

Академія правових наук України

**ЩОРІЧНИК
УКРАЇНСЬКОГО
ПРАВА**

Збірник наукових праць

Заснований 2008 року

№ 1/2009

Рекомендовано до друку Президією Академії правових наук України
(Постанова № 61/2 від 23 червня 2008 р.)

Щ 92 **Щорічник українського права** : зб. наук. пр. / відп. за вип. О. В. Петришин. – Х. : Право, 2009. – № 1. – 288 с.

У науковому виданні «Щорічник українського права» зібрані найкращі статті, які були опубліковані у 2008 році науковцями Академії правових наук України та інших навчальних і наукових закладів у галузі правознавства, з проблем теорії та історії держави і права, державно-правових наук і міжнародного права, цивільно-правових наук, екологічного, господарського та аграрного права й кримінально-правових наук.

Засновник — Академія правових наук України

Видавець — Академія правових наук України

Редакційна колегія:

В. Я. Тацій (головний редактор), Ю. С. Шемшученко (заступник головного редактора), О. В. Петришин (відповідальний секретар), В. Б. Авер'янов, Ю. В. Баулін, Ю. П. Битяк, В. І. Борисов, Л. К. Воронова, А. П. Гетьман, В. Н. Денисов, А. П. Закалюк, О. Д. Крупчан, В. В. Комаров, Н. С. Кузнецова, В. М. Литвин, В. К. Мамутов, В. Т. Нор, О. П. Орлюк, О. О. Погрібний, П. М. Рабінович, О. В. Скрипнюк, В. В. Сташис, О. Д. Святоцький, В. П. Тихий, М. В. Цвік

Відповідальний за випуск *О. В. Петришин*

Зареєстрований Міністерством України у справах преси та інформації
(Свідоцтво про Державну реєстрацію друкованого засобу масової
інформації.

Серія КВ № 15596-4068Р від 09.07.2009 р.)

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

Зміст

Передмова	5
-----------------	---

ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Рум'янцев В. До проблеми легітимності Української держави гетьмана П. Скоропадського	7
Рабінович П. Світова «Біблія» людських прав (до 60-річчя проголошення Всезагальної декларації прав людини).....	15
Петришин О. Соціальне і юридичне в природі права	23
Цвік М. Проблеми сучасного праворозуміння	37
Яковюк І. Правова культура об'єднаної Європи як передумова формування правопорядку ЄС	48
Авер'янов В., Андрійко О. Законодавче регулювання державної служби у світлі завдань упередження та протидії корупції в Україні.....	58
Кучерявенко М. Проблема колізійності фінансового законодавства у рішеннях Вищого адміністративного суду України (деякі аспекти методології).....	70
Селіванов А. Судове право: нова галузь права чи теоретична думка?.....	77
Скрипнюк О. Верховенство права і демократія: концептуальні питання взаємозв'язку	85
Битяк Ю. Правова культура управлінських кадрів: проблеми і рішення	95

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВІ НАУКИ

Кузнєцова Н. Корпоративні спори: поняття, ознаки, зміст та визначення підвідомчості	104
Довгерт А. Дія принципу верховенства права у сфері приватного права.....	114
Луць В. Деякі питання здійснення та захисту корпоративних прав в Україні.....	122
Жилінкова І. Договори щодо нерухомого майна: формальні аспекти	129
Майданик Р. Наука цивільного права України: поняття, предмет, методологія	137
Спасибо-Фатєєва І. Недійсні правочини та проблеми застосування реституції.....	150

ЕКОЛОГІЧНЕ, ГОСПОДАРСЬКЕ ТА АГРАРНЕ ПРАВО

Семчик В. Конституційні аспекти аграрної політики України	168
Шемшученко Ю., Ющик О. Актуальні проблеми розвитку парламентаризму в контексті конституційного процесу в Україні	176
Мамутов В. Законодавче забезпечення економічної політики	184
Погрібний О. Окремі питання вирішення земельних спорів	192

Гетьман А. Проблеми реформування екологічного законодавства: теорія та методологія.....	203
---	-----

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ НАУКИ

Тацій В. Боротьба зі злочинністю на початку XXI століття — проблема сьогодення	215
Сташис В. Основні тенденції сучасної злочинності в Україні	229
Зеленецький В. Концептуальні основи формування інноваційної кримінально-процесуальної політики України	248
Голіна В. Кримінологічна політика в Україні: деякі теоретико-прикладні проблеми.....	269
Шепітько В. Сучасний стан та тенденції криміналістики в її прагматичному аспекті.....	277

Передмова

Сьогодні в Україні щороку видається понад 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, в яких висвітлені найбільш фундаментальні та пріоритетні проблеми правознавства за певний період, в окремому науковому виданні.

Досвідом такого узагальнення правової проблематики є публікація 2008 р. п'ятитомного загальноакадемічного видання «Правова система України: історія, стан та перспективи», над яким два роки працювали видатні юристи України – науковці Академії правових наук. Уперше в історії української юриспруденції в одному виданні було узагальнено вітчизняний досвід формування національної правової системи, усіх її галузей, сучасний стан науки та законодавства, практику його реалізації, окреслено перспективи їх розвитку.

Проте подібні праці не можуть видаватися щороку. Тому в 2008 р. рішенням Президії Академії правових наук України засноване нове загальнонаціональне наукове видання – «Щорічник українського пра-

ва», в якому публікуватимуться найкращі статті в галузі держави і права академіків та членів-кореспондентів Академії правових наук України та науковців, які працюють в установах НАН України, АПрН України, інших провідних наукових і навчальних закладах України (Києва, Харкова, Донецька, Львова, Одеси і т. д.).

Щорічник має за мету стати своєрідним орієнтиром у царині різноманітної наукової інформації, яка вже була надрукована у вітчизняних та зарубіжних виданнях протягом попереднього року. «Щорічник українського права» – унікальне юридичне видання, що не має аналогів в Україні та присвячене найширшому спектру проблем правової науки, яке має бути дієвим вісником сучасної науково-правової думки з актуальних питань теорії та історії держави і права, конституційного, кримінального, цивільного, господарського, міжнародного та інших галузей права. На сторінках видання акумулюються сучасні правові концепції та теорії подальшого розвитку України як демократичної, соціальної, правової держави, найбільш цікаві та актуальні ідеї, підходи сучасної юридичної науки.

Відбір статей проводять відділення Академії, які поєднують

найкращих учених-правознавців з усієї України: теорії та історії держави і права (академік-секретар М. В. Цвік), державно-правових наук і міжнародного права (академік-секретар Ю. П. Битяк), цивільно-правових наук (академік-секретар Н. С. Кузнецова), екологічного, господарського та аграрного права (академік-секретар Ю. С. Шемшученко), кримінально-правових наук (академік-секретар В. В. Сташис). Кожне відділення відбирає та рекомендує до опублікування по 5 статей.

У першому номері Щорічника подані найбільш значущі наукові статті, які можуть, на думку редколегії, якнайкраще розкрити тенден-

ції та концепцію сучасної юридичної науки, висвітлити основні шляхи її розвитку.

Вважаємо, що видання буде цікавим широкому колу читачів: науковим та педагогічним працівникам, аспірантам, ад'юнктам, студентам вищих навчальних закладів та усім, хто цікавиться основними напрямками розвитку української юридичної науки. Перспективним у майбутньому вбачається видання щорічників за окремими галузями юридичної науки, які висвітлюватимуть їх основні тенденції та шляхи розвитку, даватимуть можливість всім охочим бути в курсі останніх досягнень у всіх галузях юриспруденції.

Головний редактор
В. Я. Тацій

ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

УДК 340.15:342.36

В. Рум'янець, член-кореспондент АПрН України, декан факультету підготовки професійних суддів Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

До проблеми легітимності Української держави гетьмана П. Скоропадського

29 квітня 1918 р. Українську Народну Республіку заступила Українська Держава.

Оцінка факту проголошення Української Держави гетьмана П. Скоропадського та її легітимності і сьогодні викликає в історико-правовій літературі палкі дискусії і характеризується дослідниками з діаметрально протилежних позицій. Радянська історіографія неухильно дотримувалась ленінської концепції, за якою гетьман П. Скоропадський був ставлеником буржуазно-поміщицьких кіл України та політичною маріонеткою німецько-австрійського військового командування. Автори, що дотримуються позицій національно-соціалістичних діячів Центральної Ради та Директорії, звинувачують гетьмана П. Скоропадського у спробі реставрувати дореволюційні соціально-економічні відносини, в антиукраїнстві та спробі встановити в Україні власний військовий режим. У спогадах російських генералів, провідників білого руху

містяться оцінки П. Скоропадського як сепаратиста та зрадника Росії.

Оцінка легітимності гетьманату як форми української державності, особи П. Скоропадського, його здобутків і прорахунків у справі державотворення в Україні не може даватися лише у чорно-білих кольорах, вона має враховувати ті складні обставини, в яких опинилась Україна в 1918 р. Тому найбільш виваженими й об'єктивними слід вважати оцінки доби гетьманату, що містяться у працях Д. Дорошенка, О. Копиленко і М. Копиленко, Н. Полонської-Василенко, О. Субтельного¹.

¹ Див.: Дорошенко Д. Історія України 1917–1923 : у 2 т. Т. 2 : Українська гетьманська Держава / Д. Дорошенко. – Ужгород, 1932; Копиленко О. Л. Держава і право України. 1917–1920 / О. Л. Копиленко, М. Л. Копиленко. – К., 1997; Полонська-Василенко Н. Історія України : у 2 т. Т. 2 : Від середини XVII століття до 1923 року / Н. Полонська-Василенко. – К., 1992; Субтельний О. Україна: історія / О. Субтельний. – К. : Либідь, 1991.

Як незаперечний факт слід визнати, що проголошення Української Держави стало, хоча і з певними застереженнями, продовженням державотворчого процесу в Україні під час революційних подій 1917–1920 рр.

Кризова ситуація, що виникла в Україні навесні 1918 р. у зв'язку з неспроможністю уряду Центральної Ради виконати взяті на себе Брестським договором зобов'язання, зумовлювала два можливих шляхи розвитку подій: офіційну окупацію України Німеччиною та Австро-Угорщиною і відверте її пограбування або створення під протекторатом німців та австро-угорців маріонеткового українського уряду, який би задовольняв їх потреби, що фактично і сталося.

Зовнішні ознаки Української Держави були запозичені із часів козаччини — гетьманат. Щодо внутрішнього змісту цієї форми державності, то він був складним і суперечливим. Це була авторитарна, хоча і досить ліберальна форма правління, обмежена як рамками закону, так і часом — до скликання Українського Сейму. Республіканські інституції перемешувались тут з ознаками монархічної форми правління.

Незважаючи на значну залежність від німців, гетьманський режим мав свої цілі і соціальну базу. Він являв собою спробу консервативних політичних сил загасити полум'я революції, збити хвилю радикальних соціалістичних настроїв, силою державної влади та поміркованих реформ увести соціальне життя в рамки правових норм, відстояти право приватної власності. У до-

сягненні цих цілей гетьманський уряд спирався на промисловців, землевласників, службовців, заможне селянство тощо.

І хоча гетьманська держава не була прямою правонаступницею Української Народної Республіки, вона певною мірою перейняла її досвід і демократичні досягнення. Від цих досягнень не змогли відмахнутися при конструюванні Української Держави навіть представники німецького та австро-угорського військового командування.

Ставши до влади, гетьман П. Скоропадський мав чітку програму дій, проте заходів для її реалізації у нього було недостатньо. Присутність в Україні значного військового контингенту Німеччини та Австро-Угорщини стримувала розвиток більшовизму всередині держави і захищала від його проникнення іззовні, що давало змогу гетьманському уряду сконцентруватись на вирішенні нагальних проблем державотворення. Однак надмірні апетити Німеччини та Австро-Угорщини, бажання вирішити за рахунок України свої економічні і продовольчі проблеми обмежували сферу діяльності гетьманського уряду саме цими рамками, не дозволяючи йому займатись такими важливими питаннями розбудови держави, як створення власної армії, налагодження роботи апарату управління на місцях тощо. Значні ускладнення в розбудову української державності часів гетьманщини вносила опозиція в особі українських соціалістичних партій.

На розбудові Української Держави гетьмана П. Скоропадського

великою мірою позначилась геополітична ситуація того часу. Отримавши у спадщину від Центральної Ради міцну зв'язку через Брестський договір з державами Центрального блоку, передусім Німеччиною та Австро-Угорщиною, гетьманська держава потрапила в опозицію до держав Антанти. Перемога цих держав у Першій світовій війні змусила гетьмана П. Скоропадського шукати у них підтримки, але ці зусилля виявилися марними. Визнаючи лише «єдину і неподільну» Росію, держави Антанти, особливо Англія і Франція, не визнавали української державної незалежності і негативно ставились до непослідовності українських лідерів у виборі зовнішньополітичної орієнтації.

Саме про це свідчить розвій подій в українському державотворенні. Ідея гетьманату як суто української національної моделі організації державної влади не вмирала впродовж XVIII і аж до початку XX ст. Лютнева революція 1917 р. збудила в Україні прагнення мати свою державу і створила для цього реальні передумови. Центральна Рада зробила багато для розбудови української держави. Але її невдала соціальна політика, нездатність створити міцні підвалини держави у вигляді армії та дієвого апарату управління на місцях, міцна прив'язка до держав Центрального блоку, які зазнали поразки у Першій світовій війні, призвели до падіння УНР та Центральної Ради.

На цьому тлі поширювався новий рух — велика маса селян і міського населення прагнула встановити новий уряд — несоціалістичний. У Києві широку діяльність розгор-

нула політична консервативна партія «Українська Народна Громада», заснована генералом П. Скоропадським, до якої вступило багато військовослужбовців 1-го Українського корпусу та козаків з Вільного Козацтва. Найбільш впливові її діячі — М. Устимович, І. Пащевський, М. Воронович, В. Кочубей, В. Любинський, М. Василенко та інші — поширювали в народі переконання, що тільки «сильна влада» може навести лад і порядок в Україні. Найкращою формою такої влади вважалося історичне гетьманство.

Навколо генерала П. Скоропадського і Української Народної Громади поступово згуртувалися всі антисоціалістичні елементи України. Це був достатньо міцний блок без партійних суперечок і національної ворожнечі. П. Скоропадського підтримувала значна за чисельністю верства українських селян-власників, для яких смертельною загрозою була соціалізація землі, проголошена Центральною Радою¹.

Українська Народна Громада мала тісні зв'язки з партією Українських хліборобів-демократів та Союзом земельних власників, що були поборниками спадкового («дідичного», за висловом В. Липинського) гетьманату в Україні. У середині квітня 1918 р. Громада налагоджує відносини з командуванням німецьких військ в Україні².

¹ Див.: Могілянський Н. М. Трагедія України / Н. М. Могілянський // Революція на Україні по мемуарам белых. — М. ; Л., 1930. — С. 127–128.

² Див.: Соловей Д. У справі оцінки акту державного перевороту 29 квітня 1918 р. / Д. Соловей // Політол. читання. — 1994. — № 3. — С. 244.

Діяльність Української Народної Громади і особисто П. Скоропадського дають підстави окремим дослідникам звинувачувати майбутнього гетьмана в зраді України і навіть у бонапартизмі. За їх твердженнями, вже наприкінці 1917 р. П. Скоропадський «орієнтувався на можливий прихід в Україну австрійців і німців у ролі окупантів і планував свою співпрацю з ними <...> для досягнення своєї власної мети вважав за потрібне замаскуватися та приєднатися до національного українського руху, щоб стати командиром Української армії, себто — щоб мати змогу стати диктатором»¹. Такі звинувачення були притаманні й сучасникам тих подій, провідним діячам Центральної Ради і мали, на жаль, практичні, вкрай негативні наслідки для розбудови української державності. Центральна Рада зробила чимало для того, щоб військові формування, очолювані П. Скоропадським, втратили свою боєздатність. І як наслідок, навесні 1918 р. генерал був змушений піти у відставку, а незабаром розпався і його 1-й Український корпус². Така ж доля спіткала і Вільне козацтво. А відбувалось це напередодні наступу на Київ більшовицьких загонів П. Муравйова.

Тому важко погодитись із звинуваченнями П. Скоропадського у бонапартизмі, бо така оцінка більше наголошує на його особі і зовсім ігнорує конкретні реалії, що скла-

лися в Україні навесні 1918 р. По-перше, очевидна неможливість співпраці з урядом Центральної Ради, передусім у справі виконання умов Брестського договору, змушувала німців та австро-угорців шукати нагоди для усунення цього уряду. А по-друге, заходи Центральної Ради щодо соціалізації землі викликали до неї опозицію з боку землевласницьких прошарків населення, передусім крупних, представником яких був і сам П. Скоропадський. Збіг цих обставин зумовлював інтерес німців та австро-угорців до державного перевороту в Україні і П. Скоропадського як людини, котра могла очолити його. Як наслідок, у квітні 1918 р. представники німецького командування і П. Скоропадський досягли угоди. І тут слід погодитися з думкою Д. Табачника, що «у квітні 1918 р. було лише два варіанти перебігу подій: пряме військове управління Німеччини, що вже юридично робило Україну окупованою територією, або встановлення міцної влади, здатної забезпечити порядок в країні»³.

У середині квітня 1918 р. на одній з нарад німецького та австрійського командування в Україні було вирішено, зважаючи на неможливість співпраці з Центральною Радою, підтримати іншу владу, яка постала б внаслідок перевороту. За найкращу форму влади було визнано гетьманат⁴. Нову владу передба-

¹ Соловей Д. У справі оцінки акту державного перевороту 29 квітня 1918 р. / Д. Соловей // Політол. читання. – 1994. – № 3. – С. 236.

² Див.: Дорошенко Д. Война и революция на Украине / Д. Дорошенко // Революция на Украине. – С. 88–91.

³ Табачник Д. Українська держава і біла гвардія: від протистояння до запізнілого компромісу / Д. Табачник // Політика і час. – 1996. – № 7. – С. 60.

⁴ Див.: Полонська-Василенко Н. Історія України : у 2 т. Т. 2 : Від середини XVII століття до 1923 року / Н. Полонська-Василенко. – К., 1992. – С. 489.

чалось утворити без народного представництва. Хоча створений незабаром український уряд був прихильником відновлення народного представництва. У зверненні уряду Української держави до населення від 10 травня 1918 р. наголошувалося, що «Головна задача Правительства, котре має тимчасовий, переходовий характер, зміцнити на Україні державний лад і в умовах повного спокою та справжньої волі довести країну до хвилі скликання народного представництва...»¹.

Кандидатами на гетьмана називали різних осіб, у тому числі Є. Чикаленка — багатого поміщика, відомого громадського діяча, М. Міхновського — ідеолога українського націоналізму і П. Скоропадського — колишнього командира 1-го Українського корпусу і почесного отамана Вільного Козацтва.

Перевагу було віддано П. Скоропадському за таких причин. По-перше, він був нащадком гетьмана І. Скоропадського, і це виправдовувало його претензії на гетьманську булаву, формально робило його владу легітимною. По-друге, П. Скоропадський був одним з найбагатших землевласників України і міг розраховувати на підтримку поміщиків, невдоволених діями Центральної Ради щодо соціалізації землі. По-третє, як російський генерал, він мав чималий військовий досвід і користувався авторитетом в армії. По-четверте, П. Скоропадський першим серед генералів царської армії українізував свій корпус, що сприяло

зростанню його популярності серед української громадськості. Ці аргументи, безумовно, вплинули на вибір кандидатури гетьмана, але вони мали формальний характер. Головна ж причина полягала в тому, що німецьке і австро-угорське командування та багато впливових українців не бажали висувати керівником держави під час громадянської війни цивільну людину.

Стоячи у витоків гетьманату, німецьке та австро-угорське військове командування в Україні намагалось заздалегідь визначити контури і напрями діяльності майбутньої держави. Так, начальник штабу німецьких військ генерал Гренер наприкінці квітня 1918 р. узгодив з Українською Народною Громадою умови, на яких німці погоджувалися на переворот. В остаточному вигляді документ містив такі положення: визнання Брестської угоди; розпуск Центральної Ради; відкладення скликання Установчих зборів; узгоджені з німецьким командуванням кількості українських військових формувань; відбудова правильного судового апарату й обмеження компетенції військово-польових судів лише розглядом акцій, спрямованих безпосередньо проти німецьких та австро-угорських військ; упорядкування адміністративного апарату і розпуск всіх комітетів «революційного походження»; підтвердження зобов'язань України щодо забезпечення продовольчих потреб німецьких і австро-угорських військ; відновлення вільної торгівлі та іншої комерційної діяльності; поновлення приватної власності, збереження до певної норми великих господарств з метою забезпечення експортної

¹ Цит. за: Єрмолаєв В. М. Вищі представницькі органи влади в Україні (історико-правове дослідження) / В. М. Єрмолаєв. — Х. : Право, 2005. — С. 217.

здатності хліборобів, парцеляція великих маєтностей, передача землі селянам за викуп у кредит¹.

Генерал Гренер підкреслив, що німці безпосередньо участі в перевороті не братимуть і підтримають гетьмана лише після того, як він буде обраний. Такі умови значною мірою ставили гетьманський режим у залежність від Німеччини та Австро-Угорщини.

Про підпорядкованість майбутнього голови Української Держави німцям ще більш наочно свідчить текст телеграми імператора Вільгельма командувачу німецькими військами в Україні фельдмаршалу Ейхгорну: «Передайте генералу Скоропадському, що я згоден на обрання гетьмана, якщо гетьман дасть зобов'язання неухильно виконувати наші поради»².

Залежність гетьмана від німецького та австро-угорського військового командування усвідомлювали і його опоненти — соціалісти. Ось що писав про гетьмана В. Винниченко: «Гетьман був підставною, нікчемною фігурою, манекеном і декорацією, за якою стояв німецький генерал та його воля, бажання, інтереси й розпорядження»³. І в тому, що «німецькі генерали поставили руського генерала П. Скоропадського за гетьмана», В. Винниченко вба-

чав перехід «влади з рук національно-української дрібно-буржуазної демократії в руки неукраїнської великої буржуазії»⁴.

Упродовж тривалого часу в історичній літературі існує думка, що проголошення Української гетьманської держави було по формі поверненням до історичних традицій у подальшій розбудові української державності⁵, але гетьманський переворот не мав характеру стихійного прориву соціальної енергії, спровокованого безпорадністю Центральної Ради. Це був типовий путч німецького командування, а гетьман послужив ширмою для недопустимої, з огляду на умови Брестського договору, німецької окупації України⁶.

Такі суперечливі оцінки обставин приходу гетьмана П. Скоропадського до влади неминуче викликають непрості запитання про легітимність його режиму та характер і ступінь правонаступності в розбудові української державності.

Становище гетьмана як спадкоємця Центральної Ради у творенні української держави було складним та неоднозначним, бо він вільно чи невільно став противником Центральної Ради. Хоча вона й була розігнана не гетьманським урядом, а вищим німецьким командуванням, відсутність протесту з боку гетьмана П. Скоропадського з цього приводу означала мовчазну солідар-

¹ Див.: Скоропадський П. Спогади (кінець 1917 – грудень 1918) / П. Скоропадський. – К., 1996. – С. 148.

² Цит. за: Деникин А. И. Гетманство и Директория на Украине / А. И. Деникин // Революция на Украине. – С. 138.

³ Винниченко В. Відродження нації (Історія української революції: марець 1917 – грудень 1919) : у 3 ч. / В. Винниченко. – К., 1991. – Ч. 3. – С. 26.

⁴ Там само. – С. 326.

⁵ Велика історія України : у 2 т. – К. : Глобус, 1994. – Т. 2. – С. 342; Історія України: нове бачення : у 2 т. / за ред. В. А. Смолія. – К., 1995. – Т. 2. – С. 57.

⁶ Велика історія України : у 2 т. – К. : Глобус, 1994. – Т. 2. – С. 342.

ність з німцями¹. З погляду правонаступництва в розбудові української державності це було, безумовно, для гетьмана дискредитуючим фактом, що значною мірою спричинив опозицію до його режиму з боку українських соціалістичних партій, представники яких становили кістяк Центральної Ради.

Однак події 29 квітня 1918 р. не можна кваліфікувати як переворот у повному розумінні цього слова, оскільки вони не були наслідком суспільного українського руху, а їх успіх зумовили сторонні чинники (німецька військова сила). У тому що гетьманат не виріс органічно з українського ґрунту, значною мірою полягала його нежиттєздатність².

Звісно, що така точка зору має право на існування, проте аналіз ситуації, що об'єктивно склалася в Україні, і шляхів її подальшого розвитку як держави наводить і на інші роздуми. По-перше, не П. Скоропадський і його оточення були винні в появі німців та австро-угорців в Україні: ще до приходу гетьмана до влади окупація стала доконаним фактом, з яким не можна було не рахуватися. По-друге, німці та австро-угорці погоджувалися на утворення українського уряду з поміркованих елементів. Вони бралися своїми силами забезпечити порядок, не допускаючи розвитку більшовизму, і захистити Україну від його проникнення іззовні. По-третє, у разі відмови від співробітництва Німеч-

чина та Австро-Угорщина були готові оголосити Україну легально окупованою і вивезти із неї все, що тільки можна. Це добре розумів П. Скоропадський, який відзначав у своїх спогидах: «Німецько-австрійські армії заповнили всю країну, на півночі були більшовики. Я відчував по відношенню до німців вкрай складні почуття. З одного боку, вони нам були вкрай потрібні. А з другого — я не міг байдуже бачити їх хазяйнування в Києві»³.

У кінцевому підсумку суворі історичні реалії давали підставу генералу П. Скоропадському згодитись на обрання його гетьманом України під протекторатом німців, а частині українського загалу підтримати гетьманський уряд, оскільки альтернативою приходу до влади представників власницьких кіл, як уже стало зрозумілим після трагічних подій січня — лютого 1918 р., міг бути лише більшовизм. Що стосується української соціалістичної інтелігенції, то вона виявилася нездатною налагодити справу розбудови державності і своїми соціалістичними гаслами і обіцянками, які не могла виконати, лише відчинила двері більшовицькій експансії. І це добре розумів П. Скоропадський. За його словами, «наша демократична і соціалістична інтелігенція <...> була перейнята лютою заздрістю до всіх імущих <...> вона не розуміла завдань держави і не тямилася в організації влади, вносячи своїм невмілим керуванням дестабілізацію і анархію в народні маси»⁴.

¹ Див.: Липинський В. Листи до братів-хліборобів / В. Липинський // Дві концепції української політичної думки: В'ячеслав Липинський — Дмитро Донцов. — Нью-Йорк, 1990. — С. 48.

² Історія січових стрільців: воєнно-історичний нарис. — К., 1992. — С. 89.

³ Скоропадський П. Спогади (кінець 1917 — грудень 1918) / П. Скоропадський. — К., 1996. — С. 146.

⁴ Там само. — С. 75.

Обрання П. Скоропадського на гетьмана України відбулося в певній організаційно-правовій формі, хоча і формальній за своїм змістом. 29 квітня 1918 р. у Києві зібрався Хліборобський конгрес, на який прибуло 6432 уповноважених представники від восьми етнічно українських губерній. Це надавало форуму ознак представницького органу, а відтак робило владу гетьмана, хоча б зовні, легітимною. У промовах делегати конгресу рішуче висловлювали незадоволення політикою Центральної Ради, соціалістичними експериментами і вимагали поновлення приватної власності на землю та запровадження міцної влади у формі історичного гетьманату. Присутні одногосно обрали гетьманом України генерала П. Скоропадського.

Правомочність Хліборобського конгресу як представницького органу українського народу і легітимність отриманої від нього П. Скоропадським гетьманської влади не витримують серйозної критики і їх варто розглядати лише як формальний акт. І навряд чи можна погодитися з твердженням Н. Полонської-Василенко, що в порівнянні з обранням гетьманів, починаючи з Виговського і закінчуючи Розумовським, це було найбільш велелюдне з усіх обрань¹, оскільки Хліборобський конгрес репрезентував певний прошарок українського суспільства, а саме — його землевласницьку верству. Тим більше що в умовах німецько-австрійської окупації остаточне визначення форми української державності і заняття тих

¹ Див.: Полонська-Василенко Н. Історія України : у 2 т. Т. 2 : Від середини XVII століття до 1923 року / Н. Полонська-Василенко. – К., 1992. – Т. 2. – С. 490.

чи інших державних посад було цілком у руках окупантів.

Характерною рисою приходу до влади гетьмана П. Скоропадського є майже повна відсутність опору цій акції. У ніч з 29 на 30 квітня 1918 р. прихильники гетьманського перевороту опанували всі державні установи практично без боротьби. Тільки галицькі Січові стрільці, які охороняли Центральну Раду, намагалися обороняти її. Успіх прихильників П. Скоропадського значною мірою зумовила підтримка німців, які напередодні перевороту роззброїли так звану Синьожупанну дивізію і стягли до столиці значні військові сили. А головне полягало в тому, що Центральна Рада вже не мала ні фізичної, ні моральної підтримки серед населення міст України, а своєю аграрною політикою викликала повне розчарування селян. За таких умов прихильники Української Народної Республіки добре розуміли, що шанси на збереження УНР і Центральної Ради були вельми слабкими.

Крім того, на боці гетьманського перевороту стояли широкі кола пасивних обивателів, які не досить ясно розуміли суть подій, що відбувалися, але бажали спокою, безпеки і порядку будь-якою ціною².

Таке ставлення до гетьманського перевороту з боку населення України є своєрідним підтвердженням законності зміни форми української державності і легітимності влади гетьмана П. Скоропадського.

² Див.: Деникин А. И. Гетманство и Директория на Украине / А. И. Деникин // Революция на Украине. – С. 141.

Опубліковано: *Вісн. Акад. прав. наук України*. – 2008. – № 2. – С. 79–87.

П. Рабінович, член-кореспондент АПрН України, завідувач Львівської лабораторії прав людини і громадянина Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування АПрН України

Світова «Біблія» людських прав (до 60-річчя проголошення Всезагальної декларації прав людини)

Чому й навіщо ухвалювалася Декларація. Стисла змістовна відповідь на запитання викладена безпосередньо в її Преамбулі.

Причинами, що зумовили необхідність прийняття цього акта, є такі:

- неможливість забезпечити свободу, справедливий та загальний мир в усьому світі (що є найголовнішим завданням ООН) без визнання гідності, притаманної всім членам людської сім'ї, та їх рівних і невід'ємних прав;

- нещодавні на той час варварські акти зневажання й нехтування правами людини, що обурюють сумління людства;

- підтвердження народами Об'єднаних Націй віри в основоположні права людини, у гідність і цінність людської особи та рівноправність чоловіків і жінок;

- високе прагнення людей створити світ, в якому вони матимуть

свободу слова й переконань і будуть вільними від страху та нестатків;

- взяте на себе державами — членами ООН зобов'язання сприяти у співробітництві з нею підтримці загальної поваги і додержання прав людини та основоположних свобод;

- величезне значення для повної реалізації цього високого зобов'язання загального й однакового розуміння цих прав і свобод;

- необхідність охороняти права людини силою закону, зокрема для запобігання повстанню як останньому засобу її захисту від тиранії та гноблення.

У Преамбулі сформульовано також ті історичні цілі, досягненню яких покликана сприяти Декларація. А саме:

- встановити певний зразок, відповідати якому мають прагнути всі народи й усі держави;

- забезпечити загальне й ефективне визнання та додержання серед

народів держав — членів ООН прав і свобод людини через вжиття національних і міжнародних заходів;

– стимулювати кожну людину і кожну структуру суспільства до проведення просвітницької та освітньої діяльності для сприяння повазі прав і свобод людини;

– сприяти розвитку дружніх відносин між народами, соціальному поступові та поліпшенню умов життя за більшої свободи.

Кожен із наведених соціальних факторів є настільки історично значущим, що не потребує докладного обґрунтування. Та один із них все ж варто коротко прокоментувати. Розглянути цей чинник доцільно, власне, тому, що саме він, гадаю, найвпливовіше ініціював та інтенсифікував підготовку й ухвалення Всезагальної декларації.

Як готувалась і приймалась Всезагальна декларація. Уявімо собі осінь 1945 року...

Нещодавно перемогою держав — союзників у антифашистській коаліції закінчилася Друга світова війна. У німецькому місті Нюрнберзі розпочинається суд над головними німецькими воєнними злочинцями, проваджуваний Міжнародним військовим трибуналом, котрий було створено угодою чотирьох держав-переможниць — Союзу Радянських Соціалістичних Республік, Великої Британії, Франції та Сполучених Штатів Америки. Підсудні, захищаючись від звинувачень, вдавались, зокрема, і до таких аргументів: як громадяни німецької держави вони виконували її закони, накази її керівництва, а отже, діяли правомірно (з огляду на те, що право — це дер-

жавні обов'язкові приписи). Що ж до інкримінованих їм злочинів «проти миру» і «проти людяності», то на час вчинення таких дій взагалі не існувало міжнародно визнаного юридичного документа, в якому були визначені поняття та ознаки названих деліктів...

Однак обвинувачі (одним із них — від Радянського Союзу — був тодішній прокурор Української РСР Р. А. Руденко) спростовували ці твердження, ставши на позицію «природного» праворозуміння. Вони доводили, що хоча підсудні справді не порушували юридичних актів своєї держави, проте самі ці акти були — з огляду на таке праворозуміння — антиправовими, неправомірними, оскільки суперечили основоположним правам і свободам людини, народів, зрештою усього людства — насамперед правам на життя, мир, свободу.

У жовтні 1946 року Трибунал постановив щодо керівників нацистського рейху обвинувальні вироки, спираючись на ст. 6 Статуту цього органу. У ній же інтерпретація зазначених злочинів базувалася на концепції невід'ємних прав людини і людства. І вже тоді з беззаперечною очевидністю виявилась нагальна потреба закріпити принципи і нормативні положення, що випливають із цієї концепції, у спеціальному міжнародному документі, схваленому світовим співтовариством в особі ООН.

На міжнародно-офіційному рівні таке завдання було поставлено на початку 1946 року Економічною і Соціальною Радою ООН як першочергове перед одним з її постійних функ-

ціональних підрозділів — Комісією з прав людини.

Для підготовки проекту цього акта (як першопочатково формулювалось — Міжнародного білля про права людини) Комісія утворила Редакційний комітет із дев'яти своїх членів — представників усіх континентів планети. Його очолила Елеонора Рузвельт. Її заступником став відомий французький юрист, знаний фахівець з міжнародного та конституційного права, учасник антифашистського Руху опору у Франції Рене Кассен (Rene Cassin). Саме йому й довелося стати провідним співавтором основного варіанта проекту Всезагальної декларації, безпосередня підготовка якої розпочалася вже на початку 1947 року.

Після численних тривалих дискусій, узгоджень, опрацювання багатьох пропозицій і зауважень, що надходили від різноманітних інституцій та осіб, згаданий проект у червні 1948 року було представлено на розгляд 3-ї сесії Генеральної Асамблеї ООН.

Ця сесія, яка відбувалася у Парижі, розпочала роботу у вересні і протягом майже 100 засідань ретельно обговорювала, поряд з іншими питаннями, проект Всезагальної декларації. Нарешті 10 грудня 1948 року делегації 48 (із 56) держав — членів ООН проголосували за резолюцію, якою цей акт було схвалено в цілому (інші державні делегації при голосуванні утримались). Виступивши відразу після цього, Е. Рузвельт висловила сподівання на те, що відтепер в історії людства розпочинається нова епоха...

Згодом, за рішенням ООН, щороку 10 грудня відзначається в усьо-

му світі як *Всесвітній день прав людини*.

Нормативно-інституційна система ООН, спрямована на здійснення Всезагальної декларації прав людини. Прийняття Декларації започаткувало формування нової, так би мовити, «праволюдської» галузі міжнародного права. Цей акт якраз і став її нормативним фундаментом. Специфіка останньої (у порівнянні з іншими галузями міжнародного публічного права) полягає у тому, що її норми не тільки встановлюють обов'язки держав, а й відображають основоположні права та свободи, які належать фізичним особам і можуть захищатися останніми за посередництвом певних міжнародно-правових засобів.

Для реалізації Всезагальної декларації, тобто для втілення у соціальну практику встановлених у ній «взірців» прав і свобод, було необхідно, по-перше, трансформувати її принципові положення (викладені — хоча б заради досягнення міжнародного консенсусу — у вельми абстрактній, часто оціночній формі) у такі більш конкретні нормативні приписи, які можна було б закріпити в юридично обов'язкових угодах та контролювати їх додержання. По-друге, слід було створити певні інституції ООН, на які покладался б такий контроль. Не забезпечена розгалуженою, досить дієвою нормативно-інституційною системою Всезагальна декларація вчиняла б у кращому випадку лише морально-політичний вплив на соціальну практику, на здійснення державної влади у країнах світу, насамперед у державах — членах ООН.

Але лише такого впливу було б, вочевидь, замало.

Система міжнародного заохочення й забезпечення прав людини, закріплених у Всезагальній декларації, яка поступово запроваджувалась ООН, зазвичай включає — в її завершеній, повній структурі — такі елементи:

1) назву і нормативне формулювання змісту основоположного права людини (або виду, групи таких прав), закріпленого у певній статті (чи статтях) Всезагальної декларації;

2) окрему, «спеціалізовану» декларацію ООН, присвячену лише цьому праву людини (або виду, групі її прав), особливо тоді, коли «первинне» нормативне положення Всезагальної декларації викладено надто абстрактно, а тому задля забезпечення його регулятивного ефекту потребує деталізації та конкретизації;

3) засновану на такій «спеціалізованій» декларації міжнародну конвенцію щодо здійснення відповідного права (або групи прав), яка має бути юридично обов'язковою для тих держав, котрі її ратифікували;

4) спеціальний орган ООН (зазвичай Комітет), утворений, згідно з відповідною конвенцією або ж факультативним протоколом до неї, для спостереження і контролю за її виконанням тими державами, котрі визнали для себе її обов'язковість.

