або про відсутність інформації щодо безпечності чи небезпечності, особа має право в будь-який час відмовитися від вживання продуктів харчування.

Для забезпечення такого права громадянина необхідний механізм його реалізації, який полягає у прийнятті відповідного законодавства, створенні системи органів, що контролюють дотримання виробниками продукції вимог щодо етикування, а також у встановленні відповідальності за порушення вищезазначених вимог.

Аналіз чинного законодавства дає змогу серед органів, які здійснюють такий контроль, назвати Кабінет Міністрів України, Міністерство охорони здоров'я України, Державну санітарно-епідеміологічну службу України, Міністерство аграрної політики України, Національну Комісію України з Кодексу Аліментаріус. Ці органи мають різні повноваження. Проте залишається недостатньо визначеним ряд питань. По-перше, фахівці стверджують, що процедура виявлення ГМО склад-

на. Вона передбачає порівняння зрізця продукту з визначеним зразком, тобто є спеціальні тест-системи, які дають змогу визначити якісний показник — чи є ГМО у продукті. Більш складні та дорогі аналізи — визначення кількісного складу. Для їх проведення також існують спеціальні тест-системи та стандартизовані методики, які використовують усі спеціалізовані відомі лабораторії. Утім це потребує відповідного державного фінансування. По-друге, необхідно чітко визначити порядок відбору зразків продукції для проведення експертизи, запровадити примусові заходи, в тому числі санкції, щодо виробників продукції, які не дотримуються вимог етикування, а також встановити особливості процедури розгляду звернень громадян із зазначених питань. Без законодавчого вирішення цих проблем, як нам уявляється, неможливо забезпечити конституційне право громадян на вільний доступ до інформації про якість харчових продуктів.

Із 6 березня 2010 р. набувають чинності зміни до Кодексу України про адміністративні правопорушення, якими запроваджується адміністративна відповідальність за порушення правил надання інформації про вміст у продукції генетично модифікованих компонентів. Так, згідно з ч. 3 ст. 156¹ КУпАП надання виробниками або особами, зазначеними у частині першій цієї статті, недостовірної інформації про продукцію, у разі якщо ця інформація не зашкодила життю, здоров'ю та майну споживача, — тягне за собою накладення штрафу від десяти до п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Об'єктом даного правопорушення є суспільні відносини у сфері забезпечення прав споживачів на інформацію про якість і безпечність продукції. Об'єктивна сторона полягає в активних діях із надання певної інформації. Так, особи, визначені у цій частині, можуть указати недостовірну інформацію щодо наявності або відсутності ГМО в продукції. Із суб'єктивної сторони вина може виявлятися як у формі умислу, так і з необережності. Суб'єктами відповідальності при цьому є виробники продукції, працівники торгівлі, громадського харчування та сфери послуг, громадяни, які займаються підприємницькою діяльністю. Чітко визначити при цьому, хто (яка фізична особа — адже КУпАП встановлює відповідальність тільки фізичних осіб) є відповідальною за цією статтею, буде проблематичним, оскільки при розгляді справи необхідно встановити особу (виробника), на яку покладено обов'язок забезпечувати надання інформації про продукцію. Однією з умов об'єктивної сторони є незавдання шкоди життю, здоров'ю та майну споживача.

Стосовно пошкодження майна більш-менш зрозуміло, як встановити причинний зв'язок. А от щодо життя і здоров'я людини, то офіційна наука й досі мовчить з приводу безпеки-небезпеки ГМО для життя і здоров'я людини. Тому в будь-якому випадку встановити причинний зв'язок між споживанням продукції певної якості і станом здоров'я людини є вкрай складним. Завдання шкоди життю, здоров'ю та майну споживача становитиме склад іншого правопорушення — адміністративного проступку або злочину.

Частина 4 цієї статті передбачає об'єктивну сторону у вигляді бездіяльності (бездіяльність осіб, передбачених частиною третьою цієї статті, щодо приведення недостовірної інформації про весь товар до відповідності) та дій (надання недостовірної інформації про товар протягом року з моменту стягнення — за умови повторності діяння).

Право складати протокол про скоєння адміністративного правопорушення, передбаченого ст. 156¹ КУпАП, надано посадовим особам органів внутрішніх справ. Хоча законодавством не встановлено, що органи внутрішніх справ є контролюючими стосовно якості продукції. Тому складно виявити такі порушення. Логічною є ситуація, коли контролюючий ту чи іншу сферу діяльності орган складає протокол про виявлені правопорушення. Розглядають справу органи виконавчої влади у сфері захисту прав споживачів.

Строк розгляду таких справ — два місяці з моменту скоєння правопорушення або виявлення триваючого правопорушення. У даному випадку мова йде про одноактне, а не про триваюче діяння. Виникає питання, з якого моменту рахувати строк — два місяці, протягом якого можна притягнути винуватих осіб до відповідальності. Варіантами можуть бути — дата виготовлення продукції, дата постачання до організацій торгівлі, харчування тощо. Вважаємо, що точкою відліку має бути момент ознайомлення споживача з інформацією, тобто доведення цієї інформації до відома людини. В інших випадках притягти до відповідальності буде проблематично.

Проведений аналіз деяких правових основ забезпечення права громадян на інформацію про якість і безпечність харчових продуктів (зокрема, стосовно вмісту ГМО) дає можливість зробити такі висновки. В існуючому вигляді законодавство України щодо використання ГМО в Україні, зокрема у продуктах споживання, неспроможне попередити негативний вплив ГМО на навколишнє середовище та здоров'я людей. На підставі ратифікованих міжнародних актів можуть бути вирішені

спірні питання, наприклад, хто несе відповідальність за ненавмисне генетичне забруднення території під час транспортування, хто відповідає за зміну біорізноманіття екосистем унаслідок порушення техніки безпеки виробництва ГМО. Хоча згаданий протокол надає можливість державам відмовитися від імпорту ГМО (крім фармацевтичної продукції, виробленої із застосуванням генної інженерії), Україна не пішла таким шляхом. Натомість прийняті законодавчі акти жодним чином не захищають українців від негативного впливу генетично модифікованих організмів і продукції, виробленої з їх застосуванням. Сфера застосування таких організмів достатньо широка — продукти харчування, медичні, фармацевтичні препарати, корм для тварин, насіння тощо. На жаль, законодавством не створено дієвого механізму захисту прав громадян у цій сфері.

О. Кузьменко, кандидат юридичних наук,
доцент, докторант Київського національ-
ного університету внутрішніх справ

Теоретико-методологічні засади визначення місця інституту міжбюджетних відносин у системі фінансового права

Серед сучасних тенденцій розвитку системи права можна назвати процес поступового нагромадження нормативного матеріалу та розподіл його за структурними блоками (інститутами, галузями)¹. П. С. Пацурківський стверджує, що предметний підхід і структурний аналіз змісту права та законодавства є головним для пізнання об'єктивної структури права, створення на основі цього її ідеального образу (побудови структури права) та вираження її у законодавстві².

Фінансове право як галузь права, що найбільш динамічно розвивається, перманентно знаходиться у процесі як виділення, так і включення до нього самостійних нормативно-аксіологічних масивів, що призводить до «розмивання» меж фінансових правовідносин³. Отже, для науки фінансового права визначення структури системи права, а також ієрархічного місця в ній окремих інститутів має методологічне значення, оскільки дозволяє окреслити коло відносин, що становлять на сьогодні (і в перспективі) предмет його правового регулювання.

В основі класифікації як безпосередньо галузі права, так й інших підрозділів, традиційно лежить предмет правового регулювання, тобто коло суспільних відносин, регульованих нормами того чи іншого правового утворення як первинного, так і вторинного рівня. На первинному рівні виділяють галузі права, правові інститути (субінститути) та їх об'єднання — певні підгалузі. На іншому рівні виділяють вторинні утворення: комплексні галузі права, комплексні і змішані правові інститути, що використовують кілька юридичних режимів регулювання в їх об'єднанні. Якщо безпосередньо галузь права — це сукупність норм, що регулюють особливі види суспільних відносин, які за своїм

¹ Орлюк О. П. Фінансове право : навч. посіб. / О. П. Орлюк. – К., 2003. – С. 31.

² Пацурківський П. С. Місце фінансового права в системі права / П. С. Пацурківський // Наук. вісн. Чернівець. держ. ун-ту. – Вип. 48, Правознавство. – Чернівці, 1999. – С. 36.

³ Пилипенко А. А. Финансовое право : учеб. пособие / А.А. Пилипенко. – Минск, 2007. – С. 64.

економіко-правовим і соціальним змістом вимагають відокремленого, самостійного регулювання, то правовий інститут — це підрозділ (група) юридичних норм усередині галузі¹.

Процеси зміни і трансформації характерні й для окремих підрозділів, що входять до фінансового права. В останніх виданнях ряду підручників використовуються нові пропозиції щодо побудови системи податкового права, розкриття ключових проблем бюджетно-правового регулювання² й інших інститутів фінансового права³. Разом з цим у напрямі різних аспектів глобалізації виникає необхідність не лише переосмислити поняття предмета фінансового права, а й розширити деякі інститути фінансового права⁴. Таким чином, реалізується загальна потреба у системному осмисленні «нового» фінансового права і його структурних елементів⁵.

Л. К. Воронова серед завдань науки фінансового права визначає з'ясування ролі і призначення фінансово-правових інститутів з одночасним твердженням про розширення предмета фінансового права у зв'язку із виникненням нових фінансово-правових інститутів⁶. Н. Ю. Пришва наголошує на необхідності: 1) переглянути поняття предмета фінансово-правового регулювання, чітко окресливши його межі; 2) уточнити систему фінансового права; 3) концептуально переглянути основні фінансово-правові категорії та поняття; 4) обґрунтувати трансформацію окремих фінансово-правових інститутів⁷.

Як відзначає Ю. О. Тихомиров, підгалузі та інститути фінансового права і нині залишаються до кінця не з'ясованими⁸. Погоджуючись із таким твердженням, необхідно відзначити, що на сьогодні науковці дещо по-різному позиціонують щодо системи фінансового права, а

¹ Фінансове право України : навч. посіб. [для студ. вищ. навч. закл.] / Л. К. Воронова, М. П. Кучерявенко, Н. Ю. Пришва та ін. – К., 2009. – С. 60–61.

² Финансовое право / отв. ред. М. В. Карасева. – 2-е изд. – М., 2006. – С. 17–18.

³ Финансовое право для экономических специальностей : учебник / под общ. ред. С. О. Шохина. М., 2006.

⁴ Див.: Белов В. А. Глобализация права и финансовое право России / В. А. Белов // Ежегодник МАФП. 2003 ; под общ. ред. проф. С. В. Запольского. – М., 2004. – С. 19.

⁵ Див.: Винницкий Д. В. Финансовое право в современных условиях: традиции и инновации / Д. В. Винницкий // Финансовое право. – 2006. – № 8. – С. 8–9.

⁶ Див.: Воронова Л. К. Наука фінансового права та її сучасні завдання / Л. К. Воронова // Фінансове право. – 2007. – № 1. – С. 8.

⁷ Пришва Н. Ю. Проблемні питання предмета і системи фінансового права / Н. Ю. Пришва // Фінансове право. – 2007. – № 1. – С. 16.

⁸ Тихомиров Ю. А. Публично-правовое регулирование: динамика сфер и методов / Ю. А. Тихомиров // Журнал рос. права. – 2001. – № 5. – С. 7.

також визначення її структурних елементів, до яких включають або лише інститути, або підгалузі та інститути, або розділи, підрозділи та інститути. Як наслідок, відсутня єдність думок щодо термінології.

Про те, що розділи Особливої частини фінансового права включають підгалузі, інститути та субінститути, стверджували фундатори фінансового права — М. І. Пискотін¹, Е. А. Ровинський², С. Д. Цыпкін³. Провідні науковці сучасності розвинули дослідження попередників.

А. А. Тедеев, В. А. Паригіна зазначають, що структурні підрозділи (інститути, субінститути) Особливої частини фінансового права у більшості робіт групуються у чотири підгалузі (розділи) фінансового права: бюджетне право, податкове право, право грошового обігу і валютне право⁴. М. П. Кучерявенко, М. В. Жернаков зазначають, що Особлива частина складається з кількох розділів, підгалузей, які охоплюють відповідні інститути⁵. Н. І. Хімичева вважає, що Особлива частина фінансового права вміщує розділи, в яких згруповані норми, що регулюють відносини у певних сферах⁶. Л. К. Воронова стверджує, що фінансово-правові норми в певній послідовності і взаємозв'язку групуються в різні правові інститути, що регулюють однорідні фінансові відносини. Кожний вид фінансових відносин є відносно самостійним у фінансовій системі і регулюється у зв'язку з цим такою ж відносно незалежною групою фінансово-правових норм, які в сукупності створюють інститути фінансового права. Особлива частина фінансового права поділяється на розділи або підрозділи, які складаються з фінансово-правових інститутів і субінститутів⁷. О. П. Орлюк стверджує, що Особлива частина фінансового права має розділи і підрозділи, які складаються з фінансово-правових інститутів і субінститутів⁸.

¹ Пискотин М. И. Советское бюджетное право / М. И. Пискотин. – М., 1971. – С. 49–53.

² Ровинский Е. А. Советское финансовое право / Е. А. Ровинский. – М., 1978. – С. 27–28.

³ Цыпкин С. Д. Финансово-правовые институты, их роль в совершенствовании финансовой деятельности советского государства / С. Д. Цыпкин. – М., 1983. – С. 6–7.

⁴ Тедеев А. А. Финансовое право : учебник / А. А. Тедеев, В. А. Парыгина. – М., 2004. – С. 26.

⁵ Финансовое право України : навч. посіб. [для студ. вищ. навч. закл.] / Л. К. Воронова, М. П. Кучерявенко, Н. Ю. Пришва та ін. – К., 2009. – С. 62.

⁶ Химичева Н. И. Система и источники финансового права / Н. И. Химичева // Финансовое право : учебник ; отв. ред. Н. И. Химичева. – 3-е изд. перераб. и доп. – М., 2003. – С. 53.

⁷ Воронова Л. К. Финансовое право України : підручник / Л. К. Воронова. – К., 2007. – С. 44.

⁸ Финансова енциклопедія / О. П. Орлюк, Л. К. Воронова, І. Б. Заверуха та ін. ; за заг. ред. О. П. Орлюк. – К., 2008. – С. 426.

Теоретико-правове порівняння системи права і системи законодавства визначає, що: по-перше, у системі права норми права об'єднуються в інститути, підгалузі та галузі права, а в системі законодавства нормативно-правові акти об'єднані за галузями законодавства, які, у свою чергу, поділяються на інститути законодавства; по-друге, структурні елементи системи права не мають назв статей, глав, розділів тощо, а структурні елементи (нормативно-правові акти) завжди мають назви розділів, глав, статей тощо. Визначення співвідношення системи права і системи законодавства дає можливість відокремити ці категорії від інших правових категорій, підвищити ефективність впорядкування законодавства¹.

У зв'язку з цим вважаємо, що при визначенні структурних елементів системи фінансового права як галузі необхідно застосовувати такі рівні інституалізації, як підгалузі, інститути, субінститути.

Отже, проблема визначення системоутворювальних критеріїв фінансового права, розмежування інститутів фінансового права залишається відкритою, оскільки є певною мірою малодослідженою.

Вважаємо, що *критеріями розмежування* інститутів фінансового права є: сфера впливу на суспільні відносини, що є предметом фінансового права; цілеспрямованість і векторність правового регулювання певної сукупності однорідних суспільних правовідносин; специфіка (особливості) правового впливу на суспільні відносини; спосіб (особливості механізму) реалізації фінансово-правових норм у межах конкретного правового інституту; ступінь взаємодії інституту з іншими елементами системи фінансового права; функції та принципи; склад (особливості) суб'єктів. Застосування зазначених критеріїв дозволить: обґрунтовано розмежовувати інститути фінансового права; визначити їх місце та роль у системі фінансового права.

Інститути фінансового права не існують відокремлено один від одного, вони взаємодіють, а їх сукупність становить цілісну систему інститутів фінансового права. У цьому виявляється *інтеграційний аспект* інститутів фінансового права, оскільки вони пов'язані між собою тісними функціональними зв'язками. У першу чергу всі інститути пов'язані з фундаментальними інститутами фінансового права, об'єднаними у його Загальній частині (наприклад, інститутом фінансового контролю). Також інститути Особливої частини фінансового

¹ Теорія держави і права. Академічний курс : підручник / за ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. – К., 2006. – С. 400.

права є взаємопов'язаними, класичним прикладом чого є генетичний і функціональний зв'язок бюджетного і податкового права. Інтеграційний аспект виявляється безпосередньо у тому, що інститути становлять систему фінансового права, саме у межах системи вони мають свій напрям (сферу) правового впливу. *Диференційний аспект* інститутів фінансового права виявляється в тому, що вони розрізняються за своєю правовою природою.

За *функціями в межах галузі* інститути фінансового права доцільно класифікувати на предметні і функціональні. *Предметні* інститути фінансового права спрямовані на регулювання конкретного виду суспільних відносин, які в сукупності є предметом фінансового права (це інститути Особливої частини фінансового права — бюджетне право, податкове право та ін.). *Функціональні* інститути фінансового права обслуговують всю систему його предметних інститутів (це інститути Загальної частини фінансового права — загальних засад фінансової системи, фінансової діяльності, фінансово-правової відповідальності та ін.).

Загальна частина фінансового права акумулює інститути, що закріплюють загальні підходи до регулювання фінансової системи, які стосуються всіх норм Особливої частини. Загальна частина охоплює норми, які ніби винесено за дужки. У дужках — інститути Особливої частини, і саме щодо них застосовуються положення Загальної частини, але вже в конкретному випадку, зумовленому характером інституту¹.

За критерієм галузевої належності інститути фінансового права можна поділити на внутрішньогалузеві та міжгалузеві. Внутрішньогалузеві інститути фінансового права існують у межах цієї галузі права і не містять у своєму складі норм інших галузей права (інститут кошторисно-бюджетного фінансування). Міжгалузеві інститути фінансового права базуються одночасно і на нормах інших галузей права, що зумовлено необхідністю здійснювати комплексне правове регулювання у тих випадках, коли фінансові нормативно-правові положення потребують розширення та посилення нормами інших галузей права (інститут бюджетних повноважень держави і місцевого самоврядування). Міжгалузеві інститути виникають на межі фінансового права та інших споріднених галузей права (конституційного, адміністративного). Для міжгалузевих інститутів фінансового права характерний домінуючий зміст норм фінансового права та їх провідна роль у загальній юридичній конструкції інституту.

¹ Фінансове право України : навч. посіб. [для студ. вищ. навч. закл.] / Л. К. Воронова, М. П. Кучерявенко, Н. Ю. Пришва та ін. – К., 2009. – С. 61.

М. П. Кучерявенко, М. В. Жернаков підіймають актуальне питання про *міру інституціональності фінансового права як галузі*. Річ у тім, що галузевий режим регулювання визначається: методом регулювання, юридичним інструментарієм, принципами, наявністю галузі законодавства і кодифікованого акта. Водночас ці елементи для фінансового права характерні не в повному обсязі. І хоча фінансове право є галуззю права, воно формується через становлення й розвиток таких інститутів, як бюджетне право, податкове право та ін. Ця тенденція та її подальший розвиток можуть негативно позначитися на нормотворчих і правозастосовчих процесах у фінансовій сфері, оскільки недооцінювання загальногалузевих засад у правовому регулюванні тих чи інших суспільних відносин може призвести до неузгодженості, розбіжностей і конфліктності всієї системи загалом¹. Погоджуючись із цим твердженням, вважаємо, що обґрунтована і адекватна системі законодавства інституалізація системи права дає можливість підвищити ефективність впорядкування законодавства.

На нашу думку, застосування лише окремих критеріїв не дозволяє чітко з'ясувати роль і місце конкретного правового інституту в галузі права. У зв'язку з цим лише одночасне застосування комплексу критеріїв дозволить змоделювати інститут узагальнено, а також поділити інститути в системі фінансового права.

Комплексний підхід щодо ієрархії інституалізації норм фінансового права дозволяє виділити *підгалузі, генеральні інститути, основні інститути, субінститути, одноелементні інститути*.

Генеральні інститути становлять комплекс норм, які закріплюють загальну юридичну конструкцію, виражену в диференційованому вигляді². Генеральні інститути формуються у зв'язку з особливостями режиму правового регулювання укрупнених різновидів суспільних відносин, що є предметом правового регулювання³. Основним інститутам властива порівняно більш вузька предметно-функціональна спрямованість, тому вони постають складовим елементом генеральних інститутів. Третій рівень інституалізації становлять дрібніші інститути фінансового права — субінститути, які регулюють компактні суспільні відносини чи їх окремі сторони та мають підпорядкований,

¹ Фінансове право України : навч. посіб. [для студ. вищ. навч. закл.] / Л. К. Воронова, М. П. Кучерявенко, Н. Ю. Пришва та ін. – К., 2009. – С. 59–60.

² Алексеев С. С. Структура советского права / С. С. Алексеев. – М., 1975. – С. 147.

³ Погорілко В. Ф. Конституційне право України. Академічний курс : підручник / В. Ф. Погорілко, В. Л. Федоренко : у 2 т. ; за ред. В. Ф. Погорілка. – К., 2006. – Т. 1 – С. 277.

похідний характер щодо генерального та основного інститутів. Субінститути фінансового права в системі фінансового законодавства представлені (порівняно з основними інститутами) меншим за обсягом нормативним матеріалом. В ієрархії інститутів фінансового права найнижчий рівень інституалізації фінансово-правових норм належить одноелементним інститутам. Останні вирізняються тим, що містять у своєму складі незначний (елементно-предметний) нормативно-правовий матеріал. Одноелементні інститути фінансового права переважно виступають як структурний елемент субінститутів.

Міжінституційні інтеграційні процеси, динамічність розвитку, що особливо притаманні системі фінансового права, створили передумови для формування складного комплексного нормативного утворення з вищим рівнем інституалізації — *підгалузі фінансового права*.

Підгалузь фінансового права характеризується наявністю в її складі кількох правових інститутів з одночасним виділенням декількох «загальних положень», характерних для всіх інститутів цієї підгалузі¹.

Бюджетне право багатьма науковцями (О. П. Орлюк, О. А. Музика-Стефанчук та ін.) розглядається як підгалузь фінансового права. Бюджетне право розглядається і як інститут. Л. К. Воронова стверджує, що розділ «Правове регулювання державного і місцевих бюджетів і централізованих цільових позабюджетних фондів» необхідно поділити на два інститути: «Бюджетне право» і «Правовий режим централізованих позабюджетних цільових фондів». Крім того, інститут «Бюджетне право» завжди поділявся на два субінститути: «Бюджетний устрій» і «Бюджетний процес» з умовним поділом бюджетно-правових норм на матеріальні і процесуальні².

На нашу думку, окрім бюджетного права як підгалузі, інші складові Особливої частини доцільно визнати *генеральними інститутами* фінансового права, які формуються у зв'язку з особливостями режиму комплексного правового регулювання укрупнених різновидів суспільних відносин (податкове право; державний кредит, державне страхування; грошово-кредитна система; валютне регулювання і контроль та ін.). При цьому слід зазначити, що багаторічні дискусії тривають щодо визначення в системі фінансового права місця: податкового права (чи це фінансово-правовий інститут чи підгалузь фінансового права), бан-

¹ Музика-Стефанчук О. А. Фінансове право : навч. посіб. / О. А. Музика-Стефанчук. – 3-тє вид., доп. і перероб. – К., 2007. – С. 27.

² Воронова Л. К. Фінансове право України : підручник / Л. К. Воронова. – К., 2007. – С. 46.

ківського права (чи це комплексний правовий інститут чи підгалузь, чи самостійна галузь права) та з інших питань, які мають постати предметом дослідження фахівців саме з названих напрямів правового регулювання. Отже, існує науково-методологічний плюралізм щодо питання концептуального моделювання Особливої частини фінансового права. Це пов'язане з тим, що «фінансове право у державах пострадянського простору наприкінці ХХ — на початку ХХІ ст. переживало переломний період розвитку. Масштабні економічні перетворення та реформи законодавства кардинально вплинули на його характер. Зміни торкнулися більшості змістовних аспектів фінансового права, у зв'язку з чим останні роки відмічені усвідомленням необхідності доктринального оновлення фінансового права, з урахуванням того, що економічні та соціальні умови вимагають розвитку фінансово-правової науки у контексті загальносвітового досвіду¹.

Лише моделювання структури бюджетного права дозволить визначити місце інституту міжбюджетних відносин у його підгалузевій системі. Вважаємо, що бюджетне право як підгалузь фінансового має такі рівні інституалізації.

Бюджетне право об'єднує *основні інститути бюджетного права*, яким властива більш вузька предметно-функціональна спрямованість, яка дає змогу забезпечувати детальний і цілеспрямований регулятивний вплив на конкретний вид суспільних відносин, і які входять як складовий елемент до структури цієї підгалузі. Вважаємо, що чинне бюджетне законодавство (наявність спеціального розділу IV «Міжбюджетні відносини» у Бюджетному кодексі України) обґрунтовує виділення інституту міжбюджетних відносин як основного складового елемента системи бюджетного права.

Виходячи з вищевикладеного, *інститут міжбюджетних відносин* — це об'єктивно сформована, цілісна і відносно відокремлена сукупність функціонально взаємообумовлених і структурно взаємопов'язаних правових норм, що забезпечують комплексне і цілеспрямоване регулювання найбільш споріднених, якісно однорідних суспільних відносин, що виникають із приводу зв'язків, засобів взаємодії держави і адміністративно-територіальних одиниць по вертикалі й горизонталі бюджетної системи, у тому числі щодо розмежування бюджетних повноважень за доходами і видатками бюджетів усіх рівнів

¹ Див.: Винницький Д. В. Финансовое право в современных условиях: традиции и инновации / Д. В. Винницкий // Финансовое право. – 2006. – № 8. – С. 8.

бюджетної системи, а також відносин із приводу перерозподілу частини доходів у зв'язку з вирівнюванням рівня бюджетної забезпеченості місцевих бюджетів.

Регламентація міжбюджетних відносин у Бюджетному кодексі України не вичерпується спеціальним розділом IV «Міжбюджетні відносини», виходячи з таких міркувань.

По-перше, міжбюджетні відносини за своєю сутністю і природою охоплюють не лише розмежування видатків між бюджетами на здійснення повноважень та міжбюджетні трансферти, а й розподіл та закріплення доходів бюджетів за рівнями бюджетної системи (передбачений у розділі II «Державний бюджет України»; розділі III «Місцеві бюджети»).

По-друге, у розділі I визначені принципи бюджетної системи (ст. 7 Бюджетного кодексу) — збалансованості, самостійності, обґрунтованості, ефективності, субсидіарності, справедливості, відповідальності, які є одночасно й принципами-основами міжбюджетних відносин. У статті 2 зазначеного розділу міститься дефінітивне визначення ряду ключових понять для сфери міжбюджетних відносин — міжбюджетні трансферти, дотація вирівнювання, фінансовий норматив бюджетної забезпеченості, субвенції та ін.

По-третє, міжбюджетним відносинам характерне не лише розмежування сфери діяльності, а й відповідальності між державою, Автономною Республікою Крим та місцевим самоврядуванням (адміністративно-територіальними утвореннями), яка регламентується у розділі V (особливе значення має ст. 122, яка встановлює відповідальність органів місцевого самоврядування за порушення бюджетного планування в частині державних делегованих повноважень).

Таким чином, правовий інститут міжбюджетних відносин об'єднує у стійку сукупність норми Бюджетного кодексу, які містяться у всіх п'яти його розділах. Саме індуктивний спосіб дозволяє об'єднати інколи розрізнені за тематичними розділами правові норми кодексу в цей конкретний бюджетно-правовий інститут.

Інститут міжбюджетних відносин об'єднує норми Бюджетного кодексу та спеціальних нормативно-правових актів — Закону України «Про міжбюджетні відносини між районним бюджетом та бюджетами територіальних громад сіл, селищ, міст та їх об'єднань», Постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження розподілу обсягу міжбюджетних трансфертів (дотацій вирівнювання та коштів, що переда-

ються до державного бюджету) між державним бюджетом та місцевими бюджетами» від 5 вересня 2001 р. № 1195, Постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження формули розподілу обсягу міжбюджетних трансфертів (дотацій вирівнювання та коштів, що передаються до державного бюджету) між державним бюджетом та місцевими бюджетами» від 14.09.2002 р. № 1382, Постанови Кабінету Міністрів України «Про деякі питання врегулювання міжбюджетних відносин» від 31 грудня 2004 року № 1782 та ін.

Особливістю інституту міжбюджетних відносин є те, що він об'єднує матеріальні і процесуальні фінансово-правові норми. Як слушно зазначає Л. К. Воронова, Бюджетний кодекс уже не визнає поділу інституту «Бюджетне право» на субінститути «Бюджетний устрій» і «Бюджетний процес». До його загальної частини увійшли практично такі самі положення, що входять до Загальної частини фінансового права, а до Особливої частини увійшли матеріальні і процесуальні норми бюджетного права¹.

Інститут міжбюджетних відносин включає субінститути: розподілу та закріплення доходів бюджетів за рівнями бюджетної системи; розмежування видатків між бюджетами; розмежування бюджетних повноважень між органами державної влади і місцевим самоврядуванням; міжбюджетних трансфертів. Структурним елементом названих субінститутів виступають одноелементні інститути. Наприклад, субінститут міжбюджетних трансфертів об'єднує одноелементні інститути: дотацій, субвенцій та ін.

На підставі зазначеного, доходимо таких висновків. По-перше, постає очевидним, що диференціація та інтеграція основних інститутів фінансового права сприяє формуванню як більш дрібних інститутів (субінститутів і одноелементних інститутів), так і складних комплексних утворень — генеральних інститутів і підгалузей фінансового права України. По-друге, теоретичне дослідження надання тому чи іншому інституту фінансового права статусу генерального, основного, субінституту чи одноелементного інституту, загальне моделювання системи цих інститутів має не лише теоретичне, а й практичне значення у процесах оптимізації фінансового законодавства, узгодженості його норм. По-третє, підгалузь бюджетного права може охоплювати кілька ступенів інституалізації (підгалузь — основний інститут —

¹ Воронова Л. К. Фінансове право України : підручник / Л. К. Воронова. – К., 2007. – С. 46.

субінститут — одноелементний інститут). По-четверте, інститут міжбюджетних відносин є одним з основних інститутів бюджетного права як підгалузі фінансового права. По-п'яте, інститут міжбюджетних відносин належить до предметних інститутів фінансового права, оскільки спрямований на регулювання конкретного виду суспільних відносин та має міжгалузевий характер, тому що базується на нормах усього бюджетного права та інших галузей права (конституційного, адміністративного), оскільки фінансові нормативно-правові положення потребують посилення нормами цих галузей права (наприклад, Конституції України, Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» та ін. у частині розподілу бюджетних повноважень між органами державної влади і місцевого самоврядування). Разом з тим для інституту міжбюджетних відносин фінансове право виступає первинною галуззю, йому властивий домінуючий зміст норм фінансового права та їх провідна роль у загальній юридичній конструкції зазначеного інституту.

ПРОБЛЕМИ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА

В. Семчик, доктор юридичних наук,
член-кореспондент НАН України, акаде-
мік Академії правових наук України;
С. Подоляк, здобувач Київського універ-
ситету права НАН України

Реституція в українському та європейському договірному праві

У Європейському Союзі, який об'єднує все більшу кількість держав-членів, актуальною проблемою є уніфікація права. У недавньому минулому ідея про можливість створення Європейського Цивільного кодексу набула широкої поширеності та підтримки. 26 травня 1989 р. Європарламент прийняв резолюцію, в якій підкреслювалася важливість гармонізації приватного права Співтовариств, особливо у такій специфічній сфері, як внутрішній ринок. У резолюції надавалася рекомендація про необхідність робіт стосовно підготування загальноєвропейського кодексу приватного права¹. У преамбулі до цієї резолюції вказується, що «уніфікація може бути проведена в галузях приватного права, які є найбільш важливими для розвитку єдиного ринку, таких як договірне право». Таким чином, договірне право Європейського Союзу (далі — ЄС) було визнане пріоритетною сферою уніфікації.

Європейський вибір України вимагає не тільки адаптації до правового надбання ЄС щодо досягнення єдиного регулювання у сфері європейського договірного права, а й пристосування до майбутнього правового інструменту вітчизняного господарсько-договірного права, в тому числі і в частині, що стосується реституції².

Метою цієї статті є порівняння вирішення проблеми реституції в нашій країні з відомими вирішеннями в інших країнах та ЄС. Вивчення будь-якого суспільного явища, у тому числі правового, є плідним

¹ Право Європейського Союзу: правовое регулирование торгового оборота / под ред. проф. В. В. Безбаха, доц. А. Я. Капустина, проф. В. К. Пучинского. – М., 1999. – С. 57.

² Див.: Солом'яний В. Р. Натуральна реституція в порівняльному та європейському цивільному праві / В. Р. Солом'яний // Наук. зап. Т. 64. Юрид. науки. – С. 90–97.

лише тоді, коли воно ґрунтується на історичних даних та простежує свій предмет в його еволюції, причому не лише в окремо взятій державі.

Римське право не знало якогось певного позову чи іншого засобу захисту, спеціально спрямованого на повернення майна, переданого за недійсним договором. Що стосується деяких специфічних позовів, то вони мали штрафний характер та не завжди були пов'язані з недійсністю договору або реституцією. Власне реституція безпосередньо була спрямована не на повернення переданого за договором майна, а на відміну правового ефекту самого договору (рівно як і багатьох інших юридичних фактів), що дозволяє вважати цей інститут прообразом сучасного інституту оскарження¹.

У цей час у цивільному праві зарубіжних країн термін «реституція» часто зустрічається в іншому значенні. Ним позначається повернення безпідставного збагачення, у тому числі такого, що виникло у зв'язку з виконанням недійсного договору, а не анулювання шляхом оскарження.

Реституційне право є складовою частиною загального зобов'язального права. Реституційне зобов'язання — це первинне зобов'язання, а не вторинне або допоміжне, або акцесорне, або побічне. Це зобов'язання виникає на підставі (внаслідок) безпідставного збагачення. У деяких випадках ті ж підстави для позову, наприклад крадіжка чужого майна, можуть породжувати право пред'явити позов або про реституцію, або про делікт. У такому випадку виникає конкуренція позовів та позивач, який обрав позов про реституцію, не відмовляється *ipso facto* від позову про делікт, якщо розмір завданих збитків (деліктних збитків) перевищує розмір придбаного збагачення (реституційних збитків) чи навпаки.

Реституційні і деліктні зобов'язання є зобов'язаннями позадоговірними. Але на відміну від деліктного зобов'язання, яке виникає за загальним правилом з протиправної (неправомірної) та винної поведінки заподіювача шкоди, реституційне зобов'язання, згідно з теорією об'єктивного результату, виникає незалежно від того, чи було набуто збагачення результатом поведінки набувача, самого потерпілого, третьої особи або відбулося окрім їх волі. Тобто підставами виникнення реституційного зобов'язання можуть виступати як правомірні та не-

¹ Див.: Тузов Д. О. Реституция и реституционные правоотношения в гражданском праве России / Д. О. Тузов // *Цивилистическое исследование*. Вып. 1: сб. науч. тр. памяти проф. И. В. Федорова; под ред. Б. Л. Хаскельберга, Д. О. Тузова. – М., 2004. – С. 220.

правомірні дії (включаючи неправомірну поведінку самого потерпілого), винні та невинні дії, випадковий збіг обставин, так і події (стихійні лиха та інші не контролювані людиною природні явища) та ін. У деліктному праві розмір відповідальності вимірюється обсягом шкоди (тобто сумою збитків позивача). У свою чергу в реституційному праві розмір відповідальності вимірюється обсягом набутого багатства (тобто сумою збагачення відповідача). У той час як деліктне зобов'язання виникає незалежно від наявності збагачення на боці заподіювача збитків, наявність збагачення на боці здобувача є невід'ємною умовою настання реституційного зобов'язання. Якщо деліктна відповідальність згідно з принципом переходу деліктної відповідальності від заподіювача шкоди до третьої особи на підставі закону може бути покладена не на безпосереднього заподіювача шкоди, то вимога про повернення безпідставного збагачення може бути пред'явлена лише самій особі, що безпідставно збагатилася. Нарешті, розмір реституційної відповідальності не може перевищувати розміру набутого збагачення. Відповідно, реституційне зобов'язання, на відміну від деліктного зобов'язання, не допускає кримінальної відповідальності. За своєю природою реституція відповідає праву власності та є самостійним інститутом, який служить його захисту. Відповідно, для того щоб стати об'єктом позову про реституцію, збагачення повинно бути такою цінністю, на котру визнаються права власності; тобто цінністю, яка охоплюється правом власності¹.

У Французькому ЦК 1804 р. нема загального поділу щодо реституції і загальної кондикції. Повернення безпідставно одержаного об'єднано в одному розділі з квазідоговорами — статті 1376–1381² — особа, яка через помилку або навмисно отримує річ, що їй не належить, бере на себе зобов'язання повернути її тому, від кого її безпідставно отримано. При цьому французьке право не розрізняє безпідставне збагачення як результат власних дій позивача чи будь-яким іншим чином. Головними вимогами для вирішення позовів із безпідставного збагачення є констатація факту переходу визначеного майна зі сфери однієї особи до сфери іншої, тобто мало місце зменшення майна по-

¹ Див.: Осаке К. Обязательства вследствие неосновательного обогащения в англо-американском праве: основополагающие принципы и правовая политика [Электронный ресурс] / К. Осаке. – Режим доступа: http://www.juristlib.ru/book_3172.html

² Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона) : пер. с франц. В. Захватаев ; предисл.: А. Довгерт, В. Захватаев ; прилож. 1–4; В. Захватаев ; отв. ред. А. Довгерт. – Киев, 2006. – С. 429.

зивача внаслідок відповідного збільшення майна відповідача і відсутність законної підстави. Суттєвою ознакою французького права є змішування реституції із кондикцією неналежного¹.

Між німецьким та французьким приватним правом у ХІХ ст. існував тісний зв'язок. У Німеччині особливе значення має констатація того факту, що не реституція, а кондикція, тобто інститут безпідставного збагачення, береться за основу при вирішенні проблеми повернення до попереднього стану в «точному сенсі», тобто повернення речі або еквівалента. У Німецькому цивільному уложенні², так само, як і в Швейцарському законі про зобов'язальне право³, проблемі регулювання вимог з «безпідставного збагачення» відведено спеціальний розділ. Якщо одна особа отримує дещо завдяки діям іншої особи або будь-яким іншим чином за її рахунок без законних на те підстав, то вона повинна повернути все тій особі. Такий обов'язок виникає і у випадку, коли правова підстава відпала або якщо дії, спрямовані на виконання договору, не досягають мети, за якою він укладався. Таким чином вирішується питання безпідставного збагачення і в Австрійському цивільному уложенні. У Німецькому цивільному уложенні розмежовуються поняття між незаконним збагаченням шляхом «дій іншої особи» та «будь-яким іншим чином». До першої групи «позовів про безпідставне збагачення в результаті власних дій позивача» належать випадки, коли йдеться про повернення позивачу виконаного ним добровільно та свідомо на користь відповідача, оскільки позивач діяв, не маючи на це правових підстав. Друга група позовів про безпідставне збагачення «будь-яким іншим чином» становить важливий елемент і є використанням або одержанням доходів з чужої речі або права без дозволу на це власника речі або володільця. Якщо порушення чужих прав має випадковий характер, то володільець порушених прав може стягнути через суд із порушника збитки через деліктний позов, а при невинному порушенні чужих прав порушник зобов'язаний відшкодувати володільцю в грошовому виразі ті доходи, які він отримав від використання речі або права на неї. Такий позов має назву «позов із посягання» (на чужі права). У Німеччині відповідач має доводити, що позивач у мо-

¹ Див.: Солом'яний В. Р. Натуральна реституція в порівняльному та європейському цивільному праві // Наук. зап. Т. 64. Юрид. науки. – С. 90–97.

² Германское право. – Ч. 1. Гражданское уложение : пер. с нем. Серия: Современное зарубежное и международное частное право. – М., 1996. – С. 492.

³ Див.: Цвайгерт К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права : в 2 т. : пер. с нем. / К. Цвайгерт, Х. Кетц. – М., 1998. – Т. 2. – С. 288, 284–358.

мент виконання знав про відсутність у нього зобов'язання перед відповідачем.

Австрійське та Швейцарське право обумовлюють можливість виступу виконаного позивачем неналежним чином як «помилку» виконуючої особи стосовно власних зобов'язань. Навіть незначної помилки — помилки у праві або помилки у грубій недбалості — достатньо для умов подання позову про повернення виконаного неналежним чином¹. Отже, у Швейцарії та Австрії справа позивача — довести те, що виконане ним є результатом його помилкового уявлення про наявність у нього зобов'язання перед відповідачем.

В англо-американській правовій системі реституція та безпідставне збагачення є співіснуючими та взаємозамінними. Реституція розуміється двояко і як зобов'язання, і як загальна міра відповідальності за порушення зобов'язання. У першому розумінні реституція позначає самостійну підставу виникнення матеріально-правового зобов'язання поряд з іншими підставами, такими, як договір, делікт тощо. У даному контексті реституція (тобто реституційне зобов'язання) створює й матеріально-правове реституційне зобов'язання та реституційні права. У другому розумінні реституція (тобто реституційна відповідальність) позначає міру відповідальності за порушення матеріально-правового зобов'язання, заснованого на договорі, делікті, безпідставному збагаченні. В англо-американському праві реституційне зобов'язання є традиційним і має назву безпідставне збагачення. Сучасна англійська доктрина і судова практика дедалі більше схиляється до визнання того, що будь-які реституційні позови англійського прецедентного права ґрунтуються на принципі, відповідно до якого вигода, яку набуває відповідач за рахунок позивача, становить «безпідставне збагачення». Принципи «безпідставного збагачення» базуються на трьох положеннях: відповідач повинен збагатитися шляхом отримання вигоди; вигода має бути отримана за рахунок позивача; було б неправомірно дозволити відповідачу утримувати цю вигоду.

Таким чином, можна стверджувати про наявність спільних рис у регулюванні незаконного володіння або збагачення як у різних правових системах країн континентальної Європи, так і загального права². Більшість законодавчих актів зарубіжних країн чітко визначають умо-

¹ Див.: Шапп Я. Основы гражданского права Германии : учебник / Я. Шапп. – М., 1996. – С. 90.

² Див.: Цвайгерт К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права : в 2 т. : пер. с нем. / К. Цвайгерт, Х. Кетц. – М., 1998. – Т. 2. – С. 288, 284–358.

ви виникнення цього інституту і окреслюють коло прав та обов'язків сторін. Поряд з цим існують певні особливості, притаманні тій чи іншій країні. Важливо зазначити, що зарубіжне право не проводить різницю між виконанням недійсного договору та виконанням неналежного взагалі. Не має значення, чи є відсутньою правова підстава для виконання від самого початку, як при нікчемному договорі, чи вона відпадає пізніше, внаслідок оскарження. Майно, яке знаходиться в особі без правових підстав, у тому числі придбане за недійсним договором, підлягає поверненню як безпідставно отримане. Тому більшості сучасних правопорядків, як і римському праву, є невідомим будь-який спеціальний засіб для зворотної вимоги того, що було виконано за недійсним договором. Не має значення, яким чином відома річ вибуває з майна однієї особи та безпідставно потрапляє до майнової сфери іншої. Чи мало місце протиправне заволодіння чужою річчю, помилковий платіж неналежного, дія природних сил чи виконання недійсного договору — все це має значення лише для питання про відповідальність набувача, але не для визначення долі самого безпідставного збагачення. У будь-якій із названих ситуацій повернення конкретної речі або грошової суми, яка потрапила до майна набувача, відбувається за допомогою традиційних засобів захисту — віндикаційних та кондикційних позовів, що, звичайно, не виключає можливості прояву у відповідних випадках і деліктного позову (наприклад, якщо річ, яка підлягає поверненню, загинула або в інший спосіб загублена з вини незаконного володільця)¹. І такий підхід уявляється логічним. Адже недійсні договори — це лише частковий випадок відсутності правової підстави, а надання за таким договором — одна з можливих причин незаконного володіння або збагачення (і при цьому найбільш поширена). Не випадково у системі кондикційних зобов'язань важливе місце традиційно займають саме ті з них, котрі виникають унаслідок виконання недійсних договорів. Це характерно як для систем континентального, так і загального права.

Становлення самостійного правопорядку України коригується необхідністю визначення свого місця серед інших національних правових систем і, зокрема, в Європейському просторі свободи, безпеки і права. Розвиток співробітництва з ЄС у сфері адаптації вітчизняного законодавства до єдиних підходів, які існують в Європі щодо постано-

¹ Див.: Тузов Д. О. Реституция при недействительности сделок (Исторический и сравнительно-правовой аспекты) / Д. О. Тузов // Правовые проблемы укрепления российской государственности : сб. ст. – Томск, 1999. – Ч. 2. – С. 30–34.

ві і розв'язання нагальних юридичних проблем, які не стали ще спільним європейським надбанням. До таких злободенних питань належить і реституція, оскільки перебуває не тільки на вістрі юридичних дискусій, присвячених створенню Цивільного кодексу для єдиної Європи, а й до тієї її частини, яка найскладніше піддається гармонізації¹.

Узагальнене європейське поняття реституції застосовується, з одного боку, як нормальний випадок у рамках позадоговірних зобов'язань (як правовий наслідок визнання договору недійсним — ст. 3.17 Принципів міжнародних комерційних договорів Міжнародного інституту уніфікації приватного права (далі — Принципи УНІДРУА))², а, з другого боку, ще й у сфері договірних зобов'язань (як правовий наслідок повернення виконаного у разі повної чи часткової відсутності зустрічного виконання при розірванні договору (ст. 7.3.6 Принципів УНІДРУА))³. Причому Принципи УНІДРУА прямо встановлюють (ст. 3.1)⁴, що не всі підстави недійсності договору, які можна знайти в національних правових системах, потрапляють у сферу дії Принципів, зокрема, це випадки відсутності правоздатності, відповідних повноважень, а також аморальність чи протиправність, що полягає у складності питань правового статусу та надмірній різноманітності способів, за допомогою яких національні правові системи регламентують ці питання. Стаття 3.17 так регламентує реституцію — кожна сторона має право вимагати повернення всього, що вона надала згідно з договором або його частини, при цьому кожна сторона повертає все отримане за договором або його частини, якщо повернення в натурі неможливо, що є типовим для надання послуг, сторона повинна компенсувати те, що вона отримала, за винятком випадків, коли отримане нею виконання не має для неї значення. При цьому Принципи УНІДРУА передбачають відшкодування збитків винною стороною з метою повернення другої сторони в той самий стан, у якому вона перебувала б, якщо б не уклала договір (ст. 3.18 Принципів УНІДРУА).

¹ Див.: Солом'яний В. Р. Натуральна реституція в порівняльному та європейському цивільному праві // Наук. зап. Т. 64. Юрид. науки. – С. 90–97.

² Принципы международных коммерческих договоров ; Международный институт унификации частного права / Александр Сергеевич Комаров (пер. с англ.). – М., 1996. – С. 98, 220, 73.

³ Там само.

⁴ Там само.

Принципи Європейського контрактного права (далі — ПЄКП)¹ теж розглядають реституцію як правовий наслідок визнання договору недійсним (п. 15:104 ПЄКП) та як правовий наслідок повернення виконаного у разі повної чи часткової відсутності зустрічного виконання при розірванні договору (п.п 9:307, 9:308, 9:309 ПЄКП). При цьому недійсність контракту визначається як суперечність фундаментальним принципам, які визначаються законами країн—членів ЄС (ст. 15:104), та імперативним нормам (ст. 15:102), причому перелік реституційних умов є набагато вужчим ніж, у законодавстві України. Стаття 15:104 містить правила щодо реституції про те, що будь-яка зі сторін може вимагати реституції незалежно від того, що сторона зробила за контрактом, але лише за умови виконання зворотної реституції (повернення). Якщо реституція не може бути зроблена за якоїсь причини, відповідна сума коштів має бути сплачена за те, що було отримано стосовно відшкодування збитків винною стороною. Положення ст. 15:105 ПЄКП збігаються з положенням ст. 3.18 Принципів УНІДРУА щодо повернення в те саме становище, в якому сторона знаходилася при укладенні контракту. Особливістю застосування реституції ПЄКП (п. 2,3 ст. 15:104) визначається можливість відмови сторони у застосуванні реституції: для винної сторони — яка знала або повинна була знати підстави недійсності; для обох сторін — приймаючи рішення щодо відчужувальної та зворотної реституції, беруться до уваги обставини недійсності (мету норми, яка була порушена; категорію осіб, для захисту яких ця норма введена і будь-які санкції, які можуть бути накладені згідно з порушеною нормою; серйозність порушення; чи було порушення навмисним; ступінь наближеності зв'язку між порушенням та контрактом, що, на наш погляд, виконує регуляторну функцію щодо недопущення недійсних договорів.

Двостороння реституція в українському законодавстві є загальним правилом майнових наслідків недійсного договору. Для застосування реституції не має значення, хто винний у недійсності правочину². Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. № 435-IV (далі — ЦК України)³ вперше встановив порядок із реституційними зобов'язаннями правовим наслідком недійсності правочину зобов'язання з безпідставного збагачення (кондикції). У частині 3 ст. 1212 ЦК України закріпле-

¹The Principles of European Contract Law [Електронний ресурс]. – Режим доступа: http://www.miripravo.ru/laws/lex/euro_pr/0.htm

²Цивільне право України: Академічний курс : підручник : у 2 т. / за заг. ред. Я. М. Шевченко. – Т. 1: Загальна частина. – К., 2003. – С. 242.

³Україна. Закони. Цивільний кодекс України : прийнятий 16 січня 2003 р. – К., 2003. – 368 с.

но правило про спільне застосування реституції і кондикції. Термін «також», який використовує законодавець, інтерпретується коментаторами ЦК України як визначення субсидіарного застосування кондикції щодо реституції¹. Але ст. 1212 ЦК України не дає вичерпного переліку відповіді на питання, як застосовуються зобов'язання з безпідставного набуття майна стосовно реституції. Реституційні зобов'язання згідно з ч. 1 ст. 216 ЦК України дещо відрізняються від реституції, яка встановлюється міжнародними нормами, — кожна зі сторін зобов'язана повернути другій стороні у натурі все, що вона одержала на виконання визнаного недійсним договору, а в разі неможливості такого повернення, відшкодувати вартість того, що одержано, за цінами, які існують на момент відшкодування (за міжнародними нормами кожна зі сторін може вимагати реституції, за умови зворотного повернення). Більш вдалим нам також уявляється і міжнародний підхід стосовно запобіжних заходів для недопущення недійсних договорів — задоволення чи відмова в позові про повернення безпідставно виконаного.

Застосування реституції (ч. 1 ст. 216 ЦК України) дає можливість відшкодувати вартість одержаного за недійсним договором лише у випадках, коли неможливість повернення одержаного в натурі полягає у користуванні майном, виконаній роботі, наданій послугі за цінами, які існують на момент відшкодування. У випадках, коли неможливість повернення зумовлена іншими підставами, як-от: знищення майна, продаж його третій особі тощо, для відшкодування вартості одержаного майна доцільніше застосувати ч. 2 ст. 1213 ЦК України.

Підсумовуючи наведене, можна зазначити, що порівняльний аналіз застосування реституції у вітчизняному та європейському праві дає можливість зробити висновок, що підхід до реституції у вітчизняному законодавстві дещо відрізняється від ситуації у правових системах наведених у дослідженні країн, але наближається до розуміння реституції в міжнародному праві. Відмінності, які існують, мають початок саме в підході, по-перше, це необов'язковість застосування реституції як наслідку недійсності договору, а, по-друге, це можливість відмови у застосуванні реституції і щодо винної сторони і взагалі для обох сторін залежно від обставин недійсності. При цьому відмова у застосуванні реституції у міжнародному праві використовується як запобіжний захід для недопущення недійсних правочинів, що дуже актуально для України.

¹ Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар / за ред. розробників проекту Цивільного кодексу України. – К., 2004 – 928 с.

УДК: 341.171

З. Макаруха, кандидат юридичних наук, докторант Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Гармонізація процесуального права притулку в рамках ЄС

Висновки за результатами Саміту у Тампері 1999 р.¹ стали початком становлення та формування спільної Європейської системи притулку та розвитку права ЄС у сфері надання притулку та захисту прав біженців відповідно до положень Амстердамського договору 1997 р.²

На відміну від Амстердамського договору, який обмежується необхідністю визначення мінімальних стандартів у сфері притулку та щодо біженців Лісабонський договір 2007 р.³ (набрав чинності 1 грудня 2009 р.) розширює перелік заходів, необхідних для створення спільної Європейської системи притулку, серед яких, зокрема, спільні процедури надання й позбавлення одноманітного статусу притулку чи додаткового захисту; критерії та механізми визначення держави-члена, відповідальної за розгляд звернень про притулок чи додатковий захист.

Гармонізація процедур притулку має першочергове значення для формування спільної Європейської системи притулку. По-перше, спільні процедури запобігають вторинному руху шукачів притулку, а по-друге, усувають дискримінацію, спричинену різними умовами розгляду заяв та надання того чи іншого статусу захисту.

Однією з важливих процедур притулку є визначення держави-члена, відповідальної за розгляд звернень про надання притулку. Оскільки громадяни третіх країн, з метою отримання притулку в ЄС, часто подавали звернення одночасно в декілька держав-членів (розраховуючи на більшу ймовірність досягнення успіху), останні в 1990 р. уклали Дублінську конвенцію (набрала чинності 1 вересня 1997 р.)⁴.

¹ Official Journal C 340 of 10.11.1997.

² Tampere Special European Council, October 1999 // <http://europa.eu.int/council/offconclu/oct99>.

³ Official Journal C 306, vol.50 of 17.12.2007.

⁴ Кашкин С. Ю. Право Европейского Союза : учеб. пособие / С. Ю. Кашкин. – М., 2009. – С. 261.

Положення Дублінської Конвенції внесені в систему вторинного права ЄС, а саме Регламент Ради № 343/2003 про встановлення критеріїв і механізмів для визначення держави-члена, відповідальної за розгляд поданих громадянами третіх держав звернень про надання притулку на території будь-якої з держав — членів ЄС (відомий як «Дублін II»)¹. Цей Регламент наділяє компетенцією з розгляду звернень про надання притулку одну з держав-членів, а також визначає правові наслідки, які матиме відмова держави-члена в такому зверненні.

Регламент № 343/2003 закріплює такі критерії визначення держави-члена, відповідальної за розгляд заяви про притулок: шукач притулку має члена сім'ї, який набув статус біженця в державі-члені (ця ж держава є відповідальною за розгляд заяви про притулок зазначеної особи); заявник має дозвіл на проживання чи візу в державі-члені (остання відповідальна за розгляд заяви); шукач притулку має дозволи на проживання та візи у декількох державах-членах (відповідальною за розгляд заяви є держава-член, яка видала дозвіл на найбільш тривалий період проживання; у випадку дозволів на проживання, віз однакової тривалості — держава, що видала нещодавній документ); шукач притулку незаконно перетнув кордон держави-члена (остання має розглянути заяву); заявник перебував незаконно на території держави-члена протягом шести чи більше місяців (держава незаконного перебування відповідальна за розгляд заяви); держава-член, яка толерантно ставилася до незаконного перебування шукачем притулку на її території протягом більш як двох місяців (остання розглядає відповідне звернення про притулок). Якщо відповідальна держава-член не може бути визначена на основі вищезазначених критеріїв, заява має розглядатися першою державою, в якій подано цю заяву.

Таким чином, положення Регламенту № 343/2003 формують систему попередження так званого пошуку «зручної» держави-члена для отримання притулку («asylum shopping»), яка базується на принципі співробітництва держав — членів ЄС.

Мінімальні гарантії для процедур притулку були вперше визначені на рівні ЄС у Резолюції Ради від 20 червня 1995 р.² У Документі зазначено, що процедури стосовно дослідження заяв про надання притулку мають відповідати Женевській конвенції 1951 р., Протоколу 1967 р., зокрема що стосується визначення поняття «біженець» чи принципу

¹ Official Journal L 50 of 25.02. 2003.

² Official Journal C 274 of 19.09.1996.

«невидворення» (*non refolment*), а також мають здійснюватися у співробітництві з Офісом Високого Комісара з питань біженців ООН. Резолюція визначає гарантії щодо: розгляду заяв про надання притулку; прав шукачів притулку в ході розгляду заяви, апеляції чи процедури перегляду; права на постійне проживання у випадку відповідності критеріям для набуття статусу біженця.

У вересні 2000 р. Комісія підготувала Пропозиції до Директиви «Про мінімальні стандарти для процедур притулку», які стали основою для прийняття Радою Директиви 2005/85/ЄС від 1 січня 2005 р. «Про мінімальні стандарти щодо процедур держав-членів з надання та відкликання статусу біженця»¹. Незважаючи на чітку прив'язку в назві Документа виключно до статусу біженця, держави-члени зобов'язані застосовувати Директиву до процедур щодо розгляду заяв про надання всіх видів міжнародного захисту.

У частині II Директиви 2005/85/ЄС визначено базові принципи та гарантії: доступ до процедур (право подавати заяву правоздатним особам); право залишатися у державі-члені, в якій розглядається заява (що не дає права на отримання дозволу на проживання); вимоги щодо розгляду заяв (рішення стосовно заяви має бути індивідуальним та об'єктивним); вимоги щодо рішення прийнятого компетентним органом (письмова форма рішення; можливість оскарження у разі негативного рішення); гарантії для особи, яка звертається за наданням притулку (інформування зрозумілою мовою, доступ до послуг перекладача, можливість спілкування з Високим Комісаром з питань біженців ООН, вчасне отримання повідомлення щодо рішення по заяві); обов'язки заявника (звітувати перед компетентними органами та надавати їм необхідну документацію; повідомити адресу місця проживання); особисте інтерв'ю та вимоги до нього (право, яке надається заявнику до прийняття остаточного рішення про надання притулку); право бути представленим законним представником (мати доступ та за власний (чи державний) кошт користуватися послугами юридичного радника); гарантії для неповнолітніх, яких не супроводжують дорослі (право на представника); затримання (заборонене на тій лише підставі, що особа є заявником на надання притулку, якщо таке затримання вчинене, держава-член має забезпечити швидкий розгляд); процедура у випадку явного відкликання заяви (компетентний орган приймає рішення про припинення розгляду заяви чи її відхилення); про-

¹ Official Journal L 326 of 13.12 2005.

цедура у випадку потенційного відкликання (коли заявник не відповідає на запит щодо надання інформації, покинув без належного дозволу місце проживання, чи не звітував вчасно).

Незважаючи на широкий перелік базових принципів та гарантій, наданих заявникам щодо надання притулку, треба констатувати, що Директива 2005/85/ЄС не забезпечила ефективної гармонізації процесуальних стандартів.

Аналіз процесуального законодавства ЄС у сфері притулку дає можливість визначити три типи процедур щодо надання та відкликання статусу біженця чи додаткового захисту: процедури в першій інстанції, процедури щодо відкликання статусу біженця та апеляційні процедури. Зупинимося детальніше на характеристиці основних рис та слабких сторін кожного типу процедур.

Процедури в першій інстанції можна, своєю чергою, класифікувати на процедуру розгляду звичайних заяв та спеціальні процедури.

Базові принципи та гарантії, розглянуті вище, застосовуються повною мірою до процедури розгляду звичайних заяв (усіх заяв, які не підпадають під спеціальні процедури). Відповідно до ст. 23 Директиви 2005/85/ЄС процедура розгляду заяв відносно часових рамок поділяється на звичайну (до 6 місяців) та прискорену (в найкоротші терміни). Цікаво, що прискорена процедура застосовується у двох типах прямо протилежних випадків — коли заява є добре обґрунтованою або заявник має особливі потреби (визначення цих ситуацій покладається на держави — члени ЄС) та коли звернення про надання притулку є необґрунтованим чи безпідставним (п. 4 ст. 23 містить чіткий перелік таких випадків).

Такий підхід до прискореної процедури розгляду заяв про притулок гостро критикується у доктрині права ЄС. Зокрема, Д. Ведшted-Гансен відстоює доцільність запровадження модифікованої концепції явно виражених необґрунтованих заяв про надання притулку (що передбачає автоматичну відмову у їх розгляді), запропоновану Єврокомісією з метою скорочення кількості заяв, що підлягають розгляду за прискореною процедурою¹.

Держави-члени можуть визнати заяву про надання притулку недопустимою та не розглядати її, коли: інша держава-член вже надала

¹ Vedsten Hansen J. Common EU Standards on Asylum – Optional Harmonization and Exclusive Procedures? / J. Vedsten Hansen // European Journal of Migration and Law. – 2005. – № 7. – Р. 372.

статус біженця; країна, яка не є державою-членом, розглядається як «перша країна притулку» для заявника; країна — не член ЄС розглядається як «безпечна третя країна» для заявника; заявнику дозволено залишитися у цій державі-члені на інших підставах та надано статус, еквівалентний статусу біженця; заявник подав ідентичну заяву після винесення остаточного рішення по першій заяві. Окрім цього, держава-член повинна визнати заяву необґрунтованою, якщо третя країна походження заявника визнана безпечною.

Зазначений перелік випадків недопустимості заяв про притулок надає державам-членам широкі повноваження щодо відмови у доступі до процедур притулку. Неоднозначними видаються такі концепції, як «перша країна притулку», «безпечна третя країна» чи «безпечна третя країна походження». Так, Катрін Костелло зазначає, що ці концепції підривають як доступ до процедур притулку в ЄС, так і їх інтегрованість. На її думку, зазначені концепції збільшують ймовірність помилкового шляху розвитку процесуального права ЄС у сфері притулку та матимуть своїм наслідком порушення принципу «невидворення» (*non-refoulement*)¹. У свою чергу, Теодора Костакополу робить наголос на продовженні постамстердамської політики «захищеності ЄС» у сфері міграції та притулку².

Концепція «першої країни притулку» визначена у ст. 26 Директиви 2005/85/ЄС, відповідно до якої країна може отримати таку кваліфікацію, якщо заявник визнаний у цій країні як біженець та користується цим захистом, а також коли заявник в інший спосіб отримує «достатній захист» у цій країні, включаючи право на невидворення. У такому випадку заявник (на отримання притулку в іншій державі-члені) має бути відправлений до «першої країни притулку».

Слід зазначити, що міжнародне право, зокрема Конвенція про статус біженця, не забороняє, у принципі, передачу відповідальності за розгляд заяв про притулок третій країні, за умови, що остання забезпечить «ефективний захист». Концепція Єврокомісії щодо більш доступного та організованого режиму міжнародного захисту 2003 р. визначає мінімальні умови забезпечення «ефективного захисту»

¹ Costello C. The Asylum Procedures Directive and the Proliferation of Safe Country Practices: Deterrence, Deflection and the Dismantling of International Protection? / C. Costello // European Journal of Migration and Law. – 2005. – №7. – P. 35-69.

² Kostakopoulou T. The «Protective Union»: Change and Continuity in Migration Law and Policy and Post-Amsterdam Europe / T. Kostakopoulou // Journal of Common Market Studies. – 2000. – P. 497.

(фізична безпека, гарантії щодо невидворення, доступ до процедур притулку, соціальні та економічні гарантії тощо)¹. Натомість у ст. 26 Директиви 2005/85/ЄС у визначенні концепції «перша країна притулку» поняття «ефективного захисту» замінене поняттям «достатнього захисту», яке не тільки не визначене законодавством ЄС, а й суперечить міжнародним стандартам у сфері надання притулку.

Сама концепція «безпечної третьої держави» є далеко недосконалою та критикується міжнародним співтовариством, адже передбачає формальні критерії віднесення третіх країн до категорії «безпечних» (ратифікація третьою країною основних міжнародних документів у сфері захисту прав людини та включення цієї держави до переліку «безпечних», встановленого Радою ЄС). Застосування цієї концепції означає уникнення процедури індивідуального визначення «безпечної» третьої країни для конкретного заявника про надання притулку. Виходом з цієї ситуації могло б стати закріплення у процесуальному законодавстві ЄС мінімальної гарантії для шукача притулку — можливість індивідуального розгляду такої заяви (вилучення її з переліку «недопустимих», відповідно до частини 2 (с) ст. 25 Директиви 2005/85/ЄС) або подання обґрунтування щодо неможливості «безпечної третьої держави» на підставі того, що заявник був підданий тортурам, жорсткому, нелюдському чи такому, що принижує людську гідність, повожденню чи покаранню у цій країні.

Положення щодо «безпечної країни походження» більш контроверсійні, аніж положення стосовно «першої країни притулку» та «безпечної третьої країни». Концепція «безпечної країни походження», незважаючи на її широке використання у праві та практиці держав — членів ЄС², не набула правового закріплення у Конвенції про статус біженців. Більше того, ця Конвенція критикується міжнародним співтовариством та розглядається як потенційне порушення ст. 3 Конвенції про статус біженців, яка передбачає доступ до процедур притулку без дискримінації щодо раси, релігії та країни походження³.

Правового закріплення концепція «безпечної країни походження» набула у ст. 31 Директиви 2005/85/ЄС. Відповідно до зазначених по-

¹ COM (2003) 315 final, 23 June 2003.

² The Application of Safe Country of Origin Concept in Europe. Brussels: ECRE. – February, 2005. – P. 200.

³ Europe: Harmonization of Asylum –Policy, Accelerated Procedures for «Manifestly Unfounded» Claims and «Safe Country» Concept. – Brussels: Amnesty International. – 1992. – P. 300.

ложень, третя країна (віднесена Радою ЄС до «безпечних країн походження» у мінімальному переліку третіх країн), після індивідуального розгляду заяви, буде розглядатися «безпечною» для конкретного заявника про притулок, який є громадянином цієї країни (або особою без громадянства, яка постійно проживає в ній) та не зазначив будь-яких серйозних підстав для трактування цієї країни як «небезпечної країни походження» в конкретній ситуації. Розглянуті положення ст. 31 є мінімальними стандартами у визначенні концепції «безпечної країни походження», оскільки законодавство ЄС передбачає право держав — членів ЄС закріплювати у національному законодавстві правила та методи застосування цієї концепції.

Загалом Високий Комісар з питань біженців ООН не заперечує щодо використання зазначеної концепції для «просіювання заяв, які не містять серйозних указівок на порушення прав особи», але засуджує застосування цієї концепції «як інструмент посягання на процесуальні гарантії шукача притулку»¹.

Держави-члени можуть застосовувати спеціальні процедури розгляду заяви про надання притулку, які не передбачають застосування принципів та гарантій, визначених частиною II Директиви 2005/85/ЄС.

Спеціальні процедури застосовується у випадках: подання «наступної заяви» (особою, яка вже раніше подала заяву щодо надання притулку в тій самій державі-члені); заяви, яка подана на кордоні чи у транзитній зоні; а також у випадку, коли заявник незаконно потрапив на територію держави-члена з «безпечної третьої країни».

«Наступна заява» береться до уваги як на стадії розгляду попередньої заяви (чи при відкритті заяви), так і на стадії апеляційного розгляду. Спеціальна процедура, яка застосовується в цьому випадку, включає процедуру попереднього розгляду «наступної заяви». Якщо в ході попереднього розгляду виявлено нові елементи чи факти, які можуть суттєво вплинути на кваліфікацію заявника як біженця відповідно до Директиви 2004/83/ЄС, до такої заяви застосовується процедура розгляду «звичайних» заяв. Важливо наголосити, що правила процедури попереднього розгляду визначаються національним правом держав-членів, а це, на нашу думку, не сприяє гармонізації національних процесуальних норм у сфері притулку.