Наприклад, зі ст. 5 Всезагальної декларації, де закріплено право людини не бути підданою тортурам або жорстокому, нелюдському чи такому, що принижує гідність, поводженню чи покаранню, «виросли» відповідні спеціальна Декларація (1975 р.), Конвенція (1984 р.) та Комітет (1987 р.).

На сьогодні існують дев'ять відповідних Комітетів для контролю виконання державами — членами ООН її основних правозахисних конвенцій, сукупність яких можна вважати нині складниками Міжнародного білля про права людини.

Як свідчить тривала практика ООН, комплексне використання «пакета» всіх зазначених засобів у багатьох випадках дозволяє їй, так чи інакше, сприяти дотриманню у різних державах прав людини, зафіксованих у Всезагальній декларації.

Універсальність основоположних прав людини. Однією з визначальних засад зазначеної галузі міжнародного права, передумовою її дієвості є ідея універсальності («вселюдськості») основоположних прав людини. Ця ідея, відображена (на пропозицію Р. Кассена) у самій назві цього документа, згодом — у найбільш чіткій, завершеній формі — була сприйнята й оприлюднена проведеною під егідою ООН у 1993 році Всесвітньою конференцією з прав людини у «Віденській Декларації та Програмі дій». Там було проголошено, зокрема, що «усі права людини є універсальними, неподільними, взаємозалежними та взаємопов'язаними» і що хоча слід враховувати національну і регіональну специфіку та різноманітні історичні, культурні й релігійні особливості, проте обов'язок держав — незалежно від економічних, політичних і культурних систем — заохочувати й захищати усі права людини та основоположні свободи.

Вельми переконливим свідченням реалістичності цього принципу є кількість держав, котрі ратифіку-

вали основні конвенційні акти ООН з прав людини, прийняті на підставі й на розвиток Всезагальної декларації. Так, за станом на вересень 2008 року, зі 192 держав, які нині є членами ООН, визнали для себе обов'язковими: Міжнародний пакт про громадянські та політичні права — 162 держави, Міжнародний пакт про економічні, соціальні та культурні права — 159, Міжнародну конвенцію про ліквідацію всіх форм расової дискримінації — 173, Конвенцію про ліквідацію всіх форм дискримінації жінок — 185, Конвенцію про заборону катувань та інших нелюдських чи таких, що принижують гідність, видів поведінки чи покарання — 145, Конвенцію про права дитини — усі 192 держави.

Названі вище похідні від Всезагальної декларації «важелі» ООН є засобами її *безпосереднього* впливу на стан дотримання прав людини в окремих країнах і, врешті-решт, у всьому світі. Але, крім того, вони впливають на цей стан й *опосередковано*, насамперед через міжнародні регіональні (континентальні) системи заохочення і захисту прав людини. Прийняття Декларації (а потім й інших відповідних актів ООН) стало потужним імпульсом для розбудови таких систем: вони виникли, як відомо, в Америці (1948–1969 рр.), Європі (1949–1959 рр.), Африці (1981–1998 рр.) та поступово формуються в окремих регіонах Азії й Океанії.

Проте слід констатувати, що ефективно функціонування нормативно-інституційної системи, призначеної сприяти втіленню Всезагальної декларації у практику, не є про-

цесом, так би мовити, безпроблемним, завжди результативним. Сама ООН (здебільшого в особі її спеціалізованих органів, особливо колишньої Комісії з прав людини), відзначаючи у низці документів, з одного боку, прогрес в утвердженні й захисті прав людини, досягнутий у багатьох країнах після прийняття Всезагальної декларації, водночас, з другого — не вважає стан справ у цій сфері суспільного життя задовільним. Ця Комісія час від часу піддавала «адресній» критиці ситуацію з дотриманням прав людини у деяких країнах, виявляла перешкоди, що заважають її поліпшенню, та виробляла відповідні рекомендації (не всі з яких, на жаль, виконувались державами-адресатами).

Серед проблем і недоліків у функціонуванні правозахисного механізму ООН, які відчутно накопичуються останнім часом, відзначають, зокрема, такі: несвоєчасне представлення (а іноді й взагалі непередставлення) в ООН деякими її державами-членами періодичних Доповідей про виконання ними зобов'язань згідно з ратифікованими Конвенціями ООН та Факультативними протоколами до них; надто тривалий (до трьох років) час розгляду цих Доповідей відповідними Комітетами ООН як наслідок збільшення навантаження на них через зростання кількості держав, які ратифікували праволюдні конвенції ООН; відсутність звітності (інформації) держав про виконання висновків і рекомендацій Комітетів; неоприлюднення усіх таких документів у відповідних державах; дублювання в роботі конвенційних органів ООН; розбіжності в інтерпретації ними окремих по-

ложень актів ООН з прав людини. З огляду на це деякі фахівці схиляються навіть до таких радикальних висновків, що система договірних органів ООН в її сучасній формі вичерпала свій потенціал і, якщо не буде істотно реформована, може дійти до колапсу...

Ось чому 60-річний ювілей Всезагальної декларації має відзначатись не тільки, так би мовити, звучанням фанфар на її честь, але й розробленням та реалізацією пропозицій з оптимізації традиційних правозахисних механізмів ООН.

Отже, задля максимально можливого, справді всесвітнього, реального втілення у життя Всезагальної декларації самій ООН, іншим міжнародним організаціям, її державам-членам ще потрібно буде зробити, мабуть, не менше від того, що було досягнуто ними після прийняття цього акта.

Всезагальна декларація: сучасність і майбуття. Як вже неодноразово доводилося мною, *уся історія людства може бути інтерпретована як історія боротьби за права людини*. І у цьому процесі виокремлюються такі події, що позначають його якісно нові етапи, його «переламні» віхи. Такими віхами в становленні й розвитку основоположних прав людини та поступового їх забезпечення ставали, зокрема, певні соціально-нормативні джерела — як національні (недержавні й державні), так і міжнародні.

Та тільки Всезагальна декларація — як документ всесвітнього рівня — започаткувала планетарне визнання основоположних прав і свобод людини. Тільки її прийняття стало

точкою відліку процесу формування у системі міжнародного права окремої галузі прав людини. Тільки вона стала дороговказом гуманістичного правового прогресу людства. У цьому й полягає її історична унікальність.

Безперечно, творці Всезагальної декларації не належали до найвічних романтиків і не мали ілюзій стосовно того, що репрезентований нею «взірець, відповідати якому мають прагнути усі народи й усі держави», швидко й повсюдно буде втілено у соціальну практику. Та й нині сама ООН, її органи час від часу звертають увагу на «ножиці», що й досі існують між положеннями Всезагальної декларації та реальною соціальною ситуацією. Так, у резюме Віденської конференції з прав людини (1993 р.), вміщеному в її «Декларації та Програмі дій», мовиться про «сумну реальність, пов'язану із посиленням нетерпимості, ксенофобії, расизму і расової дискримінації у багатьох країнах». А колишня Комісія ООН з прав людини в одній із резолюцій, ухвалених у квітні 2004 року, констатувала «з глибокою стурбованістю» зростання антисемітизму, християнофобії та ісламофобії в різних регіонах світу, а також появу рухів расистського й насильницького характеру, заснованих на расистських і дискримінаційних ідеях.

Зрештою, не буде перебільшенням стверджувати, що зафіксовані у Всезагальній декларації права і свободи людини порушуються, так чи інакше, всюди і постійно.

Отже, оскільки усіх цілей Всезагальної декларації ще й досі повністю не досягнуто, вона цілком

зберігає свою актуальність. І сьогодні її вплив на розв'язання проблем у царині прав людини триває. Пояснюється це не тільки тим, що — за слушною оцінкою одного з її дослідників — «вона кодифікувала надії пригноблених, передаючи сутність їх вимог переконливою мовою».

Головне полягає, як на мене, у тому, що, відображаючи (насамперед у Преамбулі) конкретно-історичні умови її прийняття, *Всезагальна декларація лишається концентрованим виразом загальносоціальних закономірностей людського співжиття*. Саме завдяки цьому забезпечуються її життєздатність, тривкість, впливовість.

Причому такий вплив зумовлюється не тільки загальнолюдською універсальністю й «далекоглядністю» її положень, сформульованих здебільшого настільки абстрактно, що їх можна (використовуючи певні герменевтичні механізми інтерпретації) безперешкодно поширювати на історично нові, свого часу не передбачувані, відносини і ситуації. Не в останню чергу це забезпечується й сучасними міжнародними та національними заходами. Вони здійснюються, зокрема, за такими напрямками:

- включення окремих положень, а іноді навіть цілих фрагментів Всезагальної декларації до міжнародних актів як всесвітнього, так і регіонального рівнів. Використовуються у цих актах часом і прямі посилання на Всезагальну декларацію як на ідеологічну та нормативну підставу їх прийняття, як на спрямовуючий морально-політичний орієнтир (це має місце, наприклад, у Міжнародній конвенції про захист прав усіх

трудожмих-мігрантів і членів їхніх сімей (1990 р.), у Декларації про права осіб, які належать до національних або етнічних, релігійних і мовних меншин (1992 р.), в Європейській конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (1950 р.);

- відтворення положень Всезагальної декларації в сучасному національному, насамперед конституційному, законодавстві. Наприклад, її текст є складовою частиною Конституції Південно-Африканської Республіки (у редакції 1994 р.);

- використання на національному рівні конкретизуючих Всезагальну декларацію конвенцій ООН, причому не тільки у законотворчій практиці, але й у правозастосуванні. Так, Конституційний Суд України протягом відносно нетривалого часу свого функціонування використовував для обґрунтування своїх рішень чи постанов Міжнародний пакт про громадянські та політичні права та Міжнародний пакт про економічні, соціальні та культурні права відповідно у 12 та 8 актах (та й саму Всезагальну декларацію — в 11 своїх актах). Цим теж засвідчується як прямий, так і опосередкований вплив Всезагальної декларації на державно-юридичну практику.

Принципово важливим є й те, що сама ООН постійно вживає заходів, спрямованих на актуалізацію та посилення ефективності своєї нормативно-інституційної системи заохочення і забезпечення основоположних прав людини, закріплених у Всезагальній декларації. Зокрема, вона приймає нові акти з «праволюднної» проблематики, декотрі з яких, можна стверджувати, не поступаються Всезагаль-

ній декларації ані універсальністю змісту, ані глобальністю дії, ані юридичною силою (оскільки вони схвалюються, власне, сесіями Генеральної Асамблеї). Потреба у таких актах об'єктивно зумовлюється передусім тим, що історичні ситуації наприкінці 40-х років ХХ ст. і на початку ХХІ ст. є, ясна річ, істотно відмінними. За останні півстоліття не могли не з'явитися і нові засоби здійснення та захисту вже відомих, міжнародно легалізованих прав людини; і нові перешкоди у цьому процесі, нові загрози й виклики; і нові права, виникнення яких неможливо було передбачити під час прийняття Всезагальної декларації (тобто нові можливості задоволення традиційних, «класичних» людських потреб, а також потреб нових, найсучасніших).

ООН реагувала й реагує на ці зміни через ухвалення відповідних актів, що начеб доповнюють Всезагальну декларацію. Серед них вирізняються, зокрема, Декларація про право на розвиток (1986 р.), Декларація про права осіб, які належать до національних або етнічних, релігійних чи мовних меншин (1992 р.), Міжнародна конвенція для захисту всіх осіб від насильницьких зникнень (2006 р.), Конвенція про права інвалідів і Факультативний протокол до неї (2006 р.), Факультативний протокол до Конвенції проти катувань та інших жорстоких, нелюдських чи таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання (набрав чинності у 2006 р.), Декларація ООН про права корінних народів (2007 р.).

Нові надії покладаються на утворену в 2006 році і підпорядковану безпосередньо ООН Раду з прав людини, «оснащену» особливими можливостями.

Важливим є й те, що час від часу в актах і документах ООН, її органів та інституцій формулюються такі нові положення, котрі збагачують сучасні наукові «праволюдні» концепції, стимулюють розвиток теорії прав людини. Так, у 2004 році Комісія ООН з прав людини в резолюції «Глобалізація та її вплив на здійснення прав людини» відзначила, що в основу всієї сукупності прав людини покладено «такі фундаментальні принципи, як законодавство, участь, підзвітність, недискримінація, повага, багатоманітність, терпимість, а також міжнародне співробітництво і солідарність». А у прийнятій тоді ж резолюції «Роль управління задля загального блага у заохочуванні прав людини» ця Комісія закликала держави забезпечити «державне управління, чутливе до потреб і прагнень людей заради повного здійснення прав людини». У цьому документі було зазначено й елементи саме такого управління: верховенство права, система надання послуг, сприяння здійсненню прав людини, демократичні інститути й участь населення, боротьба з корупцією в державному і приватному секторах.

Утім і нині в усіх зазначених випадках Всезагальна декларація використовується як першопочаткова «точка відліку» та визначальний критеріальний орієнтир: будь-які наступні акти ООН ніколи не замінять і не перевершать її. Тому й надалі — на тривалу історичну перспективу — вона залишатиметься тим «взірцем», досягнення якого мають постійно прагнути усі народи й усі держави світу.

Опубліковано: Юрид. вісн. України. – 2008. – № 49. – С. 5–16.

Соціальне і юридичне в природі права

Становлення правової, демократичної, соціальної держави зумовлює нагальну потребу осмислення ролі й місця права як універсального способу впорядкування суспільних відносин, вирішення актуальних проблем соціального розвитку й невід'ємного складника правової соціалізації особистості. Принципи Конституції України стосовно визнання людини, її прав і свобод найвищою соціальною цінністю, відповідальності держави перед суспільством, спрямування державної діяльності на утвердження й забезпечення прав та свобод людини і громадянина, поділу влади, забезпечення верховенства права не залишають сумнівів щодо світоглядної орієнтації української державності і правової системи. Утім усі ці програмні настанови вимагають своєї реалізації на рівні загальнотеоретичних концепцій, що у правовій сфері викликає необхідність подолання вітчизняною юриспруденцією звичних уявлень про соціальне призначення права, зумовлені цим характерні риси процесу правового регулювання суспільних відносин, сте-

реотипи нормотворчої та нормозастосовної діяльності.

Проте правове поле в цілому продовжує сприйматися суспільною свідомістю й відтворюватися правовою теорією як однобічний вплив влади на суспільство, а право — як засіб здійснення певних управлінських завдань, знаряддя для силового забезпечення проведення певної політики, практично — як веління держави¹. Із цієї позиції державний примус є «первинною властивістю права», а саме право — це «матеріалізація» психологічного примусу, який забезпечується, крім іншого, силою зовнішнього впливу (примусу) за посередництвом публічної влади². Вихідна ідея такої моделі правового регламентування була сформульова-

¹ Див.: Байтин М. И. Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков) / М. И. Байтин. — Изд. 2-е, доп. — М. : ООО ИД «Право и государство», 2005. — 544 с.

² Див.: Овсепян Ж. И. Государственное принуждение как правовая категория (теоретическая формула отношения принуждения к государству и праву) / Ж. И. Овсепян // Государство и право. — 2007. — № 12. — С. 6, 10.

на в концентрованому вигляді відомим російським юристом Г. Ф. Шершеневичем: «Будь-яка норма права є наказ... ми надаємо найменування правових тільки тим нормам, додержання яких приписується під загрозою, що виходить від держави»¹. З огляду на таку логіку навіть норми, виражені в дозвільній формі, «у дійсності містять наказ», оскільки іншій стороні відповідно наказується виконувати або не виконувати певні дії². Як результат — функціонування правової системи зводиться виключно до регламентації суспільних відносин, що не залишає простору для автономного регулювання, тобто ініціативної діяльності громадян та їх різних об'єднань, становлення громадянського суспільства і дійової системи місцевого самоврядування.

У межах такого бачення ухвалення законів як наказів, що підлягають безперечному примусовому виконанню, — це своєрідний підсумок упорядкування суспільних відносин. Зростання їх кількості прямо не пов'язується з ефективністю правового регулювання: недоліки «невдалих» законів вирішуються за рахунок прийняття нових, так би мовити, кращих законів, а потім — ще кращих... (За різними джерелами, з часів проголошення незалежності України було ухвалено близько 3 тис. законів, дві третини яких стосувалися внесення змін до вже існуючих.) Що ж до проблеми здійснення приписів за-

конодавчих норм, то вона знаходиться нібито поза змістом права і поза безпосереднім інтересом науковців. У всякому разі вона розглядається як така, що має для юриспруденції (у звуженому розумінні) похідний, вторинний характер. За межами юриспруденції виявляється і проблема змін права, передовсім питання: чому і для чого вони потрібні і що законодавець намагається змінити? Адже норми, які регулюють законотворчий процес, передбачають саму можливість внесення змін, регламентують лише технологію й використання правил юридичної техніки, у результаті чого порушується сприйняття цілісності права, процесу правонаступництва, історичного розвитку права як соціального явища, змістовних і якісних особливостей правової системи тієї чи іншої держави.

Орієнтація наукових пошуків виключно на встановлене (позитивне) право, яке у вітчизняній правовій системі практично зводиться до законодавства, звужує поле зору дослідників до ментальних процедур розробки й аналізу текстів законів та інших нормативно-правових актів разом із завданням внутрішньої їх узгодженості — системності законодавства. У зв'язку із цим правознавство як наука про місце і роль права в життєдіяльності суспільства й держави практично зводиться до правознавства, що не може бути тим самим за своїм визначенням³. Видатний російський філософ і юрист

¹ Шершеневич Г. Ф. Общая теория права : учебник / Г. Ф. Шершеневич. — М. : Изд. Бр. Башмаковых, 1912. — С. 281, 283.

² Там само. — С. 282.

³ Проблемы общей теории права и государства / под общ. ред. В. С. Нерсесянца. — М. : НОРМА-ИНФРА, 1999. — С. 147.

І. О. Ільїн цілком справедливо вказував на несамостійність статусу такого законодавства, оскільки «воно саме не досліджує предмет, а натомість підбиває короткі підсумки іншим самостійним наукам про право»¹.

Вагомий внесок в осмислення нової правової реальності² покликана зробити активізація досліджень у напрямі пошуку складників правової картини сучасного суспільства, яке йменують як постіндустріальне або інформаційне, що в контексті цієї статті означає необхідність розширення меж соціально-культурного простору правового регулювання й зумовленого цим дослідження права. Через це не є випадковою оцінка поняття «право» у звуженому інструментальному сенсі, що є недостатнім для побудови сучасної теорії права та зумовлює пошуки інших, більш змістовних правових категорій, адекватних інтегративній функції загальнотеоретичної юридичної науки, серед яких пропонуються такі, як «дія права», «правова система», «правове життя», «правотворчість» тощо. Причому основний аргумент на їх користь зводиться до необхідності подолання надлишкової абстрактності вітчизняної юриспруденції, її фактичної відстороненості від реальних проблем суспільства й конкретних соціальних відносин, що часто призводить до вкрай небезпечної тенденції своєрідної «химери»

юридичної науки, передовсім теорії права, що постає реальною перешкодою на сучасному етапі її розвитку³.

Категорія «дія права» розглядається як понятійна конструкція, покликана змістити акцент у бік проблематики практичного втілення в життя правових норм. Але за таких умов це поняття не може трактуватися інакше, ніж похідне від традиційного праворозуміння, яке залишається незмінним і непорушним. У зв'язку із цим проблеми динаміки права знову ж таки знаходяться, так би мовити, поза правом і власною його природою. Тому запровадження поняття «дія права», розширюючи горизонти правової науки, не може претендувати на оновлення наших уявлень про природу і зміст самого права, а тому й забезпечити приріст.

Поняття «правова система», яке співвідноситься із соціумом як цілісним і багатоаспектним феноменом, теж істотно збільшує діапазон дослідження права, спираючись на арсенал пізнавальних можливостей системного підходу. Воно стає все більш усталеним для вітчизняної юриспруденції⁴, стимулює повніше і змістовніше розуміння права саме як соціального явища, вже не може обмежуватися виключно сферою належного (ідеології). Однак не слід забувати, що призначенням системного підходу, який відбиває специ-

¹ Ильин И. А. Теория права и государства / И. А. Ильин ; под ред. В. А. Томсинова. – М. : Зерцало, 2003. – С. 64.

² Див.: Максимов С. И. Правовая реальность как предмет философско-правового исследования / С. И. Максимов. – Харьков : Право, 2000. – 328 с.

³ Див.: Хохлов Е. Б. Юридические химеры как проблема современной российской науки / Е. Б. Хохлов // Правоведение. – 2004. – № 1. – С. 5.

⁴ Вступ до теорії правових систем / за заг. ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. – К. : Юрид. думка, 2006. – 432 с.

фіку наукових пошуків щодо існуючих явищ і процесів, є певна схематизація, а тому й деяке так зване спрощення реальності. Ось чому правова система як така не в змозі вичерпати всієї правової реальності, а основною її проблемою (як і будь-якої іншої соціальної системи) залишаються відносини з навколишнім середовищем: чим ціліснішою і внутрішньо несуперечливішою стає система, тим вона самодостатніша і більш закрита¹.

Наступною спробою подолання однобічності підходу до праворозуміння стало поняття «правове життя», запропоноване російським теоретиком права А. В. Мальком². Безперечним здобутком цієї концепції є звернення уваги на реальні аспекти поведінки суб'єктів права, так би мовити, на «енергію права», спроба охопити цим поняттям як необхідне, так і випадкові чинники — як позитивні, так і негативні правові складники (наприклад, правопорушення). У цілому ж ця категорія покликана уможливити, на думку науковця, погляд на правову реальність без «рожевих окулярів», щоб сприймати її з усіма досягненнями й недоліками, сильними і слабкими сторонами³. Водночас учений, не виходячи за рамки традиційних методологічних канонів, стверджує, що правове життя покликане «пев-

ним чином оформляти (!) особисте, державне й суспільне життя», зводити його до правових актів, своєрідної їх піраміди й систематизації актів-документів⁴, що всупереч заявленим новаціям знову повертає його в русло усталеної правової проблематики.

Окремої уваги заслуговує пропозиція деяких правознавців стосовно потреби врахування елементів творчої активності у праві, суб'єктом якої може бути лише людина, шляхом постановки в центр правової теорії категорії «правотворчість»⁵. Таким чином, обґрунтовано акцентується на соціоантропологічній природі правової реальності, проте цей фактор пропонується враховувати в обмеженому варіанті — лише у процесі розробки законодавства, практично виключаючи можливість пов'язати творчий підхід із реалізацією приписів норм права, яка розглядається виключно крізь призму певних механізмів.

Прикметним для становлення більш адекватного сучасним реаліям поняття права є підхід П. М. Рабиновича, який задекларував рух до «європейського праворозуміння» саме на основі тлумачення практики Європейського суду з прав людини, що передбачає необхідність поглибленого дослідження власного змісту права, констатації певних незвичних

¹ Див.: Бусова Н. А. Модернизация, рациональность и право / Н. А. Бусова. — Харьков : Прометей-Пресс, 2004. — 352 с.

² Малько А. В. Правовая жизнь и правовая политика / А. В. Малько // Государство и право на рубеже веков. Проблемы теории и истории. — М. : ИГП РАН, 2001. — С. 14–21.

³ Там само. — С. 17.

⁴ Там само. — С. 14, 17, 19.

⁵ Див.: Брызгалов А.И. О некоторых теоретико-методологических проблемах юридической науки на современном этапе / А. И. Брызгалов // Государство и право. — 2004. — № 4. — С. 17–22.

для вітчизняної науки «онтичних» його властивостей: можливості задовольняти певні інтереси, урахування біосоціальних характеристик індивідів та їх психологічного стану, здійсненності можливості задоволення інтересів, унікальності соціальної ситуації та соціальної ситуативності в цілому, неможливості лише формалізованого підходу, потреби виходу за межі юридичного тексту, справедливої збалансованості¹. Проте намагання вкласти запропоновані критерії праворозуміння, вироблені на основі аналізу практики такої специфічної юридичної інстанції, як Європейський суд з прав людини, у канони «діалектично інтерпретованого матеріалістичного розуміння» приводять до неочікуваного контексту «загальносоціального» (тобто не державно-владного, не юридичного права)². Звичайно, право має складну та багатоаспектну природу, що передбачає необхідність та доцільність різних підходів до його дослідження та уможливорює специфіку його визначень, проте це не означає доцільність визнання існування різних за своїм змістом «видів права», зокрема «соціального» та «юридичного», звідки висновується теза про те, що нібито права людини є «неюридичними правами», а стають юридичними лише у разі визнання їх державною владою.

Отже, уточнення предмета правознавства, яким виступає розгор-

нуте поняття права, має спиратися передусім на істотне оновлення методологічного арсеналу наукових досліджень у галузі держави і права³. Адже кожний історичний період характеризується усталеними стереотипами сприйняття навколишнього середовища, зокрема у сфері пізнавальної діяльності — певною науковою картиною світу. Тому вказувати з позицій сьогодення рівня розвитку науки на недосконалість світоглядних настанов минулого можна лише умовно, наразі більш продуктивною є оцінка формування методології пізнання як розвитку пізнавальних можливостей людини та суспільства, що перебувають у постійному русі, збагачуються інноваційними ідеями, як процесу, що супроводжується науковими реформами і революціями. Наразі першочерговим постає наукознавчий аспект, згідно з яким переосмисленню підлягають самі підходи до розуміння особливостей пізнавальної діяльності у сфері соціальної та, зокрема, правової реальності з урахуванням новітніх методологічних досягнень⁴.

Одним із важливих напрямів такого оновлення, особливості якого полягають у розгляді правової ре-

³ Методологічні проблеми правової науки : матеріали міжнар. наук. конф., Харків, 13–14 груд. 2002 р. / упоряд.: М. І. Панов, Ю. М. Грошевий. – Х. : Право, 2003. – 427 с.; Полешко А. Методологічні проблеми юридичної науки в Україні (з міжнародної конференції) / А. Полешко // Право України. – 2004. – № 7. – С. 145–146.

⁴ Див.: Честнов И. Л. Правопонимание в эпоху постмодерна / И. Л. Честнов. – СПб. : ИВЭСП, Знание, 2002. – 272 с.

¹ Рабінович П. М. Верховенство права з позицій європейсько-міжнародного та українсько-конституційного судочинства / П. М. Рабінович // Бюл. М-ва юстиції України. – 2006. – № 3 (53) – С. 12–14.

² Там само. – С. 15.

альності передовсім під феноменологічним кутом зору¹, є дослідження права як соціального явища, яке виникає за умов специфічного правового способу соціальної регуляції², що передбачає застосування до юридичної сфери наукового інструментарію суміжних дисциплін — філософії, антропології, психології та соціології³. Доречно зауважити, що перетворення філософії, предметом якої оголошується інтерсуб'єктивність, у сувору науку, різновид науково-дослідної діяльності пов'язують з іменем Е. Гуссерля, основоположника феноменологічного методу⁴. Таким чином, відкривається шлях до інтегративної концепції права, яка дає змогу пояснити найбільшу кількість правових явищ⁵, долаючи при цьому однобічність традиційних підходів та наукових шкіл — природного і позитивного права, історичної, соціологічної та психологічної. Адже феноменологічний контекст

¹ Див.: Зотов А. Ф. Современная западная философия : учебник / А. Ф. Зотов. – М. : Высш. шк., 2005. – 781 с.

² Див.: Четвернин В. А. Введение в курс общей теории права и государства / В. А. Четвернин. – М. : ИГП РАН, 2003. – С. 144; Право и общество: от конфликта к консенсусу / под общ. ред. В. П. Сальникова, Р. А. Ромашова. – СПб. : Изд. дом С.-Петербур. гос. ун-та, 2004. – С. 8–50.

³ Див.: Мартышин О. В. Общетеоретические юридические науки и их соотношение / О. В. Мартышин // Государство и право. – 2004. – № 7. – С. 7.

⁴ Див.: Зотов А. Ф. Современная западная философия : учебник / А. Ф. Зотов. – М. : Высш. шк., 2005. – С. 170–171.

⁵ Коммуникативная концепция права: вопросы теории : обсуждение моногр. А. В. Полякова. – СПб. : Изд. дом С.-Петербур. гос. ун-та, 2003. – С. 38.

акцентує на взаємозалежному існуванні та взаємодії індивідів, які за посередництвом соціальних відносин реалізують належну їм свободу в межах загальної норми (міри), заснованої на еквівалентності обміну діяльністю⁶, що дає підстави зробити на відміну від методологічного індивідуалізму та суб'єктивізму висновок про інтерсуб'єктивну (Ю. Хабермас) і в такому розумінні об'єктивну природу права. Звідси — пріоритетність здійснення невід'ємних прав і свобод людини і громадянина у життєдіяльності сучасного суспільства та демократичної, правової держави.

Слід наголосити, що такий підхід, пояснюючи право як норму, правило, міру того, як, за влучним виразом А. П. Зайця, необхідно діяти у відносинах з іншими людьми⁷, дає змогу зробити вагомий крок до вирішення вкрай загостреної сьогодні проблеми щодо чіткої практичної спрямованості правових досліджень. Адже будь-яке наукове пізнання, що може бути охарактеризоване як самодостатнє у певному сенсі, своєї повноцінності набуває тільки тоді, коли застосовується до актуальних питань практичного життя. У нашому контексті аксіо-

⁶ Див.: Поляков А. В. Общая теория: проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода : курс лекций / А. В. Поляков. – СПб. : Изд. дом С.-Петербур. гос. ун-та, 2004. – 864 с.; Проблемы общей теории права и государства / под общ. ред. В. С. Нерсесянца. – М. : НОРМА-ИНФРА, 1999. – С. 162–178.

⁷ Теорія держави і права : акад. курс : підручник / за ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – С. 240.

матичним ще з часів римського права є висновок про те, що юриспруденція є передовсім сферою практичного освоєння реальності, а тому аналітичні розробки правової тематики мають орієнтуватися на соціальні очікування та знаходити практичне застосування.

Проте дані методологічні настанови передбачають відмову від стереотипу сприйняття суспільства як такої форми суспільних відносин, характерні особливості якої вбачались в її незалежності від свідомості та волі людей, а тому й у відчуженості від них самих, їх безпосередніх потреб. Адже взаємодія людини в будь-якій сфері із зовнішнім світом, особливо із соціальним світом, не може складатися інакше, ніж за посередництвом певних уявлень про світ, наданням його елементам певного сенсу та значущості¹. Натомість вихідним має стати розгляд права як породження суспільних відносин, 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, оскільки людина за своєю природою як фізичною, так і духовною призначена для життя у суспільстві і стає людиною лише в результаті життя в суспільстві². Право не існує поза межами

суспільства, втім і суспільство має розумітися як сукупність індивідів, що мають суперечливі, але водночас й однотипні з іншими інтереси, які вони не можуть самостійно реалізувати, і тому єдиною можливим способом їх існування виступає соціальне спілкування (конфлікт та співпраця) у формі стосунків одного з іншим та всіма іншими.

Сьогодні до певної міри стає звичним акцент на конфліктній природі права. Подібний соціальний конфлікт мав в історії політичної та правової думки різні інтерпретації — «війна всіх проти всіх» з акцентом на антагонізмі індивідів, «класова боротьба» з наголосом на протиріччях групових економічних інтересів, «повстання людини проти держави», звідки робились різні висновки — про необхідність абсолютизації державної влади, розподілу сфер впливу держави та приватних інтересів, «відмирання держави» або «непотрібність держави». Вітчизняна юридична наука теж намагається освоїти конфлікт інтересів, проте, або в дещо обмеженому контексті — юридичних механізмів вирішення спору, або з максималістських позицій так званої «правової доктрини виключення конфлікту інтересів»³, що безперечно не є можливим, оскільки саме соціальне спілкування у формі конфлікту і співробітництва по своїй суті виступає підґрунтям існування, функціонування та розвитку правової реальності.

Утім у процесі творення права соціальна реальність має набути фор-

¹ Див.: Право и общество: от конфликта к консенсусу / под общ. ред. В. П. Сальникова, Р. А. Ромашова. — СПб. : Изд. дом С.-Петербур. гос. ун-та, 2004. — С. 16; Козловський А. А. Право як пізнання: Вступ до гносеології права / А. А. Козловський. — Чернівці : Рута, 1999. — 295 с.

² Див.: Егоров С. Н. Аксиоматические основы теории права / С. Н. Егоров. — СПб. : Изд. дом С.-Петербур. гос. ун-та, 2001. — С. 52.

³ Дедов Д. И. Конфликт интересов / Д. И. Дедов. — М. : Волтерс Клувер, 2004. — 174 с.

ми, придатної для правового регулювання. Правові якості додаються до власне людських характеристик у результаті взаємного визнання індивідами певних прав і свобод, набуття ними статусу правових суб'єктів, на підставі чого виникає нова, правова за своїм характером, реальність — правові поняття, конструкції, норми, відносини, поведінка. Тому усталена для вітчизняної юриспруденції категорія «правова форма», запозичена з класичного методологічного арсеналу, має отримати більш конкретизований зміст, наближений до соціальної реальності, за джерелом походження суб'єктивної, оскільки у суспільних взаєминах немає нічого, щоб не проходило через свідомість людини і не вимагало постійного відтворення за посередництвом активної поведінки, та за способом організації (існування) — об'єктивної, оскільки остання набуває особливого інституціонального та артикульованого виразу.

Реальність правової форми у такому сенсі полягає у тому, що вона є обов'язковою належністю даних соціальних відносин, поза чим вони не здатні належно сформуватися, існувати та здійснюватись, опиняючись за межами права зі всіма відповідними наслідками. На думку С. І. Максимова, у сучасних дискусіях про природу права зазвичай виокремлюють дві протилежні позиції: об'єктивізм (право існує в речах) та суб'єктивізм (право існує в думках), наразі правова реальність не претендує на презентацію якоїсь субстанційної частини дійсності, а є лише способом організації та інтерпретації певних аспектів соціально-

го життя, буття людини, але настільки істотним, що за його відсутності розпадається сам соціальний світ¹.

Саме у такому середовищі формуються правила поведінки людей як засновані на еквівалентності обміну діяльністю норм, покликаних виконувати роль відповідних її стандартів, які за посередництвом інституціоналізації отримують публічну гарантію. Правова реальність у цьому сенсі постає специфічною сферою взаємодії суб'єктів, опосередкованою правовими нормами, суб'єктивними правами та юридичними обов'язками учасників суспільних відносин, їх реалізацією, гарантованою відповідними публічними інститутами. У зв'язку з цим не є випадковим звернення теоретиків права до нового, більш обґрунтованого та розширеного, тлумачення функцій, які право виконує в суспільстві. Зокрема Є. В. Бурлай пропонує таку класифікацію функцій права: компромісу, організації, соціальної стабілізації, розв'язання соціальних конфліктів, відновлювально-компенсаційну, соціальної відплати².

Отже, одним із актуальних напрямів адаптації вітчизняного правознавства до викликів сьогодення має стати соціалізація юридичних знань, що передбачає розгляд правової проблематики у більш широкому контексті — суспільства в цілому, а не лише його державної організації, опосередкованої відносинами ви-

¹ Максимов С. И. Правовая реальность как предмет философско-правового исследования / С. И. Максимов. – Харьков : Право, 2000. – С. 148–150.

² Бурлай Є. До питання про функції права / Є. Бурлай // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2005. – № 3 (42). – С. 31–42.

ключно з приводу формування та реалізації державної влади. Адже і соціум виступає певною формою організації соціальних відносин шляхом горизонтальної інституціоналізації сфери громадянського суспільства, яке структурується за первинним публічним інтересом. Держава з цієї точки зору виступає як специфічне соціальне утворення, інститут публічної влади в масштабах усього суспільства — суперінституціональна організація¹, функціональне призначення якої полягає в забезпеченні стабільності та стійкого розвитку соціуму шляхом централізації й концентрації його владно-примусового (силового) потенціалу. Такий підхід дає змогу розставити акценти у проблематиці співвідношення державності та громадянського суспільства, які разом складають цілісний соціум, але виконують у ньому різні функції² — громадянське суспільство є соціальною основою державності, а державна влада — важелем управління, який знаходиться на службі у суспільства, забезпечує його потреби та інтереси.

Зрештою, лише за умов чіткого усвідомлення соціальної природи права воно може стати дійовим засобом обмеження свавілля державної влади, розглядатися у контексті правової культури суспільства, формування поваги до права, почуття права тощо. У цьому плані засновники концепції правової державності об-

ґрунтовано вбачали її підвалини у «правовому громадянському суспільстві», яке безпосередньо поєднує за посередництвом права його як громадські, так і державницькі засади. Взаємини між людьми є тим реальним середовищем, у якому проходить здійснення правових норм — за посередництвом пізнання та оцінки їх змісту свідомістю суб'єктів, вольових актів їх поведінки, спрямованих на дотримання юридичних заборон, виконання юридичних обов'язків та використання прав, опори на певні публічні, передовсім державно-владні, інституції та механізми. Лише у соціальному середовищі можуть скластися реальні показники ефективності права. Тому для досягнення соціально значущого результату важливими стають процедури, процес здійснення приписів правової норми, який не повинен відриватися від неї самої, її змісту. Зауважимо, що вперше у вітчизняній теорії права питання про право в широкому процесуальному аспекті порушив В. М. Горшенев³.