¹ Back ground Note on the Safe Country Concept and Refugee Status EC /SCP/68. – Geneva: UNHCR. – 1991. – P. 131.

Спеціальні процедури у випадку подання заяви про надання притулку на кордоні чи у транзитній зоні полягають у процедурі прийняття рішення про допуск заявника на територію держави-члена. У ході зазначеної процедури заявнику має гарантуватися право залишатися на кордоні чи у транзитній зоні, негайно бути повідомленим про свої права та обов'язки, давати пояснення (до того як прийняте остаточне рішення), консультуватися з юридичним радником тощо. Директива 2005/85/ЄС залишає поза сферою регулювання правила процедури допуску (покладаючи це завдання на національне законодавство держав-членів), за винятком встановлення максимального чотиритижневого терміну прийняття рішення компетентними органами (якщо рішення не прийнято в межах визначеного терміну, заявник має бути допущений на територію держави-члена, а його заява розглядатися відповідно до інших процедур, визначених Директивою). У разі негативного рішення компетентні органи мають навести аргументи про те, що заява є необґрунтованою чи неприйнятною.

Що стосується незаконного проникнення чи спроби проникнення заявником на територію держави-члена з території «безпечної третьої країни», то відповідна держава-член має право не розглядати таку заяву, але зобов'язана повідомити про це заявника та забезпечити його документами (які засвідчують, що заяву не було розглянуто), призначеними для компетентних органів третьої держави. Якщо остання не допустила заявника на свою територію, держава-член має пересвідчитися, що доступ до процедур відбувається із дотриманням положень частини II Директиви 2005/85/ЄС.

Іншою категорією процедури у сфері притулку є процедури щодо відкликання статусу біженця. Розгляд щодо відкликання статусу біженця потерпілої особи може бути розпочато, коли з'ясовуються нові обставини чи факти, які дають підстави переглянути чинність статусу біженця, наданого тій чи іншій особі. При цьому особа має право бути повідомленою у письмовій формі про розгляд компетентними органами питання про чинність наданого їй статусу, а також про необхідність надання письмових свідчень на користь збереження цього статусу.

Стосовно гармонізації апеляційних процедур необхідно зауважити, що право на ефективний судовий захист було одним із найскладніших питань переговорного процесу щодо прийняття Директиви 2005/85/ЄС, у результаті якого низка важливих питань, що першочергово було ви-

несено на комунітарний рівень правового регулювання, так і залишилися в компетенції держав — членів ЄС¹.

Апеляційні процедури регулюються ст. 39 Директиви 2005/85/ЄС, відповідно до якої шукач притулку має право на ефективний захист у суді чи трибуналі, щодо рішень прийнятих стосовно заяви про притулок. Частина 1 ст. 39 дає вичерпний перелік рішень, які можуть бути оскаржені, серед яких: про недопустимість заяв; рішення, прийняті на кордоні чи в транзитній зоні; про відмову від розгляду заяви у зв'язку із застосуванням концепції «безпечної третьої країни»; відмова розпочати новий розгляд заяви після припинення розгляду заяви на підставі її відкликання заявником; про відмову у розгляді «наступної заяви»; відмова у в'їзді шукачу притулку, який подав відповідну заяву на кордоні чи у транзитній зоні; рішення про відкликання статусу біженця. Відповідно часові рамки та необхідні правила щодо використання шукачем притулку права на ефективний судовий захист мають бути встановлені державами — членами ЄС.

Таким чином, процесуальне законодавство ЄС не визначає навіть мінімальних стандартів апеляційних процедур. Більше того, так зване «право на призупиняючий ефект» (право залишатися на території держави-члена до завершення апеляційних процедур) повною мірою залежить від політики та практики індивідуальної держави-члена (відповідно до ч. 3 ст. 39 Директиви 2005/85/ЄС), що, у свою чергу, становить пряму загрозу порушення принципу невідворення (*non-refoulement*)². Принципи, визначені у низці нещодавніх рішень, прийнятих Європейським судом з прав людини³, свідчать про те, що відсутність у Директиві 2005/85/ЄС гарантій щодо «права на призупиняючий ефект» є потенційним порушенням ст. 3 Європейської конвенції з прав людини (визначає мінімальні стандарти для апеляційних процедур).

¹ Arkers D. The Negotiations on the Asylum Procedures Directive / D. Arkers // *European Journal of Migration and Law*. – 2005. – № 7. – P. 123.

² Niessen J. Five Years of EU Migration and Asylum Policy – Making under Amsterdam and Tampere Mandates / J. Niessen // *Migration Policy Group. Occasional Paper Series*. – May, 2004. – P. 130.

³ Niessen J. Five Years of EU Migration and Asylum Policy – Making under Amsterdam and Tampere Mandates / J. Niessen // *Migration Policy Group. Occasional Paper Series*. – May, 2004. – 138 p.; *Jabari v. Turkey*, Appl. no 40035/98. – Judgment of 11 July, 2000 / www.ribribs.gc.ca; *Conka v. Belgium*, application no 51564/99. – Judgment of February 5, 2002 / www.ribribs.gc.ca

Окрім цього, вичерпний перелік рішень, які можуть бути оскаржені в апеляційному порядку (визначений у ч. 1 ст. 39 Директиви 2005/85/ЄС), не поширюється на рішення про «явно виражені необґрунтовані заяви» та заяви з «безпечних країн походження». Це, на нашу думку, може становити аналогічну (як і у випадку «права на призупиняючий ефект») потенційну загрозу депортації осіб, які потребують міжнародного захисту.

Так, рішення про необґрунтованість заяв (нечіткі, суперечливі та непереконливі заяви) часто може бути прийнято помилково¹. Як свідчить практика Комітету Конвенції проти тортур, «цілковитої адекватності рідко можна очікувати від жертв тортур, особливо, коли вони страждають синдромом посттравматичного стресу»². Така ж ймовірність помилки можлива і при прийнятті рішення щодо заяв із «безпечних країн походження». Офіційна статистика, оприлюднена Високим Комісаром з питань біженців ООН, свідчить, що від 30 до 60 % шукачів притулку набули статусу біженця за результатами апеляційного розгляду (на підставі помилкового розгляду заяв в першій інстанції)³.

Отже, гармонізацію процесуальних норм притулку можна вважати одним із найскладніших елементів у процесі створення Спільної Європейської системи притулку. Проаналізовані вище слабкі сторони процедур, визначених Директивою 2005/85/ЄС, не дають підстав з оптимізмом очікувати швидкого запровадження в рамках ЄС єдиних процедур визнання та позбавлення статусу біженця та статусу додаткового захисту. Варто погодитися з думкою Ізабелли Врубель, яка основним недоліком Директиви 2005/85/ЄС називає «створення підґрунтя для обмеження можливостей отримання міжнародного захисту

¹ Див.: Skordas A. Human Rights and Effective Migration Policies: an uneasy co-existence. The Conka Judgment of the European Court of Human Rights / A. Skordas // Dias C. The Emergence of a European Asylum Policy. – Brussels: Bruylant, 2004. – P. 293; Cohen J. Question of Credibility: Omissions, Discrepancies and Errors of Recall / J. Cohen // International Journal of Refugee Law. – 2002. – №13, Vol. 3. – P. 343–364.

² Див.: Dignam Q. The Burden and the Proof: Torture and Testimony in the Determination of Refugee Status in Australia / Q. Dignam // International Journal of Refugee Law. – 1992. – № 3/4. – P. 343–364; Huydin v. Sweden (101/1997). – Desember, 1998 / www.ribriirs.gc.ca; Tala v. Sweden (43/1996) 156. – November 1996 / www.ribriirs.gc.ca/en/about/tribunals/rpd/assesscred/index_e.htm

³ Byrne R. Remedies of Limited Effect: Appeals under the forthcoming Directive on EU Minimum Standards on Procedures / R. Byrne // European Journal of Migration and Law. – 2005. – № 7. – P. 64–79.

для осіб, які його потребують, а відтак послаблення підвалин права, визначеного Женевською Конвенцією»¹. Мінімальні стандарти ЄС щодо процедур притулку є результатом «зведення до спільного знаменника», а отже, гарантують найнижчий, у порівнянні з міжнародними стандартами, рівень захисту. В деяких випадках доходить до балансування на межі зобов'язань, що виникають на підставі міжнародно-правових актів. Як наслідок, спільні стандарти призводять до зниження рівня захисту шукачів притулку в тих державах-членах, які до імплементації Директиви 2005/85/ЄС були відомі своїм ліберальним підходом до прийняття іноземців, що потребують міжнародного захисту.

¹ Wrobel I. Postępowanie o nadanie statusu uchodźcy w świetle prawa wspólnotowego / I. Wrobel // Państwo i Prawo. – 2007. – № 12. – P. 49–61.

ПРОБЛЕМИ ПОРІВНЯЛЬНОГО ПРАВознавства

Г. Мошак, професор Одеського національного морського університету

Каральні елементи у приватному праві ФРН

Актуальність вивчення проблеми використання приватноправових засобів, здатних підвищити ефективність запобігання злочинності, зумовлена дефіцитом її досліджень в Україні. Інформація про дебати з цього приводу в Німеччині може сприяти вдосконаленню українського права, його розвитку на власній основі й роботі правоохоронних органів, попередженню помилок. Метою статті є аналіз функції законодавства та практики його застосування на матеріалах ФРН і України щодо відшкодування шкоди (з виділенням специфіки в окремо взятій сфері — сімейних відносин).

Дискусія в німецькомовній юридичній літературі стосується пенальних (від французького — покарання, кара) складових приватного права. І. Еберт у монографії «Пенальні елементи в німецькому приватному праві»¹, а також П. Мюллер, Д. Брокмайер, Й. Розенгартен, Ю. Морсдорф-Шульте та більше десятка інших авторів указують на каральну функцію як легітимну, одну з головних функцій приватного права, на превентивну функцію «каральних збитків» («punitive damages»)². Автори вважають, що відшкодування, яке часом більше у декілька разів від шкоди, запобігає неправомірним діям винного та інших. До переваг приватноправового покарання автори відносять його здатність до більш вичерпного відшкодування та нібито меншу кіль-

¹ Ebert, Ina. Pönale Elemente im deutschen Privatrecht. Von der Renaissance der Privatstrafe im deutschen Recht (= Jus Privatum 86). Mohr (Siebeck), Tübingen 2004. XX, 664 S.

² Müller, P. Punitive damages und deutsches Schadenersatzrecht (2000); Brockmeier, D. Punitive damages, multiple damages und deutscher ordre public (1999) 229s.; Rosengarten J. Punitive damages und ihre Anerkennung und Vollstreckung im Bürgerlichen Recht (1994); ders., Der Präventionsgedanke im deutschen Zivilrecht, NJW 1996, 1935; Mörsdorf-Schulte, J. «Sympathie für Punitive Damages»/(NJW 2006, 1184).

кість вимог до доказів у цивільно-процесуальному, ніж у кримінально-процесуальному праві. Вони вважають, що не існує суворих вимог щодо пропорційності вини та покарання, якій повинні відповідати кримінально-правові засоби.

Професор Цюріхського університету Г. Хонсель (Heinrich Honsell) є найбільш відомим і непримиренним у німецькомовному просторі противником пенальних елементів, наводить аргументи¹ щодо нелегітимності їх у приватному праві, які заслуговують уваги і розгляду з різних, у т. ч. з кримінологічних позицій. Не заперечуючи присутності у відшкодуванні шкоди окремих каральних ознак, професор Г. Хонсель та його однодумці вважають, що для цивільного права профілактика є легітимним завданням і однією з головних функцій. Пенальні міркування не властиві і ворожі цивільному праву, вони не враховують функціонального розподілу між кримінальним і цивільним правом та ведуть до неправомірного збагачення потерпілих². П. Вілінг доказує, що у роботі І. Еберт назва монографії не відповідає змісту, пенальних елементів у приватному праві не існує, усталену цивілістичну термінологію вона помилково підмінила, факти інтерпретувала тенденційно. Використавши існування приватних покарань до розділу права на галузі, автор штучно та безпідставно «перенесла» їх на сучасність³. Х.-Й. Гірш, досліджуючи межі між кримінальним та цивільним правом, називає пенальні думки в цивілістиці юридичним та культурним атавізмом. Один з найавторитетніших у ФРН та ЄС коментарів до Німець-

¹ Honsell H. Der Strafgedanke im Zivilrecht – ein juristischer Atavismus // <http://www.honsell.at/Publikationen/FSWestermann.pdf> (Кримінальна думка в цивільному праві – юридичний атавізм).

² Honsell, H. Die Funktion des Schmerzensgeldes, VersR 1974, 205; ders., Die Abwicklung sittenwidriger Darlehensverträge in rechtsvergleichender Sicht, FS Giger (1989) 287; ders. Schweizerisches Haftpflichtrecht (4. Aufl. 2005) § 1 Rz. 67 ff., 87 ff.; Barthon, AfP 1995, 452, 456; Bydlinki, F. Die Suche nach der Mitte, AcP 204 (2004) 1 ff., 309 ff., 343 ff.; Bungert, ZIP 1992, 1707, 1719; Hermann, ZfA 1996, 19, 36; Höchst, VersR 1983, 13; Larenz, Schuldrecht I, § 28 III, S. 438; Lange/Schiemann, Schadensersatz (3. Aufl. 2003) 12; E. Kaufmann, AcP 162 (1963) 421, 437; MünchKomm/Mertens, Vorbem. zu §§ 823 ff. Rz. 41; MünchKomm/Schwerdtner, 2. Aufl., Anh. § 12, Rz. 290; A. Stadler, Die kommerzielle Sicherung des Persönlichkeitsrechts (1999) 18 ff.; Seitz, NJW 1996, 2848; Horter, Der Strafgedanke im Bürgerlichen Rech (2003); Jansen, Die Struktur des Haftungsrechts (2003); Klumpp, Die Privatstrafe (2001); krit. auch J. Schmidt, Schadensersatz und Strafe (1973); ders., Prävention als Zielbestimmung im Zivilrecht, KritV 1986, 83.

³ Wieling, P. Ebert, Ina, Pönale Elemente im deutschen Privatrecht. Von der Renaissance der Privatstrafe im deutschen Recht (= Jus Privatum 86). Mohr (Siebeck), Tübingen 2004. XX, 664 S. // www.koeblergerhard.de/ZRG122Internetrezensionen/EbertIna-PoenaleElemente.htm

кого цивільного уложення (Штаудінгера, понад 58 000 сторінок) не визнає в Уложенні пенальних елементів, штрафних покарань, але не виключає деякого пенального ефекту¹.

Серед представників кримінальних галузей права також є «за» і «проти» використання засобів приватного права з превентивною метою. Ще з 30-х років минулого століття до «звільнення кримінального права від цивілістичного мислення» закликав Х.-Й. Брунс². Критик «нового профілактичного руху» — тобто «приватизації» запобігання злочинності — професор Кельнського університету М. Вальтер виступає проти розширення «ландшафту діяльності приватних служб» за рахунок приватизації дедалі більшої кількості поліцейських функцій³. Проти проекту Закону про цивільно-правовий захист від насильства⁴, який набрав чинності у ФРН з 2001 р. та став моделлю для ряду країн, виступав професор М. Бок, обґрунтувавши експертний висновок про недоцільність, шкідливість та небезпечність його прийняття⁵.

Директор Інституту права санкцій і криминології Кільського університету професор М. Фроммель є одним із прихильників застосування цивільно-правових інструментів із криминологічною метою. Вони необхідні як альтернатива кримінальному переслідуванню за домашнє насильство, яка дає шанс для збереження сім'ї. Кримінально-правовий вплив як сильнодіючий засіб слід застосовувати тільки після провалу цивільно-правового реагування⁶. Професор Г.-Й. Альбрехт, директор Інституту іноземного та міжнародного кримінального права І. М. Планка, один із представників «офіціального» німецького крими-

¹ Staudinger, J., Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (2005) B.8, .S.369, 821 // <http://books.google.com/books?id=P-AibUp5DgEC&pg=PA95&lpg=PA95&dq=>

² Bruns, H.-J. Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken. – Berlin, 1938.

³ Walter, M. Neue Präventionsbewegung und Probleme der Privatisierung http://www.journascience.org/de/praevention/spezial/walter_neue_praeventionsbewegung.pdf

⁴ Gesetz zur Verbesserung des zivilgerichtlichen Schutzes bei Gewalttaten und Nachstellungen sowie zur Erleichterung der Überlassung der Ehemwohnung bei Trennung vom 11. Dezember 2001 (BGBl. I S. 3513). GewSchG” – назва закону першими буквами; «Gewalt-schutzgesetz» – скорочена назва, перекладається як Закон про захист від насильства.

⁵ Bock, M. Gutachten vom Freitag, 15. Juni 2001 Angefertigt anlässlich der öffentlichen Anhörung im Rechtsausschuß des Deutschen Bundestages am Mittwoch, dem 20. Juni 2001 // <http://www.constantin-conrad.de/coco/inhalt/gender-mainstream-gutachten.html>

⁶ Frommel, M. Gewalt ist kein Schicksal – unter welchen Bedingungen funktioniert ein zivilrechtlicher Rechtsschutz gegen häusliche Gewalt? («Насильство – це не доля, або при яких умовах функціонує цивільно-правовий захист від домашнього насильства?») // www.kik-sh.uni-kiel.de

нального права та кримінології, визнає превентивні властивості приватного права та їх зростаючу роль у запобіганні злочинності як частину контролю поряд із кримінально-правовим контролем.

В англосаксонській системі права «каральні збитки» («punitive damages» exemplary damages в англійському праві) обчислюються, виходячи не з обсягу завданої шкоди, а саме з необхідності покарати за порушення договору у випадках, коли поведінка боржника містить обман або злий умисел, або якщо порушення договору становить самостійний делікт. До цілей «каральних збитків», крім покарання за протиправну поведінку, відносять утримання від нового прояву протиправної поведінки (спеціальна превенція); утримання інших від подібної поведінки (загальна превенція)¹. У ФРН зіставні норми містить антидискримінаційний закон. Норми, що передбачають «штрафні збитки», присутні у законодавстві США, Франції, Швейцарії та інших країн. У США каральне (непропорційне, наприклад, 145:1) відшкодування обґрунтовується необхідністю залякування та розплати.

Французьке цивільне і цивільно-процесуальне право до превентивних інструментів відносить «astreinte», під яким розуміє загрозу накладення грошового штрафу в разі порушення рішення суду, яким забороняється певна поведінка². Це відомий спеціалістам інститут примушення до виконання зобов'язання, який передбачає обов'язок сплатити на користь кредитора певну грошову суму — штраф за кожен день прострочення виконання. Розмір штрафу може зростати довільно та не залежить від розмірів завданих збитків і не обмежується.

Тим часом тривала наукова дискусія про обґрунтованість присутності у приватному праві пенальних елементів появу нових з них не зупинила. У Конвенції про корупцію в контексті цивільного права від 4 листопада 1999 р. та інших актах виникли сукупності, системи пенальних приватноправових елементів на вимоги боротьби з окремими видами злочинів. Тенденція до зростання кількості таких актів засвідчує їх ефективність і необхідність. Невизнання присутності у приватному праві пенальних елементів чи доказування їх нелегітимності не знижує ефективності профілактичних властивостей останніх і не впливає на процес збільшення їх чисельності.

¹ Punitive damages // www.wikipedia.de

² Dreier, T. *Kompensation und Prävention*. – Tübingen, 2002. – S. 193 (Компенсація і превенція: наслідки недозволених дій у цивільному праві, в особистому немайновому праві і праві щодо недобросовісної конкуренції»).

Згідно з існуючим у ФРН визнаним поняттям покарання, ним є реакція держави (за іншою версією — зло (чи) тягота, яку накладає держава) за передбачене кримінальним кодексом протиправне та карне діяння. Кримінальний кодекс ФРН не дає визначення поняття покарання. В Україні у кримінально-правовому формальному розумінні покарання є заходом примусу, що застосовується від імені держави за вироком суду до особи, визнаної винною у вчиненні злочину (ст. 50 КК України). Поняття кримінально-правового покарання у ФРН і Україні виключають існування приватноправових каральних елементів і не розкривають його зміст в обсязі, який дозволив би чітко розмежувати порушення в цивільному і кримінальному праві. Тим часом шляхом цивільно-правового впливу на майновий стан особи можна досягти значного обмеження її прав, свободи дій. І навпаки, кримінально-правове обмеження свободи не завжди (або не повною мірою) призводить до позбавлення майнових прав.

Й. Каспар між цивільним і кримінальним правом у відшкодуванні шкоди не бачить якісних відмінностей. Часом існуючі між кримінальним та цивільним правом взаємозв'язані елементи заважають проведенню між галузями чіткої межі¹. Вказівка ст. 28 КПК України на те, що відшкодування матеріальної шкоди від злочину здійснюється відповідно до ст. 22 ЦК України, є свідченням певного ступеня взаємозв'язку та взаємодії галузей, хоч вони перебувають на різних полюсах, полярно віддалено, і між цими галузями знаходиться як мінімум адміністративне право. Різними є предмет, метод і більшість функцій. Кримінальне право містить найбільше публічності в порівнянні з іншими галузями, тоді як цивільне — найбільше приватності. Однак спільні цілі і діяльність, спрямовані на попередження порушень права, міжгалузева взаємодія з використанням спільної термінології, координації та поєднання зусиль часом можуть зводити міжгалузеве розмежування до другорядного питання, особливо коли з допомогою інструментів різних галузей створюється спільний правовий контроль, унаслідок чого ефективність права зростає. Одним із прикладів є узгоджена та спланована взаємодія поліції та приватних служб безпеки в питаннях забезпечення правопорядку при проведенні чемпіонату Європи з футболу в Австрії та Швейцарії у 2008 р.

Приватноправове покарання (наприклад, у вигляді штрафу) на підставі договору, складеного на випадок, коли зобов'язання не буде ви-

¹ Kaspar, O. Wiedergutmachung und Mediation im Strafrecht. – München, 2004. – S. 34–37, 41.

конуватися, не є публічним покаранням, оскільки ґрунтується на вільному волевиявленні, стосується тільки сторін і конкретного випадку. Це виконання боржником його обіцянки, що входить до договірної зобов'язання. Покладення на особу обов'язку не договором, а законом заплатити більше, ніж обсяг шкоди, є покаранням, метою якого є відшкодування і примус. Публічні цілі і примус, невідгідні майнові наслідки, які виходять за межі договірної відповідальності, суб'єктивне сприйняття їх винними особами як покарання і під цим впливом корекція поведінки дають підстави вважати окремі властивості норм приватного права каральними та запобіжними.

Зростаюча кількість каральних елементів у цивільному законодавстві ФРН, Англії, Франції, США використовується на службі запобігання злочинності. Норми Закону про захист від насильства увійшли до параграфів 1361 «б», 1666, 1631 Німецького цивільного уложення. Положення про «каральні збитки» знайшли втілення в Директивах ЄС 2000/43, 2000/78б, 2000/78/EG та Директиві 2002/73. Згідно з позицією ЄС, норми про відшкодування мають бути дієвими та залякуючими. Європейський верховний суд (EuGH) вимагає запроваджувати цивільні санкції, які залякували б роботодавців. Директива ЄС 29.06.2000/35/EG за затримку платежу згідно з угодою, в якій не беруть участі споживачі, передбачає санкцію в 8 %. Затримка платежу вважається порушенням договору, яке приносить вигоду (переваги) над тим, хто платить. Залякування покаранням необхідне і з превентивних підстав. У ході розрахунків проценти за прострочення платежу доходять до 50 % і дуже обтяжують боржника, однак попереджають правопорушення.

Вибіркове порівняння кількох норм цивільних кодексів України і Німеччини наводить на думку про присутність і в українському цивільному законодавстві положень, подібних чи зіставних із каральними елементами. Статті 230, 231 ЦК України передбачають не одинарне, а подвійне відшкодування за обман чи насильство при здійсненні правочину, ст. 571 ЦК України вказує на повернення як задатку, так і ще однієї такої ж суми (у подвійному розмірі). У деяких випадках допускається конфіскаційне вилучення тиражу газети, книги тощо з метою його знищення, якщо порушено особисте немайнове право фізичної особи (ст. 278 ЦК України). Подібними покаранню за неправильну поведінку можна вважати неповернення витрат за здійснений догляд (ст. 576 ЦК України), виключення із складу товариств відповідно до статей 100, 128 ЦК України. На відміну від ЦК України особі,

яку змусили обманом чи насильством до правочину, Німецьке цивільне уложення надає право оспорити своє волевиявлення, параграф 123 не передбачає майнової кари у вигляді подвійного відшкодування. Повернення «подвійного» задатку в разі неможливості виконання одержувачем (параграфи 237–238 Уложення) також не передбачається.

Стосовно відшкодування моральної шкоди Г. Хонсель вважає, що думки про вдоволення поранених почуттів грошами по суті є фінансовою помстою, вони не змінюють природи помсти як архаїчного засобу. Цивільно-правове (пенальне в цивільному праві) покарання не повинно приводити до збагачення потерпілого, а має йти в дохід держави. Однак, чи не виникне тоді спокуса до заохочення судів поповнювати бюджети?

Судова практика ФРН виходить з того, що для пом'якшення та задоволення поранених і ображених правових почуттів потерпілого мають використовуватися гроші винного. Верховний суд ФРН вважає, що потерпілий має одержати задоволення за те, що йому спричинив винний, при цьому слід враховувати також і ступінь провини та майнові відносини сторін при визначенні розміру грошової компенсації. Ці вказівки стосуються відшкодування тілесної шкоди особі потерпілого. Страждання, біль — не мають грошової вартості, тому не можуть вимірюватися грошима, що робить відновлення попереднього стану потерпілого неможливим. Функція відшкодування грошима — це компенсація в тому значенні, що потерпілий може сам відшкодувати собі переживання та створити собі задоволення¹.

Ясність відносно присутності профілактичної (каральної) складової у відшкодуванні моральної шкоди внесло рішення Верховного суду ФРН у справі Кароліни фон Монако, якій було присуджено 180 000 ДМ, за поширення щодо неї відомостей, які не відповідали дійсності. При цьому застосовано каральний підхід, а не відшкодування шкоди, хоча рішення в цій справі суперечило позиції Цивільного уложення ФРН та попереднім рішенням Верховного суду ФРН, згідно з якими моральне відшкодування можливе тільки у випадках, передбачених законом. Іншим проявом каральної судової практики ФРН є притягнення до відповідальності за затримання платежів, які повинен сплатити страховик застрахованому. Застосування в судовій практиці США «каральних збитків» ілюструє цивільна справа С. Лібек, яка 27.02.1992 р.

¹ Honsell, H. Der Strafgedanke im Zivilrecht – ein juristischer Atavismus // <http://www.honsell.at/Publikationen/FSWestermann.pdf>

в автомобілі онука від розлитої кави отримала опіки 3-го ступеня (6 % поверхні тіла) та лікувалася 8 днів у лікарні. Ресторан «МакДональдс» відмовився добровільно сплатити 20 000 дол. США збитків та пов'язаних із випадком різних витрат. Згідно з рішенням суду з «МакДональдс» стягнуто на користь С. Лібек 160 000 дол. США моральної шкоди та 480 000 дол. США відшкодування збитків¹. В іншій справі потерпілі Кемпбелл одержали за збитки згідно з рішенням суду 10 млн доларів.

В Україні відсутні нормативні підстави для стягнення «каральних збитків». ЗМІ часом повідомляють про повну відсутність правової відповідальності і зневажливе ставлення до прав людини. Доктрина, законодавство та судова практика України хоч і визнають спокуту грошима, однак не заохочують непропорційне відшкодування моральної шкоди. Невиправдано великим відшкодуванням перешкоджають вимоги Цивільного кодексу України (статті 3, 23), які конкретизує пункт 9 Постанови Пленуму Верховного Суду України № 4 від 31.03.1995 р. і пункт 27 Постанови Пленуму Верховного Суду України № 1 від 27.02.2009 р. про необхідність при визначенні розміру відшкодування за моральну шкоду додержуватися справедливості, добросовісності та розумності.

Ряд ознак (труднощі визначення поняття сімейного насильства попри наявність дефініції, яку сформулював Європарламент, складність розмежування цивільного і кримінального права в питанні відшкодування шкоди та ін.) вказує на те, що в окремих сферах не вдається якісно розмежувати правопорушення та злочин. Заохочення до взаємодії цивільно-правових і кримінально-правових інструментів і їх спільна дія можуть пом'якшувати на деякий час, до виникнення нових теорій, гостроту проблеми. У запобіганні правопорушенням та злочинам, особливо в окремих сферах (наприклад, сімейних відносин) важливе місце займає не стільки вибір кримінально-правового чи цивільно-правового інструменту впливу, скільки обачна повсякденна поведінка і добросовісне виконання зобов'язань. Специфіці сімейних відносин, зумовленій приватністю сімейного життя, із стародавніх часів відповідає приватна природа покарань у сім'ї, які мають бути переважними (хоч і не єдиними). Вони суб'єктивні, проте впливають на повсякденну поведінку, найбільш цінні і перспективні, але лише до розпаду відносин. Після цього можлива реалізація цивільних позовів

¹ www.wikipedia.de

чи кримінальних звинувачень, котрі не обтяжуються завданням зберегти сім'ю. Та обставина, що поняття кари в сім'ї може не збігатися із нормативним кримінально-правовим або доктринальним визначенням, не змінює його суті як засобу, що запобігає правопорушенням та злочинам у цій сфері.

Отже, різні позиції представників приватного і публічного права на профілактичні потенції приватноправових засобів, висновки із наведеної дискусії показують, що реально існуючі превентивні приватноправові міркування, залякуюче законодавство та каральна судова практика демонструють можливість виконувати окремими приватноправовими нормами функцію запобігання правопорушенням і злочинам. Наведене показує, що в науковій дискусії переважають намагання «очистити» галузь від сторонніх елементів. Зосереджуючись на крайнощах та відмовляючись враховувати правові зміни, автори не перешкоджають збільшенню кількості нормативних актів із каральними елементами.

В Україні використання приватноправових засобів для кримінологічних цілей може мати перспективу. Здійснений аналіз, опубліковані мною пропозиції¹, новітні тенденції у правових галузях переконують у необхідності вивчення та обережного (обов'язково враховуючи український контекст) запозичення деякого досвіду ФРН та ЄС у питаннях використання запобіжних властивостей приватного права. Приватноправовий контроль як засіб обмеження фінансової свободи, вільного розпорядження майном є ще одним вираженням превентивної функції, яку важливо досліджувати, не зосереджуючись лише на каральній дії окремих елементів. Вивчення взаємодії приватноправових та кримінально-правових засобів, створення теорії міждисциплінарного правового поля, виявлення факторів взаємодії та протидії засобам приватного права у різних сферах чи видах відносин допоможе сформулювати взаємопов'язані міжгалузеві завдання.

¹ Мошак Г. Г. Цивільно-правові аспекти профілактики домашнього насильства у ФРН / Г. Г. Мошак // Вісн. Акад. прав. наук України. – Х., 2007. – № 2. – С. 157–167; Він же. Приватно-правовий контекст кримінально-правової концепції свободи / Г. Г. Мошак // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2009. – № 2. – С. 134–143.

О. Дашковська, доктор юридичних наук,
доцент Національної юридичної академії
України імені Ярослава Мудрого

Референдум як інститут безпосередньої демократії: досвід зарубіжних країн

Інститути безпосередньої демократії в усіх країнах світу визнані найдоступнішою формою участі населення у вирішенні важливих політичних питань, тому їх вдосконалення має велике значення для розбудови демократичної правової держави. Для підвищення ефективності інститутів безпосередньої участі населення в управлінні громадськими справами важливим є чітке встановлення і законодавче закріплення їх статусу, процедури їх проведення і порядку підбиття підсумків, законодавчого визначення місця і ролі в системі конституційного і поточного законодавства тих нормативно-правових актів, що приймаються шляхом референдумів.

Законодавче закріплення інституту референдуму почалося вже на ранніх стадіях становлення громадянського суспільства і наприкінці XIX — на початку XX ст. під впливом всенародних опитувань у конституціях окремих західноєвропейських країн з'явилися законодавчі норми, що передбачали можливість звернення до народу при вирішенні не тільки внутрішніх, а й окремих зовнішньополітичних питань¹. Так, у п. 3 ст. 89 Конституції Швейцарії ще в 1912 р. було зафіксовано положення, відповідно до якого для затвердження міжнародних договорів, що діють невизначений термін або понад 15 років, потрібно було проведення загальнонаціонального референдуму. У подальший період крім свого традиційного призначення, що полягає у затвердженні або відхиленні законодавчих актів, він отримав нову функцію — роль арбітра в конфліктних ситуаціях між конституційними органами держави².

Після Другої світової війни практика використання інституту референдуму в політичному житті і правотворчій діяльності західних країн набула подальшого розвитку і вдосконалення. Важко назвати

¹ Див.: Коток В. Ф. Референдум в системе социалистической демократии / В. Ф. Коток. — М., 1964. — С. 20–22.

² Современное буржуазное государственное право: Критические очерки. Т. 2: Основные институты; отв. ред. В. А. Туманов. — М., 1987. — С. 203.

країну, де в 60–80-ті рр. ХХ ст. референдум не застосовувався або, принаймні, не розглядався як механізм впливу виборців на органи державної влади при вирішенні найважливіших справ. За допомогою референдумів пройшли демократичні трансформації у Греції, Іспанії, Південній Африці, Бразилії, Чилі тощо. Більшість цивілізованих країн активно використовує загальнонародні референдуми для внесення змін до своїх конституцій, тобто для вирішення найбільш важливих питань загальнонаціонального характеру. У той же час серед 17 країн Західної Європи лише три — Бельгія, Нідерланди і Норвегія — взагалі не мають нормативних положень про референдуми у своїх конституціях, а шість відомих своїми демократичними традиціями країн — Нідерланди, Сполучені Штати Америки, Японія, Індія, Ізраїль, ФРН — ніколи не проводили загальнонародних референдумів¹.