Саме з урахуванням досягнень сучасного розвитку науки відомий російський правознавець С. С. Алексєєв пропонує доповнити звичний процес пізнання правових форм «вивченням її дійсної ефективності», наскільки ефективно вони «працюють» у реальних життєвих ситуаціях⁴. Його основою також є нормативність, проте — нормативність

¹ Див.: Гомеров И. А. Государство и государственная власть: предпосылки, особенности, структура / И. А. Гомеров. — М.: Изд-во ЮКЭА, 2002. — С. 468–477.

² Див.: Мамут Л. С. Народ в правовом государстве / Л. С. Мамут. — М.: НОРМА-ИНФРА, 2000. — 160 с.

³ Горшенев В. М. Юридический процесс / В. М. Горшенев. — Харьков: Основа, 1985. — 156 с.

⁴ Алексєєв С. С. Общая теория права: учебник / С. С. Алексєєв. — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: ТК Велби, Проспект, 2008. — С. 16–17.

соціальної реальності (соціальна нормативність), яка виводиться не із «повеління державної влади», а із фактичних відносин, заснованих на еквівалентності обміну діяльністю, взаємних правах та обов'язках учасників соціального спілкування, що складаються на підставі взаємного визнання їх значущості. Обов'язковою ознакою цієї нормативності є те, що вона зачіпає публічний інтерес, формується і здійснюється в публічній площині і тому підлягає гарантуванню з боку інститутів державної влади. На підставі цього стає можливим виокремити у суспільстві сферу права, яка підлягає публічному контролю, та сферу моралі як царини власне міжособистісних відносин та відповідальності, які водночас мають бути заснованими на спільних для обох сфер гуманітарних принципах.

Така норма (правило поведінки), яка складається в результаті повторюваності¹ й об'єктивації певних соціальних ситуацій у тісному зв'язку з реальними (соціальними) можливостями її реалізації в діяльності учасників суспільних відносин, залишається у центрі предмета теоретичного правознавства. Право за цих умов має розглядатися не просто як належне, а як вкорінене у практику належне, що знаходиться у процесі становлення, стає частиною соціальної реальності. Разом з тим юриспруденція, як і будь-яка інша соціальна наука, не може бути лише пасивним відображенням дійсності, має досліджувати її з точки зору як суццо-

го, так і з позицій належного, того, якою вона (правова дійсність) є та може й повинна бути. Важливо лише, щоб компонент належності у праворозумінні, який завжди включає певний «метафізичний елемент», не перешкоджав прикладній значущості та соціальній ефективності правового регулювання.

Утім еквівалентність як запорука відповідності соціальній реальності змісту того чи іншого правила поведінки (соціальна складова) для набуття повноцінного статусу правової норми опосередковується культурними цінностями — обґрунтуванням доцільністю (правова політика), виправданням з позиції справедливості (етика права), загальним виразом за посередництвом тексту (логіка права), офіційним визнанням та судовою гарантією за допомогою авторитету державної влади (позитивація права). Через це право стає здатним до повноцінної реалізації свого соціального призначення як найбільш універсального способу впорядкування соціальних відносин, основного засобу вирішення суспільних конфліктів, примирення різноманітних соціальних інтересів, досягнення соціальної злагоди та компромісу.

Як результат, широкий підхід до праворозуміння передбачає оцінку права і як справедливості, і як примусового засобу для забезпечення впливу на суспільство, тобто як своєрідну примусову справедливість², що спирається на оптимальне поєднання етичної та владно-примусової

¹ Див.: Цвік М. Про сучасне праворозуміння / М. Цвік // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2001. – № 4. – С. 10–11.

² Хеффе О. Политика. Право. Справедливость / О. Хеффе. – М. : Гнозис, 1994. – С. 269–285.

складової правового способу впорядкування суспільних відносин. Імовірність того, що в разі потреби право буде реалізовано за допомогою юридично впорядкованої процедури примусу, означає набуття правом нових змістовних якостей, адже поряд із нормами, які безпосередньо регулюють поведінку людей, з'являються й інші норми, що зобов'язують правоохоронні органи вжити заходів для забезпечення дотримання цих «первинних» норм¹, які на відміну від попередніх набувають статусу правової реальності передовсім на підставах раціональності та логічної істинності.

Підсумком розширення предмета правознавства має стати розрив замкнутого кола формальних юридичних понять та конструкцій, коли юриспруденція розуміється як така, що розвивається «із самої себе», а теорія права — виключно за рахунок узагальнення висновків галузевих юридичних дисциплін, адже набута в такий спосіб системна якість аж ніяк не може бути зведена до суми її елементів — пояснення сутності та змісту права лише ізсередини правової матерії. Зворотний висновок піддавав би сумніву загальнотеоретичний статус цієї науки, передовсім її пізнавальні можливості й методологічну функцію стосовно тих самих галузей правознавства, висновки яких і стали предметом для узагальнення.

Водночас такий підхід не повинен призводити до нехтування логічними способами конструювання

¹ Див.: Циппеліус Р. Юридична методологія / Р. Циппеліус ; пер. Р. Корнута. — К. : Реферат, 2004. — С. 18.

моделей правової реальності, які знаходять свій вираз передовсім у писаному праві, юридичних текстах, що передбачає чіткі вимоги щодо ясності та послідовності юридичного мислення. Без даних, отриманих в результаті використання техніко-юридичного методу, неможливе теоретико-прикладне освоєння правової дійсності взагалі, зокрема й у дослідженнях, що мають переважно філософську чи соціологічну орієнтацію². Йдеться лише про подолання класичної метафізичної установки «панлогізму», коли законам, за якими здійснюється розумовий процес, надавався по суті статус універсальних законів Всесвіту, відповідно до чого природа та соціальна практика розглядалися як своєрідна прикладна логіка³, та зумовленої цим методологічним постулатом установки про самодостатність логічних конструкцій правознавства. Правовий текст, який є результатом об'єктивації та артикуляції всієї системи соціальної взаємодії, дає змогу людині як соціальній істоті та суб'єкту права існувати, спілкуючись з іншими, у межах правової реальності, яка є частиною культури та символічної пам'яті⁴. У більш широкому контексті норми права відображають природжені риси тієї чи іншої ментальності — стереотипи світосприйняття,

² Див.: Алексеев С. С. Общая теория права : учебник / С. С. Алексеев. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : ТК Велби, Проспект, 2008. — С. 21.

³ Див.: Зотов А. Ф. Современная западная философия : учебник / А. Ф. Зотов. — М. : Высш. шк., 2005. — С. 13.

⁴ Коммуникативная концепция права: вопросы теории : обсуждение моногр. А. В. Полякова. — СПб. : Изд. дом С.-Петерб. гос. ун-та, 2003. — 154 с.

звичаї, традиції, систему цінностей та способів інтелектуальної діяльності, що здатні породжувати неоднозначні тлумачення однакових правових текстів, а то й — конфлікт інтерпретацій. Право не може бути ідентичним навіть єдності та усій сукупності писаних законів, які внаслідок цього є принципово відкритими для оцінювання та тлумачення¹. Як результат, процеси інтернаціоналізації та глобалізації правової сфери, гармонізації законодавства різних держав не повинні ототожнюватись із механічним перенесенням певних юридичних термінів та конструкцій однієї країни до іншої без врахування особливостей національно-історичного розвитку тієї чи іншої спільноти та державності².

Кожен із цих аспектів сутності та існування права може стати предметом окремого наукового дослідження, складає певний їх напрям — філософсько-правових, політико-правових, етико-правових, логіко-правових, позитивно-правових, що, проте, не повинно призводити до руйнування цілісності (інтегративності) сприйняття права як системного явища науковцями і практиками. Питання в іншому — актуальності того чи іншого напрямку дослідження правової реальності, яка зумовлена конкретною соціально-

¹ Див.: Грасхоф К. Принцип верховенства права у конституційному судочинстві / К. Грасхоф // Вісн. Конституц. Суду України. — 2000. — № 4. — С. 35.

² Див.: Тацій В. Я. Методологічні проблеми правової науки на етапі формування правової, демократичної, соціальної держави / В. Я. Тацій // Методологічні проблеми правової науки : матеріали міжнар. наук. конф., Харків, 13–14 груд. 2002 р. — Х. : Право, 2003. — С. 5.

історичною та пізнавальною ситуацією. Саме сьогодні, за висновком багатьох фахівців у галузі правової науки, для юриспруденції настав період, коли вона значною мірою вже використала ресурс розвитку «в ширину», має бути готовою «поглянути на себе» нібито з боку³, перевірити весь свій методологічний інструментарій, істотно оновити його з урахуванням результатів фундаментальних досліджень передовсім у царині філософії та соціології права для переходу на якісно новий ступінь сприйняття правової дійсності.

Зазначений вимір до праворозуміння означає перш за все розгляд права у контексті взаємодії учасників суспільних відносин на підставі взаємного, інтерсуб'єктивного їх визнання суб'єктами права та юридичних обов'язків, які діють у межах певних правил (норм) поведінки, забезпечених унаслідок своєї значущості публічною гарантією. Стосовно цього доречно звернути увагу на послідовність трансформації уявлень про сутність права залежно від ступеня ускладнення та диференціації системи соціальних інтересів і відносин: від засобу управління (команда-виконання) до соціального регулятора (моделювання правил поведінки), і далі — до найбільш універсального способу впорядкування суспільних відносин (вирішення конфліктів). Отже, правова проблематика у запропонованому контексті має розглядатись у безпосередньому

³ Див.: Брызгалов А. И. О некоторых теоретико-методологических проблемах юридической науки на современном этапе / А. И. Брызгалов // Государство и право. — 2004. — № 4. — С. 17.

зв'язку з правовою соціалізацією індивідів, особливостями менталітету та національної правової культури, становленням інституцій громадянського суспільства, демократизацією політичного життя, що передбачає передовсім участь громадян у правотворенні — виявленні потреби у правовому регулюванні певних суспільних відносин, формуванні соціальних очікувань щодо його спрямованості та змісту, обговоренні проектів законів та інших нормативно-правових актів, а також у реалізації та оцінці ефективності законодавства.

Предметним результатом запровадження такого підходу має стати розбудова національної правової системи на засадах верховенства права, пов'язаного з поглибленням усталеного для вітчизняної юриспруденції принципу законодавства, що тлумачився зазвичай як формальне дотримання вимог законодавства, за посередництвом адаптації до змісту правової форми фундаментальних правових чинників — конституційних положень як норм основного закону, міжнародних стандартів прав і основоположних свобод людини. Безперечно, суспільні взаємини у правовій державі мають функціонувати передусім за умов презумпції законності: лише від імені закону, на підставі, у межах повноважень та у спосіб, передбачений законом, можуть діяти й органи державної влади. Проте ускладнення соціальної реальності спонукає до розширення меж соціально-культурного простору правового регулювання шляхом розширення можливості використання потенціалу таких джерел права, як судовий прецедент, правовий звичай,

нормативний договір, що знаходить своє підтвердження у принципових новелах прийнятих нещодавно галузевих кодексів, діяльності вітчизняних та міжнародних судових інституцій.

Першочергової уваги за цих умов набуває статус судової влади як арбітра з питань права, зокрема, у відносинах між державою і громадянином, яка (судова влада) уповноважена вирішувати конфлікти з приводу права, приймати остаточні правові рішення та діє в особливому процесуальному режимі. Тому примусовість як визначальна ознака авторитарного типу права має поступитися гарантії судового захисту, що є пріоритетною умовою реальної можливості здійснення прав і свобод людини і громадянина у правовій державі. Утім, згідно з одним із постулатів класичної юриспруденції, правовий характер визнається лише за тими нормативними вимогами, які можуть бути захищені у суді. На необхідність наповнення державного примусу правовим змістом, який дає змогу уникнути свавілля, вказує С. С. Алексеев, вбачаючи його критерії у такому: підпорядкованості загальним принципам певної правової системи, загальності, нормативній регламентації, дії через механізм прав і обов'язків, розвинутій процесуальній формі¹.

Не менш важливою у такому вимірі постає й здатність права бути не лише провідником системних імперативів у «життєвий світ» людей (Е. Гуссерль), що часто знаходить

¹ Алексеев С. С. Общая теория права : учебник / С. С. Алексеев. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : ТК Велби, Проспект, 2008. — С. 92.

своє відображення у своєрідному для сучасного суспільства феномені надмірної «юридифікації», а й сприяти соціальний вплив у зворотному напрямі — від безпосередніх потреб і інтересів учасників суспільних відносин до держави як організації публічної влади в масштабах усього суспільства, що є невід'ємною передумовою утвердження прав людини та становлення самоврядних інституцій громадянського суспільства як підґрунтя правової держави. Рух у цьому напрямі має забезпечити не лише розуміння юридичної скла-

дової вирішення соціальних проблем, а й наближення її до соціально-антропологічних критеріїв шляхом покладення в основу соціуму і правової системи прав та основоположних свобод людини, що поєднує у своїй активності власну суб'єктивність та об'єктивність соціального світу, акцентування на проблемах правової соціалізації особистості як чинника формування й ефективності правової системи.

Опубліковано: Проблеми законності. – 2008. – Вип. 1.

Проблеми сучасного праворозуміння

В Україні діє конституційний принцип верховенства права, в основу якого покладено пріоритет права перед державою. Це з особливою силою підкреслює неприпустимість спрощеного, ще до кінця не подоланого розуміння права як дарованого державою, її творення, команди суверенної державної влади. Такий суто позитивістський підхід, який бере початок від Т. Гоббса і аналітичної юриспруденції І. Бентама та Дж. Остіна, досі зберігається в деяких галузевих юридичних науках. Характерними для нього є фактичне зведення права до закону, відсутність аналізу глибинного змісту права. Тим часом передумовою й основою правового регулювання є не воля держави, що втілюється в законодавстві, а характер суспільних відносин, які об'єктивно складаються на базі взаємодії окремих осіб та їх об'єднань і підтримуються та захищаються державою.

Джерелом набуття цими відносинами нормативного характеру і уявлень про їх обов'язковість є

здебільшого не зовнішній вплив, не державне втручання, а їх постійна повторюваність. Ця повторюваність відбувається в різних сферах суспільного життя — економічній, політичній, соціально-культурній.

Стосовно великої групи суспільних відносин такі засоби утворення і реалізації норм виявляються недостатніми. Йдеться про ті з них, які потребують оцінки, підтримки та захисту ззовні авторитетом влади. Це необхідно заради забезпечення їх більш жорсткого й ефективного регулятивного впливу. Такі підтримка і захист мають надаватися їм з боку держави. Завдяки своєму систематичному повторенню економічні, політичні, сімейні та інші відносини набувають характеру загальних правил, на базі яких формуються основи майбутнього права. Щодо економіки, то, як писав Ф. Енгельс, на певному історичному етапі виникає потреба охопити загальним правилом акти виробництва, розподілу і обміну продуктів, які повторюються

«щодня»¹. Аналогічні відносини складаються у всіх сферах суспільного життя. Вони набувають свого юридичного виразу у вигляді правовідносин, на базі яких згодом формуються судова практика, правосвідомість, договірна практика тощо.

Через правовідносини певним суспільним відносинам надається постійний характер, відбуваються ліквідація перепон на їх шляху, всебічний розвиток або обмеження дії окремих їх груп. Як складова частина основ права правовідносини, як і ті суспільні відносини, на базі яких вони виникли, існують об'єктивно. У результаті їх постійного повторення складаються відповідні юридичні нормативи. Їх виникнення завершує процес формування основ права. Сформувавшись у суспільному середовищі, вони визнаються і захищаються державою.

Завершення цього процесу не виключає, проте, подальшого поглиблення змісту права. З метою охоплення всіх особливостей різних сфер суспільного життя відбувається деталізація його основ. Вона здійснюється шляхом створення більш конкретних за змістом правил поведінки. Не змінюючи основ права, вони складаються за участю держави, а в багатьох випадках безпосередньо формулюються законодавцем. Таким шляхом відбувається поглиблення регулювання тих суспільних відносин, які потребують деталізації та конкретизації. Це не порушує того, що головний тягар правоутворення пов'язаний з утвердженням

¹ Маркс К. Твори / К. Маркс, Ф. Енгельс. – 2-ге вид. – Т. 18. – С. 263.

саме основ правового регулювання суспільних відносин.

Повторюваність може бути позитивною (такою, що має позитивне значення для розвитку суспільних відносин) і негативною (такою, що є гальмом на шляху їх нормального розвитку).

При позитивному повторенні суспільних відносин право формується на основі їх санкціонування — правового закріплення і подальшого розвитку. Санкціонування, що враховує негативну повторюваність, веде до формулювання правових приписів, які спрямовані на гальмування або усунення перешкод на шляху соціального прогресу. Воно є основним засобом фіксації правових норм.

Визнані державою норми, реалізуючись неозначену кількість разів, створюють юридичну практику, яка стає основою подальшого вдосконалення і розвитку права. Зміна практики є віддзеркаленням безперервних змін у суспільному житті. Завершення процесу формування права є одночасно стартовим майданчиком для його реалізації. На базі реалізації здійснюється подальший правовий розвиток. Таким чином, право «рівною мірою прагне пристосовуватися до часу, об'єднати фундаментальні параметри часу: минуле, теперішнє і майбутнє»². При цьому ключем ефективного правового регулювання завжди залишається виявлення і використання характеру, частоти і тенденцій розвитку повторюваних суспільних відносин.

Для ілюстрації викладених положень візьмемо за приклад сімейні

² Бергель Ж.-Л. Общая теория права / Ж.-Л. Бергель. – М., 2000. – С. 196.

відносини. З появою парної родини всередині неї поступово стихійно складаються і постійно повторюються певні відносини, на базі яких виникають нормативні установки. Вони охоплюють певний розподіл обов'язків між чоловіком і дружиною, взаємну підтримку, діяльність щодо спільного господарства і майна, його перехід за спадщиною, продовження роду, утримання і виховання дітей, дію батьків від їхнього імені і в їх інтересах та ін. Ті сімейні відносини, які одержують державний захист через суд або компетентні державні органи, набувають свого юридичного вираження у вигляді сімейних правовідносин, незалежно від їх державного закріплення, сприяють упорядкуванню, розвитку і підсиленню стабільності всього обсягу фактичних сімейних відносин, що лежать в їх основі. Основа правового регулювання, що таким чином складається, розширюється за рахунок дрібніших, мінливих і конкретних деталей сімейних відносин. Такі відносини потребують додаткового, безпосередньо державного регулювання. Йдеться про такі питання, як порядок укладення шлюбу, встановлення батьківства, розлучення, здійснення змін у правовому становищі дітей тощо. Відповідні допоміжні, конкретизуючі правовідносини набувають своєї нормативної обов'язковості за прямою участю держави, на підставі чого теж перетворюються на правовідносини.

Правильне розуміння природи права значною мірою залежить від уявлення шляхів формування як його змісту, так і форми. Право є продуктом суспільства, а не держави, воно «знаходиться не в законі,

а в соціумі»¹. У зв'язку з цим поняття законодавства відокремлюється від поняття права.

Не можна не погодитись з М. П. Марченком, що «державна монополізує законодавчу, але аж ніяк не правотворчу діяльність»². Щодо ролі влади, то вона — «лише результуючий фактор правоутворення, який безпосередньо об'єднує та формує матерію права в правовому змісті»³.

Виходячи з того, що мова йде про процес самоформування права, настав час відмовитися від терміна «правотворчість», замінивши його на «правоутворення» і «правозакріплення». Формулюючи текст правових приписів, держава здебільшого не встановлює норм права, а лише переводить на юридичну мову ті суспільні відносини, що зароджуються, розвиваються в суспільстві і набувають у результаті багаторазового повторення нормативного характеру. Про завершення процесу формування права свідчить надання відповідним правовим приписам формальної означеності та юридичної сили. Усе це підтверджує правильність судження, що «право як таке не передбачає певної правотворчості»⁴. Ця теза фактично підтримується багатьма науковцями⁵. Але чимало з них, осо-

¹ Поляков А. В. Теория государства и права / А. В. Поляков. — 2001. — С. 358.

² Марченко М. П. Проблема общей теории государства и права : учебник / М. П. Марченко. — М., 2007. — Т. 2. — С. 32.

³ Максимов С. И. Правовая реальность: опыт философского осмысления / С. И. Максимов. — Харьков : Право, 2002. — С. 182.

⁴ Тьюффе О. Розум і право / О. Тьюффе. — К., 2003. — С. 35.

⁵ Див.: Хайек А. Право, законодавство та свобода / А. Хайек. — К., 1999. — С. 16, 127.

бливо в галузевих науках, за інерцією уперто вживають цей застарілий термін.

На відміну від форм свого існування, право як система правових відносин і норм є «означеною твердою реальністю, об'єктивною даністю»¹, що виникла на основі багаторазового повторення суспільних відносин. Вирішальна роль у формуванні права належить правозакріпленню, яке здійснюється шляхом санкціонування певних норм і відносин, що склалися в суспільстві.

Оскільки право є породженням не держави, а суспільства, процес його формування характеризується рядом принципів і ознак. Головними з них є тривалість цього процесу, його безперервність, поступовість, повторюваність, вирішальна роль суспільної практики, перевага правозакріплення (санкціонування) перед правовстановленням.

Початок правоутворення збігається із розкладанням первісно-суспільного ладу. Саме в цей період у міру поступового з'ясування людиною своєї самоцінності складаються і розвиваються її уявлення про справедливість, вищим втіленням якої є право.

Першим і основним різновидом формування права є закріплення суспільних відносин і їх перетворення на правовідносини, що знаходить свій вияв у формі появи міжособистісних договорів передусім у сфері обміну результатами трудової діяльності. За своїм характером ті та інші спрощені договори спочатку, мабуть, наближались до відомих

¹ Алексеев С. С. Восхождение к праву / С. С. Алексеев. – М., 2001. – С. 117.

у Давньому Римі конклюдентних дій. Вони, як і рішення виникаючих арбітражних і квазісудів, становлять своєрідне юридично не оформлене передправо. Багато в чому правоутворення бере свій початок від судової діяльності. Недаремно ще у Давньому Римі констатували, що право (*jus*) дістало свою назву від правосуддя (*justitia*). Виносячи свої рішення, суди вже в процесі формування держави виходили з нормативів, що склалися на основі постійно повторюваних суспільних відносин. На основі повторення поступово склалися як матеріальні, так і процесуальні відносини — практика публічної діяльності судів, присутності обох сторін спору, допит свідків, дослідження речових та інших доказів, оголошення судового рішення і т. ін. Після набуття ознак нормативності, а іноді й наступної деталізації ці відносини набували юридичного вираження у вигляді відповідних процесуальних правовідносин.

Перетворення фактичних відносин на правові спостерігаються і в умовах сьогодення. Про це свідчить наявність практики подолання судами прогалин у праві шляхом застосування аналогії закону та аналогії права. У таких випадках ми маємо справу з офіційним визнанням правовими, тобто такими, що захищаються державою, суспільних відносин, які склалися фактично. Об'єктом санкціонування безпосередньо виступають усі суспільні відносини, багаторазове повторення яких потребує правового закріплення. Цей процес є безперервним. За сучасних умов набула свого розвитку

повторювана суспільна практика, що виникла з розвитком ринкової економіки, підвищенням ролі господарських договорів. Ця практика санкціонована в Цивільному кодексі України. Для забезпечення свободи договорів і урізноманітнення їх змісту в ст. 6 ЦК України зафіксовано, що сторони можуть укласти договір, який не передбачений актами цивільного законодавства, врегулювати у ньому відносини, які не передбачені цими актами, на власний розсуд. Виникнення нових за змістом санкціонованих норм може відображати нові досягнення в галузі науки і техніки. Мова йде про відносини, пов'язані з виходом людини в космос, використанням сучасних інформаційних систем, досягнень науки і медицини в галузі генетики, генної інженерії, клонування, трансплантації органів і тканин тощо. Ту ж картину, хоч і в менших масштабах, ми очікуємо і в політичній сфері. Одним із прикладів є формальне закріплення тривалої практики існуючих у Верховній Раді України узгоджувальних структур, які склалися до правового врегулювання порядку їх роботи.

Правозакріплення суспільної практики є головним, але далеко не поодиноким видом правового санкціонування. Важливим його проявом є мовчазне відкрите використання в окремих правових системах норм, що залишилися із минулих часів у порядку правонаступництва. Досі має місце тимчасове використання в Україні частини законодавства, що залишилося з радянських часів. Але використання норм у порядку правонаступності не повинно заважати

процесам динамічного оновлення права відповідно до розвитку суспільних відносин.

Достатньо розвинутим в історії права є санкціонування звичаїв, яке здійснюється шляхом їх сприйняття законодавством, судовою та адміністративною практикою. Воно може мати як локальний, так і загальний характер. Стаття 7 ЦК України закріплює можливість застосування звичаїв, які є усталеними у сфері цивільних відносин. Особливість санкціонування моралі впливає з того, що право за своїм змістом є моральною категорією, засобом впровадження в дійсність певного мінімального добра¹. Збільшення моральних вимог до учасників суспільних відносин час від часу потребує додаткового санкціонування державою вимог моралі. Саме з етичних міркувань останніми роками дебатуються, а в Нідерландах вже вирішене питання санкціонування евтаназії, встановлюється відповідальність за мордування тварин тощо.

Достатньо широким є санкціонування релігійних норм, яке покладено в основу в країнах із релігійними правовими системами. Розповсюджено перенесення у право заповідей релігійної моралі, які містяться у Біблії, Корані, інших джерелах. Широке запозичення може відбуватися шляхом рецепції, тобто закріплення норм правових систем минулого. Відомою є рецепція римського права, санкціонування якого разом з іншими чинниками дозволило сформулювати базові положення цивільного права у західній традиції права.

¹ Див.: Соловьев В. Право и нравственность / В. Соловьев. – М. ; Минск, 2001. – С. 34.

Окремої уваги заслуговує санкціонування норм природного права (а саме природних прав людини). Ці права є сприйнятими конституціями усіх цивілізованих країн. Яскравим прикладом значення їх санкціонування є право людини на життя, яке завжди вважалося, в тому числі державою, беззаперечним, але тільки після скасування смертної кари набуло свого повного звучання.

Помітне місце у формуванні сучасних правових систем займає використання зарубіжного досвіду. На базі прискорення процесів глобалізації, взаємозв'язків між окремими країнами, появи інтегративних систем права відбувається посилене санкціонування (аккультурація) зарубіжного правового досвіду¹. Особливого поширення ці процеси набули у країнах перехідного типу, в тому числі і в Україні. Першочерговим для них є запозичення у розвинутих країнах накопиченого досвіду в галузі використання норм і інститутів демократії шляхом їх перенесення у власну правову систему. Таке санкціонування може бути ефективним у разі відтворення змісту запозичення норм, а не механічного перенесення їх тексту з однієї системи законодавства в іншу. Мова йде про правове закріплення режиму власності, договірних відносин, порядку формування окремих державних органів, встановлення заради здійснення поділу влади оптимальних взаємовідносин між її гілками, регулювання різних аспектів багатопартійності

¹ Див., напр.: Оборотов Ю. Н. Традиции и новации в правовом развитии / Ю. Н. Оборотов. – Одесса, 2001. – С. 69.

тощо. Саме за цими напрямками пропонується здійснення реформування Конституції України.

Досить поширеним у сучасному світі є санкціонування у вигляді запозичення з міжнародних документів. Особливо це стосується правових систем країн, що розвиваються. Вони активно використовують міжнародно-правову практику, де міститься великий масив норм у галузі захисту прав людини, екології, інтелектуальної власності тощо, які без будь-яких змін імплементуються у законодавство багатьох держав. Згідно зі ст. 9 Конституції України частиною її національного законодавства є чинні міжнародні договори, які санкціонуються шляхом надання Верховною Радою України згоди на їх обов'язковість.

Нормативними явищами, що закріплюються у праві, слід вважати всі прояви (складові частини) права, якими, на наш погляд, можуть бути правовідносини, законодавство, судова практика, природне право, прецедентне право, звичаєве право, договірне право і правосвідомість.

Викладений підхід до розуміння права аж ніяк не повинен сприйматися як протиставлення його законодавству та іншим формам права.

Загальновідомо, що право не можна змішувати з формами його існування — законодавством, судовим прецедентом, санкціонованим звичаєм, договором. Право може діяти до появи законодавства (дозакондавче право) у вигляді правовідносин на основі багаторазового повторення і захисту державою певних дій або відносин. З появою держави право найчастіше закріплюється нею в нормативних актах або

інших джерелах і діє через них (законодавче право). Природні права, судова практика, прецедентне і звичаєве право, що мають нормативну природу, можуть діяти або діють поза законодавством (позазаконодавче право). Існування певної форми у правових норм має суттєве значення, бо саме вона є зовнішнім свідченням їх загальнообов'язковості.

Урахування цього набуває особливого значення в Україні, де все ще не подолано правовий нігілізм, а також практику прийняття політичних рішень поза, а іноді і всупереч закону, видання нормативних актів, що є науково необґрунтованими і суперечать потребам суспільно-го розвитку.

У правозастосовній галузі не можна погодитись зі спробами протиставлення «духу» і «букви» закону. Беззаперечно, що провідна роль в означенні сенсу закону належить його духу, який встановлюється шляхом принципів, що в ньому відображені. Ці принципи є «плодом тенденцій, що скриті від зовнішнього зору в надрах суспільства, або висловленням “духу законів”»¹.

Далеко не всі принципи текстуально зафіксовані в законі, розуміння букви закону не завжди дозволяє визначити його дух. Відхилення букви закону від його духу припустимі лише в межах, в яких вони можуть бути подолані шляхом тлумачення відповідної норми закону.

Усупереч поширеним твердженням формальна означеність не є загальною конститутивною ознакою права і властива не всім його проявам.

¹ Бергель Ж.-Л. Общая теория права / Ж.-Л. Бергель. – М., 2000. – С. 107.

Поза формами права можуть існувати такі важливі формально не визначені його складові частини, як правовідносини, природні права, правосвідомість. Така можливість є достатньою підставою для незгоди із суто формальним розумінням права тими заслуженими науковцями, які вважають, що право — це «системи загальнообов'язкових норм, що знаходять вияв у законах та інших джерелах, які визнаються державою»².

Праворозуміння має базуватися на використанні досягнень світової науки, як сучасної, так і минулих часів. За таких умов розуміння права складається з добре забутого старого у поєднанні з новими інтерпретаціями окремих проявів правової матерії.

Разом з тим, починаючи від Сократа, Платона і Арістотеля, всі напрями в теорії сходяться на тому, що право має бути концентрованим виразом ідеалів справедливості, втіленням моральних принципів, що панують у суспільстві. Такі погляди поділяють сучасні філософи і юристи далекого зарубіжжя. Незважаючи на значне різноманіття підходів до проблеми співвідношення права і справедливості, всі вони пов'язують зміст права з реалізацією справедливості³. Цей висновок відповідає

² Алексеев С. С. Право. Опыт комплексного исследования / С. С. Алексеев. – М., 1999. – С. 58.

³ Див., напр.: Роулс Дж. Теория справедливости / Джон Роулс. – Новосибирск, 1995 (розд. 6); Харт Х. А. Концепція права / Х. А. Харт. – К., 1998. – С. 156–180; Хайек Ф. А. Право, законодавство та свобода / Ф. А. Хайек. – К., 1999. – Т. 2; Фуллер Л. Л. Мораль права / Л. Л. Фуллер. – Киев, 1999 (розділи 2, 3); Дворкін Р. Серйозний погляд на право / Ренальд Дворкін. – К., 2000. – С. 220–263.

етимологічному значенню терміна «право». Саме у справедливості права, зміст якої по-різному тлумачиться дослідниками, вбачається його загальнолюдська цінність. Йдеться, безумовно, не про абстрактну, а про конкретно-історичну справедливість, уявлення про яку в різні епохи істотно змінювалося. За сучасних умов справедливість права слід вбачати в його прогресивній спрямованості, легітимності, відповідності ідеалам демократії та гуманізму.

Найвища цінність права полягає в його характеристиці як знаряддя соціального прогресу, суспільно необхідної міри, гарантованості всезагальної свободи та рівності. Останні не мають абсолютного характеру і підлягають нормуванню заради задоволення інтересів кожної особи і суспільства в цілому. Права всіх суб'єктів не можуть не бути певною мірою обмежені заради забезпечення свободи всіх і кожного. За допомогою відповідних велінь, дозволів і заборон визначається така легітимна міра свободи поведінки громадян, держави та її органів, службових осіб, інших суб'єктів господарської та політичної діяльності, яка поєднує свободу кожного із свободою усіх.

Суспільно необхідні взаємні обмеження свободи є однією з передумов досягнення всезагальної юридичної рівності. На відміну від фактичної рівності вона полягає у закріпленні рівності всіх перед законом. У її рамках передбачаються різні права й обов'язки у різних за правовим статусом груп суб'єктів права, тобто встановлення певної міри рівності. Міра рівності встановлюється і заради уникнення зловжи-

вання цим принципом. Так, наприклад, рівні економічні можливості і рівна свобода інформації обмежуються заборонаю економічної та інформаційної монополізації.

У правовій сфері принцип справедливості має пріоритет над принципами свободи і рівності. Помилковим слід визнати погляд на право як міру також і справедливість¹, бо справедливість як правовий принцип не підлягає нормуванню (виміру) і не може бути, хоча б частково, відчуженою. Вимога справедливості у праві є абсолютною, а свободи і рівності мають відносний характер. Реалізація свободи і рівності у праві пролягає через першочергову реалізацію принципу справедливості, який втілюється в життя через суспільно необхідні обмеження свободи і рівності.

Досліджені фундаментальні властивості права впритул підводять нас до питання про його визначення. Слід виходити з того, що визначення права має хоча і важливе, але відносне значення. Зміст праворозуміння охоплює значно більше, ніж позначення права. Багатогранність права обумовлює можливість його розгорнутої характеристики лише через цілий ряд визначень, кожне з яких відображало б певну грань (асpekt) його існування². Щодо формально-логічного загального визначення права в його повному обсязі, якби спробувати його сформулювати, то неважко перед-

¹ Теория государства и права / под ред. Г. Н. Менова. – М., 1955. – С. 29.

² Див.: Мартышин О. В. Нужно ли единое определение права? Теоретико-методологические проблемы права / О. В. Мартышин. – М.: Зерцало, 2007. – С. 212.

бачити, що воно буде гранично громіздким і втратить наукову цінність. І все ж бажано, щоб визначення права мало інтегративний характер, тобто із загальних позицій враховувало найголовніші його ознаки і відображало загальнофілософський підхід до цього явища.

З позицій погляду на право як на один із найважливіших факторів сприяння соціальному прогресу його слід розглядати як *міру свободи і рівності, що відображає панівні уявлення про справедливість, які склалися на основі повторюваних суспільних відносин, що визнаються, схвалюються та охороняються державою.*

Ознаки права, що містяться в цьому визначенні, дозволяють відокремити його від інших соціальних норм, юридичних принципів.

При закріпленні міри свободи і рівності суб'єктів суспільних відносин у нормативних актах та інших формах права не виключаються відхилення від потреб суспільного розвитку і вимог справедливості. Зберігаючи юридичну форму, відповідні приписи можуть стати в результаті цього неправовими за змістом. В юридичній літературі існування неправових приписів, які узагальнено іменують законами, частіше за все пов'язують із проведенням окремими державами антинародного політичного курсу. Перш за все йдеться про прикриті правовою оболонкою крайні прояви авторитаризму і тоталітаризму, спрямовані на руйнування прав людини, принципів її свободи і рівності, елементарної справедливості, тобто на узаконення відкритого свавілля.

На жаль, існують і мають певне розповсюдження, в тому числі і в Україні, такі неправові по суті приписи, які прямо не пов'язані зі свавіллям, але істотно відхиляються від принципів справедливості та потреб суспільного розвитку, внаслідок чого вони є не тільки вкрай неефективними, а й шкідливими. Це відбувається в результаті недостатньої компетентності відповідних органів і осіб у тих питаннях, що вони законодавчо регулюють, або відсутності в них необхідних юридичних та інших спеціальних знань. Трапляються не такі вже рідкі помилки законодавця при обранні суспільних відносин, які заслуговують на їх визнання перетворення на правовідносини та охорону з боку держави. Унаслідок цього з'являються нормативні акти, неправові за змістом, незважаючи на надання їм правової форми. Вони не тільки не є суспільно необхідними, але у зв'язку з гальмуванням ними суспільного розвитку абсолютно неефективні і тому шкідливі. Наявність таких явищ свідчить про недостатню наукову обґрунтованість законодавства. Це потребує пошуку нових і посилення старих форм залучення до законотворення як юристів, так і інших фахівців.

Неправові акти з'являються і в результаті перевищення органом, який їх видає, своєї компетенції, що призводить до порушення правил щодо ієрархічної супідрядності нормативних актів. Унаслідок такого порушення виникають суперечності (колізії) між нормами того самого предмета регулювання.

У такому випадку причиною появи неправових приписів є порушен-

ня законності. Неправовими є і так звані «мертві норми» (*jus nudum*), тобто такі, які формально не скасовано, хоча вони втратили роль регулятора суспільних відносин.

Дія неправових законів породжує деформацію демократії, порушення прав і законних інтересів громадян, веде до неефективності дії державного апарату. Усвідомлення цього негативного впливу громадянами і службовими особами залежить від рівня їх загальних і правових знань, перш за все правосвідомості. Відмінність правового закону від неправового має неабияке значення в юридичній практиці. Звичайно правозастосувач не має права і не повинен ставити себе не місце законодавця, а повинен беззастережно застосовувати чинні приписи незалежно від своєї оцінки їх змісту. Утім особа, що впевнена у неправовому характері тих чи інших приписів, зобов'язана вжити всіх законних заходів, щоб добитися їх скасування.

У системі правових актів України існує тільки один беззастережно правовий закон — Конституція. Як акт найвищої юридичної сили вона втілює принцип верховенства права. Саме тому Конституція стає критерієм визначення правового характеру приписів усіх інших нормативних актів. Право виносити рішення про неконституційність цих актів є одночасно правом на визнання їх неправового характеру. Така діяльність повинна здійснюватися перш за все Конституційним Судом, який анулює дію всіх приписів, що суперечать Конституції. Утім існує необхідність не тільки в констатації антиконституційності,

а й в аналізі компетентними державними органами витоків та причин виникаючих невідповідностей. Слід врахувати і можливість, спираючись на пряму дію норм Конституції, приймати рішення про недійсність неправових приписів, перш за все щодо прав громадян, іншими ланками судової системи. Безумовної підтримки заслуговують пропозиції про надання громадянину права конституційної скарги до Верховного Суду.

Невиконання рішень Конституційного Суду рівнозначне невиконанню Конституції. Утім у державно-правовій практиці поряд із прямим порушенням законів та іншими проявами правового нігілізму є чимало випадків, коли ці рішення не виконуються. Це може вести до неправомірного продовження дії антиправових неконституційних приписів. В умовах відсутності будь-яких офіційних засобів контролю заради запобігання таким правопорушенням доцільно встановити обов'язковість періодичного офіційного повідомлення через засоби масової інформації про хід виконання згаданих рішень. З метою сприяння збиранню і публікації відповідної інформації доцільно створити в складі апарату Конституційного Суду спеціальну невелику структуру. За дії або бездіяльність осіб, що не виконують обов'язки з реалізації рішень Конституційного Суду, доцільно встановити спеціальні адміністративні, в тому числі грошові, санкції, що не виключає, залежно від конкретних обставин, також інших видів відповідальності.

Метою публікації відомостей про хід виконання рішень Конституцій-

ного Суду є здійснення превентивного психологічного впливу на виконавців, усунення відповідних правопорушень, тиск з боку громадської думки на порушників, якнайшвидше усунення відповідних правопорушень.

Добре налагоджена система контролю за виконанням рішень Конституційного Суду здатна сприяти зменшенню кількості неправових нормативних актів, які видані всупереч або в обхід його рішень.

При винесенні рішень будь-яких державних органів, а тим більше Конституційного Суду, повинне панувати право, бути забезпечений пріоритет правових підходів перед політичними.

Неправові відхилення в Україні час від часу набувають небажаних масштабів. Зокрема, всупереч науковому підходу до праворозуміння складається суспільна практика, яка свідчить про наявність ототожнення права і політики або навіть про наміри ставити політику вище за право. Неправовий характер окремих

законів вже неодноразово підтверджується офіційно шляхом визнання їх неконституційності Конституційним Судом, який у своїх рішеннях повинен спиратися виключно на правову політику.

Підбиваючи підсумок, слід констатувати, що право є унікальним, суспільно необхідним багатоаспектним і динамічним соціальним явищем. Згідно з його науковим розумінням право розкривається як вищий прояв справедливості і міра свободи та рівності, реальність та ідеал, форма та зміст, можливе та належне, безкінечна повторюваність і регулятор, самоцінність і запозичення інших цінностей.

Право має суспільне, а не державне походження, верховенство над державою, воно має забезпечувати пріоритет законності над доцільністю, відбивати тенденції і потреби суспільного розвитку.

Опубліковано: Правова система України: історія, стан та перспективи : у 5 т. – Х. : Право, 2008. – Т. 1. – С. 66–86.

І. Яковюк, кандидат юридичних наук, заступник директора з наукової роботи Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування АПрН України

Правова культура об'єднаної Європи як передумова формування правопорядку ЄС

Право — це один із важливих елементів загальної культури, що визначається її рівнем і характером розвитку. Взаємозв'язок культури і права розкривається через категорію «правова культура». У сучасному правознавстві проблема підвищення її рівня як запорука розбудови правової держави і модернізації правової системи неодноразово піднімалася науковцями¹. Проте її дослідження на основі нових методологічних підходів, розкриття співвідношення із правовою системою зберігає свою значущість.

Правова система охоплює комплекс усіх взаємопов'язаних правових явищ і процесів, що становлять правову сферу суспільства, і представляє її як органічне ціле. Вона являє со-

бою складне структурне, багатошарове утворення, яке складається із сукупності взаємопов'язаних, але відносно автономних елементів, що об'єднані спільними цілями і яким властиві саморозвиток і самоорганізація. Для неї характерні зміни, які мають наслідком складні сполучення її елементів, що обумовлено об'єктивними закономірностями розвитку суспільства.

Між правовою системою і правовою культурою існує тісний взаємозв'язок. Основу їх взаємодії забезпечує єдність правової норми і реальної поведінки, завдяки чому досягається соціальна ефективність права². Правова культура суспільства — це об'єктивно існуючий феномен, із власним онтологічним буттям, що являє собою систему ідеальних правових форм: правових

¹ Див., напр.: Тацій В. Конституція України і правосвідомість юристів / В. Тацій, Ю. Тодика // Вісн. Акад. прав. наук України. — 1998. — № 4 (15). — С. 44–54; Тодика Ю. Н. Конституційні основи формування правової культури / Ю. Н. Тодика. — Харьков : Райдер, 2001. — 160 с.

² Див.: Шемшученко Ю. С. Теоретичні засади взаємодії права і культури / Ю. С. Шемшученко // Право та культура: теорія і практика : міжнар. наук. конф. — К. : МП «Леся», 1997. — С. 5.

зразків, ідеалів та цінностей¹. Вона виступає своєрідним орієнтиром для правової системи, стан якої, однак, не обов'язково повинен відповідати цьому ідеалу. Правову культуру, і з цим підходом згодні багато хто з науковців², слід розглядати як характеристику якісного стану правового життя суспільства, що характеризується досягнутим рівнем розвитку правової системи — станом та рівнем правової свідомості, юридичної науки, системи законодавства, правозастосовної практики, законності і правопорядку, правової освіти, а також ступенем гарантованості основних прав і свобод людини³. Формуючись на менталітеті певного народу, вона набуває ознак етнічної та релігійної належності, визначаючись при цьому особливостями правового світогляду, який виявляється як у пра-

вовій поведінці людини, так і в юридичній діяльності, правовій освіті та науці, що зрештою надає правовій системі відповідної країни певної неповторності.

Такий підхід базується на філософському погляді на співвідношення суспільства і культури, які розглядаються не як ціле і частина, а як ціле і його якість⁴. Перевага цього підходу полягає в тому, що він має на меті не визначення місця культури у структурі суспільства, а пропонує розглядати її як «масштаб» для «вимірювання» ступеня його історичної зрілості та розвинутості⁵. При цьому пов'язаність культури із соціальним прогресом важлива передусім при аналізі правової культури як однієї з її підсистем⁶. Саме завдяки правовій культурі стає можливою оцінка як правової системи, так і кожного її структурного компонента: юридичних актів, правової діяльності, правової свідомості і рівня правового розвитку суб'єктів тощо⁷.

Правова культура суспільства є однією з найважливіших умов розвитку національної правової системи. Однак не меншого значення вона набуває і для формування наднаціональної за своїм характером правової системи Європейського Союзу. Це

¹ Див.: Ганзенко О. О. Формування правової культури особи в умовах розбудови правової держави України / О. О. Ганзенко. — Запоріжжя, 2002. — С. 13.

² Див.: Лазарев В. В. Правовая культура / В. В. Лазарев // Теория государства и права : учебник / под ред. В. В. Лазарева. — 4-е изд., перераб. и доп. — М. : Юристъ, 2007. — С. 279; Червонюк В. И. Теория государства и права : учебник / В. И. Червонюк. — М. : ИНФРА-М, 2007. — С. 466; Семитко А. П. Правовая культура / А. П. Семитко, Р. К. Русинов // Теория государства и права / под ред. В. М. Корельского и В. Д. Перевалова. — М. : ИНФРА•М-НОРМА, 1997. — С. 330–331.

³ Загальна теорія держави і права : підручник / за ред. М. В. Цвіка, О. В. Петришина. — Х. : Право, 2009. — С. 550. Близька до вказаного підходу позиція М. Я. Соколова, який розглядає правову культуру як міру освоєння правових цінностей, що накопичені суспільством, і їх використання різними суб'єктами у правовій сфері (Соколов Н. Я. О понятии правовой культуры / Н. Я. Соколов // Lex Russica. — 2004. — № 2. — С. 384–385).

⁴ Див.: Уледов А. К. К определению специфики культуры как социального явления / А. К. Уледов // Филос. науки. — 1974. — № 2. — С. 28–29.

⁵ Марксистско-ленинская теория исторического процесса. — М., 1983. — С. 166.

⁶ Див.: Алексеев С. С. Общая теория права : в 2 т. Т. 1 / С. С. Алексеев. — М., 1981. — С. 104.

⁷ Див.: Семитко А. П. Правовая культура социалистического общества: Сущность, определение / А. П. Семитко // Правоведение. — 1987. — № 4. — С. 3–4.

обумовлює потребу в активізації досліджень, пов'язаних зі становленням і розвитком загальноєвропейської правової культури, оскільки саме ці аспекти проблематики правової культури в загальній теорії держави і права на сьогодні залишаються майже не розробленими.

Правова система ЄС складається із сукупності взаємопов'язаних, проте відносно автономних елементів і підсистем, яким властиві саморозвиток і самоорганізація. Саме тому теоретичні дослідження не можуть обмежуватися традиційним аналізом її структурних елементів, їх внутрішньосистемними зв'язками. Важливого значення набуває аналіз історичних та теоретико-методологічних аспектів її становлення і функціонування, розгляд права ЄС як визначального фактора сталого розвитку інтеграційного об'єднання тощо. Вирішенню цього завдання сприяє аналіз правової культури суспільства, яка саме і характеризує якісний стан правової системи.

Правова культура об'єднаної Європи, її якісний рівень визначаються ступенем розвитку політико-правової думки в державах — членах ЄС, оскільки спирається на національні інтелектуальні джерела у вигляді філософських, правових, політичних і релігійних творів та спрямована на осмислення державно-правових явищ. Її прогресивний розвиток забезпечують фундаментальні юридичні дослідження держави і права, без яких вона починає «вичерпуватися» інтелектуально, втрачати розуміння змісту державно-правових явищ, перспектив їх розвитку.

Історія політико-правової думки нараховує кілька тисячоліть. Видатним мислителем минулого належить чимало ідей, які згодом були сприйняті і набули розвитку в політичних і правових вченнях Нового і Новітнього часів, а також сучасності. Отже, існує необхідність акцентувати увагу на особливостях розвитку політико-правової думки минулого для адекватного розуміння сучасних проблем формування й розвитку державно-правових явищ в об'єднаній Європі. Це не формальна данина минулому, а необхідний спосіб орієнтації в розумінні відповідних політико-правових явищ стосовно існуючих реалій.

Формування правової культури в Європі походить зі Стародавньої Греції. Саме там були закладені основи правового виховання молоді. Так, завдяки творам Гомера було запроваджено вивчення таких чеснот громадянина, як повага до державно-правових інститутів, участь у суспільних справах, любов до вітчизни і готовність жертвувати собою заради неї¹. Подальший розвиток правової культури був пов'язаний із уведенням полісної демократії та реформами Солона і Клісфена, що передбачали не лише поділ суспільства за становою ознакою, інституційне оформлення полісної системи, але й виховання у громадянина здатності до самовизначення².

Велике значення правовому вихованню приділяли Сократ, Платон і Арістотель. Сократ вчив розуміти

¹ Politische Bildung für Europa. – Bonn, 1991. – S. 163.

² Античная демократия в свидетельствах современников. – М., 1996. – С. 34, 36, 207.

відмінності в законах грецьких держав, походження законів і інститутів, особливості державної діяльності та висловлювався за селекцію міфів у процесі виховання¹. Платон стверджував: багато буде правителів чи один — вони не порушать найважливіших законів доти, доки будуть застосовувати виховання й освіту². Дещо іншого бачення проблеми дотримувався Аристотель, який пропонував виправляти державу шляхом впровадження хороших звичаїв, філософії та законів. Він вважав, що право уособлює політичну справедливість і є нормою політичних відносин між людьми, а тому вказував на необхідність збігу справедливого і законного³.

Значний внесок у розвиток європейської правової культури зробили римські юристи Гай, Павел, Ульпіан, які розвинули ідею стоїків щодо виведення поняття права із загального закону природи. У структурі права вони виділяли: природне право, право народів і право громадян. Праворозумінню давньоримських юристів було властиве прагнення підкреслити як аксеологічні риси права, так і притаманні йому якості необхідності й повинності. Причому останні аспекти тісно пов'язані у певну

єдність справедливого права. У цілому серед стародавніх юристів панувало майже релігійне ставлення до права. За часів Ульпіана право для римських юристів було предметом поклоніння, оскільки мало свій міф (вчення про джерела права), свій догмат (юридична догматика) і свій обряд (процесуальні форми). Юристи вірили в об'єктивне існування справедливості, яка становить основу і сутність права, схилилися перед нею і вимагали від інших такого поклоніння. Відповідно сутність правової культури, на думку Ульпіана, у той час виражалася у формулі *justitiam colimus*, в якій слово *colimus* мало двояке значення: культ і культура. Відтак ця формула означала «ми шануємо справедливість» і «ми її вирощуємо»⁴. Шанобливе ставлення до права, освячене релігією, не могло не позначитися на рівні правової культури народів Європи, яка була досить високою⁵.

Іншою ознакою правової культури цього періоду було те, що в право через юридичні тексти, які мали релігійне забарвлення, проникали найбільш сталі міфологічні образи,

⁴ Спекторський Є. В. Християнство і правова культура / Є. В. Спекторський // Антологія української юридичної думки : у 6 т. Т. 1 / редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова) та ін. — К., 2002. — С. 516.

⁵ Про це свідчить, наприклад, клятва громадян Еллади: «І я буду слухатися влади... і підкорюватися встановленим законам... І якщо хто-небудь буде скасовувати закони або не підкорятися їм, я не допущу цього та буду захищати їх один і разом з усіма» (Медведєв В. А. Правовая культура російського общества (особенности и тенденции развития) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / В. А. Медведєв. — Чебоксары, 2004. — С. 73).

¹ Див.: Платон. Государство / Платон // Собр. соч. : в 4 т. Т. 3. — М., 1994. — С. 140; Йегер В. Пайдейя. Воспитание античного грека (эпоха великих воспитателей и воспитательных систем) / В. Йегер. — М., 1997. — С. 73.

² Платон. Государство / Платон // Собр. соч. : в 4 т. Т. 3. — М., 1994. — С. 221.

³ Аристотель. Политика / Аристотель ; пер. С. А. Жебелева, М. Л. Гаспарова. — М., 2005. — С. 58, 62; Щербинин А. И. Политическое образование : учеб. пособие / А. И. Щербинин. — М., 2005. — С. 50.

що розкривали уявлення людей про порядок, гармонію, норму, їх порушення і шляхи відновлення. Цей доправовий матеріал активно використовувався в період становлення правової культури і формування юридичних традицій. Його роль часто недооцінюють, хоча він мав величезне значення для розвитку правової культури та європейських правових систем. Річ у тім, що вказані образи та ідеї в культурі кожного народу усвідомлювалися у специфічних поняттях і з різним ступенем глибини проникали у його звички і побут. Тому цілком виправданим виглядає припущення, що розвинутіші передумови, міцні основи і відповідно більш високий рівень правової культури був у тих народів, у міфології яких глибше і детальніше опрацьований доправовий матеріал¹. Саме під впливом правової культури та релігійних поглядів у Європі у стародавні часі відбувалися переробка й удосконалення інстинктів і явищ, які походять від самої природи².

¹ Так, якщо порівняти іудейську, римську або грецьку міфологію з міфологією східних слов'ян, то виявиться, що остання містила набагато менше доправового матеріалу, аніж перші, зосереджуючись переважно на усвідомленні природних процесів і явищ (див.: Рыбаков Б. А. Язычество древней Руси / Б. А. Рыбаков. – М., 1988. – С. 443–445).

² Так, з людського егоїзму, що обумовлений інстинктом самозбереження, після відповідної юридичної обробки виникає фізична та юридична особа, а також власність; в основі виникнення сімейного і спадкового права лежав юридично перероблений інстинкт розмноження; публічне право виникло внаслідок юридичної переробки практики панування одних людей над іншими (див.: Хвостов В. М. История римского права / В. М. Хвостов. – М., 1910. – С. 517).

Найбільш суттєвим був вплив на процес розвитку європейської правової культури з боку римських юристів. Правова культура суспільства як соціальне явище єдина. Вона не існує поза правовою культурою її членів. Власне вона є умовою, формою і результатом культурно-правової діяльності громадян і їх професійних груп, передусім юристів. Тому культура юриста невід'ємна від правової культури суспільства, а рівень останньої суттєво залежить від професійної культури юриста. З іншого боку, від професійного рівня юристів значною мірою залежить стан правової культури громадянина. Історія Давнього Риму є наочним доказом існування такого зв'язку. Процес передачі юридичних знань і досвіду, в якому юристам відводиться головна роль, впливає на свідомість і поведінку людини, формує в неї позитивні уявлення, ціннісні орієнтації, а отже, сприяє вихованню поваги до права, впливає на дотримання індивідом норм права. Саме в такий спосіб відбуваються трансляція юридичних знань, здійснення ціннісно-нормативної, пізнавально-перетворювальної, регулятивної, комунікативної та прогностичної функцій правової культури. Зазначимо, що уявлення про сходження європейської правової традиції до римського права настільки міцно увійшли у правосвідомість юристів, що спеціально доводити цей факт сьогодні немає необхідності. Шанобливе ставлення до права, сприйняття його як загальносоціальної цінності, яке було закладене в працях римських юристів, поступово стало неодмінною ознакою правової культури європейців.

Слід погодитися з думкою, що стародавня римська політико-правова традиція містила в собі, як у зародку, не лише усі наступні концепції державності та верховної влади (монархічні і республіканські, демократичні, аристократичні й авторитарні, унітарні, імперські і федеративні)¹, а й базові правові принципи і цінності. Саме з часів Стародавнього Риму імперська ідеологія, яка включала концепцію «вічного Риму» та ідею провіденційного призначення римської держави, що несе «мир і порядок» усім народам, об'єднуючи їх під єдиною суверенною владою, перетворюється на «найбільш важливий архетип політичного мислення», а заснований на ньому концептуальний підхід стає усталеним компонентом політичної теорії².

Загальновідомо, що головною об'єднуючою силою будь-якої імперії є загальний світогляд. Історія доводить, що найкраще із завданням щодо його формування справляється

релігія, стосовно Європи — християнство. Синтезуючи в собі декілька культурно-історичних начал³, християнство стало основою для конститування Європи як цивілізаційного феномену, його самоідентифікації. Саме християнство (католицька церква) в епоху Середньовіччя забезпечило збереження соціокультурного обличчя Європи (Заходу) від поглинання ісламською цивілізацією. Європа більш-менш успішно стримувала військову експансію ісламського світу, але їй важко було протистояти її культурному і економічному (торговельному) проникненню. Якщо елліністичні народи зазнали впливу високої культури ісламського Сходу, то економічно слабка Західна Європа⁴, яка завдяки християнству західного обряду мала високий ступінь соціального імунітету, не тільки зберегла основи своєї цивілізаційної ідентичності, але й згодом змогла обійти свого суперника.

Величезне значення для стрімкого розвитку правової культури в Європі відіграли знайдені у XI ст. Дигести Юстиніана. Хоча римське право в Італії, Іспанії та Франції фактично ніколи не припиняло діяти, проте використовувалося фрагментарно, а тому не мало суттєвого значення для розвитку правової культури. Оригінальні тексти Дигестів давали можливість повніше ознайомитися з поняттями та інститутами римського права, які були знач-

¹ Див.: Грачев Н. И. Происхождение суверенитета: верховная власть в мировоззрении и практике государственного строительства традиционного общества / Н. И. Грачев. — М.: Зерцало-М, 2009. — С. 168.

² Див.: Рапп Ф. Священная Римская империя Германской нации / Ф. Рапп; пер. с фр. М. В. Ковальской. — СПб.: Евразия, 2009. — 427 с.; Грачев Н. И. Происхождение суверенитета: верховная власть в мировоззрении и практике государственного строительства традиционного общества / Н. И. Грачев. — М.: Зерцало-М, 2009. — С. 171; Исаев И. А. Топос и номос: пространства правопорядка / И. А. Исаев. — М.: Норма, 2007. — С. 15; Курбатов Г. Л. Политическая теория в ранней Византии. Идеология императорской власти и аристократическая оппозиция / Г. Л. Курбатов // Культура Византии IV — первая половина VII в. / отв. ред. З. В. Удальцова. — М.: Наука, 1984. — С. 101.

³ Вважається, що християнство виникло на основі іудейських, елліністичних і романських цивілізаційних начал.

⁴ Еволюція восточных обществ: синтез традиционного и современного. — М.: Глав. ред. вост. лит., 1984. — С. 75.

ною мірою втрачені або викривлені у чинних законах. Дослідники континентальної правової системи зазначають, що Кодекс Юстиніана став для європейських юристів не лише книгою, на якій була сформована європейська правосвідомість і виховано не одне покоління професійних юристів, а й перетворився на своєрідну європейську «біблію права», набувши значення абсолютного юридичного авторитету¹.

Таке ставлення до правових пам'яток Давніх Греції і Риму не було чимось незвичним для Європи, де до XIV ст. залежно від історичної кон'юнктури то забороняли використання стародавніх авторів, то дозволяли їх широке цитування. З V по VIII ст. завдяки працям Боеція, Кассідора, Ісідора Севільського було врятовано найбільш цінне з античної культури і потім викладено у доступній для Середньовіччя формі. Пізніше Святий Августин, а за ним і католицька церква в цілому пристали до думки: «Якщо язичницькі філософи, особливо платоніки, випадково загубили істини, корисні для нашої віри, то цих істин не лише не слід остерігатися, але й необхідно відібрати їх у незаконних власників і використати на нашу користь»². Така позиція Церкви відкрила шлях до широкого запозичення античних положень, хоча сьогодні досить важко оцінити ступінь запозичення інструментарію Античності. Слід ви-

знати, що в цей період нова християнська еліта суттєво поступалася своїм видатним попередникам за рівнем культури. Заради того, аби бути зрозумілими своїй пастві, вони часто свідомо відмовлялися навіть від того запасу витонченої культури, яку вони мали, а тому таке запозичення супроводжувалося викривленням думки стародавніх авторів.

Не заперечуючи значущість знахідки, все ж слід визнати, що значення набули не стільки самі тексти Кодексу Юстиніана, скільки діяльність глосаторів (Ірнерія, Гуго, Гозни, Болгар, Якоба та ін.), які у XI ст. вдалися до їх вивчення, тлумачення і викладання, сприяючи рецепції римського права. Щоправда, на початку XX ст. їх діяльність була піддана критиці. Так, Ф. В. Тарановський звинувачував їх у рабській відданості букві римського права; нездатності побачити загальну систему права, виділити її керівні принципи; неспроможності поставити питання про те, як склалися ті досконалі юридичні правила, які були вибрані римськими юристами, що, на його думку, згодом завело юриспруденцію у глухий кут³. Проте ці звинувачення виглядають не зовсім коректними, оскільки Ф. В. Тарановський оцінював діяльність глосаторів з позицій і методів, які панували на початку XX ст., а не у XI ст. Тому більш об'єктивними виглядають оцінки тих правознавців, які вважають, що вони не лише тлумачили положення Кодексу, але й очищали його від випадкових положень

¹ Див.: Хвостов В. М. История римского права / В. М. Хвостов. – М., 1910. – С. 429; Тарановский Ф. В. Учебник энциклопедии права / Ф. В. Тарановский. – Юрьев, 1917. – С. 16.

² Гофф Ле Ж. Цивилизация средневекового Запада : пер. с фр. / Ж. Ле Гофф. – М., 1992. – С. 107, 120.

³ Тарановский Ф. В. Учебник энциклопедии права / Ф. В. Тарановский. – Юрьев, 1917. – С. 18–19.

і нашарувань, усували прогалини і суперечності у ньому і певною мірою пристосовували його до потреб тогочасного суспільного життя. Відтак саме завдяки їх діяльності римське право набуло того вигляду і якості, які дали змогу дивитися на нього як на «писаний розум». Слід визнати, що глосатори запровадили системний підхід до права; започаткували правову науку в її сучасному західному розумінні; сприяли зародженню юридичної догми та заклали ті особливості континентального європейського юридичного мислення, які визначали його своєрідність, чим суттєво вплинули на формування європейської правової культури.

Залежність римського права від стилю мислення його творців виявилася ще за часів Ульпіана, коли висновки юристів, які володіли *jus respondendi*, набували характеру джерела права. Якщо судження елітарних юристів з того самого питання збігалися, вони набували для суду сили законів. Про вплив правосвідомості юристів на розвиток правової системи свідчить і те, що рецепція римського права була проведена лише в тій частині, в якій вони були піддані глосуванню. Відтак для суду не мали значення римські джерела, які не супроводжувалися глосами.

Формування специфічного типу правосвідомості, який протягом століть сприймався і відтворювався юристами як «дух римського права», відродження римського права у формі «теоретичної догми» європейського права вплинули на розвиток правової культури не лише Італії, а й усіх країн континентальної Європи, створюючи ідейні передумови для

формування романо-германської правової сім'ї. Це й не дивно, оскільки мала місце своєрідна «правова експансія» римського права, яка нагадувала не збагачення мови нехай і найчисленнішими іноземними словами і термінами, а прийняття чужої мови з усім її запасом слів, граматиною і синтаксисом. Римське право проникало у вигляді узгодженої системи, яким воно є у Кодексі Юстиніана, як органічне ціле. Римський зміст у римській формі — величезне творіння чужої думки пересаджувалося на національний ґрунт, внаслідок чого відбувався не розвиток, а заміна одного права іншим¹. Успіху «експансії» сприяли юридична освіта як складова механізму формування і подальшої трансляції європейського правового мислення, формування юридичної науки. Очевидність такого висновку доводить той факт, що у XII–XIII ст. лише в одній Болоньї одночасно вивчали право до десяти тисяч студентів, які навчалися мислити мовою і категоріями римського права². Тому не дивно, що поступово це мислення стає панівним у більшості країн континентальної Європи. Крім того, в європейській правовій традиції юридична наука обумовлювалася юридичною освітою, а не навпаки. У свою чергу, розвиток правової освіти був би неможливий, якщо б школи та університети не отримали книги як знаряддя формування і впливу на свідомість широкого загалу.

¹ Див.: Хвостов В. М. История римского права / В. М. Хвостов. – М., 1910. – С. 427.

² Див.: Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования / Г. Дж. Берман. – М., 1998. – С. 127.

На відміну від монастирської книги, яка була передусім скарбом, університетська книга стала знаряддям пізнання. Відтак саме освітянська і просвітницька діяльність глосаторів і постглосаторів та європейських університетів забезпечила в часи Середньовіччя прогресивний розвиток правової культури країн Європи.

Для формування загальноєвропейської правової культури важливе значення мали сприйняття і популяризація ідеї об'єднання Європи, які були викладені у проектах П'єра дю Буа, Іржи Подебрада, герцога де Сюллі, Е. Крюссе, а також у більш пізніх розробках Уільяма Пенна, Ш. де Сен-П'єра, Ф. Вольтера, Сен-Сімона, Огюстена Т'єррі, Дж. Мадзіні, Дж. Гарібальді, В. Гюго та ін. Хоча ці проекти на момент їх викладення виглядали утопічними, вони мають певну теоретичну і практичну значущість. Їх зміст засвідчує, що ідея добровільного договірного об'єднання європейських держав в союзну організацію набагато старіша, аніж прийнято вважати, а такі революційні ідеї, як прийняття рішення кваліфікованою більшістю голосів, обов'язковість рішень союзних органів для всіх держав-членів, обрання наднаціонального законодавчого органу і глави союзу, наділеного реальними повноваженнями, — це не винахід Р. Шумана і Ж. Монне та їх послідовників, а добре усвідомлена європейцями умова забезпечення життєздатності та функціональності створеного об'єднання.

Розвиток права завжди обумовлений потребами регулювання суспільних відносин. У XVI ст. форму-

вання капіталістичних відносин в Європі є настільки динамічним, що активний розвиток приватноправових відносин стає нагальною потребою. Однак правова форма прояву цих відносин, як вона була виражена глосаторами, не відповідала існуючим потребам. Виявилось, що римське право в його первісному вигляді задовольняло нові потреби розвитку краще, аніж напашарування, яких воно зазнало внаслідок діяльності середньовічних юристів. Таким чином, юристи епохи Ренесансу виявили в класичному римському праві правову систему, цілком придатну для регулювання нових капіталістичних економічних відносин, що черговий раз довело, що європейська правова традиція в інтелектуальному плані виявилася цілком переконливою.

Боротьба проти релігійної догматики і духовного диктату церкви, а також необхідність формування основ світського юридичного світогляду визначили вектор розвитку прогресивної політико-правової думки в Європі у XVII—XVIII ст. Найбільш значущим результатом цього періоду стало формування школи природного права. Г. Гроцій і його послідовники прагнули надати юриспруденції наукового характеру. На відміну від своїх попередників, які розглядали право за допомогою лише юридично-догматичного, історичного і філологічного способів, він зробив акцент на формально-логічному підході до пізнання і тлумачення права. Г. Гроцій вважав, що в наукову форму може бути приведене лише природне право, тоді як право волевстановлене (боже-ственне право, законодавство держави, право народів) змінюється у часі і у

різних країнах є різним, а тому позбавлене будь-якої системи. Однак такий підхід представників школи природного права не призвів до припинення розробки позитивного права. Вони лише вивели його за межі науки. Відповідно на тлумачення і систематику позитивного права почали дивитися, як на прикладне знання, від якого відрізняється справжня наука права, зайнята розробкою природної правової системи¹.

Розвиток правової культури продовжився і в епоху Просвітництва, діячі якого основну ставку зробили, з одного боку, на витискування з масової свідомості клерикальних ідей, ліквідацію традицій феодалізму, а з другого — на поширення раціонального знання, подолання невігластва народних мас, прищеплення ідей і цінностей, що ґрунтуються на повазі до людини як найвищої соціальної цінності. Важливий внесок у розвиток вчення про закони зробив Ш. Монтеск'є, який особливу увагу приділяв способам складання законів і законодавчій техніці. Фактично ним були сформульовані універсальні правила законодавчої техніки (стиль законів має бути лаконічним і простим; слова, які в них використовуються, — однозначними; закони не повинні вдаватися в подробиці; відносини, які піддаються упорядкуванню, мають бути гідні саме законодавчого регулювання тощо), які з певними уточненнями використовуються і сьогодні².

¹ Див.: Тарановский Ф. В. Учебник энциклопедии права / Ф. В. Тарановский. — Юрьев, 1917. — С. 25.

² История политических и правовых учений : учебник / под общ. ред. В. С. Нерсесянца. — М., 1998. — С. 289–290.

Найбільш сприятливі умови для формування правової культури об'єднаної Європи склалися після створення і успішного розвитку Європейського Союзу, який спирається на наднаціональну правову систему, що поєднує в собі окремі елементи романо-германської та англо-американської правових систем і є відмінною як від національних правових систем держав-членів, так і від системи міжнародного права. Разом з тим цей процес зіткнувся з певними труднощами. Однією з головних на сьогодні є несформованість загальноєвропейської політичної ідентичності. Хоча Євросоюз і декларує початок нового етапу в процесі створення все більш тісного союзу народів Європи, наявність спільної системи цінностей, яку він утверджує і просуває у відносинах з рештою світу³, проте насправді в Союзі відсутня чітко виражена європейська політика ідентичності⁴. Отже, слід визнати, що без культивування щирого відчуття належності до Європи або громадянства в ній правова культура об'єднаної Європи буде, як і раніше, існувати переважно на елітарному рівні. Як наслідок, пересічні громадяни ЄС залишатимуться відстороненими від процесу її формування, що ускладнить процес сприйняття і реалізації ними її надбань.

³ Европейский Союз: основополагающие акты в редакции Лиссабонского договора с комментариями. — М., 2008. — С. 171–172.

⁴ Див.: Ноженко М. В. Национальные государства в Европе / М. В. Ноженко. — СПб., 2007. — С. 155–171.

Опубліковано: Правова система України: історія, стан та перспективи : у 5 т. — X. : Право, 2008. — Т. 1. — С. 640–663.

В. Авер'янов, член-кореспондент АПрН України, завідувач відділу проблем державного управління та адміністративного права Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України;
О. Андрійко, доктор юридичних наук, провідний науковий співробітник відділу проблем державного управління та адміністративного права Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

Законодавче регулювання державної служби у світлі завдань упередження та протидії корупції в Україні

Значна увага до проблеми корупції в системі державної служби громадськості та державної влади обумовлена тим, що корумпованість у цій сфері набуває все більш загрозливого характеру. У Концепції подолання корупції в Україні «На шляху до доброчесності», схваленій Указом Президента України 11 вересня 2006 р., зазначається, що корупція набула ознак «системного явища через ураження життєво важливих інститутів суспільства та перетворилася на функціонально важливий спосіб їх існування»¹.

У 2007 р., за даними одного із суб'єктів боротьби з корупцією, ор-

ганями прокуратури було розслідувано і направлено до суду 1359 справ про злочини з ознаками корупційних діянь. За дотриманнями прокурорського реагування скасовано 212 неправомірних нормативно-правових актів та рішень, прийнятих унаслідок корупційних діянь. Внесено 693 подання та інші документи реагування, за результатами розгляду яких притягнуто до відповідальності 612 службових осіб. Опротестовано 122 незаконних рішення, прийнятих судами за результатами розгляду таких протоколів. Останніми роками збільшилися кількість притягнутих до адміністративної відповідальності на підставі направлених до суду протоколів службових осіб, що займають відповідальне становище, співробітників правоохоронних

¹ Концепція подолання корупції в Україні «На шляху до доброчесності» [Електронний ресурс]: Указ Президента України від 11 верес. 2006 р. № 742/2006. – Режим доступу: president.gov.ua.

та контролюючих органів, чиновників обласних і районних державних адміністрацій. За 10 місяців 2007 р. за протоколами, складеними прокурорами, притягнуто до адміністративної відповідальності 188 державних службовців третьої—четвертої категорії, що в 1,5 разу більше, ніж за аналогічний період минулого року, 60 працівників обласних і районних державних адміністрацій. За цей же період до відповідальності притягнуто 150 посадових осіб органів міліції, більш трьох десятків працівників податкової служби. Виявлені факти вчинення корупційних правопорушень керівниками та іншими посадовими особами органів земельних ресурсів, відділів освіти, центрів зайнятості населення тощо.

І це лише статистичні дані одного із суб'єктів боротьби з корупцією, тоді як відповідно до ст. 4 Закону України «Про боротьбу з корупцією» ці функції здійснюють МВС, СБУ та податкова міліція. Активну позицію в питанні протидії корупції займає Міністерство юстиції. За даними, виголошеними на розширеному засіданні колегії Головного управління державної служби України, за 2006 р. притягнуто до адміністративної відповідальності (накладено штраф) 5126 посадових осіб, з них 2222 державних службовці.

Наведені статистичні дані не відображають повною мірою масштабність корупції серед державних службовців, що не дає підстав говорити про ефективність впливу чинного законодавства на боротьбу з нею.

Навпаки, динаміка корупційних діянь у сфері державної служби має тенденцію до їх збільшення, тоді як

удосконалення законодавства, подальший його розвиток у цій сфері відбуваються надто повільно. Так, незважаючи на зазначену в Концепції подолання корупції низку заходів, спрямованих на законодавче регулювання державної служби, жоден із них не був реально реалізований. З огляду на це першорядного значення набуває підготовка нового проекту Закону України «Про державну службу», який повинен дієво сприяти проведенню антикорупційної політики в цій важливій сфері.

Насамперед оновлення правової основи державної служби в Україні пов'язане з подальшим переосмисленням місця і ролі державної служби в механізмі державної влади, новими підходами, які ґрунтуються на теоретичних розробках на практиці розвитку інституту державної служби в Україні та досвіді зарубіжних країн у регулюванні державно-службових відносин. Окреслення меж системи законодавства, що має комплексно врегулювати інститут державної служби в Україні, повинно базуватися на науково обґрунтованому тлумаченні поняття «державна служба», яке має бути покладено в основу інституту державної служби. На нашу думку, при визначенні обсягу поняття державної служби можливі два основних варіанти доктринальної позиції щодо зазначеного поняття, які зумовлюють і відповідні особливості структурної побудови законодавства про державну службу.