У державно-правовій теорії і практиці застосування інститутів безпосередньої демократії поняття «референдум» визначається не завжди однаково. Деколи він ототожнюється зі всенародним опитуванням і плебісцитом та розглядається як затвердження того або іншого державного рішення шляхом народного голосування, що надає йому остаточного і обов'язкового характеру. В інших випадках — підкреслюється відмінність між референдумом і плебісцитом, з одного боку, і загальними виборами — з другого. Референдум при цьому розглядається як звернення до виборчого корпусу з метою ухвалення остаточного рішення з конституційних, законодавчих або інших внутрішньополітичних і зовнішньополітичних питань, а плебісцит визначається як опитування населення з метою встановлення майбутнього певної території, коли населенню, що на ній проживає, надається можливість шляхом прямого голосування визначати, якій державі повинна належати територія.

Що ж до відмінностей між референдумом і загальнонародними виборами, то, по-перше, у ході виборів обираються виборщики або кандидати, а під час референдуму виборець відповідає «так чи ні» на поставлене запитання, і, по-друге, вибори безпосередньо пов'язані з представницькою демократією, а референдум є інститутом безпосередньої демократії. Втім зазначені відмінності є відносними та іноді не помітними, оскільки у випадках і з виборами, і з референдумом свою думку висловлює той самий виборчий корпус. Нерідко викорис-

¹ Современное буржуазное государственное право: Критические очерки. Т. 2: Основные институты; отв. ред. В. А.Туманов. – М., 1987. – С. 203–211.

товується та сама процедура і той самий порядок підрахунку голосів. Зрештою, нерідко за результатами проведення референдумів і виборів визначається та сама внутрішня і зовнішня політика¹.

Роль референдумів у регулюванні суспільних відносин визначається з огляду на їх основні соціальні функції.

По-перше, референдум є одним із основних інструментів реалізації права народного суверенітету і легітимізації владних рішень, що здійснюється як шляхом прийняття законів під час референдуму, так і шляхом підтвердження рішень органів державної влади з питань, що належать до виняткової компетенції референдумів через надання їм вищої юридичної сили. Певний рівень легітимізації прийнятих рішень забезпечується і при проведенні консультативних референдумів, оскільки, за законом, їх результати розглядаються і враховуються державними органами при прийнятті рішень.

По-друге, референдум є однією з основних форм реалізації права національного суверенітету за умов виконання певної конституційної процедури і вимог закону щодо загальнонаціональних референдумів, громадянам, які є представниками певної нації і народності, мають право ініціювати проведення того чи іншого референдуму з питань, пов'язаних із конституційним регулюванням їхніх національних прав і свобод.

По-третє, референдум є одним із способів формування громадської думки, яка має потужний вплив на визначення основних напрямів внутрішньої і зовнішньої політики держави.

По-четверте, за умов демократичного суспільства референдум може бути використаний народом як противага рішенням органів державної влади та місцевого самоврядування, що не задовольняють інтереси громадян².

Не випадковим є той факт, що в деяких нормативних актах зарубіжних країн референдум визначається не інакше, як народний (ст. 75 Конституції Італії) або всенародний (ст. 921 Конституції Іспанії) акт і безпосередньо асоціюється з виборами, голосуванням або опитуванням. Так, у ст. 75 Конституції Італії йдеться, що винесена на референдум пропозиція вважається прийнятою, якщо в голосуванні брали

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

² Див.: Погорілко В. Ф. Референдуми в Україні: історія та сучасність : монографія / В. Ф. Погорілко, В. Л. Федоренко. – К., 2000. – С. 43.

участь більшість тих, хто має на це право і якщо пропозиція набрала більшість голосів, визнаних дійсними¹.

Референдум як форма висловлювання громадської думки і як спосіб ухвалення важливих нормативно-правових актів і політичних рішень є надбанням не якоїсь нації або народу, а всього людства. Цей інститут демократії має загальнолюдську цінність, тому використання в Україні зарубіжного досвіду законодавчого закріплення і проведення референдумів у різних сферах суспільного життя є необхідним етапом розбудови правової держави.

У той же час місце і роль інституту референдуму в політичній системі будь-якого суспільства не слід перебільшувати, а тим більше абсолютизувати. Незважаючи на широке використання референдумів у практиці державного будівництва Іспанії, Італії, США й інших країн світу, ставлення до них з боку різних прошарків суспільства завжди було і залишається неоднозначним, що пояснюється можливістю зловживання безпосереднім волевиявленням громадян на користь правлячих політичних сил. Ця можливість є незначною через прозорість процедур та широке висвітлення в засобах масової інформації, але все ж таки існує. Правлячі сили деяких західних країн убачають в інституті референдуму загрозу інституту парламентаризму, небезпеку заміни влади «цивілізованого» парламенту владою «неосвіченого» натовпу.

Суперечливість у ставленні до референдуму з боку різних шарів суспільства пояснюється тим, що, незважаючи на свою зовнішню демократичність і привабливість, він не завжди знаменував успіхи прогресивних сил. У деяких випадках референдуми закінчувалися ухваленням не зовсім прогресивних законів або рішень, а також застосовувалися як демократичне прикриття офіційних недемократичних акцій.

Причинами стриманого ставлення окремих верств населення до референдуму є:

1. Думка, що референдум може виступати як дестабілізуючий чинник у суспільстві, сприяти прискореному розшаруванню і протиставленню різних складових суспільства один одному, породжуватиме додаткове навантаження на парламентську систему, що склалася. Для багатьох політичних партій, відзначають західні учені Ст. Бергланд і Дж. Боард, участь у референдумах з політичної точки зору є набагато

¹ Конституція Італійської Республіки // Конституційне законодавство зарубіжних країн : хрестоматія / упоряд. В. О. Ріяка, К. О. Закоморна. – К., 2007. – С. 60–93.

ризикованим і дорожчим заходом, ніж участь у загальних виборах, що регулярно проводяться у країні¹.

2. Уявлення про референдуми, як про засіб повсякденного удосконалення суспільних відносин, а не спосіб радикальних змін існуючої політичної системи, підготовки і проведення суттєвих політичних реформ. Віддаючи належне інститутам прямої демократії в США та західноєвропейських країнах і вважаючи, що вони сприяють залученню великої кількості людей до виборчого процесу, деякі західні політологи і соціологи підкреслюють, що більшість американців розглядають прямі демократичні процеси зовсім не як радикальні заходи, спрямовані на глибинні зміни основного або «базового характеру американської форми правління», а як рутинні, помірні заходи, спрямовані на вдосконалення системи представницьких органів влади².

3. Думка, що професійною політикою повинні займатися не аматори, а професіонали і що на першому місці демократичних перетворень повинні стояти не популізм, а професіоналізм. Згідно з опитуваннями громадської думки, велика частина населення США віддає перевагу на федеральному рівні представницьким органам та інститутам представницької демократії перед референдумом та іншими формами безпосередньої демократії. Зовсім інша картина складається на рівні штатів. Тут громадяни в переважній більшості випадків висловлюють бажання і готовність безпосередньо брати участь у вирішенні політичних, соціальних та економічних питань, ніж доручати їх вирішення представницьким органам влади. Аналогічний настрій зберігається не тільки в США, а й серед населення деяких країн Західної Європи.

Опоненти референдумів стверджують, що представники народу в органах державної влади і місцевого самоврядування можуть більш кваліфіковано, ретельно і об'єктивно вирішувати конфліктні ситуації, знаходити компроміси, приймати більш виважені рішення, ніж це можна зробити народним загалом на референдумі. Крім того, на думку опонентів, за своєю природою референдуми не можуть забезпечити прийняття рішень в інтересах меншості. І нарешті, систематичне використання референдумів відволікає законодавців від прийняття важливих рішень, що дестабілізує роботу представницьких

¹ Berglund St. Managing Public Opinion / St. Berglund, J. Board // The Referendum in Sweden. Adrhuis, 192. – P. 1.

² Direct Democracy: The Politics of the Initiative, Referendum and Recall / Th. Cronin. – Cambridge, 1989. – P. 1–24.

інституцій, які повинні продуктивно працювати у напрямі законо-творчої діяльності¹.

4. Думка, що в умовах розширення прямої демократії і періодичного проведення референдумів значно зростатиме вплив олігархічних кланів на результати голосування і на сам виборчий процес. Деякі американські дослідники зауважують, що гроші самі по собі не завжди відігравали вирішальну роль під час виборів або всенародних опитувань, проте вплив великих, до того ж раціонально витрачених коштів на передвиборну рекламу та інші виборчі технології не можна недооцінювати. Тому з метою обмеження впливу фінансових капіталів на інститути безпосередньої демократії, включаючи референдум, необхідно обмежити грошові витрати як з боку державних органів, так і з боку приватних осіб².

Разом із зазначеними причинами суперечливого або стриманого ставлення виборців до референдуму є й інші причини, зокрема, розуміння складності правотворчого процесу на національному рівні, що вимагає спеціальних знань і відповідної підготовки від учасників цього процесу; значні витрати на підготовку і проведення референдумів і плебісцитів, що покладаються на платників податків; недостатня компетентність та інформованість пересічних громадян щодо державно-правових подій, які відбуваються на національному рівні, щоб бути активними учасниками політичних процесів.

Аналіз чинників, що обумовлюють неоднозначне і суперечливе ставлення різних верств населення до референдуму, дозволяє глибше зрозуміти не тільки його соціальну природу і характер, а також його місце і роль у системі інститутів демократії, реальні можливості впливу референдуму на конкретне політичне і соціальне середовище. Крім того, такий аналіз дозволяє уникнути крайнощів в оцінці значення референдумів, дає можливість визначити чинники, що сприяють підвищенню ефективності референдумів у політичній системі або, навпаки, перешкоджають цьому процесу.

Отже, референдум у будь-якій країні світу буде ефективним лише за підтримки широкими верствами населення; якщо матиме чітко виражену соціальну мету; якщо громадська думка не буде дезорієнтована псевдодемократичними гаслами і закликами; і, нарешті, якщо будуть створені всі необхідні організаційно-технічні й інші умови для підготовки і проведення всенародних опитувань.

¹ Direct Democracy: The Politics of the Initiative, Referendum and Recall / Th. Cronin. – Cambridge, 1989. – P. 9.

² Cronin Th. Direct Democracy: The Politics of the Initiative, Referendum and Recall / Th. Cronin. – Cambridge, 1989. – P. 617.

ПРОБЛЕМИ БОРОТЬБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ

В. Гаращук, доктор юридичних наук, професор (Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого);
А. Мухатаєв, кандидат юридичних наук, генерал-лейтенант СБ України

Нове антикорупційне законодавство України: переваги та недоліки

Прийняті у червні 2009 р. закони України «Про засади запобігання та протидії корупції»¹, «Про відповідальність юридичних осіб за вчинення корупційних правопорушень»² та «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення»³ є певним кроком у справі боротьби з корупцією в Україні. Цими актами посилена адміністративна та кримінальна відповідальність за корупційні правопорушення, встановлена вартісна межа між кримінально та адміністративно караною корупцією, на виконання взятих Україною перед Європою обов'язків уведена відповідальність юридичних осіб за вчинення корупційних правопорушень, окреслені кордони адміністративно караної корупції. Але чи всі такі кроки доречні? Чи відповідають вони логіці національного законодавства? На наш погляд — ні. Нові акти містять низку істотних недоліків, суперечностей, що ускладнить їх застосування. Так, у Законі України «Про засади запобігання та протидії корупції» визначення корупції, деяких інших термінів не є вдалими. Закон містить значну кількість розпливчатих та оціночних понять, таких, як: «...**прийняття обіцянки/пропозиції** такої вигоди для себе чи інших осіб...» (ст. 1 Закону — визначення «корупції»); «...реальні або такі, що **видаються реальними** протиріччя...»⁴ (при визначенні «конфлікту інтересів») у ст. 1 Закону);

¹ Відом. Верхов. Ради України. – 2009. – № 45. – Ст. 691.

² Там само. – Ст. 692.

³ Там само. – № 46. – Ст. 699.

⁴ У таких випадках у народі кажуть: «хреститися треба, коли щось видається».

«посадові та службові особи **інших** органів державної влади» (п. «ж» ст. 2 «Суб'єкти відповідальності за корупційні правопорушення»); «посадові особи юридичних **осіб публічного права...**» (п. «а» ч. 2 ст. 2 Закону). Що це за «особи публічного права»? Такого терміна у законодавстві немає. Є визначення публічної служби (теж не дуже вдале) у п. 15 ст. 3 Кодексу адміністративного судочинства України¹, але не «публічного права», під яким у теорії права розуміють блок галузей права, що регулюють публічні правовідносини; «особи, які **для цілей** цього Закону **прирівнюються** до осіб, уповноважених на виконання функцій держави або органів місцевого самоврядування» (п. 2 ч. 1 ст. 2 Закону), «...приймати особисті подарунки, які відповідають загально-визнаним **уявленням** про гостинність...» (що це за уявлення? У кожного вони свої); «...**близькі особи осіб**, зазначених у пунктах 1–2 частини першої статті 2 цього Закону...» (ст. 14) та ін.

Читачу пропонується звернути увагу і на вкрай невдале визначення корупції в Законі, яке, фактично, відсилає нас до наступного терміна — «неправомірна вигода». Під останньою Закон розуміє «...переваги, пільги, послуги... що їх обіцяють, пропонують...». Сам же термін «корупція» протиправною дією називає «обіцянку/пропозицію неправомірної вигоди», або відповідно «прийняття обіцянки/пропозиції такої вигоди». Ці вкрай небезпечні конструкції можуть викликати думку, що для кваліфікації є достатнім встановлення факту надання (прийняття) таких обіцянок, пропозицій. Із формальної точки зору це так. Але довести це буде практично неможливо. Завжди є відмовка: «пообіцяв (або ж прийняв обіцянку), щоб тільки «відчепитися» від занадто вже наполегливого «просителя». До речі, таке має місце. В останньому випадку дії особи як протиправні кваліфікуватися не можуть.

Не є виправданим, на наш погляд, й істотне розширення суб'єктів відповідальності за корупційні правопорушення (ст. 2 Закону), віднесення до них фізичних осіб-підприємців, юридичних осіб. Цим, фактично, руйнується сенс відповідальності за корупційні правопорушення, оскільки корупція — це зловживання державною владою, а не просто службовими повноваженнями.

Занадто ретиве намагання запобігти виникненню корупційних правовідносин приводить законодавця до того, що він замість утворення режиму сприяння власними руками ускладнює поширення спон-

¹ Відом. Верхов. Ради України. – 2005. – № 35–37. – Ст. 446.

сорства, забороняючи «фізичним і юридичним особам здійснювати фінансування органів державної влади чи органів місцевого самоврядування, у тому числі надавати їм матеріальну та/або нематеріальну допомогу, безоплатно виконувати роботи, надавати послуги, передавати кошти та інше майно, крім випадків, передбачених законами» (ч. 2 ст. 4 Закону).

Багато питань викликає і вимога законодавця здійснювати спеціальну перевірку щодо осіб, які претендують на зайняття посад, пов'язаних із виконанням функцій держави або органів місцевого самоврядування, організація якої покладається на керівника органу державної влади, органу місцевого самоврядування, на зайняття посади в якому претендує особа і до якої залучаються спеціально уповноважені суб'єкти у сфері протидії корупції, а в разі потреби — інші центральні органи виконавчої влади (ст. 9 Закону). З огляду на перелік відомостей, які підлягають перевірці, не можна не зробити висновок: така перевірка (якщо вона неформальна) забиратиме значні сили та час, що обов'язково негативно позначиться на якості роботи підрозділу.

Усупереч банківській таємниці¹ законодавець вимагає від ряду осіб, у разі відкриття валютного рахунка в установах банку-нерезидента, в десятиденний строк письмово повідомляти про це орган державної податкової служби за місцем проживання із **зазначенням номера рахунка** і місцезнаходження банку-нерезидента² (ст. 10 Закону).

Досить широкими, але переважно декларативними є повноваження громадськості в заходах щодо запобігання та протидії корупції (ст. 15 Закону). У той же час уважне ознайомлення з ними наводить на думку, що за допомогою вмілого маніпулювання діями громадськості можна істотно ускладнювати (гальмувати) роботу державних структур та органів місцевого самоврядування.

Іде врозріз із теоретичними напрацюваннями вітчизняної науки кримінального та адміністративного права і запровадження відпові-

¹ Нагадаємо, що відповідно до ст. 1076 Цивільного кодексу України банк гарантує таємницю банківського рахунка, операцій за рахунком і відомостей про клієнта. Відомості про операції та рахунки можуть бути надані тільки самим клієнтам або їхнім представникам. Іншим особам, у тому числі органам державної влади, їхнім посадовим і службовим особам, такі відомості можуть бути надані виключно у випадках та в порядку, встановлених законом про банки і банківську діяльність (а не іншими актами). У разі розголошення банком відомостей, що становлять банківську таємницю, клієнт має право вимагати від банку відшкодування завданих збитків та моральної шкоди.

² Без коментарів.

дальності юридичних осіб за вчинення корупційних правопорушень. На наш погляд, щодо юридичної особи неможливо встановити склад правопорушення. Юридична особа — це умовна одиниця, фікція (див. теорію фікції). Умовна ж особа нічого протиправного в об'єктивному світі вчинити не може. Де шукати об'єктивну та суб'єктивну сторони в її діях? Намагання «сховатися» за «...керівника такої юридичної особи, її засновника, учасника чи іншу уповноважену особу...» (ст. 2 Закону України «Про відповідальність юридичних осіб за вчинення корупційних правопорушень») не є логічним. Воно порушує принцип персональної відповідальності за вчинене правопорушення, оскільки за протиправні дії однієї людини наказують весь трудовий колектив.

Містить зазначений Закон й інші негаразди. Так, усупереч ст. 98 КПК, яка зобов'язує прокурора виносити постанову про порушення кримінальної справи, ст. 9 «Порядок провадження у справах стосовно юридичних осіб» говорить про складання прокурором **протоколу**, ст. 16 — про **постанову** у справі стосовно юридичної особи (а не вирок), тобто так, як за правилами Кодексу України про адміністративні правопорушення¹, хоча законодавець дії юридичної особи, опосередковано, знову ж таки, «ховаючись» за фізичну особу, називає «злочинном» (див. ч. 2 ст. 4)². Про це ж зазначається і у ст. 2 Закону, відповідно до вимог якої: «юридична особа несе відповідальність, встановлену цим законом, за вчинення від її імені та в її інтересах керівником такої юридичної особи, її засновником, учасником чи іншою уповноваженою особою самостійно, або у співучасті будь-якого зі **злочинів**, передбачених статтею 209, частиною першою або другою статей 235⁴, 235⁵, статтями 364, 365, 368, 369 і 376 Кримінального кодексу України»³. На те, що це відповідальність кримінальна, вказує і ст. 1 згаданого Закону, яка зазначає, що цей нормативний акт прийнятий відповідно до Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією⁴.

Не усунув законодавець і конфлікт термінів, що використовуються в кримінальному та адміністративному законодавстві: «службова» та «посадова» особа. У Кримінальному кодексі мова йде про службову

¹ Відом. Верхов. Ради УРСР. – 1984, дод. до № 51. – Ст. 1122.

² Автори розуміють спірність такої думки, оскільки законодавець уникає прямо називати відповідальність юридичних осіб кримінальною, термін «злочин» замінює узагальнюючим – «правопорушення». Але ж і при вирішенні питання про притягнення до адміністративної відповідальності (як і кримінальної) слід встановлювати склад правопорушення (у нашому випадку – адміністративного проступку).

³ Відом. Верхов. Ради України. – 2001. – № 25–26. – Ст. 131.

⁴ Там само. – 2007. – № 47–48.

особу, в КУпАП — про посадову особу, в Законі України «Про засади запобігання та протидії корупції» згадуються і службова, і посадова особи. Річ у тім, що новий Кримінальний кодекс відмовився від терміна «посадова особа», замінивши його словосполученням «службова особа», тоді як адміністративне законодавство абсолютно вірно використовує обидва терміни, розрізняючи їх. Службова особа може й не бути особою посадовою, тоді як посадова — це службовець (службова особа) з більш широкими, ніж звичайний службовець, повноваженнями. Це ті, хто державою (органами місцевого самоврядування) наділені організаційно-розпорядчими або адміністративно-господарськими функціями, представляють відповідний орган. Дії цих осіб, здійснювані в межах їх повноважень, тягнуть юридичні наслідки. Останнє важливо для кваліфікації протиправних дій, вирішення питань про покарання.

Зміни до Кримінального кодексу¹ (доповнення до ст. 18) показують, що законодавець зробив спробу (хоча й половинчату) «відділити» посадову особу від звичайного службовця. Відповідно до частин 3 та 4 ст. 18 службовими особами КК України визнає осіб, які постійно, тимчасово чи за спеціальним повноваженням здійснюють функції представників влади чи місцевого самоврядування, а також обіймають постійно чи тимчасово в органах державної влади, місцевого самоврядування, на підприємствах, в установах чи організаціях незалежно від форми власності **посади**, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій, або виконують такі функції за спеціальним повноваженням, яким особа наділяється повноважним органом державної влади, місцевого самоврядування, центральним органом державного управління зі спеціальним статусом, повноважним органом чи повноважною службовою особою підприємства, установи, організації, судом або законом.

Службовими особами також визнаються **посадові особи** іноземних держав (особи, які обіймають посади в законодавчому, виконавчому, адміністративному або судовому органі іноземної держави, а також будь-які особи, які здійснюють функції держави для іноземної держави, зокрема для державного органу або державного підприємства), а також посадові особи міжнародних організацій (працівники міжнародної організації чи інші особи, уповноважені такою організацією діяти

¹ Див.: Закон України від 11.06. 2009 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення».

від її імені. Таким чином, «посадова особа» хоч і «прихована» за терміном «службова особа», все ж таки знаходить своє законодавче закріплення в КК України.

Не вирішують згадані акти й низки інших суперечностей чинного законодавства, наприклад норм антикорупційного закону, КК України та Закону України «Про державну службу»¹ та ін.²

Слід зазначити, що поява невдалих за конструкцією норм, які ми аналізуємо, значною мірою обумовлена ратифікацією Україною низки міжнародних документів, спрямованих на боротьбу з корупцією³. Саме вони, набуваючи сили закону, привносять у наше законодавство такі терміни, як «підкуп», «особи, які для цілей цього Закону прирівнюються до осіб, уповноважених на виконання функцій держави або органів місцевого самоврядування», та ін. (див. вище). Завдяки цим актам до суб'єктів відповідальності за корупційні правопорушення законодавчо віднесені фізичні особи-підприємці, хоча сфера бізнесу передбачає вільну боротьбу інтересів і капіталу, де можна перекупити у конкурента вигідне замовлення (зрозуміло, не шляхом дачі хабара), де демпінгування (якщо не порушується антимонопольне законодавство) — один зі способів ведення бізнесу.

Поява у нашому законодавстві норм із такими конструкціями зумовлена й неякісною роботою перекладачів, які, не будучи юристами, не усвідомлювали всієї небезпеки і тих проблем, які ці норми привнесуть у практику їх застосування. Законодавець же ситуацію не виправив.

Зазначені недоречності заздалегідь заклали помилки та можливі зловживання при застосуванні цих актів. Як і в ситуації із Законом України 1995 р. «Про боротьбу з корупцією»⁴, від Верховного Суду України нам доведеться очікувати офіційних роз'яснень застосування їх норм. Можливий інший шлях. Авторам цих строк відомо, що ряд народних депутатів, розуміючи недосконалість прийнятих законів, вже готують низку нових антикорупційних актів, змін та доповнень до згаданих вище, які спрямовані на усунення існуючих негараздів. Але чи побачать вони світ? Чи не додадуть вони нових проблем?

¹ Відом. Верхов. Ради України. – 1993. – № 52. – Ст. 490.

² Див.: Гарашук В. Категоріально-правова характеристика корупції: визначення понять «корупційне правопорушення» та «корупційний злочин» / В. Гарашук, А. Мухатаєв // Вісн. Акад. прав. наук України. – Х., 2008. – № 3 (54). – С. 254–265.

³ Окрім згаданої вище Кримінальної, – це Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції (див.: Відом. Верхов. Ради України. – 2007. – № 49), Цивільна конвенція про боротьбу з корупцією (див.: Відом. Верхов. Ради України. – 2005. – № 16. – Ст. 266) та деякі ін.

⁴ Відом. Верхов. Ради України. – 1995. – № 34. – Ст. 266.

Б. Головкін, кандидат юридичних наук,
завідувач сектору Інституту вивчення
проблем злочинності АПрН України

Мотивація корисливих насильницьких злочинів

У кримінології склалося уявлення, що мотивація злочинної поведінки із незначними розбіжностями охоплює: формування мотиву, цілепокладання, планування, вибір шляхів досягнення цілей, прогнозування можливих наслідків, прийняття рішення, контроль і корекцію дій, аналіз наслідків¹, каяття або вироблення захисного мотиву². Таке поняття за обсягом і змістом збігається із механізмом злочинної поведінки, бо включає як власне стадію мотивації, так і інші стадії: планування, виконання злочину та настання суспільно небезпечних наслідків. Стадію реалізації мотиву в цілеспрямованих діях, як видається, помилково включено до мотивації, вона лежить за межами психологічної сфери свідомості особистості і належить до сфери зовнішніх діяльнісних проявів останньої. Мотивація на виході передбачає лише цілеспрямовану поведінкову готовність (потенцію), а не акт поведінки. Мотивація — психічна (когнітивна) діяльність із формування провідного (цільового) мотиву, динамізованого силою емоцій, що реалізується в намірі і рішенні вчинити злочин. Останні є кінцевим пунктом, результатом цього процесу. Практичне втілення мотиву в поведінкових актах не охоплюється мотивацією. Мотивація корисливих насильницьких злочинів — *це процес виникнення і оформлення корисливого мотиву, реалізованого в намірі та попередньому рішенні щодо можливості й доцільності отримання злочинцями матеріальної вигоди насильницькими засобами*. Звідси випливає етапність мотивації, котру ми поділяємо на чотири умовних ланки: 1) виникнення мотиву — активізація під зовнішнім впливом або внутрішніми стимулами первинних збудників людської активності (потреб), що є першоджерелами зародження мотивів; 2) формування — усвідомлення мотивів через опредмечування, абстрактне уявлення про мету та у зв'язку з цим

¹ Див.: Савченко А. В. Мотив і мотивація злочину / А. В. Савченко. – К., 2002. – С. 39–42.

² Див.: Лунеев В. В. Мотивация преступного поведения / В. В. Лунеев. – М., 1991. – С. 24–29.

оцінювання здатності предметів служити задоволенню потреб¹; 3) устанавлення мотивів — упорядкування мотивів, виділення домінантного мотиву, який зумовлює постановку цілі, пов'язану із засобами досягнення бажаного результату, що здійснюється на основі оцінок умов досягнення мети, співвіднесення бажань і можливостей, а також зважуванням ціннісними орієнтаціями, нормативними устанавленнями, світоглядними позиціями, особистими нахилами; 4) реалізація мотивів — обмірковування ризиків і вигод, прийняття початкового рішення — взагалі реалізувати злочинний намір. У кінцевому підсумку маємо упорядковані мотиви, загальну мету і початкове рішення взагалі реалізувати намір. На цьому мотивація вважається сформованою. Далі йде стадія планування (вибір об'єкта нападу, часу і місця, способів і знарядь, підшукування співучасників, прогнозування наслідків та ін.). У цій публікації спробуємо устанавити особливості мотивації корисливих насильницьких злочинів.

Кримінологами давно помічена неоднакова мотивуюча роль первинних збудників у формуванні мотивів злочинної поведінки. Доводиться, що найчастіше такими стають потреби й інтереси, рідше почуття й переконання, також це можуть бути особистісні риси, наприклад, агресивність, користолобство та ін.² Існуючі напрацювання кримінологів із цього питання дають підстави окреслити приблизне коло мотивотворчих потреб, як-от: забезпечення матеріального достатку, підтримання звичного дезадаптованого способу життя, пов'язаного із споживанням спиртних напоїв донесхочу, вживанням наркотиків і безмежними розвагами, ствердження «авторитету» серед співучасників, бажання мати престижні речі, накопичення грошей і цінностей³. Однозначно з'ясувати, яка саме потреба стала підставою виникнення корисливого мотиву, досить складно, виходячи із аксіоматичного положення про полімотивацію, одночасне спричинення по-

¹ Див.: Закалюк А. П. Курс сучасної української кримінології: теорія і практика : у 3 кн. // Кн. 1 : Теоретичні засади та історія української кримінологічної науки / А. П. Закалюк. – К., 2007. – С. 288.

² Кримінальная мотивация. – М., 1986. – С. 12.

³ Див.: Литвинов В. И. Корыстные посягательства на личную собственность и их предупреждение / В. И. Литвинов. – Мн., 1989. – С. 90; Антонян Ю. М. Личность преступника / Ю. М. Антонян, В. Н. Кудрявцев, В. Е. Эминов. – СПб., 2004. – С. 190; Голіна В. В. Кримінологічні та кримінально-правові проблеми боротьби з бандитизмом: соціально-правове і кримінологічне дослідження / В. В. Голіна. – Х., 2004. – С. 109.

ведінкового акту декількома мотивами¹. Звідси можна припустити і поліпотребність — актуалізацію різнопланових потреб, які упорядковуються свідомістю залежно від ступеня потреби особи у певних благах на цей час, співвіднесенням із метою, розумінням можливості задоволення в конкретних життєвих умовах чи за сприятливої ситуації, а також із провідним інтересом, що конкретизує потребу з точки зору емоційної привабливості. За своїм змістом і походженням потреби людей є соціально нейтральними та однаковими, втім у корисливих насильницьких злочинців у ході життєдіяльності установлюється досить обмежений і специфічний набір потреб, що відповідає способу й умовам життя, рівню життєвих домагань та культури міжособистісних взаємин, низькому ступеню соціальної адаптованості особистості. Формування провідних потреб здійснюється залежно від повторюваних ситуацій або в контексті життєдіяльності в цілому, внаслідок чого окремі з них беруть верх над іншими, підпорядковують і деактуалізують решту, тим самим визначають домінуючу мотиваційну тенденцію спрямованості особистості. На наш погляд, найчастіше у корисливих насильницьких злочинців переважають такі потреби: *в отриманні задоволень шляхом розваг (азартно-ігрових, сексуальних тощо); емоційного насичення психофізіологічних залежностей і шкідливих звичок, пов'язаних із надмірним уживанням спиртних напоїв, наркотиків, одурманюючих речовин, або залежністю від них; забезпечення побутового матеріального комфорту і розширення споживацьких можливостей* (раніше недоступне споживання матеріальних благ, зумовлене бажанням «пожити не гірше від інших»); *статусні потреби володіння престижним майном* (стильними речами і модними аксесуарами); *посісти більш високе місце у матеріальній стратифікації населення* (володіння нерухомістю, престижними і дорогими марками автомобілів, ексклюзивними речами, що створюють імідж ділової й успішної людини); *домогтися визнання впливовості й авторитету* серед оточення (потреба влади, розпорядження спільним майном і ставлення у залежність інших, утвердження «авторитету» не тільки надмірною жорстокістю, але й покращенням платіжеспроможності); *підтримання високої самооцінки* шляхом доведення індивідуального всесилля за принципом «бачу ціль — не бачу перешкод», через переконаність у несправедливому й упередженому ставленні інших, самовиправдову-

¹ Див.: Леонтьев А. Н. Деятельность. Сознание. Личность / А. Н. Леонтьев. – М., 1975. – С. 201–202.

вання бажанням «відновлення матеріальної справедливості». Перелічені потреби становлять підставу корисливої мотивації осіб, орієнтованих щодо насильницьких засобів заволодіння майном. Провідною корислива мотивація стає ще й завдяки нерозвиненості соціогенних потреб у корисливих насильницьких злочинців (майже 90 % з яких становить молодь 14–35 років): у навчанні та набутті нових знань, розширенні кругозору, праці задля удосконалення професійної кваліфікації і підвищення рівня матеріального добробуту, самореалізації в улюбленій справі, життєстійкості і подолання труднощів соціального сходження, пошуку сенсу життя, самоздійснення в життєвих зверненнях шляхом зайняття омріяного статусного положення в малих та великих соціальних групах. Активізація під зовнішнім впливом або внутрішніми стимулами найважливіших первинних збудників (потреб) запускає розгортання і становлення корисливих мотивів за допомогою найближчої ланки — образної уяви про предмети або об'єкти дійсності, що можуть задовольнити актуалізовані потреби. Здійснений раніше ретроспективний аналіз характеру опредмечення матеріальних потреб корисливими насильницькими злочинцями¹ засвідчив таку послідовність за поширеністю: грошові та золото-валютні цінності; предмети побутового комфорту (аудіо-, відеоапаратура, побутова техніка) і стильні носильні речі (засоби зв'язку, модний одяг); престижне майно, що символізує статус заможної й успішної людини сучасності (нерухомість, бізнес-активи, транспортні засоби); інше ліквідне майно, що має скільки-небудь помітний грошовий еквівалент або мінову вартість, а також продукція споживчого призначення. Характер привласненого майна відбиває не тільки предметний зміст корисливих мотивів, а й більш-менш повно відповідає прагненням уявного кінцевого результату, меті корисливих насильницьких злочинів. Згідно з відомим психологічним постулатом необхідною умовою усвідомлення мотиву як спонукання до цілеспрямованої дії є постановка загальної мети². Для того щоб виник мотив, недостатньо потрібнісного відчуття нужди як такої, необхідно усвідомити — чого саме бракує особі, уява має створити ідеальний образ об'єкта (предмета) дійсності, з якими потенційно пов'язується можливість задоволення потреби. Попереднє усвідом-

¹ Див.: Головкін Б. М. Структура корисливої насильницької злочинності / Б. М. Головкін // Питання боротьби зі злочинністю. – 2009. – Вип. 17. – С. 132–133.