Перший із цих варіантів більше відповідає вітчизняним традиціям тлумачення державної служби. Згідно з ним найширшим за обсягом поняттям

мало б бути визнане поняття «служба у державі», котре включає:

– службу в державних органах, що наділені державно-владними повноваженнями (усі органи державної влади (окрім судів) та інші суб'єкти з делегованими повноваженнями державної влади);

– службу в державних установах (на підприємствах) та в інших організаціях, що не пов'язана з реалізацією повноважень державної влади (заклади освіти, охорони здоров'я, культури тощо);

– мілітаризовану службу, яка охоплює службу в усіх видах Збройних Сил, воєнізовану службу в Службі безпеки України, службу в озброєних формуваннях органів внутрішніх справ тощо.

Для служби в державних органах, що наділені державно-владними повноваженнями (окрім судів), використовується власне поняття «державна служба», тобто це — завжди служба в державних органах (та їх апараті), котрі виконують повноваження державної влади. За цього варіанта ключовою об'єднуючою ознакою інституту державної служби виступає наявність у відповідних органів, де здійснюється служба, державно-владних повноважень, а у визначенні поняття державної служби наголошується на службі у державних органах та їх апараті.

У цьому значенні державна служба також не є цілком однорідною, оскільки охоплює дві основні сфери.

Перша сфера — служба в органах виконавчої влади та їх апараті, а також в апараті інших державних органів. Сюди мають бути віднесені державні службовці, що не мають спеціальних звань і здійснюють звичайну виконав-

сько-розпорядчу (адміністративну) діяльність. Це фактично — діяльність так званих «чиновників».

З огляду на практику ряду європейських країн цей вид державної служби можна було б визначити як «цивільну службу», включаючи до неї службу в секретаріатах комітетів Верховної Ради; у Секретаріаті Кабінету Міністрів України та в апараті урядових органів; в апараті центральних і місцевих органів виконавчої влади; в апараті органів прокуратури; неатестованих працівників апарату органів внутрішніх справ; неатестованих працівників апарату (штабу) військових формувань; в апараті судів; службу деяких інших категорій службовців, визначених законом. Такий вид державної служби, на наш погляд, мав би бути предметом регулювання окремого закону, що фактично виконував би функції чинного Закону України «Про державну службу», який і нині, власне кажучи, регулює саме службу тільки в органах виконавчої влади, апараті цих та інших державних органів.

Друга сфера державної служби у розглядуваному значенні — це служба у решті (за винятком судів) державних органів (прокуратура, зокрема), окрім їх апарату, а також у тих органах виконавчої влади, повноваженням яких властива суттєва специфіка і в яких службовці мають спеціальні звання і виконують специфічні функції (дипломатичні, податкові, природоохоронні, митні тощо).

Цю службу слід вважати спеціалізованою державною службою, в яку входять такі самостійні види, як: дипломатична служба; правоохоронна служба в органах внутрішніх справ (у тому числі міліції); служба прокурорів; митна служба; податкова служба; дер-

жавна виконавча служба та деякі інші спеціалізовані види державної служби. Важливим є те, що кожний з цих видів потребує врегулювання окремими законами, що містять особливості саме спеціалізованих видів служби.

Другий варіант доктринальної позиції щодо обсягу поняття «державна служба» пов'язаний із визначенням державної служби як складової частини інституту «публічної служби». У свою чергу, поняття публічної служби є похідним від поняття «публічний сектор». Його головними структурними елементами виступають державні органи виконавчої влади та органи місцевого самоврядування.

Разом з тим пов'язані з реалізацією інтересів держави і суспільства публічні функції виконуються не лише згаданими органами так званої «публічної адміністрації», а й іншими суб'єктами — зокрема, державними та комунальними (муніципальними) закладами, організаціями, підприємствами. Такі суб'єкти публічного сектору виконують функції публічного, тобто спрямованого на суспільні потреби, характеру (наприклад, служба невідкладної медичної допомоги, рятувальні служби і т. ін.) і вимагають особливого режиму праці, відмінного від праці у приватному секторі.

Зважаючи на те, що владний статус мають не всі працівники зазначених інституцій публічного сектору, обсяг поняття публічної служби слід обмежити тільки тими працівниками, які безпосередньо виконують владні повноваження. Водночас не охоплюється поняттям публічної служби робота найманих працівників у державних органах і недержавних суб'єктах пу-

блічної влади, які виконують функції, аналогічні функціям, що виконуються відповідними працівниками в приватному секторі.

Тому, до речі, залежно від обсягу публічних функцій (якщо за певних умов приватний сектор не повинен або не може виконувати певні функції, хоча вони є необхідними для держави та суспільства) зміст поняття публічної служби може розширюватися.

Щодо доктринального тлумачення поняття «державна служба» маємо підстави передбачити, що довгочасна тенденція розвитку цього інституту в Україні полягатиме в тому, що він мав би поширюватися не тільки на діяльність посадових осіб власне державних органів (органів державної влади) та їх апарату, а й на діяльність працівників усіх інших державних організацій бюджетної системи — установ (закладів), підприємств, що виконують як власне управлінські функції, так і профільюючі функції за професійним призначенням відповідної організації. Як відомо, у ряді зарубіжних країн є позитивний досвід поширення статусу державних службовців на всіх працюючих, зокрема, в державних закладах культури, освіти, науки, зв'язку тощо.

Разом з тим сьогодні і на найближчу перспективу нагальним є чітке визначення і нормативне врегулювання інституту державної служби у межах першого з наведених варіантів, тобто як служби лише в державних органах та їх апараті, з чітким виокремленням власне служби в органах виконавчої влади, апараті цих та інших державних органів. Саме тут має бути зосереджений комплекс антикорупційних заходів у кадровій політиці.

Отже, в основу формування нової системи законодавства про державну службу має бути покладено запропонований вище поділ видів державної служби. Виходячи з цього, можливі два варіанти структурної побудови зазначеної системи законодавства. Причому обидва варіанти передбачають необхідність підготовки базового (або генерального) законодавчого акта, хоча і з різним його змістом.

Перший варіант передбачає створення базового законодавчого акта у формі узагальнюючого Закону України «Про загальні засади державної служби», котрий мав би стати основою системи законодавства про державну службу. У цьому базовому (генеральному) Законі на основі конституційних положень слід визначити ключові поняття — державна служба, державний службовець, посадова особа, службова особа, політична посада, адміністративна посада, патронатна служба та ін.; закріпити основні принципи державної служби, її побудови та функціонування, загальні риси статусу державних службовців, його набуття і втрати, гарантії його дотримання, забезпечення громадського контролю за службовцями, вимоги щодо недопущення порушень прав громадян тощо.

На розвиток положень базового законодавчого акта мають бути прийняті конкретні закони, що врегулюють державно-службові відносини в межах діяльності окремих державних органів, що належать до спеціалізованих видів державної служби. Такий підхід дозволяє, зокрема, детально врегулювати державно-службові відносини в органах ви-

конавчої влади, що мають особливий правовий статус, — правоохоронних, воєнізованих, митних, дипломатичних органах тощо.

Ураховуючи, що система законодавства про державну службу має охопити всі різновиди державно-службових відносин, доцільно виходити з реально існуючого поділу інституту державної служби України на дві основні сфери: загальну (або цивільну) і спеціалізовану службу.

Як цивільна (тобто служба «чиновників»), так і спеціалізовані види державної служби є предметом регулювання окремих законів — спеціальних (або галузевих), а саме: а) Закону України «Про державну службу в органах виконавчої влади, апараті цих та інших державних органів» (або Закону «Про цивільну службу»); б) інших спеціальних законів — про державну службу у відповідних видах органів виконавчої влади та інших державних органах (крім їх апарату).

Більше того, для окремих видів державної служби буде потрібне додаткове законодавче супроводження в частині питань, які не знайдуть вирішення у змісті спеціальних законів про відповідні види державної служби. Зокрема, це стосується згадуваної цивільної служби, яка в інтєресах, зокрема, антикорупційного впливу вимагатиме додаткового врегулювання окремих питань, пов'язаних з функціонуванням службово-трудоxих відносин, визначенням етичних та інших правил їх поведінки, відносин дисциплінарної відповідальності державних службовців тощо.

Отже, у пропонованому варіанті структура системи законодавства про

державну службу матиме такі три рівні:

– рівень базового (генерального) Закону України «Про загальні засади державної служби»;

– рівень спеціальних (галузевих) законів, присвячених окремим видам (цивільній, а також спеціалізованим) служби, серед яких ключовим слід визнати закон, який фактично є аналогом чинного Закону України «Про державну службу» (цей закон міг би мати назву «Про державну службу в органах виконавчої влади, апараті цих та інших державних органів» або скорочено — «Про цивільну службу»);

– рівень супроводжуючих законів, які покликані доповнити дію спеціальних (галузевих) законів з питань, котрі залишатимуться поза межами їх предметів регулювання, але при цьому належать до «основ державної служби», які згідно з Конституцією України (п. 12 частини першої ст. 92) потребують визначення «виключно законами України».

Другий варіант структурної побудови системи українського законодавства про державну службу базується на визнанні того, що засадничим законом виступатиме базовий (генеральний) Закон України «Про основи публічної служби», в якому мають бути визначені існуючі види публічної служби та окреслено загальні засади правового регулювання кожного з існуючих видів. Цей закон повинен також передбачити особливості служби в державних та муніципальних (комунальних) установах, організаціях та підприємствах порівняно з аналогічною роботою у приватному секторі (наприклад,

обмеження на створення і діяльність організаційних структур політичних партій — відповідно до частини третьої ст. 37 Конституції України, обмеження або особливості реалізації права на страйк і т. ін.), особливості оплати праці, соціального та пенсійного забезпечення тощо.

Спеціальними законами у даному разі вважатимуться закони про:

– державну службу в органах державної влади та їх апараті;

– службу в органах місцевого самоврядування та їх апараті (муніципальну службу).

Спеціальний Закон України «Про службу в органах державної влади та їх апараті» повинен регулювати у тому числі й службові відносини осіб, які обіймають суто адміністративні (тобто так звані «чиновницькі») посади в органах виконавчої влади, що становлять «державну частину» публічної адміністрації.

У вітчизняних умовах, зважаючи на правову традицію, що фактично склалася, більшість положень цього спеціального закону мала б поширюватися також на працівників апарату: а) судів; б) органів прокуратури; в) органів, утворюваних Верховною Радою (наприклад, апарат Рахункової палати, апарат Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини) та Президентом України (наприклад, апарат РНБО) та ін.

Низка положень запропонованого закону про державну службу може також поширюватися на працівників апаратів Президента України та Верховної Ради України — з винятками щодо окремо призначуваних працівників патронатних служб.

Спільною для цих «апаратних» працівників з особами, які обіймають адміністративні посади в органах державної влади, є наявність окремих владно-розпорядчих повноважень, професійність, політична нейтральність тощо. Це дозволяє поширювати на них загальні вимоги антикорупційної спрямованості.

Незважаючи на вибір того чи іншого шляху формування системи законодавства про державну службу, базовий (генеральний) закон мав би класифікувати посади в органах державної влади та органах місцевого самоврядування на:

- а) політичні (що обіймаються державними політичними діячами);
- б) адміністративні (або власне «чиновницькі»);
- в) спеціалізовані (дипломатичні, прокурорські тощо);
- г) патронатні (коло яких суворо обмежене);
- д) допоміжні (або обслуговуючі, організаційно-технічні тощо — посади найманих за трудовим законодавством працівників).

На рівні базового закону максимально повно мають бути врегульовані загальні засади проходження державної (чи публічної) служби.

Що ж до особливостей соціально-трудова умов проходження служби, то вони мають бути передбачені в рамках окремих нормативно-правових актів. Це зумовлено своєрідністю зазначених умов і відсутністю їх регулювання в єдиному кодифікованому акті про працю (як у чинному, так і в офіційному проекті нового Трудового кодексу).

На нашу думку, врегулювання соціально-трудова умов проходження

державної служби має здійснюватись або в рамках базового закону; або окремими «супроводжуваними» базовий закон законодавчими актами; або у поєднанні попередніх варіантів, тобто соціально-трудова умови проходження служби окремих видів, відмінні від положень базового закону, мали б відображатися безпосередньо у спеціальних (галузевих) законах про окремі види державної служби.

У першому варіанті закріплення на рівні базового закону спільних для всіх державних службовців соціально-трудова умов проходження державної служби дозволить уніфікувати регулювання умов здійснення професійної діяльності, які не мають істотних відмінностей в окремих видах державної служби.

Разом з тим винесення у другому варіанті регламентації основних соціально-трудова умов проходження державної служби у повному обсязі за межі базового закону може призвести до штучного роз'єднання цілісної сукупності всіх елементів статусу державних службовців, необхідності визначати у процесі правозастосування юридичну силу норм цих законів стосовно базового або інших чинних законів, вирішувати питання щодо їх узгодження тощо.

Нарешті, у третьому варіанті найкраще, як вважаємо, забезпечується взаємозв'язок норм базового, спеціальних і так званих «супроводжуваних» законів.

Для посилення антикорупційної спрямованості законодавчого регулювання державної служби особлива увага має бути приділена питанням поведінки державних службовців та засобам її правового забезпечення.

Діяльність з виконання своїх службових повноважень та загалом поведінка державних службовців повинні відповідати закону і вимогам моральних принципів суспільства. Вони безпосередньо пов'язані з реалізацією владних повноважень, а тому мають здійснюватися у межах законності, неприпустимості порушення меж компетенції при виконанні своїх службових обов'язків. Разом з тим поведінка державних службовців і поза межами службової діяльності, в побуті має свідчити про їх високу особисту культуру, яка включає рівень знань і професіоналізму, особисті переконання, навички і вміння, здібності, здатність до самовиховання і самовдосконалення, світогляд, правову культуру, коли інтелектуальний рівень пов'язується з високорозвиненою моральною й етичною культурою.

Вимоги, що ставляться до державних службовців, їх поведінки, мають загальний характер і стосуються всіх, хто перебуває на державній службі. До них, зокрема, відносять: відданість народові України; пріоритет інтересів, держави, прав і свобод людини і громадянина перед особистими або корпоративними; професіоналізм; досвід та навички, необхідні для успішного виконання службових завдань і функцій; вміння на практиці застосовувати досягнення сучасної науки управління; добросовісність; ввічливість, коректність, шанобливе ставлення до громадян, підлеглих і керівників; висока загальна, правова культура та культура спілкування; високі моральні якості; знання справи; вміння оцінювати працю інших працівників, заохочувати до себе людей своїми знаннями і по-

ведінкою; уникати дій, які можуть свідчити про прихильність до окремих осіб, утримуватися від політичної діяльності у формі політичних заяв і акцій; уникати створення конфліктних ситуацій, а в разі виникнення — сприяти їх усуненню та ін.

Залежно від сфери і характеру виконуваної діяльності до державного службовця можуть ставитися додаткові вимоги щодо його поведінки. Разом з тим як основні, так і додаткові вимоги до поведінки державного службовця мають бути визначені і закріплені в законі. Регулювання поведінки державного службовця на рівні закону має важливе значення для утримання високого авторитету державної служби, зміцнення репутації кожного службовця та посилення вимог до його діяльності.

Поведінка державного службовця мала б бути врегульована через виокремлення його різноманітних відносин: з керівниками і колегами по роботі, тобто у внутрішніх відносинах; з громадянами — при виконанні своїх обов'язків та наданні послуг; з іншими державними і недержавними органами, організаціями, установами. До того ж потребують правового врегулювання і деякі аспекти поведінки державного службовця після припинення державної служби.

Гарантією виконання зазначених вимог державним службовцем, дотримання ним етичних правил є внутрішні, морально-психологічні фактори — визнання власного обов'язку збереження честі і гідності, зміцнення власної репутації, авторитету в цілому державної служби та органу, в якому проходить службу державний службовець.

Ключові положення щодо поведінки державних службовців мають знайти відображення на рівні принципів у Законі України «Про державну службу», а не тільки (як тепер) у затверджених наказом Голодержслужби України від 23.11.2000 р. Загальних правилах поведінки державного службовця. Адже цей підзаконний акт не можна вважати належним засобом унормування поведінки державного службовця. На наш погляд, узагальнені стандарти поведінки державного службовця повинні визначатися на законодавчому рівні, оскільки питання, які ним врегульовуватимуться, належать до «основ» державної служби і відповідно до п. 12 частини першої ст. 92 Конституції України мають визначатися виключно законами України.

Таким актом мав би стати Кодекс основних правил поведінки державних службовців (чи Кодекс честі державних службовців), в якому і визначатимуться вимоги до поведінки державного службовця та його участі у відносинах, що складаються в процесі реалізації таких вимог. Зокрема, в ньому мають міститися вимоги щодо питань упередження та протидії корупції у сфері державної служби.

У системі законодавства про державну службу даний акт належить до так званих «супроводжуваних» законів. Закріплення відповідних вимог до поведінки державних службовців на рівні закону сприятиме значному підвищенню авторитету державної служби, посиленню дисциплінованості, доброчесності, дотриманню державними службовцями етичних стандартів поведінки та запобігання корупційним діям.

Слід зауважити, що прийняття законодавчого акта, який би закріплював етичні стандарти поведінки державних службовців, передбачено в рекомендації Комітету міністрів Ради Європи країнам-членам. Модельний кодекс поведінки державних службовців, розроблений відповідно до директивних приписів міждисциплінарною групою по боротьбі з корупцією, рекомендується всім державам, в яких проводиться адміністративна реформа і реформа державної служби, та є стандартом, дотримуючись якого країни — члени Ради Європи відповідно до національного законодавства мають розробляти такі кодекси. В Україні проект відповідного кодексу був розроблений робочою групою ще на перших етапах реалізації положень концепції адміністративного реформування в Україні, однак у подальшому цей процес призупинився.

Окреме місце у подоланні корупції у сфері державної служби посідає правове регулювання дисциплінарної відповідальності державних службовців. Аналіз сучасного стану дає змогу говорити про недостатню ефективність цього інституту в забезпеченні законності і правопорядку в діяльності органів виконавчої влади, і зокрема, у дотриманні антикорупційних вимог.

Норми, якими встановлюється дисциплінарна відповідальність державних службовців, позначаються недостатньою чіткістю, відсутністю належно сформульованих принципів і підстав відповідальності, диференціації стягнень згідно з видами підстав дисциплінарної відповідальності тощо.

У чинному законодавстві про державну службу відсутнє чітке визначення поняття і меж дисциплінарної юрисдикції посадових осіб; чітка прив'язка конкретних видів дисциплінарних стягнень до різних підстав дисциплінарної відповідальності; має місце неврегульованість спеціальної процедури застосування до державних службовців дисциплінарних стягнень (дисциплінарних впроваджень).

На цей час регулювання дисциплінарних стягнень здійснюється одночасно двома нормативно-правовими актами: КЗпП України та Законом України «Про державну службу», що не сприяє ефективному правозастосуванню. У ст. 147 КЗпП України для всіх працівників передбачено два основних види дисциплінарної відповідальності: а) догана; б) звільнення. У Законі України «Про державну службу» (ст. 14) передбачено, що крім дисциплінарних стягнень, закріплених у чинному законодавстві про працю, до державних службовців можуть бути застосовані такі додаткові заходи дисциплінарного впливу: а) попередження про неповну службову відповідність; б) затримка до одного року присвоєння чергового рангу або призначення на більш високу посаду державної служби.

Розміщення правових норм з питань дисциплінарної відповідальності державних службовців одночасно у двох актах є нераціональним, оскільки не враховує повною мірою потреби розвитку інституту державної служби та особливості правового статусу державних службовців. З огляду на це потребує вирішення питання щодо форми і змісту єдиного законодавчого акта, в якому виключно були б скон-

центровані положення про дисциплінарну відповідальність державних службовців. Таким актом міг би бути Кодекс основних правил поведінки державних службовців, в якому можна передбачити окремий розділ, присвячений поняттям «дисциплінарна відповідальність державного службовця» та «дисциплінарний проступок державного службовця», особливостям та порядку застосування заходів дисциплінарної відповідальності.

Інший варіант — це ухвалення окремим законом Дисциплінарного статуту державної служби. Подібна назва правового акта має сьогодні поширення при визначенні дисциплінарної відповідальності в окремих видах спеціалізованої служби — працівників митних органів, міліції тощо. Хоча видається не менш виправданим і перспективним прийняття Закону «Про дисциплінарну відповідальність державних службовців».

У зв'язку з наведеним потрібно передбачити у загальному законодавчому акті з питань державної служби бланкетну норму, яка має вказувати, що «дисциплінарна відповідальність державних службовців настає у випадках, у строки та у порядку, визначених відповідним законом».

Підстави притягнення державних службовців до дисциплінарної відповідальності та порядок застосування відповідних стягнень повинні бути чітко визначені:

– по-перше, законом, а не іншим актом законодавства;

– по-друге, такий законодавчий акт має бути складовою системи законодавства про державну службу, а не актом трудового законодавства.

Що ж до тих державних службовців, на яких на цей час поширюється дія статутів чи положень про дисципліну, то повинні застосовуватися ті з них, що відповідають вимогам пропонованого законодавчого акта (йдеться про статuti та положення про дисципліну в Збройних Силах, органах внутрішніх справ, прокуратури тощо).

Нагальним завданням є законодавче врегулювання провадження в справах про дисциплінарні проступки державних службовців (дисциплінарного провадження). Сьогодні відсутній законодавчий акт, що регламентував би цей вид адміністративних проваджень щодо державних службовців, на яких поширюється дія Закону України «Про державну службу».

Метою даного провадження є своєчасне і всебічне з'ясування обставин вчинення дисциплінарного проступку, виявлення причин та умов, що призводять до порушення службової дисципліни, незабезпечення належного виконання державним службовцем своїх повноважень. Загалом норми, які встановлюють порядок дисциплінарного провадження, мають метою максимально захистити державного службовця від сваволі адміністрації, що має велике значення у боротьбі з можливими у таких випадках зловживаннями, у тому числі корупцією.

Як і інші види адміністративних проваджень, дисциплінарне провадження має відповідні стадії: порушення дисциплінарної справи; її розслідування; розгляд справи компетентною посадовою особою; винесення рішення по справі та його виконання.

Це основні стадії, тоді як перегляд справи в порядку оскарження та прийняття відповідного рішення по ній є факультативними стадіями.

Для забезпечення прав державного службовця, що притягується до дисциплінарної відповідальності, важливе значення матиме можливість оскарження рішення про притягнення до дисциплінарної відповідальності. При цьому мають бути забезпечені можливості як внутрішньовідомчого, так і судового оскарження — на вибір державного службовця.

При регламентації процедури оскарження в адміністративному порядку необхідно передбачити гарантії неупередженого розгляду скарги на рішення про притягнення до дисциплінарної відповідальності. Цьому сприяло б створення у вищестоящих органах виконавчої влади спеціальних апеляційних структур дисциплінарних комісій, до складу яких мали б входити представники Голодержслужби, відповідних кадрової та юридичної служби і, можливо, громадської ради. Рішення дисциплінарної комісії про необґрунтованість притягнення державного службовця до дисциплінарної відповідальності або про наявні порушення порядку притягнення чи порушення прав державного службовця має вважатися підставою для скасування рішення про накладення дисциплінарного стягнення.

Шляхом прийняття пропонованого законодавчого акта з питань дисциплінарної відповідальності має бути вичерпно врегульована решта питань дисциплінарної відповідальності державних службовців, що сприятиме забезпеченню законності

і правопорядку в діяльності органів виконавчої влади.

Отже, наведені шляхи розв'язання завдань сучасного етапу законодавчого врегулювання інституту державної служби в Україні спрямовані не тільки на чіткіше визначення шляхів формування відповідної системи національного законо-

давства в інтересах його наближення до стандартів розвинених демократичних країн, а й посилення дієвості механізмів запобігання і протидії корупції у сфері державної служби.

Опубліковано: Право України. – 2008. – № 5. – С. 29–36.

УДК 347.73:340.134(477)

М. Кучерявенко, член-кореспондент АПрН України, завідувач кафедри фінансового права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Проблема колізійності фінансового законодавства у рішеннях Вищого адміністративного суду України (деякі аспекти методології)

Процеси реформування в Україні стосуються змістовних перебудов у економіці й адекватного корегування законодавчої бази. Указане пов'язується як з досягненням відповідної досконалості галузевих законодавчих норм, так і чітким, ефективним співвідношенням галузевих режимів впливу на поведінку суб'єктів. Зазначене стосується існуючих конструкцій, але ще у більшому сенсі про це має йтися при логічному входженні нових інституцій у процеси реформування. З огляду на це безумовно важливим та своєчасним вбачається розвиток системи адміністративних судів України, якість і обґрунтованість їх рішень. «Становлення України як правової держави передбачає якісно новий рівень судового захисту прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб у сфері публічно-правових відносин від порушень з боку органів державної

влади, органів місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб, інших суб'єктів при здійсненні ними владних управлінських функцій на основі законодавства...»¹.

Багато проблем, суперечок при застосуванні податкових нормативних актів у рішеннях адміністративних судів пов'язано з віднесенням законів до конкретного виду (фінансового або податкового). Українське законодавство не містить певного критерію фінансового чи податкового закону. Досить складно у деяких випадках визначити особливості співвідношення законів, що регулюють винятково податкові відносини («податкові закони»), і тих, які поряд з іншими відносинами стосуються й податкових. Це стосується насамперед «бюджетних» законів, коли щорічним законом про Державний бюджет вносяться

¹ Адміністративна юстиція України: проблеми теорії і практики : настіл. кн. судді / за заг. ред. О. М. Пасенюка. — К., 2007. — С. 5.

зміни до законів, що регулюють питання оподаткування. Одним із найпринциповіших положень при аналізі співвідношення фінансово-правових інститутів у цьому випадку є положення ст. 1 Закону «Про систему оподаткування»¹ стосовно того, що ставки, механізм справляння податків і зборів (обов'язкових платежів) і пільги щодо оподаткування не можуть встановлюватися або змінюватися іншими законами України, крім законів про оподаткування². Така ситуація не може сприяти впорядкуванню й стабілізації податкового законодавства. По-перше, порушується принцип стабільності системи оподаткування, податкових механізмів, які не повинні змінюватися протягом року. По-друге, регулювання податків, елементів податкового механізму повинне здійснюватися спеціальними податковими законами, тоді як бюджетні мають іншу сферу регулювання. Саме застосування «неподаткового законодавства» стає причиною багатьох конфліктів. Хотілося б звернути увагу на те, що включення норм про оподаткування у «неподаткові» закони нерационально не тільки з позиції забезпечення надходжень у бюджеті, а й стосовно забезпечення рівності платників податків. Дієвий контроль можна забезпечити лише тоді, коли елементи податкового механізму будуть регулюватися виключно податковими законами.

Навряд чи є ґрунтовні підстави віднесення Закону України про Дер-

жавний бюджет на відповідний рік до податкових. Більш того, принципових ознак такого закону про оподаткування теж не існує. Це лише одна із проблем, і, мабуть, її треба віднести до загальнотеоретичних — проблем класифікації законів, співвідношення їх норм між собою, засобів вирішення законодавчих колізій. Вихід у цьому напрямі, мабуть, не можна знайти без прийняття закону, обговорення проектів якого триває вже досить тривалий час, — Закону України «Про нормативно-правові акти». Є сподівання, що цим актом можуть бути сформовані загальні засади уникнення певних колізій, протиріч між загальними та спеціальними законами, галузевими законодавчими актами тощо.

Така загальнотеоретична проблема породжує і локальні прояви — при зіставленні окремих фінансових законів. Безумовно, фінансово-правове регулювання передбачає цілісний, взаємопов'язаний характер впливу законодавчих норм відповідно до предмету галузі, але це не виключає і певної інституційної диференціації в рамках галузевої однорідності. Причому в деяких випадках дане розмежування може бути найпринциповішим. Звісно, що і податкові, і бюджетні правові норми орієнтовані на регулювання руху публічних коштів, власниками яких є держава і територіальні громади. Залежно від інституційної належності норми може йтися про різні стадії або різний режим такого регулювання, що безумовно пов'язується зі спором, який виникає при цьому, та загальними засадами й особливостями його вирішення.

Дійсно, бюджетне і податкове регулювання — єдині за своєю правовою

¹ Бюджетний кодекс України // Відом. Верхов. Ради України. — 2001. — № 37–38. — Ст. 189.

² Про систему оподаткування : Закон України // Відом. Верхов. Ради України. — 1997. — № 16. — Ст. 119.

природою, але це не дає підстав аргументувати позицію щодо вирішення податкових спорів посиланнями на норми Бюджетного кодексу або інших законодавчих актів, які регулюють бюджетну діяльність. У деяких випадках саме таким чином аргументуються висновки адміністративних судів. Як приклад можна навести постанову Вищого адміністративного суду України від 23 жовтня 2007 р.¹ У ній розглядається касаційна скарга Державної податкової інспекції України у Московському районі м. Харкова стосовно нарахувань плати за торгові патенти. Аргументуючи свою позицію, Вищий адміністративний суд України посилається на відповідні норми Бюджетного кодексу (п. 1 ч. 1 ст. 2; п. 3 ч. 1 ст. 4; п. 19 ч. 1 ст. 2) та ст. 47 Закону «Про Державний бюджет України на 2005 рік».

На таких підставах базується дуже цікавий висновок: «Закон про Державний бюджет України на поточний рік регулює бюджетні відносини, зокрема, у сфері наповнення бюджету через механізми справляння податків. Отже, дія зазначеного Закону поширюється, у тому числі й на податкові правовідносини, оскільки одним із джерел формування дохідної частини Державного бюджету на поточний рік є податки, які справляються за встановленими ставками». З наведеним складно погодитись, тому що важливо, на мій погляд, орієнтуватись при вирішенні спору на його предмет.

У цьому разі предметом спору є виконання обов'язку із сплати від-

¹ Постанова Вищого адміністративного суду України від 23 жовтня 2007 р. — Справа № АС-27/116-06.

повідного платежу, який законодавець включив до переліку загальнодержавних податків, зборів (обов'язкових платежів), — плати за торговий патент. Суд повинен вирішити, чи є порушення при виконанні податкового обов'язку особою, котра повинна здійснювати такі платежі, чи ні, а не визначитись, яким чином це узгоджується з нормами Бюджетного кодексу України. Принциповим при цьому є момент виконання податкового обов'язку, бо до даної миті — це предмет регулювання податковим законодавством, і, безумовно, аргументація доказів, визначення позиції повинні будуватися на податковому законодавстві. У разі, коли кошти у вигляді податку чи збору платником сплачені та спрямовані на відповідний казначейський рахунок, вже не йдеться про податкове регулювання, про дію податкових норм, включається бюджетно-правовий режим руху коштів, які вже є державними або муніципальними. У даному аспекті мова йде про вирішення спору при виконанні податкового обов'язку, а не після нього. Тому аргументація позиції недоплати чи переплати податку (збору) нормами Бюджетного кодексу помилкова.

Вважаю недоцільним глибоко вдаватися у теоретичні засади розмежування бюджетних та податкових правовідносин. Мабуть, детально це недоцільно робити в даному випадку. Але одну важливу особливість такої ситуації враховувати слід. Принциповою рисою бюджетних правовідносин є специфічний термін дії та особливий суб'єктний склад. Стосовно першого йдеться про бюджетний період (найчастіше — календарний

рік), але більш важливим є другий акцент, узагальнюючи який можна підкреслити, що серед суб'єктів бюджетних правовідносин немає фізичних осіб. Тоді постає питання: як можна податкові відносини (де фізичні особи є традиційними учасниками) регулювати нормами бюджетних законодавчих актів.

З цього приводу хотілося б приєднатись до позиції Голови Вищого адміністративного суду України О. Пасенюка, який при характеристиці місця бюджетно-правових відносин та співвідношення їх з фінансовими правовідносинами підкреслює, що бюджетно-правові відносини є внутрішньоорганізаційними. «У юридичних і фізичних осіб акти про бюджет не породжують виникнення прав і обов'язків, тобто ці фінансові правовідносини не є зовнішніми. А от податкові правовідносини здатні породити спір в рамках процедури адміністративної юстиції»¹.

Є певна незручність у посиланні на бюджетні норми при вирішенні податкових спорів і в іншому сенсі. Так, у постанові Вищого адміністративного суду України від 23 жовтня 2007 р. позиція стосовно розгляду спору з оплати торгового патенту аргументується положенням п. 1 ч. 1 ст. 2 Бюджетного кодексу України та підкреслюється, що бюджет — план формування і використання фінансових ресурсів для забезпечення завдань та функцій, які здійснюються органами державної влади, органами влади Автономної Республіки Крим й ор-

ганіями місцевого самоврядування протягом бюджетного періоду. Навряд чи в цьому є сенс. Оплата торгового патенту передбачає сплату грошових коштів (абстрагуємося у цьому випадку від дослідження виконання податкового обов'язку в широкому сенсі, що передбачає дії платника стосовно обліку, сплати та звітності), надходження на відповідні казначейські рахунки грошей у формі даного обов'язкового платежу. Указане вище визначення бюджету нічого не додає для з'ясування ситуації. Його характеристика через категорію фінансових ресурсів надто узагальнена. Зрозуміло, що у даному разі йдеться про хибне законодавче поняття, бо в жодному акті не можна з'ясувати — що таке фінансові ресурси, з чого вони складаються та яким чином співвідносяться з коштами, котрі надходять від сплати податків і зборів. На мій погляд, бюджет (у тому сенсі, як він визначається у ст. 2 Бюджетного кодексу України) — це план формування та використання грошових коштів (а не розмитого, в більшому сенсі теоретичного поняття — фінансових ресурсів). З приводу цього і дивує посилання на норму, яка нічого не роз'яснює, не аргументує, а лише заплує розгляд справи.

Безумовно, що рішення судових органів повинні детально відображати конкретну ситуацію стосовно дій та поведінки окремих суб'єктів, на регулювання чого і спрямований правовий вплив. Але воно має базуватися і на відповідних теоретичних конструкціях та положеннях. Останні можуть мати традиційні форми, можуть бути сталими, але не помилковими. Йдеться «про регулювання правовими нор-

¹ Адміністративна юстиція України: проблеми теорії і практики : настіл. кн. судді / за заг. ред. О. М. Пасенюка. — К., 2007. — С. 32.

мами правовідносин»¹. Дія правової норми спрямована на регулювання певного виду суспільних відносин (залежно від предмета галузі). У той же час правовідносини становлять суспільні відносини, які вже врегульовані правовими нормами, і регулювати право правом навряд чи доцільно. Навіщо необхідна при аргументації судового рішення така тавтологічна конструкція — складно зрозуміти.

У деяких випадках при цьому йдеться про регулювання навіть не правовідносин, а спірних правовідносин². Використання у судових рішеннях словосполучення «спірні правовідносини» — поширена помилка. Це і не дивно, тому що такий хибний підхід запропоновано чинним законодавством (п. 5 ч. 1 ст. 157 КАСУ). Правовідносини не можна вважати спірними у ситуації, коли певний вид однорідних суспільних відносин вже врегульовано правовими нормами. У цій ситуації може йтися про виникнення спору, про існування спірних відносин, але не в рамках самого правовідношення, а на кордоні різних галузевих, інституційних правовідносин, на межі правового впливу. Існування спору, спірних відносин у жодному разі не призводить до виникнення спірного правовідношення.

Безперечно, така ситуація породжується існуванням колізії законодавчих норм, розібратися у якій

¹ Див., наприклад: Постанова Вищого адміністративного суду України від 23 жовтня 2007 р. — Справа № АС-27/116-06; Постанова Вищого адміністративного суду України від 29 червня 2006 р. — Справа № К-1737/06.

² Постанова Вищого адміністративного суду України від 29 червня 2006 р. — Справа № К-1737/06.

і необхідно при вирішенні спору та винесенні судового рішення. Конфлікт окремих положень правових норм при регулюванні відносин в галузі оподаткування може проявлятися у декількох формах³:

а) колізія податково-правових норм одного нормативного акта. У цьому випадку зіштовхуємося з протиріччями положень окремих статей закону або іншого нормативно-правового акта;

б) колізія норм окремих податкових нормативно-правових актів. У даній ситуації йдеться про різновид внутрішньоінституційної колізії, коли протиріччя характеризують співвідношення норм різних податкових законів. Найчастіше у цьому випадку виникають протиріччя положень окремих статей загальних і спеціальних законів. Природно, такий розподіл дуже умовний, але досить часто податково-правове регулювання натрапляє на конфлікт норм законів, що встановлюють окремі види податків і зборів, з тими, які закріплюють загальні основи оподаткування⁴;

в) колізія норм, що стосуються податкових відносин, й міститься у різних актах фінансового законодав-

³ Див. докладніше: Кучерявенко Н. П. Курс налогового права : в 6 т. — Т. 2 : Введение в теорию налогового права / Н. П. Кучерявенко. — Харьков, 2004. — С. 215–217.

⁴ Про систему оподаткування : Закон України // Відом. Верхов. Ради України. — 1997. — № 16. — Ст. 119; Про державну податкову службу в Україні : Закон України // Відом. Верхов. Ради України. — 1991. — № 6. — Ст. 37; Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами і державними цільовими фондами : Закон України // Відом. Верхов. Ради України. — 2001. — № 10. — Ст. 44.

ства. Даний різновид колізій належить уже до міжінституційних і характеризується протиріччями норм законів, що належать до різних інститутів фінансового законодавства. Подібне протиріччя найчастіше виникає при зіставленні дії норм бюджетного й податкового законодавства. Наприклад, Бюджетним кодексом України вводиться поняття «податкових надходжень»¹, однак податкове законодавство не застосовує даної категорії й постає питання: яким чином вона співвідноситься з традиційним поняттям «податків, зборів (обов'язкових платежів)», котре міститься у законах, що регулюють оподаткування;

г) колізія норм податкового законодавства й норм, що регулюють відносини, які складають предмет іншої галузі права. Досить часто з подібною ситуацією можна зіштовхнутися при наданні податкових пільг законами, що регулюють статус певних категорій осіб (ветеранів Великої Вітчизняної війни, інвалідів, осіб, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи).

Ряд колізій норм, що регулюють реалізацію податкового обов'язку, на мій погляд, більш суб'єктивний, породжується неузгодженістю на стадії прийняття законодавчих актів. Здавалося б, абсолютно логічно й природно використовувати певний загальний знаменник бюджетних і податкових норм, застосовувати єдину термінологічну базу. Однак складається враження, що ніякого зв'язку й узгодження між Бюджетним кодексом і податковим законодавством не існує.

¹ Бюджетний кодекс України // Відом. Верхов. Ради України. — 2001. — № 37–38. — Ст. 9.

Навряд чи доречно у цьому разі шукати об'єктивні причини вказаної невідповідності.

Справа в тім, що маючи на увазі схожі поняття, законодавець закріплює певні протиріччя з позицій формальної юридичної логіки. Чинне податкове законодавство України використовує категорії «податки, збори (обов'язкові платежі)»² (зараз не будемо зупинятися, наскільки подібний підхід досконалий за відсутності родового визначення податку й збору, визначеності у співвідношенні понять «обов'язкові платежі» і «податки й збори»). У той же час бюджетне законодавство запроваджує інше поняття — «податкові надходження»³. Постає питання — яким чином вони співвідносяться з усіма елементами, котрі законодавець включив у систему оподаткування. Начебто деяке роз'яснення є у ч. 2 ст. 9 Бюджетного кодексу, однак і воно далеке від досконалості, оскільки до податкових надходжень належать передбачені податковими законами України загальнодержавні й місцеві податки, збори та інші обов'язкові платежі. По-перше, складно однозначно визначитися, що таке «податковий закон України». По-друге, не зовсім зрозуміло, що означає «передбачені податковими законами України» — податки й збори, закріплені у закритому переліку статей 14, 15 Закону «Про систему оподаткування», або податки та збори, що вво-

² Про систему оподаткування: Закон України // Відом. Верхов. Ради України. — 1997. — № 16. — Ст. 119.

³ Бюджетний кодекс України // Відом. Верхов. Ради України. — 2001. — № 37–38. — Ст. 9.

дяться у дію окремими законами. Якщо мова йде про останній акцент, то у чинній системі оподаткування можуть бути податки й збори, запроваджені законами, указами Президента України, декретами Кабінету Міністрів України, положеннями місцевих органів самоврядування, а не тільки законами. По-третє, до податкових надходжень можна з певними обмеженнями віднести й суми донарахувань з податків, зборів, обов'язкових платежів.

Складається враження про абсолютно незалежне, неузгоджене існування бюджетного й податкового законодавства. Такого висновку можна дійти, зважаючи на те, що законодавець у редакції ст. 64 Бюджетного кодексу відніс до податків і зборів. Якщо це абсолютно логічно щодо податку на доходи фізичних осіб, плати за торговий патент, то зовсім не зрозуміло, яким чином до податкових платежів були віднесені інші. Це незрозуміло й з формального боку (їх немає у переліку статей 14, 15 Закону «Про систему оподаткування»). Обов'язкові платежі податкового характеру, охоплюючи надходження податків і зборів, за своєю природою

не мають відплатного характеру, не відіграють ролі штрафних санкцій. Саме з наведених позицій абсолютно незрозуміло, яким чином до податкових платежів віднесли адміністративні штрафи чи оплату певних дій виконавчих органів відповідних рад.

На мій погляд, подібні міркування зовсім не теоретизування або казуїстика, адже у податкових платежів, штрафів чи оплати відплатних послуг різні передумови, зміст і, взагалі, режим правового регулювання. Навряд чи хтось зможе логічно пояснити, яким чином можна намагатися формувати однакові правові режими використання податку, в основі якого лежить безумовний імперативний обов'язок, закріплений Конституцією, штрафу як санкції, що впливає з відповідного складу правопорушення, й відплатного платежу, який припускає елементи договірної, диспозитивного регулювання. Природно, таке об'єднання на рівні правозастосування призведе тільки до колізій, складностей і в остаточному підсумку перешкоджатиме реалізації функцій фінансів, формуванню публічних грошових фондів.

Опубліковано: Право України. – 2008. – № 9. – С. 57–62.

Судове право: нова галузь права чи теоретична думка?

У сучасному вітчизняному правознавстві створено передумови для формування нових поглядів вчених-юристів та суддів на зміст і форми судової діяльності, контрольні функції судової влади, застосування доктринальних підходів у здійсненні правосуддя як форми правозастосування і правотворчості, а спрямування змісту судових актів пропонується розглядати як виконання безпосередньо регулюючої функції стосовно учасників (сторін) судового процесу. В сукупності це утворює цілісне правове явище, яке позитивно сприймається науковцями, суспільством і державою. Таким чином, є можливість об'єднати погляди вчених-юристів і практиків щодо предмета нової доктрини — судового права, що становить зміст вчення про судову сферу професійної діяльності.

Чи може ця доктрина бути авторитетною, переконливою, впливовою і забезпечити регулятивний потенціал? Відповідь на це запитан-

ня не може бути простою й однозначною, тому що досягнення мети доктрини залежить від реалізації програмно-обґрунтованих політичних орієнтирів, у яких вона буде виражена. Отже, питання про судове право як предмет судової практики є дискусійним. У навчальних програмах вузів не передбачено курсу судового права, тому виникає необхідність спочатку з'ясувати сутність доктрини судового права.

Доктрина судового права споріднена із джерелами і формами права: наукою, судовою практикою, принципами, судовою політикою, а також правовими актами. Державне значення цього питання підтверджується наявністю розбіжностей, дискусій між протилежно налаштованими сторонами (політиками і державними діячами та суддівським корпусом, органами суддівського самоврядування) щодо характеру, змісту і результатів судово-правової реформи. У цьому виявляється дуже слабка теоретична база для

визначення тенденцій і закономірностей стосовно функціонування судової системи в Україні як однієї із важливих сфер існування публічної судової влади, завдання якої — здійснення справедливого правосуддя.

Ця доктрина належить до правових явищ, які можуть змінювати свій статус, розчинятися в науці чи судовій практиці.

Важливо визначити: судове право є самостійним джерелом права чи частиною галузевого законодавства (переважно процесуального)? Насамперед зазначимо, що основний компонент регулятивної особливості права — судова практика. У ній використовуються положення, які набувають характеру конкретних правил поведінки як суддів, так і учасників судового процесу.

Отже, для того щоб впевнитися у конструктивному підході до виявлення ознак і формулювання предмета судового права, необхідно з'ясувати, в якому зв'язку перебувають поняття «доктрина» і «наука». Щодо судового права власне наукові праці українських вчених: С. В. Ківалова, І. Г. Побірченка, В. В. Долежан, Б. М. Полякова, І. Є. Марочкіна, В. Д. Бринцева, Д. М. Притики, М. В. Руденка та ін. становлять науково-теоретичну основу для формування вчення про судове право. Відомий російський науковець М. Н. Марченко, узагальнивши зарубіжну і російську практику, видав ґрунтовну працю «Суддівська правотворчість і суддівське право»¹. Чи не спонукає новітня юридична думка і українських вчених ставитися

¹ Марченко М. Н. Судебное правотворчество и судебное право / М. Н. Марченко. — М., 2007. — 512 с.

до предмета судового права спочатку як до доктрини?

Відомо, що результатом юридичної наукової творчості є, насамперед, теоретичні ідеї про суд і судову діяльність. Вони впливають на праворозуміння категорії судового права, але не на розвиток законодавства про судовий устрій та організацію судової влади. Для доктрини судового права принципове значення мають її дієвість, визнання, обсяг поширення і впливу на суспільні відносини, що визначає самодостатність цього явища. Йдеться про наявність у ньому можливості самостійної реалізації поза механізмом державного примусу². Видатний теоретик права Л. Й. Петражицький зазначав, що на початку ХХ ст. думки авторитетних юристів мали важливе значення і сприймалися на рівні законів. Це підтверджують відповідні правила, наприклад, «висновки семи докторів права дорівнюють загальній думці»³. Суспільне визнання науково-теоретичних праць вчених рівними закону — незвичне за сучасних умов і рідкісне для судової практики явище. Слід звернути увагу на те, що доктрина (ґрунтовне авторитетне наукове дослідження, до якого законодавець ставиться як до суспільної цінності та надає їй у разі визнання законодавчої форми) має вищий авторитет, ніж наука.

Для судової діяльності доктрина судового права не має безпосереднього

² Див.: Бошко С. В. Влияние судебной практики на законодательство / С. В. Бошко // Государство и право. — 2004. — № 8. — С. 14.

³ Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности : в 2 т. / Л. И. Петражицкий. — СПб., 1909–1910. — Т. 2. — С. 590. — Тут і далі — переклад автора.

регулятивного впливу на відносини між суддями і керівниками судів, між судами різної юрисдикції, у системі правосуддя, між судами та органами публічної влади. Вона має важливе значення для розуміння предмета судового права, яке відрізняється від предмета правосуддя змістом, до того ж здійснення правосуддя зумовлене виключно процесуальним застосуванням норм матеріального права.

Доктрина за змістом і метою — схвалена наукою вчення, яке асоціюється із поняттям «школа правової думки (концепції)» або з авторитетним юристом. Тому наука є джерелом доктрини. Видатний російський вчений-юрист М. М. Коркунов свій погляд на доктрину і науку визначав за ступенем їх обов'язковості, наголошуючи, що «ознакою зобов'язаних засад, які вироблені наукою, може служити лише засвоєння їх судовою практикою»¹. Під час здійснення правосуддя судді звертаються до авторитетних наукових джерел (науково-практичних коментарів Конституції України, кодексів галузевого права, процесуальних законів), що формує їх суддівське уявлення у конкретних справах щодо правових явищ, правовідносин, правового статусу суб'єктів права тощо.

Характеристику змісту доктрини визначають досягнення теоретичної думки, і право юристів реалізується через узагальнення (вчення), набуваючи інтегрованої форми, в якій воно виражається як судові рішення. Так, Пленум Верховного Суду України, узагальнюючи судову практику, виходить, насамперед, із доктриналь-

них положень, що є орієнтиром для висновків, які мають рекомендаційне значення для судів. Відсутність імперативної вимоги постанов Пленуму Верховного Суду України щодо однакового правозастосування у всіх судах негативно позначається на взаємозв'язку судової практики окремих судів із рекомендаціями Верховного Суду України, оскільки Закон від 7 лютого 2002 р. № 3018-III «Про судоустрій України» звів нанівець в Україні принцип єдиного підходу всіх суддів до праворозуміння під час вирішення судових справ.

Юридична наука значною мірою впливає на судову діяльність, але не може сприйматись як вирішальна у праворозумінні через дискусійність, критично описовий характер без належних рекомендацій стосовно конкретних судових справ. Принципи та ідеї мають для судової діяльності важливе методологічне значення, тому що вони пов'язані з аналогією права, але доктрина завжди обґрунтована з позиції розвинутої новелістичної теорії, базується відповідно до волі законодавця на юридичній силі норм, які мають бути застосовані судом. Саме тому доктринальний підхід у судовій діяльності (щодо предмета судового права) повинен мати свою методологічну базу. Позитивний ефект від цього був би значним, оскільки доктрина орієнтує суддів на організацію модельної судової діяльності, форми забезпечення доступного для кожної особи правосуддя щодо безумовного дотримання правових принципів і постулатів тощо.

Таким чином, доктринальне розуміння судового права дає змогу об'єднати навколо цього предмета наукові ідеї реального і прогностичного

¹ Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права / Н. М. Коркунов. — СПб., 1904. — С.208.

характеру, що допомагатиме суддям уникати концептуальних помилок у своїй діяльності. Для прикладу звернемося до доктрини законодавчого регулювання, яке застосовують судді. Поняття «законодавство» охоплює сукупність Конституції, кодексів і законів України та законодавчий масив, який становлять укази Президента, акти Уряду і навіть локальні акти. А судді, приймаючи рішення, мають керуватися виключно законами України. Однак як бути у такому разі з актами міжнародного права, рішеннями Конституційного Суду України? Доктрина судового права має дати на це запитання конкретну відповідь, але доктринальна база судової діяльності ще дуже недосконала і слабка. Саме тому в судовій практиці такі прогалини негативно позначаються на загальному контексті правозастосування і судді змушені звертатися до судових прецедентів (аналогії правозастосування).

До доктрини судового права нині виявляють неабиякий інтерес із позицій становлення судової політики як бази формування судової психології, судової тактики і професійної ідеології щодо реалізації таких важливих принципів, як верховенство права, доступність правосуддя, справедливість судових рішень, розумний строк судочинства, розсуд суду тощо.

Якщо доктрина отримає належну оцінку, то волею законодавця стане вище законів, оскільки вимагатиме перегляду законодавчого масиву з певного питання, наприклад надання пріоритету правам і свободам людини відносно державних інтересів. Законодавець може взяти на себе право формувати основні ідеї та погляди нової державної ідеології, такі як

новелізація у застосуванні судового розгляду спорів між сторонами процесу в конкретних справах. Наприклад, Господарський суд АР Крим, вирішуючи земельний спір між господарюючим суб'єктом і державою в особі Верховної Ради України, застосував проти суспільних цінностей (заповідна природоохоронна зона Лівадійського ландшафту) принципи пріоритету права приватних підприємців. Суддя Т. через адміністративну справу в господарському спорі, яку розглядала одноособово, визнала правомірність актів щодо виділення земельної ділянки без згоди суб'єктів, які мали на цю землю охоронні приписи. Це була основа для визнання чинним договору оренди земельної ділянки на 49 років унікального природного парку, що по суті є нехтуванням конституційними принципами, ігноруванням необхідності захисту загальнонародної власності та національних інтересів із боку судді.

Чи може доктрина судового права виправити явну розбіжність у судовій практиці, впливати на кваліфікацію суддів, які опановують нову для них сферу публічно-правових відносин?

У цілому вплив правової свідомості (кваліфікації) суддів на авторитет доктрини судового права повинен поступово формуватися в державі. Усі судді орієнтуються на вчення про сутність права, яке є важливою складовою кожної доктрини. Кваліфікаційний клас суддів відображає обізнаність, насамперед із доктринальними положеннями галузевого права, проте у правозастосуванні це вдається далеко не всім суддям, а рішення і вироки апеляційних і касаційних інстанцій скасовуються у зв'язку з порушенням норм матері-

ального чи процесуального права. Так, судді Господарського суду АР Крим, мабуть, не знайомі з доктриною конституційного права, яка не допускає перегляду в судах компетенції парламенту у встановленні територіальних меж населених пунктів, визнали неправомірною навіть постанову Верховної Ради України. Отже, господарська юрисдикція не за своїм предметом спору оцінила повноваження парламенту, закріплені в Конституції України (п. 29 ст. 85).

Такі приклади засвідчують наявність прогалин у суддівській правосвідомості, що негативно позначається на однаковому застосуванні Конституції і законів України.

Слід звернути увагу і на іншу практику, коли суди використовують доктринальні положення безпосередньо як підстави для мотивації своїх рішень, зокрема, застосовуючи пріоритет прав і свобод людини або вищих соціальних інтересів держави щодо приватних потреб окремих громадян. У такому разі доктринальні ідеї з урахуванням міжнародних стандартів права є мірою правомірної поведінки, а тому отримують підтримку суспільства. Таке розуміння цих питань вказує на судову правотворчість, яка виявляється у судових рішеннях як формі доктринального права, що становить основу судового права. Це поки що поодинокі випадки. Було б корисно запровадити практику їх узагальнення Науково-консультативною радою при Верховному Суді України з метою поширення в судовій діяльності.

Для цього важливо, щоб законодавець разом із Верховним Судом України, профільними комітетами Верховної Ради України аналізував

процеси, які відображають якісне правосуддя в конкретних сферах правозастосування, і щоб була можливість виявляти і закріплювати доктринальні позиції в чинному законодавстві. Однак говорити про справжній вплив доктринальних позицій на сучасне законодавство як сталу тенденцію поки що немає підстав. Вузькогрупові інтереси під елегантною назвою «лобізм» часто підміняють правотворчість за допомогою доктрин. Тому слід враховувати феномен правового нігілізму, коли законопроекти розробляють далекі від законодавчої правотворчості юристи. Вони працюють для задоволення конкретних інтересів, що призводить до істотної шкоди інтересам суспільним, як це, зокрема, сталося із законами про державну закупівлю товарів і послуг. Саме зневажливе ставлення до доктрин наукового походження призводить до певної деформації галузевого законодавства, а тому на часі проведення науковцями ґрунтовного дослідження з теоретичною аргументацією щодо взаємозв'язку доктринальних позицій з чинним законодавством.

Слід мати на увазі конкуренцію між позиціями, які відображають складні процеси у формуванні доктрини організації судової влади. У Національній конституційній раді розробляється нова конституційна модель судової системи і судового устрою, що не заважає Голові Верховного Суду України В. В. Онопенку сприяти розробці концептуальних підходів щодо визначення судово-правової реформи, задіявши суддівський корпус. Безумовно, в цьому є об'єктивна потреба мати професійний погляд на процеси, які стосуються насамперед самих суддів — суб'єктів

судової влади. Його позиція досить зрозуміла: множинність структурно відокремлених юрисдикцій завжди становить загрозу єдності судової системи. Чи можна залишити такий підхід без наукового обґрунтування? При цьому нові тенденції щодо наближення правосуддя до людини мають спрямовувати законодавця передусім на створення ефективного для людини судового процесу. Застосування права повинно бути в судах досконалим та ефективним.

Такий підхід пояснюється тим, що повноваження, якими наділені суди, їх місце в механізмі держави має відповідати доктрині не тільки справедливої та незалежної, але й процесуально безпомилкової судової влади, яка контролює нормативну сферу діяльності публічної влади і виносить остаточні рішення щодо спірних правовідносин.

В академічному плані позиція Голови Верховного Суду України сприймається як концептуальне бачення організації судової влади, але йдеться про цілісний підхід до конституційної моделі правосуддя. До якої сфери наукового пізнання можна піднести ці погляди? Найімовірніше, до предмета судового права. Знання про судову владу насправді не становлять системи і належать до групи галузевих наук. Отже, є підстави вважати, що в широкому розумінні судове право об'єднує: усі засоби застосування суб'єктами судових інстанцій правових норм шляхом прийняття компетентним органом правосуддя конкретних рішень у зв'язку із виникненням спору, делікту чи складу злочину. У зв'язку з цим надання законодавцем третейським судам статусу суб'єкта правосуддя не зовсім

відповідає конституційному судовому устрою, а за порядком і формою розгляду справ, які виникають між юридичними особами, нагадує процедуру альтернативного вирішення спорів і компетентного погодження з позицій доказового права.

Структура судового права як предмет науки може мати такий вигляд: 1) теорія судової влади, судового устрою, судочинства; 2) теорія організації судового праворозуміння і правозастосування з елементом правотворчості. Судове право ідентифікується з теорією правового забезпечення суспільних відносин, які пов'язані зі здійсненням правосуддя. У цьому можна бачити самостійне призначення судового права як вчення про судову владу в публічно-правовій системі України. Отже, судове право нині справді претендує на місце самостійної галузі вітчизняної наукової юриспруденції.

Основне призначення судового права наука пов'язує з предметом дослідження — побудовою самостійної судової влади та процесуальною судовою діяльністю, яка відображена в організації судової практики. Але якщо розгляд судового права як науки серйозних заперечень не викликає, то необхідність відокремлення його в самостійну галузь у системі права залишається предметом дискусії. Позитивне значення для теорії і практики має комплексне вивчення загальної юридичної природи, сукупності принципів та властивостей, які виявляють природу суду як суб'єкта владних відносин. Та не можна обмежуватися формулюванням чистої «теорії судової влади». Не виключено, що наука доведе законодавцю необхідність створення комплексної галузі судового

права і в структурі чинного законодавства буде розглядатися Судовий кодекс. Спроби практичного характеру вже були зафіксовані у законопроектному масиві Верховної Ради України у 2003 р. (автори проекту Судового кодексу — народний депутат України М. Д. Катеринчук і суддя Вищого господарського суду України М. І. Хандурин). Робота у цьому напрямі проводиться, і її результати заслуговують на увагу й підтримку.

При цьому не слід бути категоричними, що для обґрунтування науки (теорії) судового права навіть немає необхідності виокремлювати однойменну галузь, якій достатньо на цьому етапі формування правової думки мати свій предмет дослідження. Підвищений інтерес до проблем судової влади пояснюється неврівноваженістю в суспільстві позиції щодо організації і функціонування судової влади. Тому не порушувати питання наукового осмислення проблем судової влади було б неправильним з огляду на визначення, активно чи пасивно має бути наукова позиція.

Методологія дослідження судового права полягатиме в доктринальному і порівняльному виявленні гносеологічних зв'язків предмета та об'єкта вивчення. Тому, як і будь-яка наукова теорія, судове право має свої функції, зокрема інформаційну, пояснювальну, прикладну, прогностичну та ін. Системна єдність наукової дисципліни визначається наявністю в ній системотворюючих чинників: самостійного об'єкта вивчення, яким охоплюються дві основні сфери суспільних відносин — устрій судового ладу й судової системи та судова діяльність, спрямована на охорону прав і свобод людини, забезпечення правосуддя у господар-

ських спорах юридичних осіб та встановлення відповідальності фізичних осіб за проступки і злочини; предметної та функціональної спільності норм конституційного і процесуального законодавства, завдяки якій реалізується узгоджене функціонування судової влади; правового механізму на конституційному і процесуальному рівнях, який забезпечує організаційну єдність судової влади. Це підтверджує її комплексний характер. Засадою науки судового права у дослідженні є прихильність соціологічної концепції судової влади, яка виходить із сутності єдиного процесуального регулювання як конституційної, так і галузевої сфер судової діяльності. Отже, на наш погляд, Академії суддів України, вузівським вченим слід більше уваги приділяти сутності судової влади, а не питанням компетенції суддів, які є її носіями.

Таким чином, доктринальне визначення предмета судового права як науки і відповідно галузі права виходить із можливостей шляхом виокремлення цим правотворенням відносин, які ним регулюються, що передбачає також виявлення їх загальних властивостей і характеристик, які зумовлюють їх інтеграцію. Судове право впроваджується у сферу публічних галузей права, оскільки відносини, які регулюються в цій сфері, не пов'язані відносинами рівноправних суб'єктів. Діяльність суб'єктів судового права не може бути вільною, адже органи правосуддя і судді діють виключно на підставі та в межах закону відповідно до наданих їм повно-

важень, а всі інші особи і органи (юридичні особи) мають неухильно виконувати законну волю суб'єктів судової влади.

Виклавши досить зрозумілі суддям, як і всім юристам, міркування, я мав на меті по можливості коротко і по суті пояснити основні ідеї, які покладаються в основу доктрини судового права. Його предмет ви-

магає спеціальних знань, але настав час окреслити для сприйняття існуючу сферу відносин, в якій судді відіграють головну роль, здійснюючи судову владу на професійній основі з високим титулом — іменем народу України.

Опубліковано: Вісн. Верхов. Суду України. – 2008. – № 6 (94). – С. 6–9.

Верховенство права і демократія: концептуальні питання взаємозв'язку

«Право» у словосполученні «верховенство права», крім низки своїх важливих формальних ознак, виявляється певним чином співвіднесеним із суспільством. Засобом цього характерного для демократії співвідношення права і суспільства є легітимація, точніше — легітимація права суспільством. Наразі в суспільній практиці існує декілька форм подібної загальнонародної легітимації права. Але чи не найбільш показовою з них є легітимація права через всенародне прийняття (або через процедури своєрідного «освячення» волею народу) фундаментальних законодавчо-правових актів, якими в сучасному світі виступають конституції. Дослідження специфіки функціонування конституцій у демократичних державах дає підстави зробити висновок про те, що Конституція виступає одночасно і Основним Законом держави й суспільства, і формою вираження права як загальносуспільного уявлення про справедливе¹. У резуль-

таті чого нормативно-юридично оформлене в конституції право отримує свою легітимацію з боку суспільства. У цьому контексті важливим є з'ясування значення подібного способу легітимації юридично формалізованого в конституції права для визначення феномену демократії й демократичного правління.

Для аргументації цієї позиції варто нагадати традиційне розуміння «демократії». Одним із найвідоміших визначень демократії є дефініція, що належить А. Лінкольну, який у своєму славнозвісному Геттизберзькому зверненні 19 листопада 1863 року визначив демократію як таку систему правління, за якої «люди правлять в ім'я людей та заради людей» («government of the people, by the people, for the people»)². Не менш показовою є й характеристика демократії лорда Актона, який писав: «Істинний демократичний принцип, згідно з яким ніхто не повинен мати владу над народом, має те значення, що ніхто не повинен

¹ Докладніше див.: Скрипнюк О. В. Конституція України та її функції: проблеми теорії та практики реалізації / О. В. Скрипнюк. — К., 2005. — С. 48–64.

² Майроф Б. Лики демократии / Б. Майроф. — М., 2000. — С. 123–127.

бути в змозі обмежувати владу народу чи ухилятися від неї. Істинний демократичний принцип, згідно з яким народ не можна примушувати робити те, що йому не подобається, має те значення, що від народу не можна вимагати, аби він мирився з тим, що йому не подобається. Істинний демократичний принцип, згідно з яким воля кожної особи має бути якомога більш вільною, має те значення, що вільна воля всього народу нічим не може бути обмежена»¹. Сьогодні ця «лінкольнівська» й «актонівська» ідея «правління народу» відбита практично у всіх без винятку доктринальних тлумаченнях демократії, незважаючи на всі відмінності між ними. Для прикладу наведемо лише декілька з них. Так, у визначенні О. Скакун демократія — це «політична організація влади народу, при якій забезпечуються: рівна участь всіх і кожного в управлінні державними й суспільними справами; виборність основних органів держави і законність у функціонуванні всіх суб'єктів політичної системи суспільства; забезпечення прав і свобод людини та меншості відповідно до міжнародних стандартів»². Подібно до наведеної дефініції О. Скакун демократія часто тлумачиться як «форма правління в державі, яка характеризується визнанням єдиним джерелом влади народу, рівноправністю громадян, домінуванням більшості при визнанні цінності інтересів

та думок меншості, виборністю основних органів держави, дотриманням прав і свобод людини»³ або ж як політичний режим, якому властиві визнання народу джерелом влади і сувереном у державі, рівноправність громадян, підлеглість меншості більшості під час прийняття рішень, повага до прав та інтересів меншості, виборність ключових органів держави⁴. Для відомого сучасного дослідника Р. А. Далья демократія — це реально встановлений тип врядування, який передбачає ефективну участь всіх громадян, розуміння, засноване на поінформованості, наявність контролю та включеність у життя суспільства (inclusion)⁵.

Отже, як бачимо, у всіх без винятку визначеннях демократії (за бажанням їх можна наводити й далі, але в цьому, судячи з усього, немає нагальної потреби) присутнє посилення на те, що ця форма врядування має у своїй основі процес легітимації держави і державної влади народом. Більше того, сама держава за умов демократії, як зазначалося вище, перетворюється на інструмент забезпечення суспільної волі та суспільних потреб. Свого часу цю тезу чудово висловив М. Рейснер, який писав, що в демократичній державі не лише влада існує для народу, а й «сам народ стає державою, народне благо здійснюється не тільки для народу, а й через народ, сам народ

¹ Цит. за: Хайек Ф. Индивидуализм истинный и ложный / Ф. Хайек // О свободе. Антология мировой либеральной мысли (I половина XX века). — М., 2000. — С. 408.

² Скакун О. Ф. Теория государства и права / О. Ф. Скакун. — Харьков, 2000. — С. 161.

³ Политология : крат. слов. — Ростов н/Д, 2001. — С. 75.

⁴ Политология / М. І. Панов, Л. М. Герасіна, В. С. Журавський та ін. — К., 2005. — С. 124.

⁵ Даль Р. А. О демократии / Р. А. Даль. — М., 2000. — С. 42, 47.

стає владою»¹. У цьому розумінні фундаментом демократії виступає народовладдя, яке тлумачиться як належність усієї суспільної влади, у тому числі державної, народові, вільне здійснення народом цієї влади відповідно до його суверенної волі в інтересах як всього суспільства, так і кожної людини². Тому, як справедливо вказує В. Погорілко, головною передумовою утвердження демократії є народовладдя, наявність конституційно-правової основи демократичної держави і демократичного суспільства³.

По суті, зазначена влада народу реалізується завдяки специфічній системі правових норм, яка встановлює основні принципи, цінності та правила реалізації влади, визначає ті органи, що наділяються владними повноваженнями, окреслюють цілі процесів суспільного й державного розвитку. Основою зазначеної системи правових норм у сучасному світі виступають конституції, які проголошуються від імені народу і як реалізація народної волі. Тут доречно згадати перші рядки преамбули Конституції України, де сказано: «Верховна Рада України від імені Українського народу — громадян усіх національностей, виражаючи суверенну волю народу... прий-

має цю Конституцію — Основний Закон України». Подібні положення можна знайти в конституціях інших держав. Так, у преамбулі до Конституції Вірменії вказується: «Вірменський народ, приймаючи за основу фундаментальні принципи вірменської державності та загальнонаціональні цілі... приймає Конституцію Республіки Вірменія». Конституція Болгарії починається словами: «Ми, народні представники Сьомого Великого народного зібрання, намагаючись виразити волю болгарського народу... проголошуємо рішучість створити демократичну, правову і соціальну державу, для чого приймаємо цю Конституцію». В Основному Законі ФРН зазначено: «Усвідомлюючи свою відповідальність перед Богом і людьми, натхнений бажанням служити справі миру у всьому світі як рівноправний союзник в об'єднаній Європі, германський народ прийняв в силу своєї конститутивної влади цей Основний Закон». У Конституції Іспанії зазначається: «Іспанська нація, бажаючи сприяти справедливості, свободі і безпеці, а також забезпечити добробут усіх, хто її утворює, користуючись своїм суверенним правом, проголошує про своє прагнення гарантувати спільне демократичне існування згідно з Конституцією і законами... Відповідно до цього Кортесами ухвалена, а іспанським народом утверджена ця Конституція».

До речі, у контексті дослідження зв'язку народовладдя і Конституції як Основного Закону, який легітимований народною волею і є реальним втіленням народного суверенітету, варто згадати Рішення Кон-

¹ Рейснер М. А. Основные черты представительства / М. А. Рейснер // Конституционное государство : сб. ст. — СПб., 1905. — С. 122.

² Конституційне право України / за ред. В. Ф. Погорілка. — К., 2002. — С. 286.

³ Погорілко В. Ф. Конституційні основи українського державотворення і розвиток безпосереднього народовладдя в Україні / В. Ф. Погорілко // Вісн. Акад. прав. наук України. — 2005. — № 3 (42). — С. 54.

ституційного Суду України у справі за конституційним поданням 60 народних депутатів України про офіційне тлумачення положень частини першої статті 103 Конституції України в контексті положень її статей 5, 156 та за конституційним зверненням громадян Галайчука В. С., Подгорної В. В., Кислої Т. В. про офіційне тлумачення положень частин другої, третьої, четвертої статті 5 Конституції України (справа про здійснення влади народом) від 5 жовтня 2005 року, де зазначалось, що чинна Конституція України прийнята Верховною Радою України від імені Українського народу — громадян України всіх національностей (преамбула Конституції України)¹. Тобто при прийнятті 28 червня 1996 року Конституції України суверенна воля народу була опосередкована Верховною Радою України. Разом з тим із нормативно-правового змісту положень частин другої, третьої статті 5 Основного Закону України, за якими народ є носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні та народіві належить право визначати і змінювати конституційний лад в Україні, впливає, що народ має право приймати нову Конституцію України.

¹ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 60 народних депутатів України про офіційне тлумачення положень частини першої статті 103 Конституції України в контексті положень її статей 5, 156 та за конституційним зверненням громадян Галайчука В. С., Подгорної В. В., Кислої Т. В. про офіційне тлумачення положень частин другої, третьої, четвертої статті 5 Конституції України (справа про здійснення влади народом) від 5.10.2005 р. // Офіц. вісн. України. — 2005. — № 41. — Ст. 2605.

Таким чином, виходячи вже із самого змісту процедури легітимації правових норм, які згодом формують основу конституційного ладу і конституціоналізму в цілому, можна твердити про існування безпосереднього зв'язку між вимогою легітимного характеру права (як зазначалось вище, ця вимога становить невід'ємну частину змісту принципу верховенства права) і становленням демократії. Однак, чи є цей зв'язок між правом і демократією випадковим, і чи можливо розбудувати таку систему демократичного врядування, яка б не спиралась на принцип верховенства права? Вище нами було аргументовано лише те, що верховенство права передбачає формування демократичного політичного режиму. Тож чи є справедливою формула зворотного зв'язку і чи можемо ми з поняття демократії вивести принцип верховенства права?

Складність відповіді на це запитання зумовлюється полісемантичністю самого поняття «демократія». Вище ми вже наводили декілька визначень демократії. Але, доклавши мінімум зусиль, майже будь-хто зможе легко знайти десятки інших дефініцій. Тому, відповідаючи на сформульоване нами запитання, варто акцентувати увагу не стільки на конкретних визначеннях (адже тоді ми стикатимемося з необхідністю критичного висвітлення чималої кількості теорій, авторство яких належить авторитетним вітчизняним і зарубіжним фахівцям і потребує такого ж змістовного і фахового аналізу), скільки на тих універсальних властивостях, якими наділяється демократія.

Одним із найбільш поширених способів аналізу демократії є те, що можна описати поняттям «процесуальна матриця», коли сама демократія характеризується не стільки як певний результат суспільного і державного розвитку, скільки як процес. У цьому плані, розуміючи під демократичним процесом «сукупність дій соціальних акторів у політичній та соціальній сферах, спрямовану на здобуття чи втримання влади та втілення курсу демократичної політики»¹, ми кажемо насамперед про такі явища, як виявлення й задоволення потреб та інтересів, урегулювання конфліктів, подолання криз, реформування тих чи інших суспільних відносин, здійснення державної політики та контроль з боку громадян за виконанням державою (а також якістю цього виконання) властивих їй функцій. Більше того, реальний демократичний процес завжди описується як поєднання двох базових функцій: а) реалізація влади; б) обмеження влади. До речі, саме в цьому, як нам видається, відбивається вся специфіка демократії, оскільки будь-яка інша держава (така, що не є демократичною) завжди діє за принципом експансії, оскільки її метою є сама влада. Демократія ж є єдиною формою здійснення влади, яка несе обмежувальний принцип. Інакше кажучи, навіть якщо за наявності всіх зовнішніх атрибутів демократії ми пересвідчуємося в тому, що ця влада не заснована на принципі самообмеження, вона у жодному разі не повинна вважатися демократичною. Разом з тим витлумачена в процесу-

¹ Основи демократії / за заг. ред. А. Колодія. – К., 2002. – С. 30.

альний спосіб демократія постає перед нами у формі послідовної зміни станів, у яких своєї реалізації набувають цінності свободи, рівності, солідарності, конституціоналізму, відповідальності, прав людини, людської гідності тощо. Тому, згадуючи поняття «процес» (від латинського «processus», що означає проходження, просування), можна сказати, що демократія тлумачиться як просування в напрямі втілення демократичного ідеалу, який постає як синтез трьох основоположних ідей: а) гарантування прав і свобод людини; б) залучення якомога більшої кількості людей до участі у державному управлінні та вирішенні спільних проблем; в) забезпечення процедури мирної передачі влади, приходу до влади нових політичних еліт, ефективного врядування.

Очевидно, що подібне «процесуальне тлумачення» демократії (засноване на застосуванні того чи іншого типу «процесуальної матриці») від самого початку передбачає апеляцію до принципу верховенства права. Це пояснюється тим, що будь-який процес (у тому числі й демократичний, а також будь-які процеси демократичного розвитку) пов'язаний із реалізацією влади. Тому базові властивості демократичного врядування стосуються насамперед того, яким чином суспільство та окремі індивіди вступають у відносини з владою. Цікавий перелік таких властивостей пропонує К. Стром. Посилаючись на дослідження С. Ліпсета, він зазначає, що система демократичного врядування стає можливою лише у разі, якщо забезпечуються три вимоги: а) осмис-

лена та широка змагальність серед індивідів та їх груп (насамперед політичних партій) за можливість впливати на прийняття державних рішень; б) високий рівень впливу тих, хто бере участь у політичному житті на вибір політиків (і відповідно — на вибір того політичного курсу, який представляють ці політики); в) належний рівень забезпеченості політичних та громадянських свобод¹. Отже, йдеться про те, що демократичне врядування постає як синтез змагальності та участі (такого погляду дотримуються також Ф. Шміттер, А. Пшеворський, Г. О'Доннелл, Л. Даймонд) за умови, якщо ці два процеси тривають у рамках чітко встановлених правил, які не можуть порушуватись ані державою, ані індивідами чи їх групами. Тобто вже в самому понятті демократичного процесу міститься імпліцитна ідея його нормативної урегульованості, оскільки всі вимоги до демократичного процесу (дотримання прав і свобод людини і громадянина, політична участь і мирні способи ротації політичних еліт) передбачають наявність правової основи, яка дозволяє визначити права і свободи людини і громадянина, закріпити механізми політичної участі й забезпечити процедури мирної передачі влади. Водночас зазначена правова основа повинна встановлювати норми, які є рівною мірою значущими для всіх учасників демократичного процесу, незалежно від того, чи вони представляють державу, чи громадянське суспільство. А це, по суті, є не

¹ Reexamining Democracy / ed. by G. Marks, L. Diamond. — Newbury Park : Sage Publications, 1992. — P. 42.