² Див.: Рубинштейн С. Л. Основы общей психологии / С. Л. Рубинштейн. – М., 1946. – С. 564; Леонтьев А. Н. Деятельность. Сознание. Личность / А. Н. Леонтьев. – М., 1975. – С. 201.

лення мотиву збігається із визначенням загальної мети, уявленням про бажаний результат, котрого в ідеалі має намір досягти особа, та позначення можливих шляхів досягнення мети, без конкретизації деталей, врахування вихідних умов, зважування прагнень і можливостей, обрання способів реалізації задуму. Поки що мислення через асоціативні зв'язки відбиває спектр вірогідних об'єктів та предметів зовнішнього світу, які взагалі можуть служити задоволенню актуалізованих потреб. Мотиви, що утворилися в результаті поєднання потреб та образів предметів їх задоволення існують у формі наміру, допустимої можливості. Спонукальної функції мотиви набувають при появі *інтересу*, коли потреба трансформується із нужди у благо, а пошукова активність розуму забезпечується пізнавальною та оціночною функцією. Мотивація проходить наступну ланку розвитку, пов'язану з інтересом — чуттєво-емоційним пристрасним оцінюванням значущості блага, що становить зміст потреби. На наш погляд, збудження корисливого інтересу викликається усвідомленням реалістичності задоволення потреби найбільш ергономічними засобами, що підсилює приємні передчуття задоволення від можливості заволодіти чужим майном. Каталізаторами корисливого інтересу виступають такі почуття та емоції: заздрість, спокуса до наживи, насолода від споживання «по-панськи» і розваг, а також приховані образи за матеріальну несправедливість, ненависть до скоробагачів та недоброзичливе заздрісне ставлення до заможних, озлобленість за нерозуміння з боку оточуючих. У ролі найбільш потужних інтересів стимулювання динаміки розвитку корисливих мотивів у досліджуваній категорії злочинців виступають такі особистісно-значущі й емоційно привабливі бажання: *безкарано пожитися за рахунок чужого майна; використати злочинну групу (зусилля інших) для отримання особистої вигоди; привласнити необґрунтовано більшу частку при розподілі майна, здобутого кримінальним шляхом; одно-моментно розбагатіти без трудових зусиль; здобути додаткові кошти для підтримання гедоністично-розважального способу життя та зробити доступним статусно-престижне споживання матеріальних благ; уникнути боргових зобов'язань; мати стабільне джерело незаконних доходів; зажити авантажної слави та ін.*

Наступною ланкою розгортання мотивації йде упорядкування породжених потребами й окреслених інтересами сукупності мотивів, що перебувають у відношеннях конкуренції і боротьби. Упорядкування початкових мотивів здійснюється особою через співвідношення із

метою, ціннісними орієнтаціями, нормативними установленнями, світоглядними позиціями, особистими нахилами. У конкурентній боротьбі мотивів перемагає те спонукання, котре визначає постановку мети¹. Одночасно із цілеутворенням особа подумки зіставляє вихідні умови, власні можливості та засоби досягнення наміру, передбачає ймовірні наслідки. Особі необхідно оцінити ступінь вірогідності досягнення цілі за даних умов, зрозуміти її реалістичність. Іншими словами, йдеться про прагматичну доцільність реалізації наміру саме тепер, за конкретних сприятливих обставин. Здатність свідомості до випереджального відбиття активізує пошук у пам'яті моделі колишнього досвіду реагування, інформацію щодо прийнятних засобів, включаючи еквівалент результатів задоволення тієї чи іншої потреби². А коли аналогічного зразка в пам'яті не відшукується, спрацьовує загальна спрямованість особистості, унормовані поведінкові стандарти. Разом з цим посилюється приємне емоційне передчуття задоволення від можливості отримати матеріальну вигоду. Напевно під впливом потужного емоційно-енергетичного заряду мотивації і виникає пануючий осередок збудження у психіці, що домінує, пригнічуючи активність інших центрів регуляції активності, підкорює їх. Ранжування мотивів здійснюється залежно від доцільності їх реалізації, граничного наближення до ймовірно позитивного результату, що висуває на передній план єдине спонукання, яке збігається із конкретизованою метою, або найповніше їй відповідає. Далі йде особистісне прийняття домінантного мотиву, узгодження із ціннісними орієнтаціями, нормативними установленнями, світоглядними позиціями, нахилами, виробляється особисте ставлення до майбутньої поведінки та ймовірних наслідків, приймається рішення про доцільність та виконавчу спроможність реалізувати намір, мобілізується психологічна поведінкова готовність.

Авторський досвід спілкування із засудженими переконує, що грошово-валютні цінності були найбажанішими благами, якими в ідеалі прагнули заволодіти злочинці. Напевно тільки у разі їх відсутності «доводилося» відбирати інше цінне майно потерпілих. Наведемо результати формалізованого інтерв'ювання 362 засуджених за корисливо-насильницькі злочини. Метою власної злочинної поведінки

¹ Див.: Рубинштейн С. Л. Основы общей психологии / С. Л. Рубинштейн. – М., 1946. – С. 542.

² Анохин П. К. Проблема принятия решения в психологии и физиологии / П. К. Анохин // Проблемы принятия решения : сб. науч. тр. – М., 1976. – С. 9.

вони вважають: роздобути гроші для пиятики і розваг — 30 %, мати додаткові гроші для особистих витрат — 18 %, збагатитися, істотно покращити матеріальне становище — 17 %, забезпечити пристойний рівень споживання — 15 %, підняти свій авторитет серед співучасників — 8 %, віддати борги — 4 %, відновити матеріальну справедливість — 3 %, мати стабільне джерело кримінальних доходів — 3 %, задовольнити потребу у найнеобхіднішому — 2 %.

На питання: «Чи була в кінцевому підсумку досягнута мета, заради якої вчинено корисливий насильницький злочин?» — 52 % опитаних відповіли: «ні», 30 % — «так», 18 % — «лише частково». Як бачимо, трохи більше половини злочинців розчаровані наслідками, оскільки розраховували отримати більший дохід, істотніший матеріальний зиск, чого не сталося в кінцевому підсумку. Саме через це розпадається більша половина злочинних груп, злочинці відмовляються від продовження кримінальної діяльності. Разом з тим майже половина злочинців визнала, що досягла бажаного результату повністю чи частково, а значить напад забезпечувався ретельним плануванням, підготовкою, неабиякою вправністю виконання задуму.

Дослідженню підлягало і фактичне розпорядження матеріальними цінностями, яким заволоділи злочинці в результаті нападу. Слід брати до уваги, що майно, отримане злочинним шляхом, звісно, якщо йшлося не про гроші та валюту, одразу збувалося, а виручені кошти згодом витрачалися на власний розсуд. Іноді йшлося про харчі та спиртні напої. Виявилось, що 39 % респондентів витратили їх на дозвілля та розваги (пиятика, наркотики, повії, азартні ігри), 22 % — на придбання стильних речей і предметів особистої зручності (купівля модного одягу, взуття, мобільних телефонів та ін.), 19 % — на споживчі потреби і забезпечення умов побутового комфорту, 5 % — купили дороге майно (транспортні засоби, нерухомість тощо), 2 % — безпосередньо вжили за призначенням, 13 % — не встигли розпорядитися у зв'язку із затриманням або через відсутність цінного майна у потерпілих.

Зіставлення відповідей дає уявлення про якісну неоднорідність корисливих мотивів, у яких виражаються різні відтінки спрямованості особи злочинця на цілі життєдіяльності та унормовані засоби їх досягнення. За цим критерієм можна виділити декілька найбільш поширених груп корисливих мотивів насильницьких проявів, а саме: це — *утилітарні* мотиви гедоністичної спрямованості — підкорення мотивації пошуку поточної вигоди, додаткових матеріальних засобів

для субкультурного дозвілля і розваг та утилітарні мотиви споживачької спрямованості, пов'язані із забезпеченням побутового комфорту і зручності; *престижні* мотиви авантажної спрямованості (від фр. «*avantage*» — вигода, перевага, зверхність), пов'язаної із заволодінням стильними речами і молодіжно-модними аксесуарами, престижні мотиви *здирницької* спрямованості, пов'язані із набуттям багатства, утвердження у статусі ділової й успішної людини.

На виході кінцевої ланки мотивації маємо домінуючий мотив, конкретизовану мету і початкове рішення реалізувати намір. О. Л. Дубовик встановила деякі особливості прийняття рішень розбійниками, як найтипівішими представниками корисливих насильницьких злочинців. За її даними, 90,4 % розбійників прийняли попередні рішення про вчинення нападу, що підкреслює існування високої психологічної готовності реалізувати намір у насильницький спосіб¹. Доведено, що розбійники порівняно з убивцями менше схильні до прийняття інтуїтивних рішень (12,3 % проти 30 %)², обмірковують і зважують різні варіанти реалізації намірів, у тому числі запасні (62,8 % проти 31 %)³, рідко відчувають тиск ситуації (34,2 % проти 42,7 %)⁴, майже не вагаються, коли наважуються вчинити напад (6 % проти 16 %)⁵, бо виявляють стійку прихильність саме до даного різновиду злочину (69,9 % проти 37,3 %)⁶. Продуманість намірів розбійників виявилася ще й у тому, що 64,4 % із них рішення про напад пов'язували із певними умовами, зокрема: створення сприятливої обстановки (66 %), підшукування співучасників (19 %) і зняття посягання (7 %), знищення слідів злочину і забезпечення алібі (9 %)⁷.

Сформована мотивація і цільова орієнтація стосовно насильницьких засобів реалізації намірів, прийняте рішення віддати перевагу насильницькій моделі отримання матеріальної вигоди відображає динаміку розгортання інтелектуальних та емоційно-вольових процесів особистості. У той же час існують статичні утворення психіки, якими визначається зміст і якість їх проходження, і певною мірою продукується та чи інша форма ціледосягнення. Йдеться про індивідуальні

¹ Механізм преступного поведіння. – М., 1981. – С. 136.

² Там само. – С. 142.

³ Там само. – С. 144.

⁴ Там само. – С. 139.

⁵ Там само. – С. 156.

⁶ Там само. – С. 150.

⁷ Там само. – С. 143, 152.

психологічні особливості корисливих насильницьких злочинців, їх характерологічні риси. Під психологічними особливостями розуміється відносно стабільна сукупність індивідуальних якостей, психологічних рис, що визначають типові форми поведінки, механізми адаптації до середовища та форми взаємодії між людьми¹. На сьогодні існують деякі напрацювання щодо експериментального вивчення психологічної складової особистості корисливого насильницького злочинця. Так, застосування психологічної методики багатостороннього дослідження особистості (МБДО), модифікованої і стандартизованої Ф. Б. Березіним і М. П. Мірошніковим на базі Міннесотського багатофакторного особистісного питальника (ММРІ), дозволило виділити специфічні психологічні ознаки та характерологічні риси корисливих насильницьких злочинців. Психологічний аналіз профілю МБДО цих осіб засвідчив, що для них характерна підвищена ворожість до оточення і стійкість лінії антисуспільної поведінки, погане засвоювання вимог моралі і правових приписів. Поведінка даної категорії злочинців визначається тенденцією до невідкладного задоволення виниклих бажань і потреб, що поєднується із порушенням нормативної регуляції поведінки, послабленням інтелектуального і вольового контролю². Характерними рисами корисливих насильницьких злочинців називалися: ворожість і агресивність, зневажання будь-якими видами заборон, імпульсивність, схильність до неочікуваних насильницьких дій, підозра, злопам'ятність, підвищена чутливість у міжособистісних взаєминах, дистанційованість від соціально позитивного середовища, підвищення загального рівня активності, емоційність, що можуть породжувати раптову агресію³. Загальною властивістю цієї категорії злочинців є потреба самоствердження, у своїй поведінці вони передусім керуються вузькоогоїстичними інтересами, налаштовані наступати, заради вигоди готові калічити і вбивати⁴. У той же час зберігають обачливість, здатність миттєво реагувати на зміну ситуації, є рішучими⁵.

¹ Антонян Ю. М. Личность преступника / Ю. М. Антонян, В. Н. Кудрявцев, В. Е. Эминов. – СПб., 2004. – С. 48.

² Там само. – С. 62–63.

³ Там само. – С. 62.

⁴ Там само. – С. 65, 78–79.

⁵ Див.: Ефремова Г. Х. Экспериментальная проверка возможности применения многофазного личностного теста при изучении личности преступника / Г. Х. Ефремова // Психологическое изучение личности преступника (Методы исследования) : сб. науч. тр. – М., 1976. – С. 58.

Підсумовуючи вивчення психологічних особливостей та характерологічних рис корисливих насильницьких злочинців на підставі своєрідного експериментального зрізу, доходимо загального висновку, що специфічний набір найбільш виражених індивідуальних відмінностей психологічного характеру перебуває у взаємозв'язку та взаємозалежностях із деформаціями емоційно-вольової та інтелектуальної сфери особистості злочинця і має важливе мотиваційне значення. У найбільш узагальненому вигляді всі вади емоційно-вольової сфери зводяться до емоційної неврівноваженості та низького самоконтролю, що пов'язані з агресивністю, схильністю до ризику, підозрілістю (у розумінні заздрості й ненависті), брутальною самовпевненістю і радикалізмом у виборі насильницьких засобів корисливого ціледосягнення. Подібний набір особистісних рис переважно детермінує нестійку злочинну мотивацію, ставлення реалізації наміру в залежність від сприятливих зовнішніх обставин, поверхове планування і символічний розподіл ролей, неретельну підготовку посягань, розрахунок на грубу фізичну та кількісну перевагу. Цьому значною мірою сприяють вади інтелектуальної сфери особистості, зокрема: емоційна дезорганізованість мислення, недостатня абстрагованість і розсудливість, посередня здатність прораховувати віддалену перспективу, неналежний інтелектуальний контроль, зосередженість уваги на поточних подіях. Разом з тим у ході розпочатої злочинної діяльності формування характерологічних рис особистості корисливого насильницького злочинця напевно продовжується і, за нашим припущенням, цілком імовірно здійснюється у напрямі підвищення самоконтролю, розсудливості, емоційної стійкості. Звідси злочинна мотивація стає стійкішою, планування і виконання злочинних намірів — ретельнішими. Зростає прибутковість злочинної діяльності, а разом із нею з'являється впевненість у безкарності.

НА ПОЧАТКУ ТВОРЧОГО ШЛЯХУ

В. Гончаров, Львівський національний
університет імені Івана Франка

Методологія тлумачення юридичних норм у світлі граматології

Вступні зауваги. Філософська герменевтика Г.-Г. Гадамера та граматологія Ж. Дерріда — два чи не найбільш обговорюваних напрями в сучасній західній філософській думці. Спільним для них є інтерес до мови, тексту й тлумачення (розуміння). Є цілком очевидним, що здобутки обидвох напрямів становлять інтерес для юридичної науки з її одвічною увагою до текстів права.

Проте, якщо вітчизняна загальнотеоретична юриспруденція осмислила низку положень філософської герменевтики, то проект граматології залишається для неї *terra incognita*.

Отож, спробуємо схематично окреслити деякі аспекти граматологічного читання юридичного тексту.

Граматологія: стислий еккурс. Граматологія (від давньогр. *grámma* — письмо, риска, малюнок) — напрям у філософських дослідженнях, який вивчає роль письма та писемності у культурі. Хоча власне термін «граматологія» є авторським неологізмом Ж. Дерріда, витoki позначуваної ним галузі знань можна знайти ще у працях Платона та Арістотеля. Великий внесок у дослідження писемності належить мислителям різних часів: Ж.-Ж. Руссо, Ф. де Соссюру, Р. Барту. Проте саме завдяки працям Ж. Дерріда філософська граматологія набула значного резонансу у літературознавстві, культурології, філософії, а згодом і в західній правничій думці¹.

¹ Див., напр., Jacobson Arthur J. Authority: An Hommage to Jacques Derrida and Mary Quaintance / J. Arthur Jacobson // *Cardozo Law Review*. – 2005. – Vol. 27. – P. 101–110; Halping Andrew. Criminal law going critical / Halping Andrew. Definition in the Criminal law. – Hart Publishing. – Oxford, 2004. – P. 43–73; Parker James. Spirited Away: Asylum Law and the Institutional Violence of Legal Discourse / James Parker // *Law Text Culture*. – 2007. – Vol. 11. – P. 231–251; Teubner Gunther. Dealing with Paradoxes of Law: Derrida, Luhmann, Wiethölter / Gunther Teubner // *Paradoxes and Incisistences in Law*. – Hart Publishing. – Oxford, 2006. – P. 41–64; Teubner Gunther. Self-Subversive Justice: Contingency or Transcendence Formula of Law? / Gunther Teubner // *Modern Law Review*. – 2009. – Vol. 72. – P. 1–23; Teubner Gunther. Legal Logic and its So-Called Post Modern Critique (La Logique Juridique Et Son Critique Dite Post Moderne) / Gunther Teubner [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ssrn.com>; Weisberg Richard. Law and Literature as Survivor. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ssrn.com>

Найрельєфніше проєкт граматилогії Ж. Дерріда викладено в його першій великій роботі «Дещо, що має стосунок до граматилогії». Така її назва не є простою творчою забаганкою автора. Річ у тім, що науки граматилогії не існує, є дослідження різних типів письма, але немає науки, яка б займалася вивченням письма в цілому¹. Однак, на думку Ж. Дерріда, потреба в ній існує. Це пов'язано перш за все з переосмисленням цим філософом поєднання та водночас вічної опозиції *того, що означає* (знак, символ), *та означуваного* (смысл, поняття, буття, що інтегровані ним у категорії «*présence*» — «*наявність*»²).

Ще з часів Арістотеля знаку, письму відводилася другорядна роль — вони розглядалися як засоби для кращого запам'ятовування вербальної мови. «Те, що у звукосполученнях, — це знаки уявлень у душі, а письмена — знаки того, що у звукосполученнях»³.

На схожих позиціях стояв і засновник сучасної лінгвістики та структуралізму Ф. де Соссюр. Останній убачав у письмі чужорідний для мови елемент, техніку, яка покликана лише фіксувати звуки. Натомість письмо часто-густо втручається і змінює усну мову, яку повинно було б лише обслуговувати. Дослідник писав: «... письмо ховає мову від поглядів; воно його не одягає, а виряджає»⁴. Знак співвідноситься з означуваним як тіло з душею, гріховне зі святим. Знак — невмотивований, випадковий, мінливий, у той час як означуване — це вічне, істинне. Втім, такий погляд, як не дивно, не заважав цьому швейцарському лінгвісту вбачати знакову природу й у мові, яку він так старанно намагався захистити від «тератологічного» (за його власним висловом) впливу письма: «Мова і письмо суть дві різні *системи знаків* (курсив наш. — В. Г.); єдиний смисл другої з них — служити зображенням першої»⁵.

Саме на цьому матеріалі Ж. Дерріда вперше використовує свою деконструкцію, яка полягає, головним чином, у «перекиданні» бінарних опозицій, котрі нав'язуються нам логікою мови. «Деконструкція не може обмежитися нейтралізацією: вона повинна в подвійному жесті, у подвійній науці, у подвійному письмі здійснити перекидання класичної опо-

¹ Див.: Автономова Н. Деррида и грамматология / Н. Автономова // Деррида Ж. О грамматологии : пер. з франц. – М., 2000. – С. 7.

² У французькій мові слово «*présence*» має ще один важливий значеннєвий відтінок: присутність.

³ Аристотель. Об истолковании / Аристотель // Сочинения : в 4 т. Т. 2. – М., 1978. – С. 93.

⁴ Соссюр Фердинанд де. Курс общей лингвистики / Ф. де Соссюр. – М., 2006. – С. 50.

⁵ Там само. – С. 46.

зиції та загальний зсув системи»¹. У рамках метафізичної логіки (відмовитись від якої закликає Ж. Дерріда) щось може бути істинним або хибним, тілесним або духовним, існувати ззовні чи всередині. У цю «одежу» намагалися «втиснути» буття численні філософи, починаючи від досократиків та закінчуючи М. Хайдеггером, залишаючи поза увагою те, що ця «одежа», можливо, буттю не зовсім підходить. Бінарні опозиції, на думку Ж. Дерріда, можуть лише створювати видимість рівноваги, приховуючи тиск одного елемента над іншим. Провести акт емансипації, визволити пригнічений елемент і разом з тим перегорнути концептуальний порядок понять — основне завдання деконструкції².

У філософії Ж. Дерріда, вслід за Ф. Ніцше, письмо визволяється від наявності та починає жити самостійним життям. Деконструкція знімає (або, щонайменше, вважає, що знімає) бінарну опозицію «знак-наявність». «Жодного зовнішнього насильства письма над невинністю мови (langage) взагалі не відбувається. Існує, радше, деяке першонасильство письма, оскільки мова (langage) вже з початку являє себе письмом... «Узурпація» вже почалася»³. Ж. Дерріда пише: «Зовні & всередині»⁴ (так само робив і М. Хайдеггер, перекреслюючи слово «буття»). Перекреслення заважає нам читати, але залишає можливість зрозуміти. Невмотивований знак увірвався в мову в момент її створення, не даючи можливості провести межу між тим, що ззовні, і тим, що всередині. Такий хід думок руйнує метафізичну концепцію знака: останній не є зовнішньою стороною слова, натомість він інтегрований у саме слово. Для знака, на думку Ж. Дерріда, не підходить бінарна опозиція «зовні-всередині».

Але що ж тоді стоїть за знаком? Відповідь філософа така: інший знак. Буття, вічне, Істинне (саме з великої літери!) відступає все далі й далі, і мова не дає жодних можливостей наблизитися до них. Для знака є головним, що він невимотиваний, у нього нема природного зв'язку з наявністю. Головне завдання знака — не вказувати на тотожність, не змальовувати буття, а відрізнятись від іншого знака, являти своє *différance* (цей термін не має адекватного перекладу в українській мові, найближчим до нього є слово — «відмінність»).

¹ Дерріда Ж. Подпись – событие – контекст / Ж. Дерріда // Дискурс. – 1996. – № 1. – С. 54.

² Гурко Е. Тексты деконструкции / Е. Гурко // Дерріда Ж. *Différance*. – Томск, 1999. – С. 21.

³ Дерріда Ж. О грамматики / Ж. Дерріда. – М., 2000. – С. 156.

⁴ Там само. – С. 164.

Як відзначають дослідники, із позицій граматології «термін з фіксованим значенням (чи з можливістю його понятійно-предметної фіксації) заміщується терміном із множинно-нефіксованим полем значущості, в якому значення не є даними наперед, але відтворюються, мандруючи звивистими та примхливими асоціативними шляхами»¹.

Ці положення, у свою чергу, служать підставою твердження, що текст — навіть найбільш чіткий — не має єдиного істинного значення, більше того, він переповнений безліччю конотацій, алюзій, прихованих натяків, які могли бути абсолютно невідомими його автору. Мова, якою написано текст, завжди являє нам *différance*.

Граматологія та герменевтика. Відсутність у тексті єдиного «істинного» смислу, незалежність його від автора, можливість його різночитань ріднять граматологічне вчення з філософською герменевтикою. Проте між ними існує й низка суттєвих відмінностей.

М. Хайдеггер, від якого філософська герменевтика бере свій початок, запитував про смисл буття, намагався прислухатися до його «голосу», хоч і затьмареного товщею дискурсивних «нашарувань». Цей мотив перейняв у нього його учень Г.-Г. Гадамер. Важливе місце в філософії останнього посідає концепт «гри»: смисл народжується під час взаємодії тексту з читачем². Причому в процесі цієї взаємодії ані текст, ані читач не можуть нав'язати один одному *свій власний смисл*. Таким чином, Г.-Г. Гадамер не заперечує того, що в тексті міститься смисл, однак він вказує на те, що цим початковим смислом не можна обмежитись³.

У своєму напруженому діалозі з Ж. Дерріда Г.-Г. Гадамер зазначав: «Там, де повинно бути розуміння, виявляється не лише тотожність»⁴. Читач бачить текст із певної точки історії, крізь призму власної ідеології, культури тощо. Але, тим не менш, філософська герменевтика все ж чує голос логосу: голос тексту, голос його автора, намагається досягнути текст як ціле (остання вимога, як видається, теж нав'язана логосом). З огляду на це Г.-Г. Гадамер залишається, як він саркастично висловився в тому ж діалозі, «вівцею», що заблукала на полі метафізики, у той час як Ж. Дерріда полишає її межі⁵.

¹ Косыхин В. Г. Нигилизм и современная онтология / В. Г. Косыхин // Вестн. Томск. ун-та. – 2008. – № 313. – С. 45.

² Гадамер. Х.-Г. Истина и метод / Х.-Г. Гадамер. – М., 1988. – С. 147–156.

³ Там само. – С. 386.

⁴ Гадамер. Х.-Г. Деконструкция и герменевтика [Электронный ресурс] / Х.-Г. Гадамер // Герменевтика и деконструкция. – Режим доступа: <http://anthropology.ru>

⁵ Там само.

Граматиологія піддає критиці діалогічний характер смислу, який вичитується з тексту. Якщо для Г.-Г. Гадамера «розуміння полягає у тому, що один повинен стати на місце іншого, щоб сказати, що він тут зрозумів»¹, то граматиолог одразу ж наперед відкидає таку можливість. Для Ж. Дерріда мова, свідомість, смисл, істина, наявність — це лише наслідки письма.

Для філософської герменевтики важливе значення посідає поняття «доброї волі», з якою читач вступає в діалог із текстом. Ж. Дерріда ж недвозначно відкидає цей «комунікативний» аспект тлумачення. Комунікація, в інтерпретації останнього, — це лише некритична метафора, що фігурує у текстах метафізичної філософії: ми мислимо смисл як дещо, що можна передати, перенести. Із цих позицій письмо постає лише начеби засобом пересування, хоч у дійсності воно є передумовою смислу як такого.

Граматиологія та тлумачення юридичних норм. Виділимо декілька імплікацій для теорії правотлумачення, які вбачаємо у проєкті граматиології: а) істинний смисл — це не те, що можна віднайти, він є предметом, так би мовити, для «танцю з ручкою» (Ф. Ніцше): смисл стає на службу письму, а не навпаки — його можна використовувати для задоволення власних потреб; б) як і з позицій відстоюваного тривалий час П. М. Рабіновичем потребового підходу, спростовується можливість верховенства права в розумінні останнього як панування закону над людьми: править не закон, а правлять люди, які вичитують з нього той смисл, який якомога більше сприяє задоволенню їхніх потреб²; в) будь-який концептуальний підхід, що використовується в юридичній науці (матеріалістична діалектика, метафізика, феноменологія тощо), є лише видом риторики, «драматургії», яка наближує до істини не більше ніж бульварне читиво; г) якщо філософська герменевтика робить опозицію «правотворчість-правозастосування» позбавленою змісту (при тлумаченні смисл ніколи не твориться, але й не віднаходиться), то граматиологія схиляється швидше до їх ототожнення: смисл не є чимось стабільним, він є наслідком руху письма, а отже, завжди створюється заново; д) будь-яка юридична аргументація «пра-

¹ Гадамер Х.-Г. Деконструкція и герменевтика [Електронний ресурс] / Х.-Г. Гадамер // Герменевтика и деконструкція. – Режим доступа: <http://anthropology.ru>

² Рабінович П. Потребовий дослідницький підхід – інструмент з'ясування соціальної сутності прав людини / П. Рабінович // Право України. – 2005. – № 7. – С. 94–97; Він же. Верховенство права в інтерпретації Страсбурзького Суду та Конституційного Суду України / П. Рабінович // Вісн. Конституц. Суду України. – 2006. – № 1. – С. 37–46.

вильного» тлумачення, що виявляється у загальній формі «якщо, то...», може бути перегорнута, оскільки використовує такі бінарні опозиції, які можуть бути зняті за посередництвом деконструкції.

Останнє твердження стосується всіх без винятку юридичних категорій — правомірне/неправомірне, винний/невинний. Будь-яке з цих понять показує своє *différance*: бінарні опозиції переплітаються, існують лише у зв'язку зі своєю протилежністю. Причому свій смисл вони черпають саме з такого протиставлення, призводячи врешті до кола: правомірне — це те, яке не є неправомірним; винний — це той, хто не є невинним. Отже, елементи бінарної опозиції співвідносяться не з реальністю, яку вони повинні означати, а один з одним.

Коло у визначенні — відома логічна помилка. Так, згідно з ч. 1 ст. 11 Кримінального кодексу України злочином є передбачене цим Кодексом суспільно небезпечне винне діяння (дія або бездіяльність), вчинене суб'єктом злочину. Визначення поняття *злочину* тут залежить від визначення поняття *суб'єкта злочину*. З традиційної точки зору такий стан справ можна кваліфікувати як коло у визначенні. Але ця оцінка зміниться, якщо ми приймемо той факт, що бінарність (логічна циклічність) притаманна будь-якому знаку. Своє *différance* являє *кожне слово* означеної дефініції, і від кожного слова тягнеться слід до іншого. Це означає безперервність сліду, неможливість дати остаточне визначення. Ланцюг слідів веде в безкінечність.

Звичайно ж імплікації граматики перевищують дискурс тлумачення юридичних норм: вони являють собою своєрідний епістемічний колапс у цілому. Ж. Дерріда «підриває мову зсередини, розбиваючи її смисл на міради фрагментів, що складаються з багатозначностей, парадоксів та лінгвістичних анекдотів»¹.

Будь-яке вербалізоване знання підвладне деконструкції. Кінець кінцем, єдиний смисл може нав'язатися лише насильством над іншими смислами: саме так, врешті, й вчиняють суди, вирішуючи ту чи іншу справу, причому найбільш експліцитно це простежується у рішеннях у «складних» справах (*hard cases*).

Замість висновку: відповідь юриста граматологу. Проект граматики має спірний характер. При всій переконливості деяких його аргументів залишається під питанням перш за все те, яким же чином граматологія може «витати» над логікою мови та чи дійсно вдається їй знімати бінарні опозиції. Дискусійність бодай цих двох моментів

¹ Стретерн П. Дерріда за 90 минут / П. Стретерн. – М., 2005. – С. 70.

може послугувати «знахідкою» для її поверхневої критики. Проте, вважаємо, аналіз проекту граматології потребує більш виваженого підходу.

У порядку дискусії можна поставити таке питання: а що ж можна протиставити граматологічному читанню закону, який не обмежений волею законодавця (підписом автора), вимогами системного тлумачення, чи то «прямими значеннями» слів, метою норми, сучасним розумінням, чи то балансуванням інтересів усередині суспільства?

Як варіант відповіді можна запропонувати розмежування тлумачення і розуміння, запропоноване свого часу Л. Вітгенштейном¹. Останній передбачав, яким чином тлумачення може внести смуту в розуміння будь-якого, навіть найбільш зрозумілого, речення і яким може бути епістемічний колапс, котрий при цьому може виникнути. Австрійський філософ сам сформулював не менш потужний за скепсис деконструкції скепсис слідування правилу: за посередництвом тлумачення будь-яке правило можна узгодити з будь-якою дією. Між дією та правилом немає ані відповідності, ані протиріччя². Останнє положення інколи називали наймасштабнішою формою скептицизму в історії філософії³. Проте сам Л. Вітгенштейн відповів на неї через вже згадане розмежування розуміння та тлумачення. Це ж розрізнення може бути використано і як контраргумент проти граматології. Розуміння може не потребувати тлумачення, тобто переведення на іншу мову. Якщо будь-яке речення (речення закону, чи то речення-аргументація правильної правотлумачної позиції) потребує тлумачення, то це означає не що інше, як регрес у безкінечність: для інтерпретативного речення потрібне інше інтерпретативне речення і т. д. *ad infinitum*. Але не можна пояснювати до безкінечності, оскільки врешті-решт не залишається нічого іншого, окрім сказати: «Це так». Існує межа ясності. Від слова до дії ми переходимо без посередників (тлумачень).

Таким чином, граматолог не зможе збити з пантелику правозастосувача зняттям бінарних опозицій, коли останній застосовує чітку і зрозумілу норму: речення закону може не потребувати тлумачення взагалі. Тлумачення — лише додатковий елемент, необхідність в якому

¹ Вітгенштейн Л. Голубая и коричневая книги: предварительные материалы к «Философским исследованиям» / Л. Витгенштейн. – Новосибирск, 2008. – С. 40.

² Він же. Философские исследования / Л. Витгенштейн // Философские работы. – М., 1994. – § 201.

³ Див.: Крипке С. А. Витгенштейн о правилах и индивидуальном языке / С. А. Крипке. – Томск, 2005. – С. 60.

з'являється при неможливості розуміння тієї чи іншої лексеми, вжитої у тексті закону.

На закінчення додамо, що граматологія, як видається, порушує чимало релевантних для юриспруденції проблем, а це дає підставу сподіватися на більш пильну увагу до неї науковців-правників.

Ю. Левіна, здобувачка кафедри теорії держави і права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Інститути демократії в умовах розвитку громадянського суспільства

У політичній сфері демократія постає саморегулюючою системою, яка складається з різноманітних соціальних інститутів. Неодмінною перевагою існування демократії є її спрямування на забезпечення побудови державної влади на основі принципів гласності, виборності, підконтрольності, поділу влади на гілки, плюралізму, прийняття рішень більшістю з урахуванням прав та інтересів меншості. Унікальність інститутів демократії виявляється в тому, що, відповідаючи основоположним потребам людини, вони здатні забезпечити реалізацію прав і свобод особи на основі самоповаги і відповідальності за своє життя.

Процес модернізації суспільних відносин є однією з характерних ознак сучасного державно-правового розвитку України. Його перспективи визначаються спроможністю демократичного політичного режиму вирішувати проблеми інституціоналізації громадянського суспільства. Важливою ознакою політичної модернізації є здатність держави до структурних змін в усіх сферах суспільного життя при збереженні стабільності суспільства, а також залучення широких верств населення у політичний процес.