що інше, як одне із визначень принципу верховенства права.

Отже, кажучи про «процесуальну матрицю» у тлумаченні демократії, ми практично завжди можемо пересвідчитися в тому, що будь-який демократичний процес передбачає певний рівень правової врегульованості, оскільки виникнення феномену правового вакууму з необхідністю призводить до охлократичного хаосу (який не має нічого спільного з демократією) або до трансформації демократії на один із різновидів авторитарного політичного режиму (це може бути так званий «м'який авторитаризм» чи його крайній вияв, який межує з тоталітаризмом). Причому «демократизм» цього процесу підтверджується передусім наявністю універсальних, єдиних для всіх та загальнообов'язкових правових норм або, інакше кажучи, — принципом верховенства права.

Утім, як відомо, крім процесуального способу тлумачення демократії не менш широко застосованим є й інший підхід. За аналогією з «процесуальною матрицею» його можна описати як «інституційну матрицю». Її сенс полягає у виділенні ряду базових інститутів (ці інститути мають як політичний, так і правовий характер²), що визначають демократію

² Хоча, на думку ряду дослідників, в процесі аналізу становлення і розвитку демократії необхідно приділяти увагу не лише політико-правовим інститутам і процесам, але й тому, як функціонує економіка країни, як і на яких принципах вона організована. У цьому сенсі варто згадати змістовну працю А. Пшеворського «Демократія та ринок» (Пшеворский А. Демократия и рынок. Политические и экономические реформы в Восточной Европе и Латинской Америке / А. Пшеворский. — М., 2000).

як специфічний порядок організації держави і суспільства. Тому з огляду на сформульовану нами проблему слід з'ясувати, чи є принцип верховенства права таким же необхідним з точки зору інституційних інтерпретацій демократії, як це було щойно продемонстровано на прикладі процесуального способу тлумачення сутності феномену демократії і демократичного врядування.

На перший погляд відповідь на це питання становить значно більше труднощів, оскільки перелік тих інститутів, які є необхідними для демократії, може бути предметом змістовних науково-правових дискусій. Але насправді, на наше переконання, є всі підстави для того, щоб виділити певний «інституційний мінімум», який уможлиблює вживання поняття «демократія» стосовно того чи іншого політичного режиму. Як свідчить історичний досвід, демократія як одна з форм політичної практики здійснюється завдяки таким інститутам, як загальне виборче право, представництво, правління більшості тощо. Усі ці інститути є тісно взаємопов'язаними і взаємозалежними. Тому, якщо спробувати виділити певну інституційну основу демократії, то її становлять передусім ті політико-правові інститути (цікаве визначення політико-правових інститутів пропонує М. Панов, на думку якого, це поняття слід визначати як «один із видів соціальних інститутів», що є «виокремленою організаційно-функціональною структурою в системі державного регулювання, яка діє на підставах легальності та публічності за участю спеціальних професійних груп держав-

них службовців»¹), що покликані сприяти забезпеченню політичної участі, завдяки якій громадяни мають змогу обирати для себе такі дві важливі речі, як: а) загальний напрям суспільного розвитку; б) тих, хто здійснюватиме політичне управління (тобто ту чи іншу політичну еліту, партію тощо). У цьому плані демократична ідея є не що інше, як вимога участі в процесі управління всіх тих (зараз ми не беремо до уваги конкретні форми цієї участі), на кого це управління (влада) поширюється. Інакше кажучи, саме застосування поняття демократії передбачає переконання в тому, що всі можливі зміни чи модифікації на рівні інституційної структури, які відрізняють одну модель демократії від іншої, спрямовані тільки на забезпечення ролі громадян у процесі формування і здійснення державної влади.

Зрозуміло, що ця участь може реалізовуватись завдяки різним механізмам (пряма участь, представництво інтересів, делегування інтересів тощо). Більше того, самі демократичні процедури у різних країнах можуть суттєво різнитися. Наприклад, наголошуючи на тому, що демократія — це завжди вільний вибір, ми визнаємо, що сама процедура проведення виборів може набувати найрізноманітніших форм. Причому виборча система як така (у даному випадку під «виборчою системою» мається на увазі встановлений законом чи іншим нормативно-правовим актом спосіб визначення

¹ Політико-правові інститути сучасності: Структура, функції, ефективність / за заг. ред. М. І. Панова, Л. М. Герасіної. — К., 2005. — С. 11.

результатів голосування та порядок розподілу мандатів між партіями і кандидатами) не є певною єдиною та універсальною моделлю для всіх демократій, оскільки на сьогоднішній день існують принаймні такі три поширені види виборчих систем, як мажоритарні, пропорційні та змішані, і ми не можемо однозначно вказати, що якась одна з перелічених виборчих систем є більш демократичною, ніж інші. Те саме стосується й принципів, які кладуться в основу функціонування тих чи інших невід'ємних для демократії інститутів. Так, скажімо, у випадку інституту виборів ми зазначаємо, що для демократичних політичних систем це можуть бути як прямі, так і непрямі вибори. Чи, як ми спостерігаємо у значній кількості випадків, різні органи державної влади можуть формуватись із застосуванням різних процедур, коли одні утворюються шляхом прямих виборів, а інші — непрямих. Але, як би там не було, попри всі відмінності на рівні процедур, для всіх демократій загальна інституційна структура забезпечення політичної участі становить ту основу, яка дозволяє висновувати про феномен демократичного правління й демократичного політичного режиму.

Таким чином, зважаючи на об'єктивне існування певної універсальної і одночасно — фундаментальної інституційної основи демократії, варто замислитися не лише над змістом цих загальнозначущих інститутів демократії, але й над формою їх існування. Фактично такою формою в усіх без винятку сучасних демократичних державах є правова

форма. Тобто забезпечення нормального функціонування і розвитку того чи іншого демократичного інституту практично завжди (за винятком такого феномену, як «вкорінені в структурі політичної свідомості демократичні традиції») пов'язано з тим, яким чином його закріплено на правовому рівні, чи гарантовано функціонування цього інституту діючою системою законодавства. Як приклад можна навести такий невід'ємний від демократичного врядування інститут, як вибори. Відомо, що чимала кількість проблем, які виникають у зв'язку із належним функціонуванням цього інституту, а отже, і з реалізацією конституційного права громадян обирати і бути обраними, пов'язані саме з невідповідностями на рівні його правової регламентації. Підтвердженням цього можуть виступити парламентські вибори в Україні 2007 року, коли внаслідок непередуманих змін до закону про вибори народних депутатів, за різними оцінками фахівців, не змогло проголосувати від одного до півтора мільйона виборців. Те саме стосується й інших демократичних інститутів, успішність та ефективність функціонування яких напряму залежить від таких двох факторів, як: а) наскільки чітко ці інститути закріплені на рівні діючого права; б) наскільки саме право визначає розвиток держави і суспільства. Останнє зауваження безпосередньо належить до досліджуваного нами принципу верховенства права, оскільки навіть факт формального існування відповідної кількості правових норм ще не є запорукою нормального розвитку демократії, якщо ці пра-

вові норми не дотримуються, якщо держава (чи навіть конкретні політичні сили, які мають можливість використовувати державну владу у своїх вузькокорпоративних чи кланових інтересах) може на власний розсуд коригувати ці правові норми, не беручи до уваги вимоги Конституції, або ж інтерпретувати їх так, як того вимагає політична доцільність. Справді, якщо функціонування всіх без винятку інститутів демократії (передусім мова йде про основні інститути демократії) залежить не від права, а від держави, то тоді суттєво трансформується й зміст демократії, оскільки в такому разі замість реальної демократії ми отримуємо «керовану демократію», таку демократію, в якій держава відділена від народу, в якій держава, а не народ, вирішує, що можна робити, а що — ні, в якій псевдомесіанські марення політиків здатні затьмарити волю народу. Унаслідок чого побудова (навмисна або ненавмисна) такої специфічної «демократії», в якій принцип верховенства права замінено принципом верховенства держави, обертається не чим іншим, як нищенням демократичної ідеї, вихолощенням її змісту, спотворенням демократичних інститутів і зрештою — її перетворенням на одну з форм авторитаризму¹.

Тому, досліджуючи специфіку взаємозв'язку принципу верховенства права і демократії, можна твердити, що ці два поняття пов'язані

¹ Докладніше див.: Эндрейн Ч. Ф. Сравнительный анализ политических систем. Эффективность осуществления политического курса и социальные преобразования / Ч. Ф. Эндрейн. — М., 2000. — С. 139–230.

в такий спосіб, що одне з них передбачає існування та забезпечення іншого. У цьому сенсі видається цілком обґрунтованим, що Національна комісія, утворена відповідно до Указу Президента України від 5 липня 2005 року, має назву «Національна комісія із зміцнення демократії та утвердження верховенства права»². Нагадаємо, що ця Комісія є постійно діючим консультативно-дорадчим органом при Президентові України, утвореним з метою сприяння досягненню Україною відповідності Копенгагенським критеріям 1993 року щодо набуття членства в Європейському Союзі в частині забезпечення стабільності та ефективності функціонування відповідних інститутів, які гарантують демократію, верховенство права, додержання прав людини і захист меншин, виконання відповідних положень Плану дій «Україна — Європейський Союз». А її основними завданнями є: а) підготовка пропозицій щодо досягнення Україною відповідності політичній складовій Копенгагенських критеріїв та виконання відповідних положень Плану дій «Україна — Європейський Союз»; б) проведення моніторингу ефективності реалізації нормативно-правових актів стосовно відповідності вимогам політичної складової Копенгагенських критеріїв і відповідних положень Плану дій «Україна — Європейський Союз» та підготовка проектів відповідних законодавчих, інших нормативно-правових актів; в) підготовка довід-

² Про Національну комісію із зміцнення демократії та утвердження верховенства права: Указ Президента України від 05.07.2005 р. // Офіц. вісн. України. — 2005. — № 27. — Ст. 1543.

кових матеріалів, що стосуються питань відповідності вимогам політичної складової Копенгагенських критеріїв, виконання відповідних положень Плану дій «Україна — Європейський Союз», вжиття заходів щодо висвітлення цієї роботи в засобах масової інформації; г) підготовка пропозицій щодо розвитку законодавства з питань судоустрою, судочинства, статусу суддів, реалізації конституційного принципу захисту судом прав і свобод людини і громадянина. Тобто вже в самій назві цієї Комісії ми бачимо взаємополучення таких двох понять, як «демократія» і «верховенство права».

Таким чином, взаємозумовленість процесів утвердження демократії в Україні та забезпечення принципу верховенства права пояснюється тим, що принцип верховенства права може бути забезпечений і реалізований лише в умовах демократії, тоді як сама демократія стає реальністю (а не псевдо-

реальністю, як це часто трапляється в Україні) лише за умов гарантування й дотримання принципу верховенства права. Причому цей зв'язок може бути обґрунтований як з позицій політико-правової теорії, так і завдяки зверненню до аналізу цієї ж політико-правової практики. Саме від усвідомлення специфіки цього нерозривного зв'язку демократії з верховенством права залежить майбутня перспектива не лише суто конституційного, але й загальносуспільного розвитку України, перспектива формування сучасної насправді демократичної системи управління, в основі якої лежить не тільки ефективна побудова системи державної влади, але й утворення стійкої системи взаємозв'язків між державою і громадянським суспільством.

Опубліковано: Вісн. Акад. прав. наук України. — 2008. — № 2 (53). — С. 13–23.

Правова культура управлінських кадрів: проблеми і рішення

Специфіка правової культури полягає в тому, що її рівень і стан значною мірою залежать від функціонування державної влади, адже державі притаманна головна роль у формуванні високого рівня правової культури. Держава через створені інституції виконує законодавчі (нормотворчі), правозахисні і правохоронні функції, а тому підвищення рівня культури державних структур — це не лише прийняття конституційних, ефективних законів та інших нормативно-правових актів, а й їх реалізація відповідно до визначених механізмів із дотриманням вимог Конституції щодо захисту прав і свобод людини і громадянина.

Правова культура — це система і результат найскладніших соціально-правових відносин між державою і суспільством¹. Відповідно низька

¹ Див.: Рогова Т. А. Правовая культура на пути к правовому государству / Т. А. Рогова, А. А. Напреенко // Государство и право: вопросы методологии, теории и практики функционирования / под ред. А. А. Напреенко. — Самара, 2001. — С. 56.

правова культура, що визначає мотивацію, інтереси, поведінку суб'єктів влади, веде до втрати довіри громадян до влади. О. І. Цибулівська зазначає: «Очевидно, що держава, яка не користується авторитетом у народу, не вправі розраховувати на високий рівень правової культури у свого народу»². На жаль, практика державотворення та державної діяльності України показує, що держава і суспільство не мають необхідного рівня не лише правової, а й загальної культури, який би відповідав сучасним вимогам. Тому на сьогодні актуальним завданням є підвищення рівня загальної і правової культури державних інституцій, державних закладів, організацій, державних службовців, особа з її запитамі і устремліннями стає центральною фігурою у структурі держави і суспільства, а держава зобов'язана охороняти її права. Конституційні положення, спрямовані на забезпечення

² Мораль. Право. Власть / под ред. М. И. Магузова. — Саратов: Поволж. акад. гос. службы им. П. А. Столыпина, 2004. — С. 38.

верховенства права і законності, правопорядку в суспільстві, створюють базу для реального здійснення юридичних гарантій прав особистості.

Засвоєння основних принципів права, нерозривного зв'язку між правом і мораллю, розуміння функцій, принципів, моральних вимог законодавства є свідченням правової культури людини лише в тому випадку, коли її знання переходять у переконання і знаходять прояв у практичних діях.

При цьому слід пам'ятати, що правова культура формується у процесі здійснення суб'єктами владної діяльності своїх посадових повноважень і включає такі елементи: 1) знання правових норм, рівень правового мислення, професійної підготовки; 2) широкий світогляд політичного й економічного бачення реальності, визначальний рівень загальної правової культури; 3) професійно-етичні якості чиновника, професійну бездоганність, службову дисциплінованість, добросовісність, чесність¹.

Правова культура невідривна від правосвідомості, але професійна діяльність не може розглядатися як локальна, замкнута і самодостатня характеристика особистості. Тому загальна і правова культура державного службовця реалізується в продуктах матеріальної і духовної праці, системі соціальних норм і інститутів, вона є якісною характеристикою розвитку людини, її духовного світу у взаємодії з навколишнім со-

¹ Див.: Баранов П. П. Аксиология юридической деятельности : учеб. пособие / П. П. Баранов, А. П. Окусов. – Ростов н/Д, 2003. – С. 73.

ціальним середовищем (з навколишнім світом і самим собою). Деформація правосвідомості особи здатна завдати шкоди правовому регулюванню суспільних відносин, призвести до порушення прав і свобод людини, що підриває віру в правові і демократичні інститути держави.

Виконавча влада, на думку науковців, найбільш схильна до негативних тенденцій. Виконавча влада, зазначає З. М. Черниловський, за своєю природою прагне незалежності та безконтрольності. Цьому сприяють такі чинники, як можливість спиратися на бюрократичний апарат, розпоряджатися знаряддями примусу, володіти інформацією, пов'язаною із безкарністю за її приховання чи перекручення тощо².

Виконавча влада — найбільша за чисельністю складова всього державного апарату, тому її устремління до лідируючих позицій відносно законодавчої і судової влади є зрозумілим. Вона хоче звільнитися від жорсткого контролю і водночас поставити інші гілки влади в залежність від себе через фінансові важелі та значні повноваження. Виконавча влада — це велика творча, а в ряді випадків і руйнівна сила, яка може змінювати реальну дійсність як на краще, так і на гірше, пише Д. М. Бахрах³. У цьому зв'язку держава та суспільство мають застосовувати всі можливості по забезпеченню належного правового регулювання всіх сфер діяльності дер-

² Черниловский З. М. Правовое государство: исторический опыт / З. М. Черниловский // Сов. государство и право. – 1989. – № 4. – С. 56.

³ Бахрах Д. Н. Административная власть как вид государственной власти / Д. Н. Бахрах // Государство и право. – 1992. – № 3. – С. 17.

жавних органів, що відповідає вимогам верховенства права та законності функціонування виконавчої гілки влади, всієї системи державного управління.

Підвищення правової культури, правосвідомості, забезпечення належної поведінки державних службовців у стосунках з фізичними та юридичними особами безпосередньо пов'язуються з гарантіями щодо конституційних прав і свобод громадян, вимагають знань законодавства та точного і безумовного його виконання. Показником правосвідомості державних службовців, які досить часто у своїй діяльності застосовують правові норми, особистий розсуд, є те, як вони їх використовують, яку мають правову підготовку.

Правову культуру управлінських кадрів слід розглядати у поєднанні з правовою культурою громадян, соціальних груп, усього суспільства, рівнем правового виховання, яке має поєднуватися з моральним. Вона є частиною культури суспільства, яка створювалася поступовим, спадкоємним суспільним розвитком, працею змінюючих одне одного поколінь, їх діяльністю і досвідом. Культура суспільства — це система загальнолюдських духовно-моральних здібностей, що історично склалися, відповідно до яких формується спосіб життя і здійснюється соціальна регуляція відносин між людьми¹.

Правове і моральне виховання є частиною духовного формування особи, без якого не можна говорити про становлення України як правової, демократичної, соціальної держави.

¹ Право и культура. — М. : Изд-во Рос. ун-та дружбы народов, 2002. — С. 385.

У правовій культурі громадян відображається якість правового життя суспільства, рівень правових цінностей. Правова культура соціуму залежить передусім від рівня правосвідомості населення, від того, наскільки глибоко опановані ним такі правові феномени, як цінність прав і свобод особи, поділ влади, верховенство права, політичний та ідеологічний плюралізм, суверенітет народу, інші цінності світового конституціоналізму, які визначають демократичний вектор розвитку України як суверенної і правової держави².

Державні службовці — це ті ж громадяни України. Річ лише у тім, що на відміну від громадян вони застосовують чинне законодавство щодо інших громадян, представляють державну (публічну) владу.

Діяльність державних службовців базується на загальних моральних і правових принципах справедливості, гуманізму, законності, гласності, неупередженості, незалежності, добросовісності та ін. Ці принципи об'єднують моральні норми поведінки у відповідній сфері суспільного життя чи діяльності і є загальними для всього суспільства, кожного громадянина. Особливо важливим є їх дотримання державними службовцями, які виконують свої обов'язки та реалізують права від імені держави, органу, який вони представляють, через їх дії та рішення вирішуються потреби (запити) інших людей.

Розвинуте почуття відповідальності за доручену справу, усвідомлення обов'язку за свої рішення

² Див.: Тодыка Ю. Н. Конституционные основы формирования правовой культуры / Ю. Н. Тодыка. — Харьков : Райдер, 2001. — С. 5.

є важливою частиною загальної та професійної культури державних службовців. Разом із тим поведінка державних службовців і поза межами службової діяльності має свідчити про їх високу особисту культуру, яка включає високий рівень знань і професіоналізму, особисті переконання, навички і вміння, здібності, здатність до самовиховання і самовдосконалення, світогляд, правову культуру, коли інтелектуальний рівень пов'язується з високорозвиненою моральною й естетичною культурою. Йдеться про професійну компетентність спеціаліста на теоретичному і практичному рівнях¹.

Невід'ємним елементом загальної культури державних службовців є професійна культура, яка проявляється в системних знаннях та вмінні їх поповнювати, компетентності, високій культурі спілкування, дотриманні правил етикету, критичному ставленні до себе, своєї поведінки, адекватної оцінки як своїх дій і вчинків, так і інших людей. В. О. Лозовий та О. В. Петришин зазначають, що головним критерієм оцінки рівня моральної культури є реальна поведінка людини, її моральні ідеали, ставлення до інших людей, колективу, суспільства, міра гуманності, яку особистість виявляє в соціальній діяльності і яка виражає

¹ Див.: Зеленецький В. С. Компетентність спеціаліста (о теоретической компетентности практиков и практической компетентности теоретиков) / В. С. Зеленецький // *Весы Фемиды*. – 2000. – № 4 (16). – С. 48–57; Неумивайченко Н. Правила поведінки державних службовців: практичні питання / Н. Неумивайченко // *Право України*. – 2001. – № 2. – С. 80–83.

ступінь її духовно-моральної свободи в конкретних умовах суспільної, моральної необхідності².

Етичні вимоги до державних службовців становлять сутність моральних аспектів діяльності і моральних відносин між людьми. Вони є загальними для всього суспільства. Для їх утвердження існують правові принципи, право, яким вони закріплюються, захищаються та гарантуються. Правова система забезпечує стабільний розвиток суспільства, через закони та інші нормативно-правові акти закріплює рівні вимоги до соціальних суб'єктів, принципи верховенства права, законності, справедливості. Вони є одними з основних у діяльності державних службовців, оскільки забезпечення прав і свобод людини, запобігання порушенням її інтересів є головним їх завданням як носіїв державно-владних повноважень.

Правова культура державного службовця — це ті моральні й правові (юридичні) вимоги, які ставляться до особи, що претендує на посаду державного службовця, та до державного службовця у процесі виконання ним завдань і функцій держави, її органів. Визначення та закріплення в чинному законодавстві основних вимог до поведінки службовців має важливе значення для підвищення авторитету державної служби, зміцнення репутації державного службовця, підтримання його честі й гідності, посилення вимог до його діяльності³.

² Лозовий В. О. Професійна етика юриста / В. О. Лозовий, О. В. Петришин. – Х. : Право, 2004. – С. 306.

³ Див.: Битяк Ю. П. Моральні та правові вимоги до поведінки державних службовців / Ю. П. Битяк // *Державне будівництво та місцеве самоврядування* : зб. наук. пр. – Х. : Право, 2004. – Вип. 8. – С. 26–37.

Конкретні вимоги до державних службовців залежать від органу, в якому здійснюється служба, характеру виконуваної роботи. Але безумовним є те, що низка вимог до державних службовців та їх поведінки мають загальний характер, стосуються всіх осіб, які перебувають на державній службі. Серед таких, на нашу думку, можна назвати: відданість народу України; пріоритет інтересів держави, прав і свобод людини і громадянина перед особистими або корпоративними; професіоналізм, досвід та навички, необхідні для успішного виконання службових завдань і функцій; вміння на практиці застосовувати досягнення сучасної науки управління; добросовісність, ввічливість, коректність, шанобливе ставлення до громадян, підлеглих і керівників; висока загальна, правова культура та культура спілкування; високі моральні якості; знання справи, адміністративні (управлінські) здібності; вміння оцінювати працю інших працівників, заохочувати, привертати до себе людей своїми знаннями і поведінкою; уникати дій, які можуть свідчити про прихильність до окремих осіб, утримуватись від політичної діяльності у формі політичних заяв і акцій, висловлення ставлення до певних політичних партій або рухів; уникати створення конфліктних ситуацій, а в разі виникнення негайно їх усувати; вміння налагодити належний контроль за роботою підлеглих та ін.

Важливе значення для державного службовця мають питання особистої правової та моральної відповідальності, вміння створити нор-

мальний психологічний клімат у колективі, культура мови, діловодства тощо.

Останнім часом держава та суспільство опинилися перед проблемами, пов'язаними з корупцією та корупційними діяннями серед державних службовців. Державний службовець повинен уникати будь-яких дій, що можуть сприйматися як підстава для підозри його у корупції, лобіюванні інтересів фізичних і юридичних осіб, використанні свого службового становища для одержання додаткових, тобто не передбачених законодавством, доходів, пільг або інших переваг як для себе, так і для інших осіб.

Проблеми правової культури управлінських кадрів неодноразово піднімалися в спеціальній науковій, в тому числі юридичній літературі радянського періоду і сучасності¹. Головна увага в дослідженнях, як

¹ Див.: Государственный служащий: культура поведения и деловой этикет / под ред. Е. В. Охотского. – М., 1999; Лозовий В. О. Професійна етика юриста / В. О. Лозовий, О. В. Петришин. – Х. : Право, 2004. – 176 с.; Манохин В. М. Советская государственная служба / В. М. Манохин. – М. : Юрид. лит., 1966; Попков В. Д. Этика советской государственной службы / В. Д. Попков. – М. : Юрид. лит., 1970; Постников М. Исполнительные органы Советов / М. Постников, В. Среднев // Советы депутатов трудящихся. – 1965. – № 11; Селюков Ф. Т. Административная этика / Ф. Т. Селюков. – М., 1991; Стайнов П. Дисциплина и ответственность служащих аппарата государственного управления: Этика государственной службы / П. Стайнов, К. Лазаров // Аппарат управления социалистического государства : в 2 ч. – М., 1977. – Ч. 2. – С. 70–86; Шабанов Ю. В. Культура и этика управленческой деятельности / Ю. В. Шабанов // Научные основы государственного управления в СССР. – М. : Наука, 1968.

правило, зосереджується на проблемах якостей працівника державного апарату, його культурі та культурі управління, оцінці особистих якостей.

Серед якостей державного службовця одне з провідних місць посідає особиста відповідальність працівника за доручену справу. Хоч би які якості були притаманні службовцю, без такої риси, як відповідальне ставлення до своїх обов'язків, дорученої справи, вони будуть нівельоватися. Йдеться не лише про юридичну відповідальність. Безумовно, юридична відповідальність має важливе значення для підтримання належної дисципліни, законності в діяльності державного апарату, оскільки сама перспектива її застосування свідчить про можливість настання для службовця негативних наслідків, зобов'язує його діяти в межах законодавства та моральних принципів у вирішенні поставлених завдань. Юридична відповідальність настає за вчинене правопорушення і пов'язана із застосуванням санкцій. У даному ж випадку йдеться про моральні якості та моральну відповідальність, добросовісність і добропорядність державного службовця, керівника, визнання обов'язку, вміння знаходити та застосовувати оптимальні рішення, варіанти поведінки у взаємовідносинах із підлеглими, керівниками, громадянами, ефективно використовувати та здійснювати службові права й обов'язки. Зміст дисциплінованості, відповідальності, на думку автора, — це чітке виконання повноважень, реалізація компетенції

в їх межах, дотримання прав і обов'язків державного службовця, а головне — дотримання прав і свобод громадян, їх об'єднань.

Правова культура державного службовця безпосередньо пов'язана з його загальною та діловою культурою. Важливою рисою сучасних державних службовців, поряд із професійною підготовкою, має стати турбота про підвищення рівня своєї загальної культури, добросовісне служіння народові України, відданість йому, неприпустимість проявів свавілля, байдужості до запитів громадян, їх правомірних дій та вимог. Ввічливість, коректність, висока культура спілкування, шанобливе ставлення до громадянина — важливий обов'язок державного службовця. Безумовно, і поза межами державної служби він має уникати дій, які можна розцінити як використання своїх службових повноважень у власних або корпоративних інтересах або які можуть негативно вплинути на репутацію державного службовця. Кожний державний службовець зобов'язаний пам'ятати про своє призначення — сприяти утвердженню пріоритету прав і свобод людини і громадянина, допомагати їм у здійсненні прав і свобод, не вимагати виконання не передбачених законом обов'язків, виробляти у громадян впевненість у тому, що їм будуть сприяти і нададуть необхідну допомогу в усіх правомірних діях.

Нові вимоги до професійних знань, культури поведінки державних службовців постають у зв'язку з бурхливим розвитком науки і техніки, впровадженням комп'ютерних

технологій, інформаційних процесів у всі сфери державної та суспільної діяльності, промисловість, сільське господарство. Застосування нових науково-технічних досягнень, новітніх інформаційних технологій веде до зміни характеру управління, кваліфікації кадрів, їх знань та вмінь, вимагає розуміння цілей і нових методів керівництва, оволодіння наукою управління, підвищення службової та загальної культури.

Проблеми моралі, поведінки державних службовців, а відповідно і культури державного управління можна звести до трьох груп. Перша, і головна, це поведінка державного службовця у відносинах із громадянами. Друга стосується питань раціональної організації роботи державного органу, установи — поведінка у внутрішньоорганізаційних відносинах — з керівниками і підлеглими. Третя — це поведінка державного службовця у відносинах з іншими державними органами й установами, у тому числі не підпорядкованими, об'єднаннями громадян і релігійними організаціями, міжнародними організаціями, іноземними установами та іноземцями.

Ще одна група відносин державного службовця щодо етичних правил — відносини з органом, в якому службовець у минулому проходив службу.

Важливе значення для ефективності державної служби має знання державними службовцями, а особливо керівниками, законів та інших нормативно-правових актів, вміння правильно їх застосовувати у практичній діяльності. Повага до закону,

права, принципів та норм моралі мають бути характерною рисою державного службовця.

Поряд із передбаченою правовими нормами можливістю застосування санкцій не можна не сказати про те, що гарантією виконання вимог до службовця, дотримання ним етичних правил є внутрішні, морально-психологічні фактори — визнання обов'язку, підтримання честі і гідності, зміцнення репутації державного службовця, авторитету державної служби в цілому та органу, в якому проходить службу державний службовець. Обов'язки державного службовця ґрунтуються на загальногромадянських обов'язках, але службовець державного апарату має і специфічні обов'язки, пов'язані з конкретним видом діяльності його як суб'єкта державно-службових відносин, представника відповідного державного органу чи держави.

Ці принципові положення знайшли місце в Законі України «Про державну службу», Загальних правилах поведінки державного службовця¹, інших нормативно-правових актах. Основні правила є узагальненням моральних стандартів поведінки та доброчесності державних службовців, ґрунтуються на Конституції України та визначених законодавством України принципах державної служби. Вважаємо, що закріплення відповідних вимог до поведінки державних службовців на рівні закону сприятиме створенню

¹ Про затвердження Загальних правил поведінки державного службовця : Наказ Головки держслужби України від 23.10.2000 р. // Офіс. вісн. України. – 2000. – № 45. – Ст. 1971.

умов для підвищення авторитету державної служби, посиленню дисциплінованості, добропорядності, підвищенню рівня поведінки державних службовців. У деяких країнах етичні питання державно-службової діяльності, поведінки державних службовців саме і врегульовані на рівні законів. У США — це Кодекс етики урядової служби, Великій Британії — Адміністративний кодекс, Канаді — Збірник принципів, які регулюють поведінку державних службовців¹.

Одним із негативних явищ, що впливають на якість державної служби, репутацію державних службовців та ставлення до них громадян, а самих державних службовців — до дорученої справи, є корупція. Корумпованість державного апарату створює серйозні перепони в розвитку демократичних перетворень, у становленні держави як соціальної, правової, з ринковою економікою. Шкідливість корупції, корумпованості державного апарату полягає і в тому, що вона призводить до втрати нашою країною авторитету на міжнародній арені.

Важливим напрямом посилення боротьби з корупцією та корупційними діями, на думку автора, має стати прийняття не лише Кодексу честі державного службовця, а, можливо, у першу чергу, Адміністративно-процедурного кодексу. Це пояснюється тим, що скільки б не приймалося законів та

інших нормативно-правових актів про боротьбу з корупцією, запобігання, попередження і припинення корупції, правила поведінки державних службовців, окремі види служби та службових відносин, без упорядкування відносин державних службовців (особливо посадових осіб) органів виконавчої влади та посадових осіб органів місцевого самоврядування з фізичними і юридичними особами питання про попередження і запобігання корупції в системі публічної влади не буде вирішене. Повнота адміністративних процедур сприятиме зниженню ризику вчинення корупційного діяння, зробить прозорою діяльність адміністративного апарату у взаємовідносинах з громадянами, підприємцями, комерційними і некомерційними організаціями, оскільки прийняття рішення буде підпорядковане чітко визначеним правилам.

Певне значення це матиме і в тих випадках, коли порядок прийняття рішення не можна чітко виписати і у державного службовця є можливість для виявлення особистої волі, він може проявити ініціативу, має можливості для маневру, але все це повинно відбуватися в межах визначених законодавством правил. І тут постає питання про врегулювання порядку надання управлінських послуг, визначення переліку (видів) тих послуг, які зобов'язані надавати фізичним і юридичним особам представники публічної влади.

Підготовка та виховання кадрів для державного апарату має розпочинатися з пошуку талановитої молоді, у тому числі осіб, що вже мають

¹ Див.: Пірен М. І. Політико-психологічні чинники формування управлінської культури / М. І. Пірен // Деонтологія, конфліктність та управління : навч.-практ. посіб. — К. : Вид-во УАДУ, 2001. — С. 255–266.

вищу освіту, для їх підготовки як управлінців. Поряд із цим необхідно створити дієвий кадровий резерв державної служби, що буде забезпечувати професіоналізм кадрів; проводити навчання з кадрами стосовно використання сучасних інформаційних технологій; підвищити значення атестації професійної діяльності службовців для просування по службі. На нашу думку, моральні принципи в діяльності державних службовців останнім часом залишають бажати кращого, вони не дають підстав для широкого застосування розсуду в управлінській діяльності. Особливо це стосується надання так званих «управлінських послуг», а якщо прямо говорити — роботи зі зверненнями громадян чи юридичних осіб з тих або інших питань у сфері державного управління (органами виконавчої влади та місцевого самоврядування, їх посадовими особами), прийняття управлінських рішень, тим більше що вирішення низки проблем, у яких зацікавлені юридичні особи і громадяни, може здійснюватися лише посадовими особами органів виконавчої влади або місцевого самоврядування. Це і право на надання ліцензій для зайняття підприємницькою чи іншою діяльністю, відкриття підприємств і установ, паспортизація населення, видача дозволів на спеціальне використання природних ресурсів місцевого значення, погодження різного роду проєктів та ін. Перелік цих послуг, якщо виходити із чинного законодавства, положень про міністерства, державні комітети, органи, до них прирівняні, та центральні органи зі спеціальним статусом, за своїм обсягом

є значним. Недостатня врегульованість надання певних послуг, монополія окремих органів, а відповідно їх посадових осіб на таку діяльність створюють умови для корупції. Ситуація ускладнюється також відсутністю гласності при прийнятті рішень, прозорості щодо діяльності управлінських структур, незнанням громадянами та представниками юридичних осіб чинного законодавства, значною кількістю нормативно-правових актів, у тому числі відомчих. Створюються можливості для недобросовісних та недобросовісних працівників зловживати своїми повноваженнями, порушувати права громадян, інтереси юридичних осіб. Але тут знову постає питання про моральний бік поведінки державного службовця. Добропорядний та добросовісний працівник надасть допомогу у вирішенні питання, недобросовісний скористається можливістю для зловживання своїм службовим становищем. Важливим елементом тут є посилення контролю за діяльністю державних службовців.

Виміром рівня правової культури державних службовців має стати відповідальність за свої дії, вміння погоджувати інтереси різних суб'єктів, вирішувати конфліктні ситуації, ефективно захищати права і свободи громадян та створювати можливості для їх реалізації.

Опубліковано: Правова культура в умовах становлення громадянського суспільства : монографія / за ред. Ю. П. Битяка та І. В. Яковюка. – Х. : Право, 2007. – С. 147–169.

УДК 346:334.7+347.72

Н. Кузнєцова, академік АПрН України, професор кафедри цивільного права Київського національного університету ім. Тараса Шевченка

Корпоративні спори: поняття, ознаки, зміст та визначення підвідомчості

Терміни «корпоративні конфлікти», «корпоративні війни», «корпоративні спори» увійшли в наше життя як атрибути ринкової економіки; на побутовому рівні вони нерідко використовуються як тотожні. Водночас кожен із них має свій власний юридичний зміст і специфічні ознаки.

Разом з тим як самі поняття, так і межі їх застосування дотепер чітко не визначені ні в законодавстві, ні в правовій доктрині, що не може не позначитися і на особливостях правозастосування.

Ситуація не тільки не спростилася, а певною мірою, навпаки, загострилася із внесенням 15 грудня 2006 р. змін до Господарсько-процесуального кодексу України (зокрема, до ст. 12, ст. 16)¹.

Оскільки мова йде про передання на розгляд господарських судів

¹ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо визначення підсудності справ з питань приватизації та з корпоративних спорів : Закон України від 15.12.2006 р. № 483-V.

спорів незалежно від суб'єктного складу їх учасників, тобто про виключну підвідомчість цих спорів господарським судам, особливої актуальності набуває проблема визначення критеріїв відмежування цих спорів від інших дотичних, близьких до них за характером.

У зв'язку з відмовою законодавця від використання суб'єктного критерію (спори розглядаються господарськими судами незалежно від складу їх учасників) весь «тягар» розмежування перекладається на предметний критерій.

Відтак виникає потреба звернутися до аналізу самого поняття «предмет спору» і визначити його зміст щодо категорії «корпоративний спір».

Оскільки процесуальною формою захисту порушеного суб'єктивного права виступає позов, то будь-який спір, якщо він не вирішується сторонами добровільно, зрештою переходить у стадію судового розгляду і в такому розумінні поняття «предмет спору» збігається з поняттям «предмет позову», ці поняття можуть

розглядатися як тотожні, тобто такі, що збігаються за своїм основним змістом.