У державно-правовому механізмі модернізації суспільних відносин важливу роль відіграє проблема становлення і розвитку інститутів демократії. Ці питання досліджуються українськими вченими як у галузі правознавства, так і в політології, соціології та інших гуманітарних науках. Зокрема, певний інтерес становлять монографії та колективні наукові праці В. Баркова, С. Бобровика, О. Богинича, В. Горбатенка, Т. Довгуня, А. Колодія, О. Онищенко, О. Петришина, П. Рабіновича, Ф. Рудича, М. Рябчика, О. Скрипнюка, М. Цвіка, Л. Шипілова та ін.

Дослідження проблем урегулювання внутрішніх суперечностей, переоцінка можливостей, формулювання нових теоретичних засад політичної модернізації дають змогу проаналізувати специфіку процесу розвитку інститутів демократії в умовах становлення громадянського суспільства.

Громадянське суспільство є системою, яка складається з кількох частин. Це, по-перше, громадські організації (інститути), які виконують соціальні функції; по-друге, механізми взаємодії між суспільством та державою; по-третє, механізми контролю суспільством владних структур держави.

У сучасній науковій літературі не існує єдиної думки щодо чітких критеріїв визначення інституту демократії. Аналіз усталених трактувань дає можливість визначити цей інститут, з одного боку, як комплекс принципів та норм, формальних і неформальних правил, котрі регулюють процеси у сфері політики¹, а з другого — як специфічну форму організації владної діяльності та сталий засіб впорядкованості політичних відносин, що забезпечують стабільне, тривале функціонування політичної організації суспільства як важливого елемента політичної системи².

Із наведених визначень бачимо, що інститути демократії — це явища і процеси політичного життя суспільства, до яких належать як самі політичні установи, так і процеси їх упорядкованого функціонування. Тобто інститут демократії можна визначити як специфічну форму самоорганізації громадян, що забезпечує регулювання політичних процесів за участю держави, керуючись правовими нормами і принципами. Процес закріплення та визнання основними елементами правових норм, процедур, цінностей та еталонів політичної поведінки, а також засобів контролю за їх дотриманням є інституціоналізацією³. Цей аспект досліджують А. Колодій, А. Карась, С. Кириченко та інші вчені. Вони вважають, що процес інституціоналізації громадянського суспільства відбувається через формування інститутами світоглядної системи цінностей; входження до чинної правової системи суспільства; ініціювання нових та вдосконалення чинних законодавчих актів, покликаних забезпечувати функціонування і розвиток інститутів демократії. Головними перешкодами на шляху інституціоналізації громадянського суспільства в Україні, на думку А. Колодія, є розчарування та зневіра населення у демократичних інститутах, недостатній рівень дієвого судового захисту громадян, перехідність

¹ Политология : словарь-справочник / М. А. Василик, М. С. Вершинин и др. – М., 2001. – С. 98.

² Політична наука : Словник: категорії, поняття, терміни / за ред. В. Кухти. – Львів, 2003. – С. 172.

³ Политология : словарь-справочник / М. А. Василик, М. С. Вершинин и др. – М., 2001. – С. 98.

соціальної структури, бідність широкого загалу, низький рівень правової культури¹.

Важливим моментом становлення інститутів демократії є визнання суспільством факту їх існування, а також визнання їх можливостей реагувати на процеси, які відбуваються в суспільстві, позитивно впливати на їх перебіг. Отже, механізм розвитку інститутів демократії інкорпорує інтерактивні механізми, що потребують суспільного визнання і легітимації. Перш за все — з боку державних інституцій², а також із боку інститутів громадянського суспільства.

Механізми взаємодії демократичних інститутів держави та інститутів громадянського суспільства науковці розглядають у кількох аспектах. З позиції юридичної науки, громадянське суспільство є такою моделлю суспільного розвитку, яка пропонує збалансований взаємоконтроль і взаємообмеження державних органів і недержавних утворень (інститутів громадянського суспільства), для того щоб діяльність державних органів завжди перебувала в полі зору недержавних структур, які повинні діяти в межах закону та враховувати об'єктивні потреби держави³. З позиції соціології, громадянське суспільство — це особливе об'єднання індивідів, якому притаманні, з одного боку, високий рівень автономії від соціуму взагалі і від держави зокрема, а з другого — здатність конструктивно спілкуватися з іншими особистостями заради суспільного миру⁴. У політологічних дослідженнях вирізняються три моделі взаємодії демократичних інститутів держави і громадянського суспільства: конфронтаційна, патерналістська та консенсусна⁵.

Державні демократичні інститути та інститути громадянського суспільства, попри різницю між собою, мають єдину мету — консолі-

¹ Колодій А. Перешкоди на шляху інституціалізації громадянського суспільства в Україні / А. Колодій // Суспільні реформи та становлення громадянського суспільства в Україні : матеріали наук.-практ. конф. за міжнародною участю, Київ, 30 трав. 2001 р. ; Укр. Акад. держав. управління при Президентові України. – Т. 1–3. – К., 2001. – 276 с.

² Громадянське суспільство в Україні: проблеми становлення / В. Ф. Сіренко, В. І. Тимошенко, Т. І. Ковальчук та ін. – К., 1997. – С. 92–104.

³ Див.: Нерсесянц В. С. На путях к праву: от социализма к постсоциализму / В. С. Нерсесянц // Сов. государство и право. – 1991. – № 2. – С. 61–69.

⁴ Див.: Войтенко Т. О. Громадянське суспільство в Україні: аналіз соціального конструювання / Т. О. Войтенко, О. С. Гончарук, Ю. О. Привалов ; відп. ред. Ю. Саєнко. – К., 2002. – С. 5.

⁵ Див.: Онищенко О. Громадянське суспільство: тенденції становлення / О. Онищенко // Наука і суспільство. – 2002. – № 1/2.

дувати суспільство. Але механізми консолідації, як і механізми внутрішньої взаємодії, у них різні. Політизація деяких інститутів громадянського суспільства (церква, ЗМІ) обумовлена тим, що держава не забезпечує умов для їх нормального функціонування. Тому деякі інститути активно вступають у політичний процес. За умов розвинутого громадянського суспільства та правової держави кожен інститут демократії повинен виконувати притаманні тільки йому функції.

На відміну від західних демократичних держав, де взаємодія між демократичними інститутами держави та інститутами громадянського суспільства віддзеркалює баланс сил та групових інтересів, який склався в результаті еволюції демократії, у сучасній Україні характер взаємин держави та інститутів громадянського суспільства тільки визначається. Окреслюється тенденція до визнання та простежується зацікавленість держави у діяльності цих інститутів. Утім ця зацікавленість є доволі апатичною, оскільки держава ще не відчуває реальної користі від діяльності цих інститутів, а інститути, у свою чергу, не докладають достатніх зусиль, аби змінити ставлення до себе. Взаємини між ними частіше будуються на необхідності спонсорувати діяльність громадських інститутів, хоча могли б активніше лобювати інтереси певних верств населення.

Однією зі складних проблем є недостатнє інформування населення про діяльність інститутів громадянського суспільства: українські ЗМІ не приділяють належної уваги процесам їх створення та діяльності. Просвітницька діяльність у зрозумілій та переконливій формі, яка мотивує і стимулює розвиток громадських ініціатив, має бути поставлена на системну основу.

Процес модернізації політичної сфери характеризується створенням диференційованої політичної структури з високою спеціалізацією ролей та інститутів. У цьому аспекті слід розглядати розширення взаємодії виконавчої влади з громадськими інституціями не як самоціль або чергову кампанію щодо взаємодії з громадськістю, а як постійну діяльність з використання величезного потенціалу громадських об'єднань, створення умов для якнайкращого задоволення потреб громадян у різних сферах суспільного життя.

Одним із факторів ефективності політичної модернізації є створення багаторівневої системи відносин між органами державної влади та інститутами громадянського суспільства. Однак на цьому шляху є суттєві перешкоди. По-перше, ще не створено повноцінної норматив-

ної бази, яка б регламентувала діяльність інститутів громадянського суспільства, а також держави як посередника в розв'язанні конфліктних ситуацій у громадянському суспільстві¹. По-друге, дається взнаки низький рівень довіри громадян до діяльності інститутів громадянського суспільства, незадовільною є взаємодія цих інститутів з органами місцевої влади; відносно невисокий рівень конкурентності інститутів громадянського суспільства, брак чіткого розподілу сфер впливу між ними.

Одним із них є створення концепції ефективної взаємодії на горизонтальному та вертикальному рівнях усіх структур громадянського суспільства з чітко зорієнтованою діяльністю та функціями усіх його інститутів. Ці програми мають бути зорієнтовані на ефективне співробітництво з державними структурами та максимально стимулювати розвиток громадських ініціатив.

Експерти зазначають, що найвищий рівень плідної співпраці існує між такими парами структур: органи місцевого самоврядування — органи державної влади; органи місцевого самоврядування — політичні партії та рухи; органи державної влади — політичні партії та рухи. Тобто співпрацюють структури, що репрезентують сферу управління суспільством на різних рівнях².

Становлення інститутів громадянського суспільства обумовлюється також потребами населення в реалізації професійних, аматорських і громадських інтересів. У цій сфері інститути громадянського суспільства, як свідчить досвід, діють ефективніше, ніж державні органи. Цьому сприяє властива їм гнучка система управління, здатність швидко адаптуватися до умов, що динамічно змінюються, певна незалежність від рішень державних організацій.

В Україні існує велика кількість недержавних організацій — понад 40 тисяч. Більшість з них опікується кількома видами діяльності, що дає їм змогу добре пристосовуватися до соціально-економічних умов і потреб потенційних клієнтів. Саме така багатовекторна природа дозволяє їм розширювати соціальну базу³.

¹ Див.: Боднар А. Гражданское общество: проблемы интерпретации / А. Боднар // Политология вчера и сегодня. Вып. 3. – М., 1991. – С. 74.

² Див.: Войтенко Т. О. Громадянське суспільство в Україні: аналіз соціального конструювання / Т. О. Войтенко, О. С. Гончарук, Ю. О. Привалов ; відп. ред. Ю. Саєнко. – К., 2002. – С. 48.

³ Громадянське суспільство в Україні : аналітичний звіт / уклад. Я. Бачинський, О. Степний, В. Полуйко та ін. – К., 2003. – С. 5.

Для зацікавлення державних структур діяльністю інститутів громадянського суспільства необхідно активізувати роботу громадських організацій і визначити пріоритетні напрями їх діяльності. Передати або частково делегувати їм окремі функції державних органів, наприклад, з питань соціальної підтримки населення, реалізації ініціатив молоді, активізації участі батьків у роботі з дітьми і підлітками тощо. Для України, що переходить до ринкових відносин, важливого значення набуває функціонування інститутів громадянського суспільства насамперед у галузі соціальних ініціатив та правозахисних послуг, що обумовлюється складністю соціально-економічних проблем перехідного періоду.

Однією з тенденцій трансформації суспільного життя є процес політичної модернізації. Перспективи її залежать від спроможності державного режиму визначати і вирішувати першорядні проблеми громадян. Однією з таких проблем і є формування структур громадянського суспільства. Громадянське суспільство — це простір соціальної взаємодії, що складається зі сфери особистих інтересів суспільних рухів і публічної комунікації. Але громадянське суспільство — це і спроба об'єднати широкий спектр діяльності агентів, незалежних від держави, спрямованої на те, щоб «відсунути державу, розширити вплив громадянського суспільства»¹.

Виходячи з цього, можна зробити висновки, що для подальшого розвитку інститутів демократії в Україні необхідно:

1. Урегулювати на законодавчому рівні багаторівневу систему відносин між органами державної влади та інститутами громадянського суспільства.

2. Шляхом узагальнення результатів теоретичних досліджень створити концепцію ефективної взаємодії на горизонтальному і вертикальному рівнях усіх структур громадянського суспільства із чітко зорієнтованою діяльністю та функціями усіх його інститутів.

3. Провідними осередками діяльності інститутів демократії повинні стати місцеві структури (територіальні громади, ради, органи самоорганізації населення), яким простіше представляти інтереси окремих громадян.

4. Для активізації роботи громадських організацій необхідно визначити пріоритетні напрями їх діяльності. Передати або частково делегувати їм окремі функції державних органів (особливо у соціальній сфері, спорті, культурній діяльності).

¹ Громадянське суспільство в Україні : аналітичний звіт / уклад. Я. Бачинський, О. Степний, В. Полуйко та ін. – К., 2003. – С. 5.

5. Забезпечити інформованість населення про діяльність інститутів демократії з альтернативних джерел. Висвітлювати у ЗМІ роль відповідних інститутів у соціальному житті громадян, для формування позитивної громадської думки проводити на телебаченні зустрічі, «круглі столи», дискусії представників громадських організацій із представниками гілок влади.

Отже, у сучасній Україні надзвичайно актуальним залишається активізація процесу модернізації політичної системи, у межах якої громадянське суспільство повинно бути представлено не лише окремими інститутами, які діють у країні, а й колективними суб'єктами політичного процесу, що розвиваються самостійно за сприяння держави.

Я. Герасименко, молодший науковий співробітник НДІ державного будівництва та місцевого самоврядування АПРН України

Деякі проблеми юридичної відповідальності за порушення законодавства про природно-заповідний фонд України

Сучасні демократичні перетворення в нашій країні неминуче торкаються питань вирішення складних екологічних проблем, пов'язаних із частішими проявами заподіяння шкоди природі взагалі, окремим природним компонентам або життю і здоров'ю людини, зокрема, внаслідок забруднення довкілля у зв'язку з господарською діяльністю, або ж унаслідок стихійних явищ, викликаних значним техногенним впливом на довкілля.

Такі питання мають вирішуватися у межах рішучих кроків з проведення виваженої правової реформи, спрямованої на ефективну адаптацію національних норм права до стандартів міжнародного та європейського екологічного законодавства.

Проблемам юридичної відповідальності за порушення екологічного законодавства присвятили свої дослідження В. І. Андрейцев, В. Д. Басай, С. Б. Гавриш, В. В. Костицький, І. А. Куян, В. Л. Мунтян, Б. Г. Розовський, Н. І. Титова, Ю. С. Шемшученко та інші вчені.

Про наявність будь-якого правопорушення, у тому числі й екологічного, можна говорити лише тоді, коли є всі елементи, з яких воно складається: об'єкт, об'єктивна сторона, суб'єкт та суб'єктивна сторона. Склад правопорушення являє собою систему ознак протиправної поведінки, необхідних і достатніх для притягнення до юридичної відповідальності.

Відповідальність за порушення екологічного законодавства — це різновид юридичної відповідальності, що полягає в накладенні на винну особу специфічного обов'язку зазнавати відповідних обмежень особистого або майнового характеру за вчинене правопорушення відповідно до санкції порушеної норми права. Так, згідно з Конституцією України (ст. 66) кожний зобов'язаний не заподіювати шкоду природі¹.

¹ Конституція України : прийнята Законом України від 28.06.1996 р. № 254/96-ВР // Відом. Верхов. Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

Невиконання цього конституційного обов'язку спричиняє для винної особи несприятливі наслідки правового характеру.

Відповідальність за порушення екологічного законодавства є важливою складовою правового забезпечення екологічної безпеки, раціонального природокористування, відтворення екологічних об'єктів і охорони навколишнього природного середовища. Шляхом її застосування реалізується державний примус до виконання екологічних вимог. Відповідальність за порушення екологічного законодавства завжди безпосередньо пов'язана з негативними правовими наслідками як результатом неправомірних дій винної особи.

Екологічне законодавство закріплює перелік земельних, водних, лісових, атмосфероповітряних, фауністичних, флористичних правопорушень, порушень законодавства про надра, про режим територій та об'єктів ПЗФ, інших природних територій та об'єктів, що підлягають особливій охороні, тощо. Так, ст. 64 Закону України «Про природно-заповідний фонд України» виділяє такі види порушень у цій галузі (за видами протиправної поведінки):

- 1) нецільове використання територій та об'єктів ПЗФ, порушення вимог проектів створення та організації цих територій;
- 2) здійснення в межах територій та об'єктів ПЗФ, їх охоронних зон забороненої господарської діяльності;
- 3) організація на територіях та об'єктах ПЗФ, в їх охоронних зонах господарської діяльності без попереднього проведення екологічної експертизи або з порушенням її висновків;
- 4) невжиття заходів щодо профілактики і ліквідації екологічних наслідків аварій та іншого шкідливого впливу на території та об'єкти ПЗФ;
- 5) порушення строків і порядку розгляду клопотань про створення територій та об'єктів ПЗФ;
- 6) порушення вимог щодо використання територій та об'єктів ПЗФ;
- 7) перевищення допустимих хімічних, фізичних, біотичних та інших впливів і антропогенних навантажень, порушення вимог наданих дозволів на використання територій та об'єктів ПЗФ;
- 8) псування, пошкодження чи знищення природних комплексів територій та об'єктів ПЗФ та зарезервованих для включення до його складу;
- 9) самочинна зміна меж, відведення територій та об'єктів ПЗФ для інших потреб.

Єдиною підставою юридичної відповідальності за порушення режиму охорони територій та об'єктів природно-заповідного фонду є

правопорушення у цій галузі, яке є різновидом екологічних правопорушень.

Порушення правового режиму охорони територій та об'єктів ПЗФ України можна визначити як протиправне, вчинене право- та дієздатним суб'єктом, як правило, винне діяння (дія чи бездіяльність), що посягає на порядок організації, охорони, ефективного використання ПЗФ України, відтворення його природних комплексів та об'єктів, унаслідок чого їм завдається шкода (або створюється реальна загроза її заподіяння), за вчинення якої законодавством передбачено юридичну відповідальність¹.

Чинне екологічне законодавство України закріплює чотири «класичні» види юридичної відповідальності: дисциплінарну, адміністративну, цивільно-правову і кримінальну відповідальність (ст. 68 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища»², ст. 64 Закону України «Про природно-заповідний фонд України»³ та ін.).

Відповідальність за порушення екологічного законодавства полягає у застосуванні до порушників уповноваженими органами і посадовими особами заходів примусового впливу⁴. Серед негативних правових наслідків розуміють також примусове припинення права власності на природні ресурси або права природокористування. Крім того, законом передбачені дисциплінарні стягнення, адміністративні і кримінально-правові санкції, відшкодування збитків, заподіяних порушенням екологічного законодавства.

Особливість цивільно-правової відповідальності за порушення законодавства про природно-заповідний фонд України полягає насамперед у тому, що вона трансформувалася в майнову (таксову) відповідальність⁵. Це пояснюється тим, що «правовідносини з використання природних об'єктів, — як відзначала С. М. Кравченко, — не є тотож-

¹ Див.: Ковтун О. М. Відповідальність у системі правових гарантій ефективності охорони територій та об'єктів природно-заповідного фонду України / О. М. Ковтун // Проблеми права та правоохоронної діяльності. – № 1. – Донецьк, 2005. – С. 183–191.

² Про охорону навколишнього середовища : Закон України від 25 червня 1991 р. // Відом. Верхов. Ради України. – 1991. – № 41. – Ст. 546.

³ Про природно-заповідний фонд України : Закон України від 16 червня 1992 р. // Відом. Верхов. Ради України. – 1992. – № 34. – Ст. 502.

⁴ Див.: Гетьман А. П. Екологічне право України в запитаннях та відповідях : навч. посіб. / А. П. Гетьман, М. В. Шульга, Г. В. Анісімова, А. К. Соколова. – Х., 2008. – 480 с.

⁵ Див.: Ковтун О. М. Деякі аспекти юридичної відповідальності за порушення законодавства про природно-заповідний фонд України / О. М. Ковтун // Вісн. Акад. праці та соц. відносин Федерації профспілок України. – 2001. – № 3. – 153–157.

ними цивільно-правовим і мають суттєву специфіку, яка зумовлена особливим значенням природних об'єктів, неможливістю швидкого штучного їх відтворення, складністю факторів, що становлять зміст позитивної шкоди, віддаленістю прояву екологічної шкоди в часі і просторі, неoderжаних доходів від втрати або пошкодження об'єктів природи, витрат на їх відновлення тощо»¹.

Шкода, яка завдається порушенням екологічного законодавства, як справедливо зазначає В. Д. Басай, із цивільно-правовим поняттям «збитків» не збігається, є складнішою, більшою за розміром². До її структури входять і такі негативні майнові наслідки, як невикористані витрати, які раніше були вкладені в об'єкти природи, та необхідні витрати на відновлення об'єкта довкілля. За нормами цивільного законодавства стягнути їх неможливо, бо підрахунок цих витрат можливий лише за допомогою спеціальних такс або методик, характерних для екологічного законодавства. Ю. С. Шемшученко вважає, що розмір такс значною мірою визначається на основі емпіричних рішень і вищий за реальні збитки³.

Адміністративна відповідальність пов'язана із застосуванням уповноваженими органами і посадовими особами адміністративних стягнень до суб'єктів, винних у вчиненні адміністративного проступку у сфері екологічної безпеки, природокористування й охорони навколишнього природного середовища. Ця відповідальність застосовується в адміністративному, а іноді у судовому порядку і її застосування не пов'язане із підрахунком збитків, вона покладається на винних осіб лише за ті проступки, що не є суспільно небезпечними і передбачені чинним адміністративним законодавством. Адміністративні заходи впливу на правопорушників стимулюють дотримання ними природоохоронних вимог і правил.

Порядок притягнення до адміністративної відповідальності встановлений КУпАП, який екологічним адміністративним проступкам присвячує окрему главу.

Відповідно до адміністративного законодавства за вчинення екологічного правопорушення застосовується одне з таких стягнень:

¹ Кравченко С. Н. Имущественная ответственность за нарушение природоохранительного законодательства / С. Н. Кравченко. – Львов, 1979. – С. 63–64.

² Басай В. Д. Відшкодування шкоди, заподіяної екологічними правопорушеннями : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.06 / В. Д. Басай. – Львів, 1996. – С. 5.

³ Шемшученко Ю. С. Правовые проблемы экологии / Ю. С. Шемшученко. – Киев, 1989. – С. 194.

штраф; попередження; конфіскація предметів, що були знаряддям правопорушення, або безпосередніх об'єктів правопорушення; позбавлення права займатися діяльністю, пов'язаною з деякими видами використання природних ресурсів і охорони довкілля.

Адміністративним правопорушенням у галузі охорони природи, використання природних ресурсів, охорони пам'яток історії та культури присвячена 7 глава КУпАП. Ця глава містить 53 статті, лише одна з яких (ст. 91) має безпосереднім об'єктом протиправного посягання території та об'єкти природно-заповідного фонду. Ще три статті (ч. 2 ст. 77¹, ч. 2 ст. 88¹ і ч. 2 ст. 85) вчинення протиправних діянь на територіях та об'єктах природно-заповідного фонду розглядають як кваліфікуючі ознаки правопорушення.

За порушення екологічного законодавства можлива й кримінальна відповідальність, яка передбачена чинним Кримінальним кодексом України і застосовується тільки судами за здійснення суспільно небезпечних екологічних правопорушень, тобто злочинів. Відповідні статті, якими встановлено кримінальну відповідальність за конкретні порушення екологічного законодавства, зосереджені у розділі 9 «Злочини проти навколишнього середовища» Кримінального кодексу України. Серед них розрізняють, зокрема, злочини проти екологічної безпеки, злочини у сфері землекористування, охорони надр, атмосферного повітря, водних ресурсів, лісокористування, охорони рослинного і тваринного світу та ін.

Об'єктом злочину, передбаченого ст. 252 КК України, є суспільні відносини з приводу охорони, збереження та використання територій, взятих під охорону держави, та об'єктів природно-заповідного фонду. Зі змісту цієї статті зрозуміло, що предметом злочинного посягання є території та об'єкти природно-заповідного фонду, які є головною складовою у системі природних територій та об'єктів, що підлягають особливій охороні.

Об'єктивна сторона розглядуваного злочину включає різні засоби впливу, які ведуть до знищення або пошкодження територій, взятих під охорону держави, та об'єктів природно-заповідного фонду. Суб'єктивна сторона передбаченого ст. 252 КК України злочину характеризується умислом (прямим і непрямим). Окремі природні ресурси, що знаходяться в межах територій та об'єктів природно-заповідного фонду, є предметом злочинних посягань згідно з ч. 1 ст. 240 (корисні копалини, крім загальнопоширених), ст. 246 (дерева і чагарники у лісах,

захисних та інших лісових насадженнях), ч. 1 ст. 248 (мисливські тварини, що знаходяться у стані природної волі або утримуються за напіввільних умов). Порушення встановлених правил охорони надр, якщо це створило небезпеку для життя, здоров'я людей чи довкілля, а також незаконне видобування корисних копалин, крім загальнопоширених, на територіях та об'єктах природно-заповідного фонду КК України відносить до кваліфікуючих ознак злочину (ч. 2 ст. 240).

Порушення тих самих правил природокористування й охорони навколишнього середовища або здійснення аналогічних протиправних дій тягнуть в одних випадках кримінальну, в інших — адміністративну відповідальність. Розмежувальним критерієм злочинів і адміністративних проступків виступає ступінь суспільної небезпеки. Крім того, враховуються також конкретні обставини правопорушень: вид і розмір заподіяної шкоди, конкретні наслідки і т. ін.

Законодавством України не зовсім вдало трактується розмежування за об'єктивною стороною адміністративно і кримінально караного незаконного полювання. Наприклад ч. 2 ст. 85 КУпАП встановлюється відповідальність за полювання в «заборонених місцях», а ч. 1 ст. 248 КК України — за полювання в «заповідниках або на інших територіях та об'єктах природно-заповідного фонду» (які є одним із видів «заборонених місць»). Це призводить до того, що незаконне полювання на територіях та об'єктах природно-заповідного фонду розцінюється на практиці як адміністративний проступок і тягне за собою адміністративну відповідальність за ч. 2 ст. 85 КУпАП.

У тих випадках, коли за екологічні правопорушення не настає ні кримінальна, ні адміністративна відповідальність, можливе настання дисциплінарної відповідальності. Вона застосовується на підставі загальних норм трудового законодавства за дисциплінарні проступки екологічного характеру. Суб'єктами такої відповідальності виступають працівники підприємств, установ і організацій, а також відповідні посадові особи.

Однією із проблем юридичної відповідальності за порушення законодавства про природно-заповідний фонд є відсутність чіткого узгодження гіпотез і диспозицій норм про відповідальність, що містяться у Законі України «Про природно-заповідний фонд України», із санкціями, що містяться в КУпАП та КК України. Так, ні КУпАП, ні КК України не передбачають санкцій за порушення строків і порядку розгляду клопотань про створення територій та об'єктів природно-заповідного фонду

(ст. 64 Закону України «Про природно-заповідний фонд України»), відведення територій та об'єктів природно-заповідного фонду для інших потреб.

На мою думку, доцільно, щоб термін «екологічна відповідальність» відповідав би галузевій належності такого виду відповідальності, яка за своєю суттю, характером державно-правових санкцій визнавалася б превентивною та цивільно-правовою, компенсаційною. Термін «екологічна шкода» враховував би наслідки правопорушення (забруднення навколишнього природного середовища; знищення, пошкодження, нерациональне використання природних ресурсів; руйнування природних екологічних систем тощо), якими може заподіюватися шкода навколишньому природному середовищу чи його компонентам, а через них — життю і здоров'ю громадян чи їх майну.

Важливого значення в аспекті юридичної відповідальності набуває також компенсація шкоди за порушення законодавства про природно-заповідний фонд. У спеціальній літературі «компенсація» розглядається, по-перше: як сукупність дій, спрямованих на зниження негативного ефекту господарської або іншої діяльності на той чи інший вид природного ресурсу та, по-друге, як складова частина природоохоронних заходів, обсяг і зміст яких планують на стадії підготовки такої господарської чи іншої діяльності¹. Таке значення дозволяє розглядати компенсацію шкоди у регулятивних екологічних правовідносинах як відповідний процес, у межах якого здійснюються природоохоронні заходи зобов'язаними на це суб'єктами, сфера діяльності яких пов'язана з негативними впливами на навколишнє природне середовище. Таким суб'єктом виступає й держава, особливо у сфері забезпечення екологічної безпеки від природних стихійних явищ, або у випадках заподіяння шкоди навколишньому природному середовищу, життю і здоров'ю громадян від небезпечних аварій, катастроф, що відбулися на державному чи іншому підприємстві за умови, коли само підприємство фінансово не здатне компенсувати усі заподіяні збитки і втрати.

У такому значенні компенсація шкоди є основною ознакою так званої компенсаційної екологічної відповідальності, у межах якої передбачається залік попередження екологічної шкоди в ринковій діяльності. На відміну від мети загальної матеріальної відповідальності, яка має справу з претензіями (заявами) постраждалої від незаконної дії особи, врівноважити матеріальний стан потерпілого, метою компенсаційної екологічної відповідальності є мінімізація заподіяння майбутньої шкоди².

¹ Экологический энциклопедический словарь. – М., 1990. – Ст. 325.

² Там само. – Ст. 324.

Застосування такої відповідальності передбачає досягнення чотирьох результатів: а) гарантування постраждалій особі компенсації економічної шкоди; б) збереження навколишнього середовища шляхом відшкодування шкоди винною особою; в) стимулювання відповідальної сторони здійснювати превентивні і передбачувані заходи, такі як аналіз ризику, екоаудит, системи природоохоронного управління, з тим, щоб уникнути надмірних витрат; г) забезпечення принципу «забруднювач платить»¹. Такі правові ідеї відповідають і міжнародним та європейським принципам², а їх актуальність правового опосередкування є беззаперечною.

Закон Німеччини про екологічну відповідальність від 10 грудня 1990 р. у ст. 3 визначає, що шкода, яка може виникати внаслідок впливу на навколишнє середовище, — це така шкода, яка спричиняється речовинами, вібраціями, шумами, тиском, випромінюванням, газами, парами, теплом, які поширюються у ґрунті, повітрі або воді. Така шкода може включати смерть особи, тілесні ушкодження чи завдання шкоди здоров'ю або її майну.

Закон не встановлює інші характеристики шкоди, лише вказує, що власник такого об'єкта зобов'язаний компенсувати потерпілій особі шкоду, якої вона зазнала. Можна припустити, що потерпіла особа вправі вимагати як відшкодування заподіяних майнових збитків, так і компенсувати моральну шкоду.

На рівні Європейського Союзу для визначення поняття та обсягів компенсації екологічної шкоди важливо враховувати положення Директиви ЄП і РЄ від 21 квітня 2004 р. № 2004/35/СЕ «Про екологічну відповідальність за попередження та ліквідацію заподіяної навколишньому середовищу шкоди»³.

Отже, ця Директива спрямована на охорону виключно навколишнього середовища як основи життєдіяльності, тобто біологічного різноманіття, вод і ґрунтів.

Положення зазначеної Директиви ЄС доцільно було б адаптувати у правову систему України⁴, що, з одного боку, наблизило б процедури

¹ Экологический энциклопедический словарь. – М., 1990. – Ст. 753–754.

² Право Европейского Союза : учеб. для вузов / под ред. С. Ю. Кашкина. – М., 2004. – Ст. 756.

³ Official journal of the European Union. 30.4.2004. L 143/56-143/74

⁴ Про затвердження Загальнодержавної Програми адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу : Закон України від 18 березня 2004 р. // Відом. Верхов. Ради України. – 2004. – № 29. – Ст. 367.

входження нашої країни до європейської спільноти, з другого — дозволило б найбільш цивілізованими та ефективними засобами забезпечувати систему попередження й ліквідації шкоди, заподіяної навколишньому середовищу.

Із викладеного вище слід зробити висновок, що інститут відповідальності за порушення законодавства про природно-заповідний фонд потребує удосконалення.

Нове теоретичне дослідження державного ладу України¹

Монографія Л. Р. Наливайко «Державний лад України: теоретико-правова модель» присвячена теоретичному аналізу державного ладу, як юридичної категорії та його трансформації в умовах становлення громадянського суспільства в Україні. Важливість такого дослідження зумовлюється тим, що категорія «державний лад» вживається часто і неоднозначно тлумачиться різними дослідниками, зокрема з огляду на різні концептуальні побудови та пояснювальні схеми, що застосовуються в емпіричних дослідженнях. Крім того, в українській науці недостатньо обґрунтована теорія функцій держави, у тому числі не проведено системного, ґрунтовного аналізу змісту функцій сучасної Української держави, що зумовлює актуальність цієї роботи.

Важливість розробки наукової проблематики форм і методів реалізації функцій держави в сучасних трансформаційних умовах обумовлюється їх рухливим характером, залежністю розвитку і сутності від змін у державному й суспільному житті, від політичних, економічних, соціальних та інших перетворень, тому має як теоретичне, так і практичне значення для функціонування держави.

Тематична актуалізація пов'язана також із тим, що формування в Україні правової держави та громадянського суспільства безпосередньо пов'язано з проблемою створення системи ефективних гарантій державного ладу, вирішення якої базується на розробці та застосуванні певних умов, прийомів та механізмів їх реалізації в суспільних відносинах. Вищезазначене обумовлює важливість і необхідність теоретичного узагальнення та певного переосмислення існуючих поглядів щодо подальшого розвитку державного ладу, в тому числі формування теоретичних положень про гарантії ефективної реалізації конституційної моделі державного ладу України в сучасних трансформаційних умовах з метою забезпечення його відповідності реаліям та перспективам суспільно-політичного розвитку.

¹ Наливайко Л. Р. Державний лад України: теоретико-правова модель : монографія / Л. Р. Наливайко. – Х. : Право, 2009. – 600 с.

Л. Р. Наливайко у своєму дослідженні проаналізувала співвідношення правової категорії «державний лад» з такими категоріями, як «конституційний лад», «суспільний лад», «форма держави», «політична система» тощо, запропонувала нові визначення в категоріально-понятійному апараті теорії державного ладу, обґрунтувала періодизацію основних етапів розвитку сучасного державного ладу України та запропонувала рекомендації щодо його послідовного, комплексного і системного реформування.

Цікавим як у теоретичному, так і в практичному значенні, є авторський підхід щодо визначення змісту принципів державного ладу, під якими пропонується розуміти фундаментальні, відправні ідеї, які виражають найважливіші закономірності розвитку державного ладу, мають політико-правовий, програмний, імперативний характер, юридичне верховенство щодо інших нормативних положень і відповідають об'єктивній необхідності розбудови демократичної правової держави.

У монографії «Державний лад України: теоретико-правова модель» проаналізовано поняття «функції Української держави», їх ознаки, запропоновано їх класифікацію, форми реалізації тощо.

Необхідно відзначити, що у роботі здійснено комплексний аналіз механізму Української держави як інституціонального елемента державного ладу, узагальнено й уточнено його ознаки, принципи організації та функціонування. Л. Р. Наливайко врахувала різноманітні точки зору, які існують в юридичній науці щодо визначення поняття «державний орган», сформулювала його ознаки та підходи до класифікації.

Разом із тим поряд із вищезгаданими надбаннями у монографії Л. Р. Наливайко, як у будь-якому науковому дослідженні складної та багатоаспектної проблеми, присутні окремі погляди та позиції, що є предметом наукової дискусії або потребують подальшого наукового опрацювання.

Зокрема, подальшого наукового осмислення потребує питання функцій Української держави, розкриття їх теоретико-правового змісту. Окрім того, досліджуючи теоретико-концептуальну модель механізму Української держави, доцільно було б зупинити свою увагу не тільки на органах держави, як основному його елементі, а й детальніше розглянути інші елементи механізму держави.

Як підсумок можна зробити висновок, що монографічне дослідження Л. Р. Наливайко «Державний лад України: теоретико-правова модель» проведено на належному теоретичному рівні, у ньому поставле-

но актуальні наукові завдання та запропоновано шляхи вирішення окремих як теоретичних, так і практичних проблем теорії держави та права.

О. Дашковська, доктор юридичних наук, доцент кафедри загальнотеоретичних дисциплін Полтавського факультету Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого;
В. Колісник, доктор юридичних наук, професор кафедри конституційного права України Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Корисне науково-навчальне видання в галузі конституційного права

Конституційне право України є динамічною галуззю, на яку повсякденно відчувається попит, насамперед у політичних колах. Пояснень цьому є досить багато, адже країна, здобувши незалежність, знаходиться в пошуках оптимального шляху свого подальшого розвитку та не може обійтися без нових наукових розробок у галузі державотворення, і, перш за все, розробок у сфері політико-правових реформ. Разом з тим серед завдань конституційного права є не лише доктринальне супроводження оновлення конституційного ладу, а й підвищення загального рівня правової культури як пересічних громадян, так і посадовців. Адже лише в тому разі, коли цінності сучасного конституціоналізму, такі, як верховенство права, періодичні демократичні вибори, поділ влади, політичний та економічний плюралізм, гарантування основних прав, будуть сприйняті та визнані переважною більшістю населення, можна буде говорити про наявність серйозних передумов для побудови на теренах нашої країни демократичної, правової держави.

Безсумнівно, що цій вагомій державотворчій меті служать видання навчального характеру, яких останнім часом почало з'являтися дедалі більше. Однак не всі вони відповідають високому званню підручника чи навчального посібника вищої школи, попри те переважна більшість з них становлять певну користь та цікавість не тільки для науковців та студентів, а й нефахової аудиторії, яка виявляє інтерес до питань конституційно-правової тематики.

На цьому фоні не можна не відмітити рецензоване академічне видання за авторства О. В. Скрипнюка¹. Як зазначено в анотації до «Курсу сучасного конституційного права України», воно розраховане на широке коло читачів, серед яких зазначаються не тільки викладачі юридичних факультетів та студенти, а й науковці та державні службовці. Аналіз тексту запропонованого курсу свідчить про те, що автор намагався викласти матеріал таким чином, щоб він був доступний усім, хто цікавиться розвитком конституційних процесів у країні. Слід відзначити, що зміст рецензованої роботи цілком виправдовує ту назву, яку їй надав автор. Рецензована робота не є підручником у власному сенсі слова, але водночас придатна для використання у навчальному процесі. У цьому, насамперед, і полягає науковий інтерес, який викликає її видання.

До інших позитивних рис роботи академіка О. В. Скрипнюка слід віднести архітектуру видання. Автор поділив увесь матеріал на дві частини. Перша «Загальна частина» включає в себе такі блоки: «Конституційне право як галузь права і наука», «Система конституційного права України», «Джерела конституційного права України», «Основи теорії Конституції України», «Конституційно-правові відносини», «Конституційно-правова відповідальність», «Конституційне право України та конституційне право Європейського Союзу», «Конституційне право як наука і навчальна дисципліна». У даному випадку виникає запитання відносно потреби у дублюванні питань аналізу конституційного права як науки, притому, що у першому підрозділі під назвою «Конституційне право як галузь права і наука» автор зосереджує свою увагу виключно на аналізі конституційного права як системи норм права.

Вже на цьому етапі відзначаємо оригінальний підхід О. В. Скрипнюка у питанні донесення до читача власної позиції із складних питань конституційного права: автор щоразу намагається ознайомити читача із найбільш широким спектром поглядів, що існують у науці відносно тієї чи іншої проблеми, і поряд з цим висловлює своє бачення вирішення такого наукового завдання. Видання у цьому аспекті видається схожим не тільки на навчальний посібник, а й на реферативно-аналітичне видання, яке може мати користь для підготовки студентів до практичних занять, виконання ними індивідуальної, в тому числі і магістерської роботи із курсу конституційного права.

¹ Скрипнюк О. В. Курс сучасного конституційного права України : академічне видання / О. В. Скрипнюк. – Х. : Право, 2009. – 468 с.

Водночас можемо висловити побажання при наступних перевиданнях роботи спиратися не тільки на вітчизняну джерельну базу (хоча, слід визнати той факт, що останнім часом, вона стає все більш ґрунтовною та різнобічною), а й на роботи вчених-конституціоналістів США, Західної Європи та Російської Федерації, особливо в частині аналізу теоретичних проблем конституційного права.

Загальна частина курсу містить низку плідних та оригінальних ідей. Так, вельми позитивним у цій частині є виклад автором матеріалу, присвяченого історії конституційного права та його соціальному призначенню (с. 19–27). Плідною є думка автора про те, що «поряд із комунікаційною функцією конституційне право України має також пізнавальні функції, даючи змогу вченим-правознавцям, політичним і громадським діячам, а також усім зацікавленим особам виявити реалії та перспективи побудови правової, соціальної держави» (с. 26–27).

Досить цікавим і нестандартним є також погляд автора на правосуб'єктність Українського народу як ключового суб'єкта конституційного права. Насамперед, акцентується увага на тому, що «зміст конституційної правосуб'єктності Українського народу визначається його правами та обов'язками» (с. 92). Причому О. В. Скрипнюк виділяє політичні, економічні права та права у духовній сфері. До останніх пропонується віднести право народу «на державну мову, релігію, церкву, національну ідеологію, освіту, науку, на утворення загальнонаціональної та галузевих наукових академій» (с. 93). Це положення краще було б розглянути окремо та в узгодженні із традиційною концепцією характеристики народу-суверена як носія установчої влади.

Другою складовою академічного видання є «Особлива частина», яка у свою чергу складається із двох глав — «Конституційне матеріальне право України» та «Конституційне процесуальне право України».

У межах першої глави автор викладає матеріал, присвячений основним інститутам конституційного права України, таким, як основи конституційного ладу, адміністративно-територіальний устрій України, конституційно-правовий статус людини і громадянина в Україні, форми безпосередньої демократії в Україні, статус парламенту України, статус Президента України, статус органів судової влади та прокуратури, статус місцевого самоврядування.

Слід вітати свіжий підхід у викладенні матеріалу, присвяченому конституційним основам Української держави: окремо розглядаються питання конституційних основ демократизації політичного режиму в

Україні й конституційних основ національної безпеки та оборони України. У першому з названих підрозділів автор аналізує загальні питання демократичного врядування, а також ті проблеми, які існують на шляху утвердження в Україні демократичної та правової державності. У другому підрозділі досліджується суб'єктно-об'єктний склад механізму захисту національної безпеки України із конституційно-правової точки зору.

Розкриваючи зміст існуючого конституційного ладу, О. В. Скрипнюк аналізує його ключові засади, причому робить це крізь призму класифікації їх на конституційні основи державного ладу та конституційні основи суспільного ладу (окремо розглядаючи конституційні основи розвитку громадянського суспільства в Україні). Такий підхід був досить традиційним для радянської науки державного права, і автор відверто говорить про те, що у вітчизняній юридичній науці вчені не виправдано уникають визначення категорії «конституційні основи державного ладу» (с. 157). Разом з тим, поважаючи позицію автора, хотілося б полемізувати з приводу того, що державний лад України окрім функціональних основ держави включає в себе також економічні, соціальні та культурні (духовні) основи (с. 157).

Іншою достатньо дискусійною тезою є позиція автора щодо розуміння змісту принципу верховенства права. Суперечливим виглядає тлумачення верховенства права як пріоритетності права як щодо держави та політики, так і щодо «економіки, культури та інших інститутів держави, а також щодо інших регуляторів суспільних відносин — моралі, звичаїв, традиції тощо». Таке суперечливе розуміння верховенства права не дає змоги чітко усвідомити значення принципів рівності, справедливості, гуманізму, пропорційності та інших складових «rule of law» у державному та суспільному житті, а також механізм впливу політики, економіки, культури на формування права.

Як зазначалося раніше, автор виділяє у складі конституційного права матеріальну та процесуальну складові. Такий розподіл останнім часом має характер тенденції у вітчизняній публічно-правовій науці. Аналогічним чином О. В. Скрипнюк будує матеріал і у власній роботі. Хотілося б звернути увагу на проблему виділення в окрему підгалузь чи навіть галузь конституційно-процесуального права.

Насамперед, незважаючи на те, що наукова розвідка у цій царині здійснюється протягом останніх 15 років, до останнього часу не запропоновано жодного чіткого розуміння предмета конституційно-

процесуального права як критерію його відокремлення в системі національного права. Так, як і в цьому випадку, автор, аналізуючи думки вітчизняних учених, не дає власного бачення предмета конституційно-процесуального права, а лише зупиняється на розкритті змісту такого явища, як «конституційний процес», — «це важлива складова системи національного конституційного права, що об'єднує процесуальні норми конституційного права, на основі яких між суб'єктами конституційного процесу виникають, змінюються та припиняються правовідносини, які передбачають виникнення конституційних спорів і їх обов'язкове судове вирішення» (с. 436).

Ми звернули увагу на складні питання виокремлення конституційно-процесуального права, оскільки такий підхід починає останнім часом домінувати в юридичній освіті та науці. З'являються навіть окремі підручники з конституційно-процесуального права з абсолютно надуманим змістом та такими малозрозумілими структурними складовими, як «адміністративно-територіальний процес» тощо. При цьому самі автори таких навчальних видань не можуть пояснити, у чому полягає принципова відмінність конституційно-процесуального права від конституційного права, і на яких підставах можна розривати конституційно-правовий матеріал, виокремлюючи в ньому суто процесуальні норми. Це призводить до того, що в одну систему включають абсолютно різні за своїм змістом та правовою природою процедури з питань громадянства, виборчі процедури, процедури у конституційному судочинстві, процедури з питань адміністративно-територіального устрою тощо. У результаті ті самі автори видають підручники з конституційного права та конституційно-процесуального права, включаючи до обох норми конституційного права, які мають процесуальний характер.

У цьому контексті слід вітати зважений підхід О. В. Скрипнюка, який лише окреслює теоретичні проблеми започаткування «Конституційно-процесуального права» як окремої навчальної дисципліни та відповідного виокремлення конституційно-процесуального права в публічному праві України.

Загальний висновок по рецензованій роботі полягає в тому, що Скрипнюку Олександрю Васильовичу вдалося написати цікаве та ґрунтовне навчальне видання з конституційного права України, в якому висвітлюється широкий спектр складних питань конституційно-правового розвитку України із аналізом відповідної монографічної та

навчальної літератури. Переконані, що це видання стане корисним не тільки у навчальному процесі, а й у практичній діяльності народних депутатів України, депутатів місцевих рад, державних службовців та інших осіб, які цікавляться конституційно-правовою проблематикою.

М. В. Цвік, академік АПрН України,
доктор юридичних наук, професор;
Ю. М. Грошевий, академік АПрН України,
доктор юридичних наук, професор;
Ю. Г. Барабаш, доктор юридичних наук, доцент

XXIV Конгрес із філософії права і соціальної філософії «Глобальна гармонія та верховенство права»

15–20 вересня 2009 р. у Пекіні відбувся XXIV Конгрес із філософії права і соціальної філософії з теми: «Глобальна гармонія та верховенство права». Конгрес проходив під егідою Міжнародної асоціації філософії права і соціальної філософії (IVR), яка відзначила свою соту річницю¹. Головним спонсором цього форуму було Юридичне товариство Китаю², а безпосередніми співorganizаторами — Академія юриспруденції Юридичного товариства Китаю і Центр правових обмінів Китаю. Офіційними мовами конгресу були англійська і китайська.

Вибір головної теми конгресу — «Глобальна гармонія та верховенство права» обумовлено тим, що поняття гармонії посідає провідне місце як у східній, так і в західній філософських традиціях, і може бути застосоване для того, щоб описати цілі розвитку багатьох суспільств. На відміну від більш відомого поняття «глобалізація», «глобальна гармонія» охоплює багато з наших спільних ідеалів із приводу взаємин між країнами, культурами і правовими системами, також між

¹ Міжнародна асоціація філософії права і соціальної філософії (IVR – Internationale Vereinigung für Rechts und Sozialphilosophie) була заснована в 1909 р. у Берліні. Періодичність проведення конгресів – раз на 2 роки.

² Юридичне товариство Китаю (China Law Society – CLS) – загальнонаціональна громадська і академічна організація правників, яка служить зв'язуючою ланкою між юристами-вченими та юристами-практиками. Вона є важливою силою у сприянні розвитку демократії і правової системи, розквіту правових досліджень і стимулювання прогресу верховенства права. Як головний канал міжнародних обмінів у галузі права, CLS встановила дружні відносини із майже 450 юридичними дослідницькими організаціями, юридичними асоціаціями, юридичними школами та інститутами у понад 80 країнах і регіонах світу і забезпечила широке співробітництво стосовно обміну делегацій, академічних навчань, тренінгів спеціалістів у галузі права тощо. Юридичне товариство Китаю було засновано в 1949 р. На цей час має понад 140 тисяч індивідуальних членів і включає 32 локальних юридичних товариств на рівні провінцій і 40 підвідомчих академій з окремих галузей права та правових проблем.

людством і природою. Пропонуючи розглядати роль верховенства права у просуванні глобальної гармонії, організатори XXIV Всесвітнього конгресу IVR намагалися не тільки надати більшого розголосу традиціям і сучасним поглядам у незахідних культурах, а й запропонувати нові виміри співпраці серед східних і західних учених.

У роботі конгресу взяли участь понад 700 делегатів із понад 50 країн світу. На пленарних засіданнях було заслухано і обговорено 10 доповідей відомих учених. На засіданнях більш ніж 50 секцій — спеціальних семінарів і робочих груп активно і доброзичливо проходив обмін думками щодо головної теми та з інших питань, що сприяло поглибленню взаєморозуміння і досягненню важливих наукових результатів.

На відкритті конгресу з доповіддю *«Індивідуальні права і світовий порядок»* виступив відомий британський філософ права (нині — професор Колумбійського університету) **Джозеф Раз**. Із універсалістських позицій він розглядав індивідуальні права (їх визнання та здійснення) як один з аспектів світового порядку, що зароджується, приділяючи увагу питанню про права в цілому, визначенню місця прав людини у світовому порядку, а також аналізу складностей та ризиків, пов'язаних з їх роллю в цьому процесі.

Представлена в доповіді концепція прав Дж. Раза включає чотири тези: 1) об'єктом прав є цінність (цінне для володаря прав); 2) володіння правом є цінністю для володаря прав (тобто право є цінністю); 3) право одного обмежує свободу інших, тобто обумовлює певні обов'язки: створювати можливості або не заважати володарю прав володіти правом і об'єктом права (обов'язки поважати право); 4) володар прав безпосередньо реагує на дотримання або порушення своїх прав, проте встановлення і захист прав не належить виключно володарю прав: це також здійснюється суспільною культурою і правовими інститутами. Володар прав може відмовитися від своїх прав, проте існують права, від яких неможливо відмовитися — це певні основні свободи або права людини.

Права людини на відміну від інших прав завжди зберігають свою дійсність, навіть якщо вони не включені до договорів і конституції. Проте їх здійснення потребує інституціоналізації. Вони поєднують у собі виключну важливість і універсальність. Дж. Раз пропонує раціонально-ціннісний підхід до виправдання універсальності прав людини: «Права не виникають з необхідністю із прав. Вони виникають із міркувань, як досягти цінностей життя». Права людини є синх-

ронно універсальними в тому сенсі, що всі люди, що живуть нині, володіють ними. Важливість прав людини полягає в утвердженні цінності людини і перерозподілу влади від впливових суб'єктів до кожної людини і будь-якої групи і асоціації, що прагне захищати інтереси звичайних людей. Визнання прав людини означає визнання їх моральної гідності. Критерієм ідентифікації прав людини Дж. Раз вважає те, що їх дотримання може вимагати кожний, включаючи людей і організації, які не пов'язані з цією країною.

Досліджуючи роль прав людини у світовому порядку, Дж. Раз виділяє складності, пов'язані з процесом, і складності, пов'язані зі змістом.

Процесуальний аспект стосується інститутів, які мають легітимну владу розв'язувати спори стосовно меж прав і підтримувати їх дотримання. В ідеалі права людини мають здійснюватися без будь-якого інституційного втручання, проте вони здійснюються завдяки закону. Життєва важливість неупереджених, ефективних і надійних інститутів для управління і здійснення прав людини підкреслюється доповідачем через такі положення: по-перше, наявність людського права на щось обумовлює обов'язок встановити і підтримати неупереджені, ефективні і надійні установи для спостереження за виконанням і захистом його від порушень; по-друге, доки такі інститути існують, необхідно утримуватися від спроб примусового проведення в життя права; по-третє, якщо з урахуванням обставин, що склалися, нема ніякої перспективи того, що неупереджені, ефективні і надійні інститути можуть з'явитися стосовно певного права, тоді це право не є правом людини, і ми маємо утримуватися від закликів його виконувати.

Головні складності у змістовному плані пов'язані з необхідністю врахування саме діалектики універсального і різноманітного в розумінні і застосуванні прав людини. У деяких випадках виникає підозра, що вимоги в галузі прав людини є культурно упередженими, вони нав'язують цінності Заходу всьому світові. Тому врахування складностей, пов'язаних із культурною різноманітністю стосовно прав людини, є необхідною вимогою в умовах становлення глобального порядку.

Таким чином, Дж. Раз показує, що при аналізі будь-якого права слід виявити практичний сенс права, визнати і його універсальність, і його чутливість до культурних варіацій. Він констатує, що сучасна практика міжнародних прав людини є недосконалою щодо цього. У той час як права не є абсолютними, їх справедлива інтерпретація і виконання потребують чуттєвості до культурного різноманіття і до

інших цілей. Для реалізації цього завдання потрібні міжнародні публічні дебати щодо прав людини.

Наступного дня, 16 вересня, було продовжено дискусію про співвідношення між універсальним і культурним різноманіттям, у межах якої із доповіддю *«Культурна різноманітність, міжцивілізаційний діалог і гармонія — конфуціанська перспектива»* виступив професор Гарвардського та Пекінського університетів **Веймінг Ту**. Він звернув увагу на те, що культурна різноманітність є безперечним фактом життя у світі. Проте вона має подвійний характер: відзначається як істотний аспект людського процвітання і водночас викликає побоювання як загроза глобальному громадянству. В умовах небезпеки для людського роду важливу роль має відіграти міжкультурний діалог, який хоча і не є розв'язанням проблеми вузького партикуляризму або екологічної кризи, втім є першим кроком у напрямі людського виживання та процвітання. Саме культурна різноманітність повинна стати точкою відліку для міжкультурного діалогу.

Парадоксальним є те, що у міру зростання інерції глобалізації значну увагу приділяють індивідуальній, комунальній, національній і регіональній ідентичності. Саме це посилює увагу до культурної різноманітності. В основі суперечливих відносин між економічною і культурною глобалізацією лежить складна проблема «одвічних зв'язків», під якими розуміють істотні особливості, що є особливостями буття людини як унікальної особистості. У ХХІ ст. такі зв'язки набувають особливої значущості для особистісної ідентичності, яка часто має спільнотний характер. Найголовніші з них: етнічна приналежність, стать, вік, мова, народження, статус і віра.

Одвічні зв'язки роблять нас живими людьми і їх існування ще не роз'їла глобалізація. Для того щоб стати космополітичним громадянином, немає потреби відмовлятися від цих зв'язків. І взагалі від них неможливо відмовитися без наслідків для психічного і фізичного благополуччя. Економічна глобалізація завдяки владі ринку гомогенізує життя. Побоювання, що економічна глобалізація знищить душу індивіда, групи, нації, очевидні у всьому світі. Ми маємо серйозно прийняти постійність одвічних зв'язків у глобальному процесі. Культурна політика має бути спрямована на те, щоб активна участь у глобальних процесах здійснювалася з повним усвідомлюванням твердих підстав особистої ідентичності.

Глобалізація обумовила активний плюралізм культур і культурний діалог. Культура страждає від ізоляції, для її розвитку необхідний

обмін, тому діалог — це особливість благодійної культури. Міжкультурний діалог, на думку В. Ту, є такою практикою, яка полегшує дискурс на основі універсальної етики. Особливо це стосується прав людини. «Абстрактний універсалізм, можливо, забезпечує сильнішу аргументацію для глобального обґрунтування прав людини, проте більш розумним і практичним буде підхід, який звертається до прав людини в контексті культурної різноманітності. Як культура не посягає на права людини, гарантовані міжнародним правом, так і не повинна культура використовуватися для виправдання обмеження прав людини. Проте міжкультурний діалог може відігравати ключову роль у поширенні конструктивних дебатів із проблем прав людини, як, наприклад, стосовно культурних перспектив різних поколінь прав людини, першості політичних або економічних прав, взаємовідношення між правами і обов'язками і можливості виведення прав людей з обов'язку (відповідальності) еліти».

Міжкультурний діалог може також полегшити універсальний дискурс без підризу культурної різноманітності. Політика культурної ідентичності на підставі одвічних зв'язків має бути визнана у всіх міжнародних діалогах. Культурна ж різноманітність ніколи не може використовуватися як виправдання для обмежених інтересів і шовіністичного націоналізму. Саме міжкультурні діалоги мають сприяти плідним обмінам ідей із проблем прав людини в перспективі культурної різноманітності і стати основою для становлення діалогічної цивілізації.

У доповіді **Антуана Гаропона**, генерального секретаря Інституту фундаментальних досліджень юстиції Франції *«Судді на перехрес-ті між всесвітнім та універсальним вимірами»*, було акцентовано увагу на розрізненні понять «всесвітнє» (worldwide) і «універсальне» (universal) як двох вимірів глобалізації. Перший вимір є матеріальним, він включає поширення та обмін матеріальними ресурсами, другий же є ідеальним, він заснований на передумові морального порядку та його «можна легко зрозуміти через ідею прав людини і більшою мірою — через гуманітарні права». Ці два виміри глобалізації знаходять свій вияв у наявності двох відповідних інституцій — Люксембурзького і Страсбурзького судів.

Проте два виміри глобалізації не заперечують значущість традиційного, тобто національного, виміру сучасного світу. Тому автор наполягає на необхідності розділяти три ідеальні моделі: національну, світову та універсальну. Вони розрізняються за такими критеріями: за

визначенням простору — територія, відносини, абстракція; за прагненням — спокій, рух, ідеал; за суб'єктами — населення і суверенітет, рух об'єктів, певна ідея людства; за формами авторитету — закон, ефективність, ставлення до історичних злочинів проти людяності; за формами створення права — законодавство, м'яка регуляція, декларація; за легітимацією права — політичні джерела, потреби, цінності та ідеали.

Висновком із цієї моделі є те, що кожний із вимірів не може домінувати в сучасному світі, кожний із них є неповним і водночас необхідним. Тому між ними будуть встановлюватися крихкі компроміси, а судді повинні об'єднувати універсальність принципів права з владою ринку та фінансів і упертістю територіальних реалій.

Професор Університету Мальтепе (Туреччина), почесний президент Міжнародної федерації філософських товариств¹ **Іоанна Кучурад** виступила з доповіддю на тему «*Переосмислюючи філософію права*», в якій вона звертає увагу на ті проблемні питання, які повинна розглядати філософія права, для того щоб зробити свій внесок у вирішення проблем нашого часу, зокрема питань законотворчості і правозастосування. До першої групи увійшли питання концептуалізації ідей, а також оцінювання, обґрунтування і дедукції норм, до другої — питання аналізу діяльності судді.

На думку автора, концептуалізація того, що ми називаємо «право» (right), приводить до висновку, що право є те, що повинно належати його носію і що йому слід надати. Оцінювання норм може полягати у звертанні уваги на результати, які вона дасть (користь або шкоду) або на схвалення чи осудження норми з точки зору світогляду, ідеології, культурних і релігійних поглядів. І. Кучурад вказує на необхідні вимоги, яких потрібно дотримуватися для правильного оцінювання норм передусім членами парламенту, а саме: зрозуміти, *що* норма вимагає і чому вона це вимагає; показати її особливість порівняно з іншими нормами, що регулюють подібні відносини; розглянути ті передбачувані результати, які вона дасть при її застосуванні у певній реальній ситуації для прав людини. Важливим питанням філософії права є виправдання норм (встановлення підстав, чому потрібно дотримуватися положень норм), а саме — з'ясування передумов прийняття норми,

¹ Міжнародна федерація філософських товариств (International Federation of Philosophical Societies) – міжнародна неурядова організація, заснована в 1948 р. Мета її діяльності – сприяння обміну інформацією між філософами всіх країн. Періодичність проведення конгресів – раз на 5 років. Останній проходив у 2008 р. у Сеулі (Південна Корея).

засад впровадження в життя норми, а також визначення гносеологічних та аксіологічних особливостей цих передумов, у кінцевому підсумку — відповідність правам людини. Вона також показує, що законодавці мають володіти навичками дедукції норм, особливо норм про права людини, і вміти приймати закони на основі цих прав.

Іншим завданням філософії права професор Кучурад і вважає аналіз діяльності судді. Робота судді полягає в розгляді справи і ухваленні рішення по справі для того, щоб оцінити дії осіб щодо інших в ім'я «чогось» або «когось», а також захищати в існуючих умовах те «щось», в ім'я якого він вимагає від людей нести відповідальність. Аналіз діяльності судді виділяє три стадії: ознайомлення зі справою, розгляд справи, прийняття рішення. Особливу увагу доповідач приділив стадії розгляду справи, під час якої суддя встановлює зв'язок між учинком обвинуваченого і нормою відносно «того, що не повинно бути зробленим». Те, як суддя розуміє норму, зумовлює наявність трьох типів суддів або різних можливостей виконання роботи судді. Перший тип — це судді, які розглядають підсудні їм справи в ім'я «групи», що вони представляють, тобто в ім'я норм, прийнятих цією групою. Це тип судді, що несе відповідальність перед цією групою за ці норми. Те, що цей суддя захищає, коли веде справу, фактично є цими законами чи нормами і громадським порядком, якими би вони не були. Другий тип — судді, які судять вчинки осіб в ім'я «людства» і вимог, що походять від знання про людські цінності, або в ім'я принципів, спрямованих на захист цінностей. Вони несуть відповідальність перед цими принципами людства і захищають ці принципи. Третій тип — це судді, які вважають, що несуть відповідальність перед тими, кого вони судять, і відповідальні за визначення прав обох сторін, тобто відповідальні за встановлення, чи виконали сторони у справі, яка розглядається, належні їм обов'язки. Такий суддя, розглядаючи справу, захищає кожну зі сторін, тобто встановлює справедливість у ситуації в цілому. Саме від вибору концепції діяльності судді залежить прийняття рішення.

17 вересня професор філософії Хантер-Коледж і Університету міста Нью-Йорку (США) Керол Гоулд у доповіді **«Різноманітність, демократія та діалог у форматі прав людини»** особливу увагу звертає на значення мережі Інтернет як такого вільного інформаційного простору, що дозволяє безперешкодно обмінюватися аргументами людям із різних частин світу. Дискурс он-лайн дає можливість людині донести свою думку з приводу тих чи інших рішень, що стосуються

її прав, до максимально широкого кола осіб. Таким чином, фактично відбувається формування транснаціональної громадської думки. Активна Інтернет-спільнота сприяє більшій відкритості та підзвітності наднаціональних інституцій. Результати такого обговорення мають братися до уваги при укладанні міжнародних договорів, що покликані забезпечити розвиток системи прав людини.

К. Гоулд також указує на можливість розглядати міжнародні акти як такі, що відкриті для інтерпретації в конкретних етногеографічних умовах. Таким чином, обґрунтовується ідея існування також і регіональних суспільних сфер дискурсу і обговорення. Суть цієї ідеї полягає в тому, що мають бути враховані регіональні чи місцеві культурні особливості різних народів світу. Мова йде про застосування принципу так званої «конкретизованої універсальності», що передбачає конкретизацію загальнолюдських цінностей, закріплених на міжнародному рівні, але аспект універсальності виявляється тут у тому, що ця конкретизація не може вести до нівелювання закріплених прав та дискримінації, тобто регіональні суспільні сфери дискурсу і обговорення лише імплементують певні універсальні права, не намагаючись при цьому змінити їх сутність. Отже, суспільна сфера дискурсу і обговорення є тим механізмом, що має на меті забезпечення долучення людини до процесу прийняття рішень наднаціональними інституціями, забезпечення представлення інтересів людини, а тим самим — забезпечення участі людей у процесі подальшого розвитку системи прав людини, що стає глобальною.

Науковий співробітник Тайпейської Академії наук **Вейджен Чанг** у доповіді *«Класичні китайські теорії норми та їх вплив на розвиток традиційної китайської правової системи»* розкрив маловідомі аспекти правової філософії Китаю та їх значення у сучасних контекстах щодалі тіснішого співіснування правових систем.

Він підкреслив, що поряд із соціальними, політичними, економічними, ідеологічними та іншими чинниками на розвиток традиційної китайської правової системи здійснювали вплив класичні теорії норм, які розроблялися конфуціанцями, легістами, даосистами і моїстами. Мислителі пропонували своє вирішення проблем, що виникали у суспільстві, проте впливовими вони ставали тільки тоді, коли обиралися правителями для застосування. Водночас традиційна китайська система мала дві частини — формальну і неформальну, які були спрямовані на досягнення загальної мети — соціальної гармонії, що головним чином виражало ідеї та ідеали конфуціанців. Прості люди, не чекаючи

багато від уряду, розглядали закон швидше як низьку форму норми, яка могла бути жорстка і несправедлива, вони вважали за краще жити під системою вищих норм. Протягом багатьох століть звичайні люди використовували неформальну частину правової системи доволі ефективно, залишаючи формальній частині обмежену роль у їх житті.

Ця особливість була проігнорована як іноземними критиками, так і китайськими інтелектуалами, які бачили в традиційній китайській правовій системі тільки недоліки. Після двох революцій у XX сторіччі її було відкинуто повністю і необдумано встановлено систему, засновану переважно на західних моделях. Проте деякі її елементи суперечили китайському етосу. Тому система не працювала гладко, стикаючись із відкритим і прихованим опором із боку населення.

В. Чанг наполягає на необхідності створення «дійсно нової китайської правової системи», підкреслюючи, що правова реформа повинна брати до уваги всі хороші ідеї (китайські й західні, старі й нові), тобто проводитися обачно, вибірково щодо запозичень із інших правових систем. Результатом створення такої системи було б досягнення нового балансу інтересів різних груп людей, нова рівновага, яка дасть можливість китайцям жити в мирі, розвиватися та прагнути гармонічнішого майбутнього.

18 вересня відомий німецький філософ права, один із найактивніших учасників конгресів IVR, професор Кільського університету (Німеччина) **Роберт Алексі** в доповіді «*Подвійна природа права*» представив свою концепцію праворозуміння, яка ним визначається як «м'який непозитивізм» (inclusive nonpositivism). Основним положенням, яке доводить Р. Алексі, є теза про те, що право має подвійну природу, тобто з необхідністю включає два виміри: реальний, або фактичний, який у визначенні права представлений елементами владного встановлення та соціальної ефективності, та ідеальний, або критичний, який знаходить свій вияв у елементі моральної правильності. Всеосяжна ідея Р. Алексі — ідея інституціоналізації розуму. Вона розробляється у три кроки: аргумент від імені ідеального вимірювання права, аргумент від імені реального вимірювання, узгодження ідеального з реальним.

Перший включає тезу про те, що право обов'язково пред'являє претензію до правильності, яка передбачає вимогу моральної правильності, — джерело необхідного відношення між правом і мораллю. Усі заперечення проти тези про правильність послідовно спростовуються Р. Алексі шляхом доказу постулатів вимоги правильності

й теорії дискурсу. Недолік ідеального виміру як процесу винесення ухвали потребує його доповнення реальним, тобто позитивним виміром права. У реальному вимірі юридично відрегульовані процеси гарантують досягнення рішення і передбачають їх здійснення.

Узгодження ідеального і реального передбачає розрізнення двох рівнів правильності: першого порядку (звертається тільки до ідеального вимірювання і містить справедливість як таку) і другого порядку, яка стосується як ідеального, так і реального вимірів і містить як справедливість, так і визначеність. Саме цей вимір стає головним на третій стадії інституціоналізації розуму. В матеріальному аспекті такої інституціоналізації міститься постулат про найбільш віддалену межу права, якою є крайня несправедливість. Стосовно цього питання стикаються — позитивізм у його двох версіях: м'який і жорсткий і неопозитивізм у його трьох версіях: жорсткий, м'який і суперм'який, з яких тільки м'який неопозитивізм, на думку автора доповіді, повною мірою ілюструє подвійну природу права. Процесуальний аспект інституціоналізації розуму виявляється у демократичному конституціоналізмі, необхідні елементи якого — демократія і конституційні права в контексті теорії дискурсу і мають подвійну природу. Поєднання ідеального і реального вимірів також здійснюється у юридичній аргументації та взаємодії правил і принципів у застосуванні права: правила виражають категоричну, або реальну, необхідність, а принципи — ідеальну.

З усього викладеного автор доповіді робить висновок про те, що подвійна природа права присутня — явно або неявно — у всіх фундаментальних питаннях права. Це єдина найбільш істотна особливість права, яка показує, чому юридичний позитивізм не є повністю адекватною теорією природи права.

Професор Університету Хітотсубаші **Морімура Сусуму** (Японія) в доповіді *«Глобалізація та культурне процвітання»* відстоював думку про те, що глобалізація, під якою розуміється всесвітній міжнародний розвиток вільної ринкової економіки, несе з собою культурне процвітання. Професор Сусуму почав із з'ясування значення понять, які він використовує у своїй доповіді. Так, глобалізацію він визначає як процес, в якому люди, гроші та інформація рухаються по всьому світу через національні кордони, роблячи суспільства водночас як схожими, так і різними; тому глобалізація, за його розумінням, несумісна з державною промисловою монополією, вимушеним розвитком і примусовим нав'язуванням певних цінностей. Поняття

«культура» він використовує не в широкому сенсі, як образ життя в цілому, а розуміючи під ним мистецтво і науку. М. Сусуму доводить, що ринкова економіка та її всесвітній прояв допомагає культурному процвітанню, головним чином через те, що збільшує культурну різноманітність у суспільствах, що є природним для людства, завдяки зростанню добробуту, технологічним досягненням і культурному обміну, звертаючись до численних обговорень цього положення і спростовуючи деякі безпідставні твердження на підтримку протилежної, песимістичної точки зору. Головний докір глобалізації за культурний імперіалізм він спростовує тим, що глобалізація збільшує можливості для свободи вибору, включаючи і схильність до традиційної культури, і саме ціннісну нейтральність глобалізації він вважає її перевагою. Хоча в передостанній частині доповіді він назвав деякі реальні проблеми комерціалізації культури, такі як поклоніння сучасності та падіння середнього рівня якості творів, завищена оцінка унікальності й оригінальності, але його загальний висновок — немає причин, що примушують обмежувати комерціалізацію і глобалізацію культури. Більше того, він ратує за розділення держави і культури.

Професор Сусуму також припускає можливі висновки зі своєї головної тези про те, що глобалізація не руйнує, а скоріше допомагає процвітанню всього світу, стосовно можливості і бажаності правової трансплантації: «Сучасне зростання глобалізації робить можливим і бажаним те, щоб країни в усьому світі поділяли загальне розуміння права, особливо верховенства права, як у теорії, так і на практиці, й усунули необов'язкові відмінності між їх правовими системами». Він висловив сподівання, що міжнародне спілкування і обмін ідеями між ученими у сфері юриспруденції і філософії права зроблять великий внесок у цей розвиток.

В останній день роботи конгресу, 19 вересня, заступник голови Комісії із законодавчої роботи Постійного Комітету Всекитайських Зборів Народних Представників **Чуньїнг Ксін** ознайомила присутніх із баченням розвитку сучасної китайської правової системи в доповіді *«Соціальна реформа та прогрес через право: приклад Китаю»*. Доповідь складалася з трьох частин: соціальна реформа через право; переваги та проблеми побудови моделі верховенства права; гармонійне суспільство — мета верховенства права в Китаї. Ч. Ксін звернула увагу на те, що за планової економічної системи, доки адміністративне рішення могло розв'язати будь-яку проблему, не було ніякої соціальної

потреби у праві, втім така потреба виникла в ході соціальної реформи. Зараз верховенство права розглядається як важливий інструмент соціальної реформи, перш за все у гарантуванні економічного розвитку і політичної реформи, виконанні зобов'язань перед міжнародним товариством і створенні законів, що діють у всіх аспектах соціального життя. Ч. Ксін підкреслила, що Китай — це країна з давньою історією панування людини (rule of man). Тому встановлення влади закону і заміна цього верховенством права саме по собі є важливою політичною реформою в сучасному Китаї.

Доповідач звертає увагу на питання: чому саме в Китаї застосовується термін «побудова» верховенства права замість його розвитку? Чи можемо ми побудувати «верховенство права», як ми будемо дороги, споруди чи школи? Проте характер модернізації в Китаї здійснюється саме у вигляді побудови, а не розвитку, і саме у планомірній побудові «соціалістичної правової системи», що дозволяє цілеспрямовано здійснювати модернізацію, уникаючи деяких проблем пропонованого проекту, вбачається головна перевага китайської моделі верховенства права. Проблемою ж є невиконання законів через їх невідповідність реальності та невиконання судових рішень.

Підкреслюючи, що досягнення гармонійного суспільства в Китаї має давню історію і ґрунтується на поглядах Лао-Цзи і Конфуція, доповідач сформулювала фундаментальні ознаки китайського «соціалістичного гармонійного суспільства»: демократичне верховенство права, чесність та справедливість, добробут та філантропія, енергійність, стабільність і порядок, гармонія між природою та людиною і вказала на основні вимоги щодо реалізації соціальної гармонії: встановлення правових основ через демократичне та наукове законодавство, здійснення влади відповідно до закону, справедливе судочинство.

Пленарні засідання завершилися доповіддю переможця конкурсу IVR серед молодих учених **Матільди Коген** із Колумбійського університету (США) «*Верховенство права як верховенство доводів*». Ключова ідея її виступу полягала у визнанні головним компонентом верховенства права в сучасних правових системах юридичного обов'язку обґрунтування. Цей висновок М. Коген продемонструвала на прикладі судді, який у судовій ухвалі не обґрунтував незадоволення заявлених клопотань, просто вказавши: «тому що я так вважаю». Вона підкреслила, що раціональні доводи є суттєвим компонентом як процедурної, так і матеріальної концепції верховенства права, та підсумувала, що теоретична рефлексія верховенства права має приді-

ляти більше уваги юридичному обов'язку давати обґрунтування, тим самим вести до контекстуально чутливої оцінки верховенства права та його переваг.

Поряд із пленарними значний інтерес викликали секційні засідання, на яких обговорювалися такі теми: захист і покарання в міжнародному кримінальному праві; правове міркування: методи балансування; ефективність, підтримка і справедливість до майбутніх поколінь; філософія прецеденту; альянс або зіткнення цивілізацій? Правовий і політичний аналіз; право в цифровому суспільстві; верховенство права і гармонійне суспільство; китайська правова традиція та її модернізація; право, свобода і верховенство права; глобальні правові вивчення; африканська правова думка і правова філософія; методи прецедентної системи в різних правових традиціях; політичне зобов'язання; перегляд класичних тез у правовій філософії; стать і право; зв'язок між покаранням, відплатою і свободою волі; універсалізм і культурний релятивізм; правова думка і теоретичні основи бразильського права; дебати щодо прав тварин: філософсько-правові питання; секуляризм і верховенство права; право і ділова етика; феноменологія і герменевтика права; біополітика; глобальне середовище, енергія і правова система; людська гідність і основи верховенства права; чесноти у праві; право і література; філософсько-правове вивчення в медіації; традиція природного права, Арістотель і правова філософія; сучасні теорії правової аргументації; поняття права та його нормативний аналіз; право і глобальна гуманітарна допомога; практична юриспруденція; мультиплійна правова культура в Східній Азії; правова соціологія і верховенство права; деліберативна демократія в законотворчому процесі; юрист у міжнародному контексті — працівник чи філософ; багато доль юридичного позитивізму; лібертаризм; правова політика; право і математика; право і мова: дослідження судового дискурсу; право в мультиплійних перспективах; право і мова; корпоративне управління в Китаї; штучний інтелект і право; конфлікт і гармонія глобалізації і локалізації/конфлікт і гармонія демократії і конституціоналізму; нові перспективи стосовно прав людини і розвитку; політичні інститути між іманентним і трансцендентним; публічна відповідальність судді в ліберальній системі правосуддя; справедливість у глобалізації; російська правова філософія в культурному діалозі; права людини: теорія і практика; права людини в Східній Азії і на Заході: визначення себе та інших; сучасна юридична методологія; справедливість і управління в міжнародній спільноті; конституція і верховенство права.

Наступний XXV Всесвітній конгрес із філософії права і соціальної філософії за темою «Право, наука, технологія» планується провести 22–27 серпня 2011 р. у Франкфурті-на-Майні (Німеччина).

Матеріал підготував:

С. Максимов, доктор юридичних наук, професор
Національної юридичної академії України
імені Ярослава Мудрого

П'ятий «круглий стіл» з антропології права у Львові

Нещодавно Лабораторія досліджень теоретичних проблем прав людини юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка за участю Львівської лабораторії прав людини і громадянина Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування Академії правових наук України провела ювілейний — п'ятий — «круглий стіл» на тему: «Антропологія права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи)».

Цей захід, на відміну від усіх попередніх, мав статус міжнародного. Участь у ньому взяли вчені з 4 країн: Азербайджану (Баку), Росії (Єкатеринбург, Іжевськ, Новосибірськ, Самара, Санкт-Петербург), Узбекистану (Ташкент) й України (Дніпропетровськ, Запоріжжя, Київ, Луцьк, Львів, Одеса, Полтава, Сімферополь, Тернопіль, Харків). Серед них були учасники трирічної програми «Сучасна теорія права», організованої Інститутом відкритого суспільства (Open Society Institute) у рамках ініціативи «ReSET». Зрештою, тенденція до розширення географії та кількості учасників цих всеукраїнських «круглих столів» за межі нашої держави намітилася ще раніше¹.

До початку роботи V «круглого столу» організаторам вдалося видати дві збірки матеріалів, в яких вміщено понад 60 статей учасників попереднього й останнього правоантропологічного заходу (рис. 1). Загалом же за 5 років у збірках матеріалів «круглих столів» було видано понад 150 статей загальним обсягом понад 100 ум. друк.² (рис. 2).

¹ Гудима Д. А. Антропологія права як предмет щорічних всеукраїнських «круглих столів» у Львові / Д. А. Гудима // Право України. – 2009. – № 9. – С. 180–182.

² Антропологія права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи) : матеріали Першого всеукраїнського «круглого столу» (м. Львів, 16–17 вересня 2005 р.). – Львів, 2006. – 320 с.; Антропологія права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи) : статті учасників Другого всеукраїнського «круглого столу» (м. Львів, 1–2 грудня 2006 року). – Львів, 2007. – 340 с.; Антропологія права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи): статті учасників Третього всеукраїнського «круглого столу» (м. Львів, 23–24 листопада 2007 р.). – Львів, 2008. – 344 с.; Антропологія права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи) : статті учасників Четвертого всеукраїнського «круглого столу» (м. Львів, 28–29 листопада 2008 року). – Львів, 2009. – 336 с.; Антропологія права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи) : матеріали Міжнародного «круглого столу» (м. Львів, 4–5 грудня 2009 р.). – Львів, 2009. – 440 с.

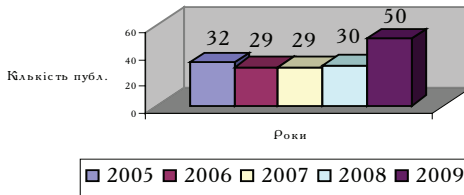


Рис. 1

Динаміка кількості публікацій

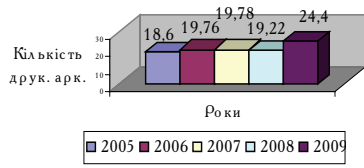


Рис. 2

Динаміка обсягів збірок

Аналіз змісту опублікованих матеріалів виявляє певні тенденції у напрямках правоантропологічних пошуків. Так, якщо у 2005–2007 рр. у доповідях домінували здебільшого проблеми об'єкта, предмета та методології антропології права, то у 2008–2009 рр. — конкретні проблеми праворозуміння, а також правових властивостей людини та антропних властивостей права.

П'ятий «круглий стіл» було проведено 4–5 грудня 2009 р. за вже традиційними трьома тематичними напрямками: «Антропологія права: об'єкти, предмети та методологія дослідження. Праворозуміння як визначальна детермінанта антропологічно-правових досліджень»; «Правові властивості людини й антропні властивості права; універсалізація права та культурні універсалії; плюралізація права та культурно-історичний плюралізм»; «Антропологічні аспекти права у позитивістських й альтернативних їм доктринах. Антропологічні дослідження у ХХ–ХХІ ст. та їх значення для становлення й розвитку антропології права».

Роботу ювілейного заходу відкривали: кандидат юридичних наук, доцент, декан юридичного факультету ЛНУ ім. І. Франка **А. Бойко**, доктор філософських наук, професор, декан філософського факультету цього університету **В. Мельник** і академік АПрН України, доктор юридичних наук, професор, завідувач Львівської лабораторії прав людини і громадянина НДІ державного будівництва та місцевого самоврядування АПрН України **П. Рабінович**. Усі вони одноставно відзначили актуальність і перспективність дослідження антропологічної проблематики як у юридичних, так і філософських науках, а також наголосили на ролі юридичного факультету ЛНУ ім. І. Франка, якому вже п'ять років поспіль вдається ставати форумом для обміну

вченими із різних куточків України та зарубіжжя здобутками у дослідженні проблематики «людина та право». Під час відкриття також відбулася презентація колективної монографії «Правосуддя: філософське та теоретичне осмислення»¹.

Решту першого дня роботи «круглого столу» було присвячено обговоренню *проблем філософського контексту екзистенціальних вимірів права* (доктор філософських наук, професор, завідувач кафедри філософії НУ «Львівська політехніка» **В. Петрушенко**), *основ специфіки східноєвропейського права та правосвідомості* (кандидат філософських наук, доцент кафедри філософії Одеського національного університету ім. І. І. Мечникова **С. Шевцов**), *предмета, завдань і евристичного потенціалу міждисциплінарного дискурсу в правових дослідженнях* (викладач кафедри онтології та теорії пізнання Уральського державного університету ім. О. М. Горького **А. Махньова**), *прав людини як інституту, зокрема у Європейському Союзі* (кандидат юридичних наук, провідний науковий співробітник Львівської лабораторії прав людини і громадянина НДІ державного будівництва та місцевого самоврядування АПРН України **С. Добрянський**, кандидат філософських наук, докторант Львівського регіонального інституту державного управління НАДУ при Президентові України **П. Петровський**), *соціальних прав людини як міфологеми сучасності* (кандидат історичних наук, доцент кафедри політології та політичного управління Удмуртського державного університету **Т. Луцина**), *проблематики людських прав у сучасних доктринах православ'я в Росії та Україні* (професор **П. Рабінович**), *новітніх релігій в Україні у контексті свободи совісті* (кандидат філософських наук, старший викладач кафедри філософії Одеської національної юридичної академії **О. Никитченко**), *метаморфоз юснатуралізму у практиці Європейського суду з прав людини* (кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник Львівської лабораторії прав людини і громадянина НДІ державного будівництва та місцевого самоврядування АПРН України **С. Рабінович**), *сучасних інтерпретацій поняття суб'єкта права* (кандидат юридичних наук, науковий співробітник Львівської лабораторії прав людини і громадянина НДІ державного будівництва та місцевого самоврядування АПРН України **Д. Гудима**), *правової традиції українського народу* (кандидат юридичних наук, здобувач ОНЮА, доцент

¹ Правосуддя: філософське та теоретичне осмислення : монографія / А. М. Бернюков, В. С. Бігун, Ю. П. Лобода та ін. ; відп. ред. В. С. Бігун. – К., 2009. – 310 с. (Бібліотека Міжнародного часопису «Проблеми філософії права»).

кафедри господарсько-правових дисциплін ЛьвДУВС **Ю. Лобода**), *свободи як основоположного принципу права* (кандидат юридичних наук, доцент кафедри теорії держави і права НЮАУ **С. Погребняк**), *антропологічних передумов верховенства права* (доктор юридичних наук, професор кафедри філософії НЮАУ **С. Максимов**).

Другого дня жваві дискусії розгорталися навколо *проблем правосуддя як здійснення народовладдя та присяжного анулювання закону* (кандидат юридичних наук, науковий співробітник Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України **В. Бігун**), *образів маски та мантії у символічному вимірі судочинства* (кандидат юридичних наук, доцент кафедри теорії та історії держави і права Академії митної служби України **Д. Бочаров**), *антропології злочину* (старший викладач МАУП **Е. Єленевський**), *семіотики права та нових вимірів антропологічно-правової рефлексії* (кандидат юридичних наук, доцент кафедри філософії права та юридичної логіки КНУВС **О. Павлишин**), *антропологічного виміру розуміння у здійсненні права* (аспірант кафедри філософії НЮАУ **Н. Сагохіна**), *стратегії юридичної комунікації* (викладач кафедри гуманітарних дисциплін Навчально-наукового інституту права та психології КНУВС **Д. Кобринський**), *сильного аргументу (погрози) у комунікації* (кандидат філософських наук, доцент кафедри логіки СПбДУ **О. Лисянюк**), *правосуб'єктності як конструкції юридичної догматики та юридичної мови* (кандидат юридичних наук, доцент кафедри теорії та історії держави та права Самарської гуманітарної академії **С. Касаткін**), *антропологічних викривлень доктрини юридичного лібералізму* (кандидат філософських наук, доцент кафедри теорії та історії держави і права Таврійського національного університету ім. В. І. Вернадського **О. Тимохін**), *взаємозв'язку права та легітимності* (кандидат юридичних наук, доцент кафедри теорії держави і права НЮАУ **В. Смородинський**), *вчення Б. Кістяківського про особу і державу* (кандидат філософських наук, докторант кафедри історії філософії ЛНУ ім. І. Франка **М. Альчук**).

Участь у дискусіях також взяли: кандидат філософських наук, доцент кафедри соціальної філософії філософського факультету Національного університету Узбекистану імені Мірзо Улугбека **А. Абіджанов**, старший викладач кафедри теорії та історії держави і права юридичного факультету Новосибірського інституту економіки, психології та права **О. Максимова**, викладач кафедри філософії та соціальних наук Київського університету туризму, економіки та права

О. Маслак, викладач кафедри філософії Луцького національного технічного університету **Г. Матвеева**, доктор публічного права, декан факультету права Університету «Кавказ» **Ф. Мехдієв**, молодший науковий співробітник Лабораторії дослідження теоретичних проблем прав людини юридичного факультету ЛНУ ім. І. Франка **Т. Полянський**, аспірант кафедри теорії та філософії права цього факультету **В. Гончаров**.

На завершення огляду цієї яскравої події з нашого наукового життя, напевно, не стане перебільшенням висновок про те, що п'ятирічна робота у Львові «круглого столу» з антропології права сприяла активізації вітчизняних досліджень антропних властивостей права та його суб'єктів саме з урахуванням сучасних здобутків філософської, соціокультурної, релігійної й інших антропологій і суміжних з ними галузей сучасного наукового знання. Завдяки цьому заходу, безсумнівно, покращилася координація таких досліджень в Україні. Також було налагоджено безпосередні контакти із зарубіжними колегами, у співпраці з якими юридичний факультет ЛНУ ім. І. Франка має намір у 2010–2013 рр. реалізувати міжнародний освітній проект із філософії прав людини.

Матеріал підготував:

Д. Гудима, старший науковий співробітник
Львівської лабораторії прав людини і громадянина
НДІ державного будівництва та місцевого самоврядування
Академії правових наук України

Звіт Академії правових наук України про використання коштів Державного бюджету України за 2009 рік

Академія правових наук України є вищою державною науковою організацією України, що організовує і здійснює фундаментальні дослідження в галузі держави і права. Відповідно до ст. 22 Бюджетного кодексу України Академію визначено головним розпорядником бюджетних коштів.

Фінансування здійснюється за рахунок коштів Державного бюджету як із загального, так і зі спеціального фондів.

Фінансування Академії на 2009 р. було передбачено Законом України від 26.12.2008 № 835-VI «Про Державний бюджет України на 2009 рік» за загальним фондом — 23 970,8 тис. грн,

у т. ч. за бюджетними програмами:

6 581 020 «Наукова і організаційна діяльність Президії Академії правових наук України» — 8 815,6 тис. грн;

6 581 030 «Фундаментальні дослідження у сфері законодавства і права» — 13 481,6 тис. грн;

6 581 040 «Прикладні наукові та науково-технічні розробки, виконання робіт за державними цільовими програмами і державним замовленням, підготовка наукових кадрів у сфері удосконалення законодавства України» — 1 673,6 тис. грн.

Із загального фонду Державного бюджету України фактично Академія отримала 23 902,0 тис. грн, що склало 99,7 відсотка від запланованих річних обсягів:

у т. ч. за бюджетними програмами:

6 581 020 «Наукова і організаційна діяльність Президії Академії правових наук України» — 8 746,8 тис. грн — 99,2 %;

6 581 030 «Фундаментальні дослідження у сфері законодавства і права» — 13481,6 тис. грн — 100 %;

6 581 040 «Прикладні наукові та науково-технічні розробки, виконання робіт за державними цільовими програмами і державним замовленням, підготовка наукових кадрів у сфері удосконалення законодавства України» — 1 673,6 тис. грн — 100 %.

По спеціальному фонду сума отриманих коштів склала 3 295,0 тис. грн, або 12,1 відсотка від загального обсягу надходжень.

Видатки по Академії за 2009 р. склали 27 022,1 тис. грн, у тому числі із загального фонду бюджету — 23 736,6 тис. грн і спеціального фонду — 3 285,5 тис. грн.

Кошти було витрачено на:

виплату заробітної плати з нарахуваннями — 19 354,2 тис. грн, або 71,6% всіх видатків, у тому числі по загальному фонду — 18 240,2 тис. грн (67,5 %) і по спеціальному фонду — 1 114,0 тис. грн (4,1 %);

придбання предметів постачання і матеріалів, оплату послуг — 2 026,5 тис. грн, або 7,5 % всіх видатків, у тому числі 1,9 % загального та 5,6 % спеціального фонду;

відрядження — 51,5 тис. грн, або 0,2 % всіх видатків, у тому числі 0,2 % загального фонду;

оплату комунальних послуг — 561,4 тис. грн (2,0 %) всіх видатків, у тому числі 1,3 % загального та 0,7 % спеціального фонду;

придбання обладнання — 381,1 тис. грн, або 1,4 % всіх видатків, зі спеціального фонду бюджету;

виплату стипендії та довічної плати дійсним членам (академікам) та членам-кореспондентам — 4 647,4 тис. грн або 17,2 % від загального обсягу видатків.

Звіт
Про витрачання коштів Державного бюджету України
Академією правових наук України за 2009 рік

Таблиця 1
(тис. грн)

6580000	Академія правових наук України				
	Показники	Загальний фонд		Спеціальний фонд	
		Затверджено кошторисом на рік	Касові видатки	Затверджено кошторисом на рік з урахуванням змін	Касові видатки
	Видатки — всього	23970,8	23736,6	4000,4	3285,5
1000	У тому числі: Поточні видатки	23970,8	23736,6	3558,3	2904,4
1110	Оплата праці працівників бюджетних установ	13541,54	13541,4	1116,4	823,6
1120	Нарахування на зарплату	4738,1	4698,8	409,2	290,4
1130	Придбання предметів постачання і матеріалів, оплата послуг та інші видатки	585,2	516,1	1679,5	1510,4
1140	Видатки на відрядження	32,36	28,9	26,8	22,6
1160	Оплата комунальних послуг та енергоносіїв	474,0	352,5	232,4	208,9
1171	Дослідження і розробки, окремі заходи розвитку по реалізації державних (регіональних) програм	—	—	45,0	—
1300	Субсидії і поточні трансферти	4599,6	4598,9	49	48,5
2000	Капітальні видатки	—	—	442,1	381,1

Таблиця 2

Код економічної класифікації видатків	Найменування бюджетної програми	Загальний фонд		Спеціальний фонд	
		Затверджено кошторисом на рік	Касові видатки	Затверджено кошторисом на рік	Касові видатки
6581020	Наукова і організаційна діяльність Президії Академії правових наук України	8815,6	8585,9	407,0	264,0
6581030	Фундаментальні дослідження у сфері законодавства і права	13481,6	13477,7	3226	2719,2
6581040	Прикладні наукові та науково-технічні розробки, виконання робіт за державними цільовими програмами і державним замовленням, підготовка наукових кадрів у сфері удосконалення законодавства України	1673,6	1673	367,4	302,3
Всього:		23970,8	23736,6	4000,4	3285,5

НАШІ ЮВІЛЯРИ



Виповнилося 60 років від дня народження відомого українського правознавця, провідного фахівця в галузі цивільно-процесуального права, академіка Академії правових наук України **Вячеслава Васильовича Комарова** який народився 1 січня 1950 р. у м. Комсомольськ Донецької області.

В. В. Комаров — відомий український вчений, талановитий педагог, людина, яка поєднала свою долю із провідним юридичним закладом нашої країни — Національною юридичною академією України імені Ярослава Мудрого. У 1976 р. він закінчив Харківський юридичний інститут. З 1976 по 1979 р. навчався в аспірантурі, з 1982 р. — завідувач кафедри цивільного процесу, з 1997 по 2001 р. — перший президент Асоціації українських правничих шкіл як добровільної недержавної організації вищих юридичних навчальних закладів, один з ініціаторів створення цієї організації (на громадських засадах). З 1988 р. обіймав посаду проректора з навчальної роботи, а з 2005 р. і донині — проректор з навчально-методичної роботи Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого.

У 1980 р. В. В. Комаров захистив дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук на тему «Метод правового регулювання цивільних процесуальних правовідносин» (спеціальність 12.00.03). Науковий ступінь кандидата юридичних наук присуджено у 1980 р., вчене звання професора присвоєно у 1990 р. У 1993 р. обраний членом-кореспондентом АПрН України, дійсним членом (академіком) АПрН України — у 2004 р. Підготував 17 кандидатів наук.

Фахівець у галузі цивільного процесу. Головними напрямками його наукових досліджень є теоретичні проблеми цивільного процесу, господарського судочинства, нотаріату та міжнародного комерційного арбітражу. Опублікував понад 150 наукових праць, серед яких: «Суб'єкти цивільного процесуального права» (1990), «Цивільні процесуальні правовідносини та їх суб'єкти» (у співавт., 1991), «Нотаріат» (1992, 2001), «Цивільне процесуальне право України: практика засто-

сування» (1993), «Международный коммерческий арбитраж» (1995), «Цивільне процесуальне право України» (1999), «Нотаріат і нотаріальний процес» (1999), «Основи держави і права» (у співавт., 1999), «Цивільне процесуальне право України» (2001), «Цивільний процесуальний кодекс: Науково-практичний коментар» (2001), «Проблеми науки цивільного процесуального права» (2002), «Нотаріат в Україні» (2006), «Право на справедливий судовий розгляд у цивільному судочинстві» (2007), «Проблеми теорії та практики цивільного судочинства» (2008), «Міжнародний комерційний арбітраж» (2008).

В. В. Комаров неодноразово брав участь у складі робочих груп Кабінету Міністрів України із розроблення ряду законопроектів, зокрема, проекту Цивільного процесуального кодексу України, «Про Конституційний Суд України», «Про судоустрій України» та ін. Підготував ініціативний проект Кодексу комерційного судочинства України, брав участь у підготовці проекту Модельного цивільного процесуального кодексу країн СНД.

Заслужений юрист України (1998). Нагороджений орденом «За заслуги» III ступеня (2004). Лауреат премії імені Ярослава Мудрого (2001), лауреат конкурсу Спілки юристів України на краще юридичне видання (2000, 2001). Здобувши фах юриста у 1983 р., він пройшов успішний та плідний науково-педагогічний шлях від асистента до проєктора з навчально-методичної роботи.

Щоденна напружена праця В. В. Комарова завжди спрямована на вдосконалення навчально-методичного процесу, підвищення якості підготовки фахівців високої кваліфікації.

В'ячеслав Васильович є надзвичайно відповідальною, щирою, доброзичливою людиною, яка намагається допомогти кожному, хто до неї звернувся. Своїм досвідом і знаннями В. В. Комаров щиро ділиться зі своїми колегами, учнями, тому він завжди оточений великою пошаною і любов'ю в колективі та серед широкого юридичного загалу. Як особистість його вирізняють тактовність, професіоналізм, принциповість і виваженість.

Президія Академії правових наук України, редколегія журналу «Вісник Академії правових наук України» щиро вітають **Вячеслава Васильовича Комарова** з його славним ювілеєм, бажають йому міцного здоров'я, щастя, творчого довголіття і подальших успіхів у його багатогранній діяльності.

ЗМІСТ

Доповідь Президента Академії правових наук України В. Я. Тація на загальних зборах Академії, що відбулися 21 грудня 2009 р.	3
--	---

ЗАГАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОЇ НАУКИ

<i>Рабінович П.</i> Ефективність юридичних гарантій законності: до методики її виявлення	17
<i>Данильян О., Петришин О.</i> Проблема взаємовпливу правового виховання і державотворчого процесу: українські реалії.....	28
<i>Лемак В.</i> Соціально-економічні права людини в контексті верховенства права: вітчизняний досвід закріплення та застосування.....	40
<i>Хаустова М.</i> Структура правової системи суспільства	49

ПИТАННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА

<i>Колісник В.</i> Правовий механізм трансформації української Конституції.....	59
<i>Любченко П.</i> Засоби масової інформації як структурний елемент громадянського суспільства та їх вплив на місцеве самоврядування	68
<i>Ковальчук В.</i> Органи конституційної юстиції в механізмі легітимації державної влади: зарубіжний та вітчизняний досвід	78
<i>Онупрієнко А.</i> Правове регулювання функціонування місцевої влади: світовий і вітчизняний досвід.....	90

ПИТАННЯ ІСТОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

<i>Єрмолаєв В.</i> Про двопалатний парламент: з історії парламентаризму в Україні	101
<i>Селіхов Д.</i> Загальноімперський характер переселенського закону від 13 липня 1889 року в губерніях Наддніпрянської України.....	112

ПРОБЛЕМИ ЦИВІЛЬНОГО ТА ГОСПОДАРСЬКОГО ПРАВА

<i>Жилінкова І.</i> Конструкції заміни боржника у цивільному зобов'язанні.....	123
<i>Крат В.</i> Нетиповість у цивільному праві: історія та сучасність	134
<i>Кухарєв О.</i> Поняття та юридична природа заповідального покладення.....	144
<i>Джунь В.</i> Методологічні питання дослідження господарського права	154
<i>Ломака В.</i> Відповідальність вантажовідправника та вантажоодержувача за несвоєчасну оплату перевезення вантажів залізничним транспортом.....	169

ПИТАННЯ ГОСПОДАРСЬКОГО СУДОЧИНСТВА

<i>Демченко С.</i> Системний аналіз ефективності господарського судочинства.....	180
---	-----

ПИТАННЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО ТА ФІНАНСОВОГО ПРАВА

- Бойко І.** Забезпечення права громадян на вільний доступ до інформації про якість харчових продуктів: адміністративно-правовий аспект.....187
- Кузьменко О.** Теоретико-методологічні засади визначення місця інституту міжбюджетних відносин у системі фінансового права 195

ПРОБЛЕМИ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА

- Семчик В., Подоляк С.** Реституція в українському та європейському договірному праві..... 206
- Макаруха З.** Гармонізація процесуального права притулку в рамках ЄС.....215

ПРОБЛЕМИ ПОРІВНЯЛЬНОГО ПРАВознавства

- Мошак Г.** Каральні елементи у приватному праві ФРН..... 226
- Дашковська О.** Референдум як інститут безпосередньої демократії: досвід зарубіжних країн..... 235

ПРОБЛЕМИ БОРОТЬБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ

- Гарашук В., Мухатаєв А.** Нове антикорупційне законодавство України: переваги та недоліки 241
- Головкін Б.** Мотивація корисливих насильницьких злочинів..... 247

НА ПОЧАТКУ ТВОРЧОГО ШЛЯХУ

- Гончаров В.** Методологія тлумачення юридичних норм у світлі граматології..... 257
- Левіна Ю.** Інститути демократії в умовах розвитку громадянського суспільства 265
- Герасименко Я.** Деякі проблеми юридичної відповідальності за порушення законодавства про природно-заповідний фонд України 272

РЕЦЕНЗІЇ

- Нове теоретичне дослідження державного ладу України (О. Дашковська, В. Колісник) 281
- Корисне науково-навчальне видання в галузі конституційного права (М. В. Цвік, Ю. М. Грошевий, Ю. Г. Барабаш)..... 283

НАУКОВЕ ЖИТТЯ

- XXIV Конгрес із філософії права і соціальної філософії «Глобальна гармонія та верховенство права» 289
- П'ятий «круглий стіл» з антропології права у Львові..... 303
- Звіт Академії правових наук України про використання коштів Державного бюджету України за 2009 рік 308

НАШІ ЮВІЛЯРИ

- Вячеславу Васильовичу Комарову — 60 років..... 312

Збірник наукових праць

Вісник
Академії правових наук
України

№ 1 (60)

Відповідальний за випуск

В. А. Прудников

Редактор *С. А. Пашинська*

Коректор *Т. Ф. Зуб*

Комп'ютерна верстка і дизайн *В. М. Зеленька*

Підписано до друку з оригінал-макета 03.04.2010.
Формат 60×84 ¹/₁₆. Папір офсетний. Гарнітура Times.
Ум. друк. арк. 16. Обл.-вид. арк. 16. Вид. № 488.
Тираж 500 прим.

Видавництво «Право» Академії правових наук України
Україна 61002, Харків, вул. Чернишевська, 80

Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців, виготівників і розповсюджувачів
видавничої продукції — серія ДК № 559 від 09.08.2001 р.

Друкарня СПДФО Білетченко
8 (057) 758-35-98