У доктрині під предметом позову розуміють матеріально-правову вимогу позивача до відповідача, стосовно якої він просить постановити судові рішення. Вона опосередковується спірними правовідносинами — суб'єктивним правом і обов'язком позивача і відповідача¹. Цю позицію поділяють і дослідники господарського (арбітражного) процесу².

Таким чином, для того щоб визначити предмет позову, слід звернутися до аналізу змісту спірних матеріально-правових відносин, тобто до характеристики **корпоративних правовідносин**.

Досліджуючи поняття, зміст і загальну характеристику корпоративних відносин, можна дійти певних висновків.

Передовсім слід зазначити, що законодавець, не даючи легального визначення самих корпоративних відносин, у ст. 167 ГК України закріплює зміст корпоративних прав, під якими розуміє права особи, частка якої визначається у статутному фонді (майні) господарської організації, що включають правомочності на участь цієї особи в управлінні господарською організацією, отримання певної частки прибутку (дивідендів) даної організації та активів цієї організації у разі ліквідації останньої відповідно до закону, а також інші

правомочності, передбачені законом та статутними документами.

У зв'язку з наведеним постає важливе питання, чи є достатнім зміст наведеної ст. 167 ГК України для визначення на його основі поняття корпоративних відносин, чи можемо ми точно «відмоделювати» повний склад правовідношення за одним його елементом — суб'єктивним правом?

Відповідь на це питання навряд чи може бути однозначною. Водночас не можна не погодитися з тим, що у вирішенні проблеми відмежування корпоративних спорів від близьких до них за своїм характером важливим чинником виступають особи (тобто суб'єкти), між якими існують спірні відносини, бо ж саме вони в майбутньому набувають статусу сторін — позивача і відповідача.

Другий важливий висновок пов'язаний з існуванням у правовій доктрині двох загальних підходів до визначення корпоративних відносин: широкого і вузького.

У широкому розумінні як корпоративні відносини розглядаються всі правовідносини, де одним із учасників виступає корпорація як організаційно-правова форма юридичної особи, що здійснює підприємницьку діяльність³.

У вузькому (власному) розумінні — це зобов'язальні відносини між корпорацією (її органами) та учасниками з приводу управління, ведення справ, надання інформації тощо⁴.

¹ Див.: Штефан М. Й. Цивільний процес / М. Й. Штефан. — К.: Ін Юре, 1997. — С. 278; Курс советского гражданского процессуального права. — М., 1981. — Т. 1. — С. 435.

² Арбітражний процес. — Х.: Консул, 1999. — С. 118.

³ Корпоративное право / под ред. И. А. Еремичева. — М., 2005. — С. 31.

⁴ Рожкова М. А. Корпоративные отношения и возникающие из них споры / М. А. Рожкова // Вестн. Высш. Арбитраж. Суда Рос. Федерации. — 2005. — № 9. — С. 145.

Аналізуючи проблему виключної підвідомчості корпоративних спорів та визначення її меж, тобто визначення кола тих спорів, які мають розглядатися господарськими судами, незалежно від суб'єктного складу, вочевидь слід виходити з розуміння поняття спірних корпоративних відносин як предмета позову виключно у вузькому (власному) розумінні, оскільки, користуючись іншим підходом (тобто розглядаючи як корпоративні всі спори за участю корпорації), ми безпідставно розширимо межі цієї інституції, що не буде в цілому відповідати самому її змісту та призначенню і зрештою «розмиємо» як поняття самих корпоративних відносин, так і корпоративних спорів.

Відтак корпоративними спорами, на наш погляд, є такі спори, предметом яких є **вимоги учасників** корпоративних відносин, тобто відносин, пов'язаних із здійсненням управління корпоративним утворенням або веденням його справ, **про захист їх корпоративних прав** способами, передбаченими законом.

Важливим є питання, кого слід відносити до осіб, що можуть розглядатися «належним» суб'єктом подання корпоративного позову, тобто стороною у процесі.

На нашу думку, слід виходити у вирішенні цієї проблеми, керуючись положеннями, що впливають із ст. 15 ЦК України.

Позивачем у корпоративному спорі може бути особа, чий корпоративні права порушуються, не визнаються або оспорується. За таких умов особа, яка вчиняє позов, повинна обґрунтувати свій «корпоративний інтерес» шляхом подання доказів

порушення, оспорення або невизнання її корпоративних прав.

Безперечним учасником корпоративного спору має визначатися сама корпорація. Однак законодавець, активно використовуючи цей термін (як і похідні від нього), не закріпив його легального визначення.

У сучасній юридичній літературі це поняття здебільшого тлумачиться, виходячи з етимології самого терміна і його походження.

Відтак поняття корпорації можна розглядати в широкому розумінні як будь-яке об'єднання майна і осіб (від латинського *corporatio* — об'єднання, співтовариство). У такому контексті термін «корпорація» є дуже близьким до розуміння одноіменного поняття у британському праві. Так, О. Р. Кібенко зазначає, що корпораціями у Великій Британії є фіктивні утворення, що утворюються за допомогою права з метою виступати юридично відокремленими учасниками правових відносин¹. Корпорації можуть бути одноосібними, асоційованими та ін.²

Аналізуючи наведене тлумачення поняття корпорації, неважко дійти висновку про те, що воно фактично відтворює традиційне для нашої цивілістичної доктрини поняття юридичної особи. Відтак за своїм змістом «корпорація» у британській правовій системі є поняттям більш широким, ніж в українському праві, в якому не будь-яка юридична особа є корпорацією.

¹ Кібенко Е. Р. Корпоративное право Великобритании. Законодательство. Прецеденты. Комментарии / Е. Р. Кибенко. — Киев, 2003. — С. 28.

² Кібенко О. Р. Європейське корпоративне право / О. Р. Кібенко. — Х., 2005. — С. 43.

Звертаючись до витоків цієї правової категорії, які своїм корінням сягають Давнього Риму¹, можемо побачити, що організаційними формами римських союзів (саме їх можна розглядати «пращурами» юридичних осіб) були корпорації та установи. Критерієм такого поділу союзів визначався їх особливий устрій та організація управління. Пізніше в німецькій правовій доктрині були детально опрацьовані ознаки як установ, так і корпорацій. Останні визначалися як юридичні особи, засновані на участі (членстві)². Саме ця ознака, яка становить серцевину корпоративного ладу, є визначальною. Принагідно зазначимо, що у першій редакції проекту ЦК України (серпень 1996 р.) корпоративний устрій також розглядався як кваліфікаційна ознака товариства³.

Таким чином, корпорацією можна вважати таку юридичну особу, що заснована на засадах участі (членства), статутний капітал якої поділений на частки, що належать певним учасникам, які у відповідності з ними управляють цією юридичною особою.

Виходячи з такого бачення, корпораціями в українському праві є господарські товариства.

¹ У літературі зазначається, що саме в Давньому Римі вперше виникли корпорації. Походження самого терміна пов'язують із *corpus habere*, що в перекладі з латини означає права юридичної особистості (див.: Корпоративное право / под ред. И. А. Еремичева. – М., 2005. – С. 5).

² Корпоративное право / под ред. И. А. Еремичева. – М., 2005. – С. 5.

³ Реформа цивільного права в Україні // Укр. право. – 1996. – Чис. 2 (спецвип.). – С. 49.

Саме на такій позиції стоїть і судова практика. Так, в Узагальненні практики розгляду судами корпоративних спорів, проведеному Верховним Судом України, у зв'язку з аналізом виключної підсудності спорів, визначеної ст. 12 ГПК України, зазначається, що за правилами названої статті можуть розглядатися спори за участю тільки господарських товариств. Що стосується інших суб'єктів господарювання (кооперативів, приватних підприємств, колективних підприємств тощо), то спори між ними і фізичними особами є підвідомчими загальним судам.

Не менш проблематичним є питання і про інших суб'єктів корпоративного спору. Зокрема, наскільки повно їх склад відбиває ст. 16 ГПК у новій (видозміненій) редакції? У розгорнутому вигляді це питання означає, чи є достатнім віднесення до цієї категорії тільки спорів між господарським товариством та його учасником (засновником, акціонером), у тому числі учасником, що вибув, а також між учасниками (засновниками, акціонерами) господарського товариства, що пов'язані зі створенням, діяльністю, управлінням та припиненням діяльності цього товариства?

Вирішуючи цю проблему, можна виокремити два її аспекти. По-перше, чи названі всі можливі суб'єкти корпоративних відносин, і, по-друге, чи повністю відбивається в цьому визначенні сукупність усіх можливих корпоративних спорів.

На наш погляд, крім товариства, його учасників (засновників, акціонерів), в тому числі учасників, які вибули, до суб'єктів цих відносин слід

віднести й інших осіб, чий суб'єктивні права або законні інтереси порушуються, оспоруються або не визнаються.

Такий підхід обґрунтовується тим, що вимоги цих осіб мають розглядатися тим же судом і за тими же правилами (у такому ж порядку), що і спори між товариством та його учасниками або між учасниками. Інша справа, що такі особи мають довести, що вони мають свій корпоративний інтерес саме у цьому спорі.

Визначення поняття корпоративного інтересу тісно пов'язане із більш загальною категорією «законного інтересу» (або «охоронюваного правом інтересу»), його зв'язку і співвідношення із суб'єктивним правом. Ця проблема заслуговує на самостійне дослідження. Зазначимо, що останнім часом до неї проявляють увагу представники науки теорії права¹. З цього приводу свою точку зору висловив і Конституційний Суд України². Долучаються до цього процесу і дослідники галузевих правничих наук³. Водночас не можна стверджувати, що є певна визначеність у науковців з приводу поняття законного інтересу в цілому і корпоративного інтересу зокрема.

Стосовно корпоративного інтересу осіб, які можуть бути учасниками

¹ Див.: Субочев В. В. Законные интересы / В. В. Субочев. – М., 2007. – 493 с.; Він же. Законные интересы в механизме правового регулирования / В. В. Субочев. – М., 2007. – 187 с.

² Рішення Конституційного Суду України від 1 грудня 2004 р. № 18 рп/2004 (справа про охоронюваний законом інтерес) // Вісн. Конституц. Суду України. – 2004. – № 6. – С. 6–15.

³ Див.: Вінник О. М. Публічні та приватні інтереси в господарських товариствах: проблеми правового забезпечення / О. М. Вінник. – К., 2003. – 349 с.

спору, що має розглядатися в порядку виключної підвідомчості господарських судів (ст. 12 ГПК України), можемо зазначити, що навряд чи доцільно штучно звужувати коло таких суб'єктів. Зокрема, на нашу думку, такими особами слід розглядати юридичних або фізичних осіб, які, наприклад, в інших судових процесах вирішують питання про визнання їх права на участь у відповідному господарському товаристві тощо.

Виходячи з наведеного, використаний законодавцем закритий перелік осіб, що можуть звертатися до господарського суду в порядку ст. 12 ГПК України, не є ефективним з точки зору повного і всебічного вирішення корпоративного спору і врегулювання в подальшому корпоративного конфлікту.

Однак до вирішення цього питання на законодавчому рівні шляхом зміни ст. 12 ГПК (у редакції від 15 грудня 2006 р.) господарські суди мають розглядати корпоративні спори, незалежно від їх суб'єктного складу, тільки за умов, що їх стороною є господарське товариство або його учасник (засновник, акціонер), у тому числі такий, що вибув.

У судовій практиці, як зазначає Верховний Суд України, виникають труднощі щодо визначення підвідомчості спорів за участю спадкоємців учасників господарського товариства, які ще не стали учасниками господарського товариства.

Так, постановою Донецького апеляційного господарського суду від 12.06.2007 р. по справі за позовом ТОВ «Зодіак» до С. К. Лазовської, О. С. Лазовського про визначення їх часток у статутному капіталі товариства, успадкованих після смерті

учасника товариства, обґрунтовано припинено провадження у справі на підставі п. 1 ст. 80 ГПК (спір не підлягає вирішенню в господарських судах). Судова колегія апеляційної інстанції дійшла висновку про те, що цей спір не є корпоративним з огляду на те, що відносини між юридичною особою — позивачем та спадкоємцем померлого учасника не є корпоративними.

Однак не завжди суди дають правильну кваліфікацію за аналогічними справами. Так, рішенням Київського апеляційного господарського суду від 23.04.2007 р. змінено рішення господарського суду м. Києва від 28.02.2007 р. по справі за позовом Г. Г. Фокіної до ТОВ «Статус», ТОВ «Торговельні мережі 2000» про визнання частково недійсним протоколу загальних зборів, визнання учасником товариства та стягнення моральної шкоди. Судова колегія прийняла рішення про відмову у задоволенні позову у зв'язку з тим, що загальні збори відмовили позивачу (спадкоємцю) у прийнятті до складу учасників товариства. З таким висновком погодився також і ВСУ у постанові від 19.07.2007 р.¹

З огляду на зміст ст. 12 ГПК України в редакції від 15.12.2006 р. ця справа є підвідомчою загальному суду і мала розглядатися в порядку, передбаченому ЦПК України.

Спори спадкоємців померлого учасника господарського товариства про визнання його учасником товариства, про визначення розміру його частки в статутному (або складеному)

¹ Узагальнення судової практики розгляду судами корпоративних спорів Верховного Суду України (2007 р.).

капіталі товариства тощо за своєю природою не є корпоративними, оскільки мають інший матеріально-правовий характер: це спадок і відносини щодо нього.

Не менш проблемною є кваліфікація спорів про поділ акцій, що належать подружжю. При вирішенні цього питання, на нашу думку, слід виходити з наступного. Акції як вид цінних паперів у цивільному і господарському праві розглядаються як самостійний об'єкт правовідносин (причому не тільки корпоративних, а й правовідносин власності).

У зв'язку із створенням акціонерного товариства емісією акцій і подальшою його діяльністю складається ціла низка правовідносин, які можна поділити на зовнішні та внутрішні. Внутрішні відносини в акціонерному товаристві виникають між акціонерами як засновниками і учасниками товариства і мають переважно корпоративний характер. До них належать відносини корпоративного управління (організація органів акціонерного товариства, визначення принципів їх взаємодії, реалізація корпоративних справ у сфері корпоративного управління тощо), відносини щодо визначення розміру і порядку сплати дивідендів та ін. Змістом цих правовідносин є корпоративні права, які акціонери мають саме як учасники товариства (так звані «права з акцій»).

Водночас акціонери є власниками акцій, які наділені всіма повноваженнями щодо володіння, користування та розпорядження акціями. У відкритих акціонерних товариствах можливості акціонерів по розпорядженню акцій не мають певних

обмежень, у закритих акціонерних товариствах, відповідно до ст. 81 ГК України, переважне право на придбання акцій товариства, що відчувається, мають акціонери товариства. Аналіз цих прав свідчить, що вони за своїм змістом є речовими, тобто «правами на акції» і не належать до корпоративних.

Виходячи з наведеного, спори, пов'язані з реалізацією «прав на акції», зокрема спори про визнання недійсними договорів купівлі-продажу акцій, у тому числі внаслідок порушення переважного права придбання акцій акціонерами товариства, розглядаються судами з урахуванням суб'єктного складу.

На такій позиції стоїть судова практика. Спори, пов'язані з обігом акцій: про укладання, розірвання, зміну, а також визнання недійсними договорів купівлі-продажу, спори щодо інших правочинів з акціями розглядаються залежно від складу сторін господарськими або загальними судами. Аналогічно в судовій практиці визначається і підвідомчість спорів про визнання права власності на акції.

Погоджуючись у цілому з тим, що імперативний характер ст. 12, ст. 16 ГПК (у редакції Закону від 15.12.2006 р.) виключає можливість розширеного тлумачення виключної підвідомчості господарських судів щодо корпоративних спорів, водночас зауважимо, що перенесення вирішення корпоративних спорів за участю фізичних осіб до господарських судів стало вимушеною реакцією на численні «рейдерські» атаки з використанням судових актів, що приймалися здебільшого загальними

судами, причому без повідомлення, а відтак і без участі відповідних господарських (найчастіше акціонерних) товариств.

За таких умов залишення в юрисдикції загальних судів фактично всіх спорів, пов'язаних з обігом акцій, включаючи реалізацію переважного права придбання акцій акціонерами товариства, зберігає високий ступінь небезпеки активного використання і в подальшому в сучасному «рейдерстві» механізмів, що включають як невід'ємні складові так звані «забезпечувальні» ухвали.

На нашу думку, доцільно ще раз на законодавчому рівні повернутися до питання про виключну підвідомчість корпоративних спорів і значно розширити коло справ, що мають розглядатися господарськими судами, незалежно від суб'єктного складу.

Зокрема, слід також чітко сформулювати загальні підходи щодо розмежування корпоративних і трудових спорів у господарських товариствах. На жаль, за відсутності законодавчих актів, які б належному рівні регулювали як корпоративні, так і трудові відносини, слід виходити з аналізу доктрин і судової практики.

Виходячи із ст. 161 ЦК України, виконавчий орган акціонерного товариства може бути колегіальним (правління, дирекція) або одноособовим (директор, генеральний директор). Утворення виконавчого органу входить до виключної компетенції загальних зборів (ст. 159 ЦКУ). У літературі зроблена спроба розмежувати терміни, що використовуються законодавцем у зв'язку із формуванням органів акціонерного

товариства, зокрема: «призначення», «обрання», «утворення». Так, **призначення** — це можливість певного органу чи посадової особи поставити іншу особу на посаду; в цьому випадку реалізується безальтернативний підхід, тобто кандидатури для вибору відсутні. Навпаки, при **обранні** уповноважені особи вибирають одну кандидатуру з кількох запропонованих. Конструкція «**утворення органу**», що також використовується у законодавстві про господарські товариства, передбачає, що спосіб утворення має бути визначений самим статутом товариства¹.

Однак слід зауважити, що оскільки сам законодавець (принаймні у нормативно-правових актах, що регулюють корпоративні відносини) не розкриває змісту понять «вибори», «призначення», «утворення», що стосується застосування їх на практиці, то можна без перебільшення сказати, що учасники корпоративних відносин, як правило, не дотримуються певних вимог щодо змісту кожного з цих термінів. Таким чином, дотепер розмежування окремих способів формування виконавчих органів господарських товариств є доволі умовним.

Значно більшого практичного значення набуває питання, яку галузеву належність мають правовідносини, що складаються між вико-

навчим органом (директором, головою правління) і господарським товариством, і яку правову природу має договір, що лежить в основі цих відносин.

Можна погодитися з точкою зору науковців, які кваліфікують цей договір як комплексний, який регулює як трудові відносини, так і корпоративні². Цей висновок, на нашу думку, є важливим з огляду на розмежування трудових і корпоративних спорів у зв'язку з припиненням відносин між особою, що очолює виконавчий орган товариства, і самим товариством.

При визначенні підвідомчості справи необхідно враховувати, що відносини, пов'язані із правами і обов'язками працівника, гарантіями їх дотримання, умовами оплати, умовами звільнення тощо, належать до трудових, оскільки в них особа виступає як найманий працівник. Ці відносини регулюються положеннями Кодексу законів про працю. У разі виникнення спору між особою і товариством, у тому числі через незаконне звільнення у зв'язку з порушенням КЗпП України, цей спір є трудовим і має розглядатися загальним судом.

Значно складніше встановити правову природу і визначити підвідомчість спору, коли голова правління або директор товариства оскаржує рішення загальних зборів товариства, яким він був усунутий із посади, у зв'язку з порушенням положень ЦКУ, ГКУ або Закону України про господарські товариства (відсутність кворуму, порушення порядку

¹ Див.: Шиткина И. Соотношение Корпоративного и Трудового законодательства при регулировании правового положения единоличного и членов коллегиального исполнительных органов / И. Шиткина // Хоз-во и право. — 2007. — № 2. — С. 63.

² Там само. — С. 55.

повідомлення акціонерів, порушення порядку реєстрації учасників зборів тощо). Це питання не отримало однозначного вирішення у судовій практиці і допоки залишається дискусійним у літературі.

Певні труднощі виникають на практиці у зв'язку з визначенням підвідомчості справ із розгляду спорів між господарськими товариствами, у тому числі акціонерними, і їх контрагентами за господарськими договорами. За загальним правилом, предметом спору в таких випадках є зовнішні відносини з третіми особами, а відтак вони не є корпоративними (наприклад, спори з постачальниками сировини та матеріалів, устаткування; з перевізниками, з підприємцями, з орендарями або орендодавцями тощо).

Однак серед відносин, заснованих на контрактах, є такі, які мають певну специфіку. Це відносини, пов'язані з реалізацією корпоративних прав. Так, відповідно до ст. 5 Закону України «Про Національну депозитарну систему та особливості електронного обігу цінних паперів в Україні» права на участь в управлінні товариством, одержання доходу тощо, які впливають з іменних цінних паперів, можуть бути реалізовані з моменту внесення змін до реєстру власників іменних цінних паперів. Обов'язок забезпечення належного обліку власників іменних цінних паперів покладений на емітента. При значній кількості акціонерів, коли вона перевищує визначену ДКЦПФР як максимальну для організації самостійного ведення реєстру емітентом, ведення реєстру доручається реєстратору на підставі

укладеного з емітентом договору. Відповідальність за належне ведення реєстру перед акціонерами несе емітент. За умов якщо позов до реєстратора у зв'язку з порушенням прав власників іменних цінних паперів пред'являє фізична особа, яка не визначає товариство як співвідповідача або третю особу, суд має за своєю ініціативою залучити його до участі у справі. Ці спори є корпоративними і розглядаються на підставі виключної підвідомчості господарськими судами.

Спори між акціонером і зберігачем, пов'язані з укладенням, зміною, розірванням, виконанням або визнанням недійсним договору про відкриття рахунка у цінних паперах, не належить до корпоративних і мають вирішуватися залежно від суб'єктного складу сторін.

Що ж стосується спорів між акціонерними товариствами та реєстраторами, пов'язаних з укладенням, зміною, розірванням, виконанням або визнанням недійсним договору на ведення реєстру акціонерів, а також між акціонерним товариством та депозитарієм щодо укладення, зміни, розірвання, виконання або визнання недійсним договору на обслуговування емісії цінних паперів, то вони хоча і не є корпоративними, однак розглядаються господарськими судами, оскільки сторонами у цих договорах є юридичні особи.

Наведений аналіз не вичерпує всіх проблем стосовно кваліфікації спорів, пов'язаних із діяльністю господарських товариств, зокрема акціонерних, та визначення їх підвідомчості. Однак не викликає жодних сумнівів, що до-

волі суперечливе корпоративне законодавство об'єктивно створює підґрунтя для його неоднозначного сприйняття і тлумачення не тільки учасниками корпоративних відносин, але й судами, у тому числі з питань визначення підвідомчості спорів.

За таких умов прийняття Пленумом Верховного Суду України постанови про практику вирішення корпоративних спорів може відіграти позитивну роль у формуванні од-

накової практики, що буде особливо важливим, враховуючи, що такі справи розглядаються як господарськими, так і загальними судами. Окремо слід зауважити, що визначення меж виключної підвідомчості господарським судом корпоративних спорів також потребує змін на законодавчому рівні.

Опубліковано: Вісн. Верхов. Суду України. – 2008. – № 2.

Дія принципу верховенства права у сфері приватного права

Принцип верховенства права має тривалу історію практичного оформлення і доктринального, філософського осмислення та у своєму сучасному розумінні й застосуванні основних його параметрів є одним із найцінніших здобутків людства. Про це наголошується в документах ООН, Ради Європи, ЄС, відображено в доктринах та актах багатьох держав.

Досить поширеною є точка зору, що принцип верховенства права — нове явище для України. Втім такий погляд є не зовсім точним. Дослідники відзначають, що ідеї панування права природи або логосу над писаним правом держави відомі з античних часів, а ознаки вияву принципу верховенства права явно проглядаються ще в Київській Русі. Навіть участь Радянського Союзу в міжнародних організаціях і конвенціях, базованих на багатьох елементах верховенства права, давала поштовх для роздумів у цьому на-

прямі. Тому сьогодні слушно говорити про те, що після тривалого примусового панування в нашій країні правового позитивізму у брутальній формі класового права є значні труднощі в утвердженні верховенства права в різних галузях суспільно-правового життя, а саме: у судочинстві, законотворенні, діяльності виконавчої влади, доктрині, системі правової освіти тощо.

Безперечно, обнадійливим є вже те, що сьогодні принцип верховенства права закріплений у ст. 8 Конституції України¹, у законах «Про судоустрій України»², «Про Конституційний Суд України»³ тощо. Більш

¹ Конституція України від 28.06.1996 р. // Відом. Верхов. Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.

² Про судоустрій України : Закон України від 07.02.2002 р. // Офіц. вісн. України. — 2002. — № 10. — Ст. 441.

³ Про Конституційний Суд України : Закон України від 03.06.1992 р. // Відом. Верхов. Ради України. — 1993. — № 15. — Ст. 133.

того, окремі важливі елементи цього принципу містяться у багатьох сучасних законодавчих актах України. Ми вже маємо низку рішень Конституційного Суду України та загальних судів, у яких застосовано верховенство права. Також слід зазначити, що окремі фахівці вважають цей принцип основоположним у діяльності саме Конституційного Суду. Що стосується судів загальної юрисдикції, то, на їх думку, вони є «судами норми» (на відміну від «суду права», яким є Конституційний Суд), і основоположним принципом для них має бути принцип законності. На наш погляд, така позиція звужує дію принципу верховенства права і є неприйнятною. Цей принцип діє щодо всіх суб'єктів суспільних відносин.

Сучасна українська філософська та правова думка вже підготувала певний теоретичний ґрунт для розуміння і практичного впровадження принципу верховенства права. На цьому зрізі певні труднощі полягають у тому, що всеохоплюючого визначення поняттю верховенства права дати неможливо. Річ у тім, що це не вузька категорія, а мегапринцип, який визначає вимоги до багатьох суспільних інститутів з метою забезпечення природних прав і свобод людини. Втім великого практичного значення набули такі уявлення українських юристів щодо згаданого принципу.

На думку спеціалістів, принцип верховенства права передусім означає, що позитивне право, яке створюється людьми, має ґрунтуватися на природному праві, яке обмежує державну владу і є своєрідним фільтром позитивного права. Таким чи-

ном, самостійного свого значення він набуває тоді, коли ми розрізняємо закон і право. Важливим висновком є те, що поза доктриною природного права цей принцип існувати не може. Фахівцями звертається увага й на окремі аспекти цього принципу. Так, верховенство права розглядається як пріоритетність у суспільстві, насамперед прав і свобод людини. Саме в культурі природних основних прав і свобод вбачається майже весь зміст верховенства права. Принцип верховенства права характеризується як верховенство розуму та пов'язується з такими морально-правовими цінностями, як справедливість, свобода, добро, гуманізм. Важливим надбанням є уявлення про те, що цей принцип є універсальним та загальним, хоча історично він розумівся тільки як спосіб обмеження державної влади і створення правової держави. Слушною також є думка, що єдиною справжньою силою забезпечення верховенства права може виступати тільки громадянське суспільство.

Після наведених загальних зауважень перейдемо до приватноправової сфери, в якій діє основний акт її регламентації — новий ЦК України. Варто спеціально наголосити на тому, що концептуально ЦК розроблявся на основі природно-правових теорій, згідно з якими закони держави не регулюють відносини, а здебільшого лише прагнуть наблизитися до конфігурації правовідношення, що походить безпосередньо від Космосу, Бога, Розуму чи Логосу. Саме тому в ЦК найповніше втілилися ідеї верховенства права. Щодо цього серед багатьох відпо-

відних його положень найвидатнішою є ст. 3 ЦК України¹, в якій зазначено, що загальними засадами цивільного законодавства є: неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини; неприпустимість позбавлення права власності, крім випадків, встановлених Конституцією України та законом; свобода договору; свобода підприємницької діяльності, яка не заборонена законом; судовий захист цивільного права та інтересу; справедливість, добросовісність та розумність.

Таким чином, у ст. 3 ЦК уперше в історії національної кодифікації закріплено важливі складові принципу верховенства права у приватноправовій сфері та принципи побудови й дії позитивного приватного права. Перелічені принципи (загальні засади) не становлять вичерпного їх переліку та покривають різні за обсягом масиви приватних відносин. Попри це дана стаття має вирішальне значення у сучасній приватноправовій системі, включаючи праворозуміння, законотворення, правозастосування тощо.

Закріплення загальних засад цивільного законодавства у ЦК свідчить перш за все про підтвердження законодавцем «першоджерела» цивільного законодавства, яким виступає природне право, що впливає з раціональності та розумності. Воно складається з норм та принципів, які визначають поведінку людей у суспільстві незалежно від позитивного права (норми цивільного зако-

нодавства (ст. 4 ЦК) та міжнародні договори України (ст. 10 ЦК)).

Перелічені у ст. 3 ЦК принципи за своєю природою є приписами природного права. Їх природно-правовий характер не втрачається й у разі їх оформлення у позитивному праві. По-перше, зміст цих принципів не може виводитися лише з положень позитивного права. По-друге, обмеження, встановлені законом щодо дії цих принципів, мають відповідати критеріям природного права, а саме розумності, суспільній необхідності, пропорційності тощо.

Згадані принципи мають загальнообов'язковий характер і тому їх дотримання та врахування при законотворенні й розгляді конкретних правових ситуацій є обов'язковою вимогою закону. Практичне значення цього положення полягає, зокрема, в тому, що суд повинен не лише механічно аналізувати конкретний аналітичний матеріал у вигляді юридичних документів, а й осмислювати принципи та цілі, що лежать в основі їх прийняття. Крім того, принципи мають застосовуватися при виявленні прогалин у законодавстві (аналогія права) (ст. 8 ЦК).

Велике значення для функціонування всієї системи приватного права має об'єктивізація принципів справедливості, добросовісності та розумності. По-перше, вони акумулювали в собі не тільки наведені вище засади, а й інші принципи цивільного права. По-друге, застосування всіх інших принципів цивільного права не повинно приводити до несправедливого, нерозумного та недобросовісного результату (наприклад, ст. 627 ЦК говорить про об-

¹ Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. // Офіц. вісн. України. – 2003. – № 11. – Ст. 461.

меження принципу свободи волі вимогами розумності та справедливості). По-третє, саме ці принципи є доконечною сутністю права та вказують на його природне походження.

У цивільному праві завжди використовувалися оціночні поняття до таких об'єктів оцінки, як дії або діяльність («добросовісно», «розумно», «регулярно», «економно», «доцільно» тощо), речі («індивідуального користування», «безхазяйні» тощо), відрізки часу («розумний строк», «негайно» тощо), стану та обставин («справедлива», «явна», «груба» тощо). У новому ЦК України категорії справедливості, добросовісності та розумності надзвичайно широко застосовуються до багатьох об'єктів оцінки (наприклад, статті 12, 23, 92, 123, 330, 390, 509, 627, 1242 ЦК). Це є лише певними проявами справедливості, добросовісності та розумності як суті права взагалі. Крізь призму природних принципів справедливості, добросовісності та розумності має оцінюватися й тлумачитися все позитивне і природне право та наслідки його застосування.

Принцип добросовісності виступає внутрішнім критерієм, тоді як справедливість та розумність — зовнішнім або об'єктивним. Ці принципи також вказують на триєдину суть права: природне (божественне) право, позитивне право і право в самій людині, що характеризується таким узагальненим поняттям, як совість. Трьом складовим права і відповідають наведені вище принципи. Домінантою природного права є справедливість, а позитивного права — розумність. Нарешті, добросовіс-

ність — це спрямування внутрішньої совісті на добро, світло, служіння Богові, а не темним силам. Проте важливо підкреслити, що тут ідеться про домінування, тому що справедливість, добросовісність та розумність належать до всіх «поверхів» права. І не тільки права, а й до правочинів (наприклад, ст. 508 ЦК вимагає ґрунтування зобов'язання на засадах добросовісності, розумності та справедливості).

Із позицій природного права справедливість — це застосування моральних вимог як вимог правових до актів цивільного законодавства, це поняття про належне, яке відповідає розумінню сутності людини та її прав. Дуже часто справедливість розуміють як рівність пропорцій або як концепцію пропорційності обраних засобів поставленій меті. Втім визначити поняття справедливості та закріпити його нормативно в законах неможливо. Справедливість є категорією, яка адекватно може бути реалізована через правозастосовну діяльність. Слід пам'ятати, що коли несправедливість закону стає нестерпною, суд повинен захищати справедливість.

Складовою частиною нового ЦК стала також концепція добросовісності. Так само, як і справедливість, загальне поняття добросовісності не може бути поставлене законодавцем у чіткі юридичні межі. Крім того, добросовісність має свої особливості у різних цивільно-правових інститутах. У найзагальніших рисах добросовісність можна охарактеризувати як фактичну чесність та додержання розумних стандартів чесного ведення справ. Особу слід вважати

добросовісною, коли вона діє без умислу завдання шкоди іншій особі, а також не допускає легковажності (самовпевненості) та недбалості щодо можливого завдання шкоди.

Основною ідеєю природного права також є розумність позитивних законів. Стосовно позитивного права це, наприклад, означає, що норма позитивного права є нечинною, якщо вона сформульована нечітко, містить протиріччя чи суперечить іншим нормам, або ж її вимоги неможливо виконати.

Принципи справедливості, добросовісності та розумності (так само, як й інші засади ст. 3 ЦК) виконують в українському приватному праві стосовно позитивного права, договорів, звичаїв тощо інтерпретаційну, доповнюючу та виправну функції.

Право на повагу до приватного життя, право на особисту недоторканність, право власності, право на судовий захист належать до основних природних прав людини. Тільки верховенство права може забезпечити їх реальний захист. З метою підняття цих прав до божественного рівня у ЦК сформульовані відповідні природно-правові засади: неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини; неприпустимість позбавлення права власності, крім випадків, встановлених Конституцією України та законом; судовий захист цивільного права та інтересу.

Особливість нового ЦК України полягає серед іншого у визнанні великого значення особистих немайнових відносин у життєдіяльності людини та функціонуванні громадянського суспільства. Тому перелік

загальних засад цивільного законодавства починається саме з принципу неприпустимості свавільного втручання у сферу особистого життя людини.

Особисте (приватне життя) є ключовою цінністю, що зміцнює людську гідність, та основним правом людини і розумним очікуванням кожної особи. Особисте життя — це намагання людей вільно обирати, за яких обставин та якою мірою розкривати себе, своє ставлення до інших та свою поведінку.

Виділяють чотири основні складові права на особисте життя людини: інформаційна (що містить такі аспекти, як поширення відомостей про особу, збір та обробка персональних даних); фізична (тобто захист фізичної недоторканності особи); комунікативна (безпека та приватність листування, електронної пошти, телефонних розмов та інших видів приватних комунікацій); просторова (охоплює поняття дому, робочого місця, тобто безпосереднього оточення особи).

Сучасний стан та розвиток поняття «приватне життя» в європейській культурній традиції відбиває ст. 8 Європейської конвенції про захист прав людини та основоположних свобод. Тому для правильного застосування цього принципу в Україні важливе значення має практика та доктрина Європейського суду з прав людини.

Принцип неприпустимості свавільного втручання у сферу особистого життя людини знаходить своє втілення у багатьох статтях Конституції, а також у більшості статей Книги другої ЦК (див., наприклад,

статті 286, 289, 300, 301, 303, 306, 307, 311 ЦК). Дію цього принципу можна також простежити в положеннях багатьох законів, зокрема у законах України «Про інформацію» від 2 жовтня 1992 р., «Про нотаріат» від 2 вересня 1993 р. тощо.

Правомочності людини щодо сфери особистого життя можуть бути обмежені лише Конституцією (щодо прав, установлених нею) або законом (щодо прав, установлених ЦК та іншими законами). Однак не слід розуміти це так, що цими актами можна встановити будь-які обмеження. Річ у тім, що принципи природного права можуть зазнавати лише тих обмежень, що відповідають таким природноправовим критеріям, як розумність, пропорційність тощо.

Принцип неприпустимості втручання в особисте життя людини стосується не тільки фізичних осіб, а й, безумовно, з певним розумним корегуванням до юридичних осіб (ст. 94 ЦК).

Принцип неприпустимості позбавлення права власності гарантує стабільність відносин власності, які становлять базу майнового обороту. Всі норми цивільного права захищають власність осіб від посягань з боку інших осіб. Проте велике значення для розуміння цього принципу має Перший Протокол до Європейської конвенції про захист прав людини та основоположних свобод. Стаття 1 Протоколу, визначаючи право будь-якої особи на безперешкодне користування своїм майном, за своєю суттю є гарантією права власності. Основною метою ст. 1 Протоколу є попередження свавільного захоплення власності, конфіскації, експропріації

та інших порушень принципу безперешкодного користування своїм майном.

Стаття 41 Конституції також передбачає, що ніхто не може бути протиправно позбавлений права власності. Право приватної власності є непорушним. Норми ЦК передбачають багато положень щодо непорушності права власності, а також основний перелік підстав припинення права власності поза волею власника (статті 321, 348, 350, 351, 352, 353, 354, 365, 366, 371, 376, 393 ЦК).

Випадки позбавлення права власності можуть встановлюватися тільки Конституцією та законами. Проте втручання у право власності передбачає справедливу рівновагу між інтересами суспільства та необхідністю дотримання фундаментальних прав людини. Зокрема, необхідно, щоб була дотримана розумна пропорційність між використаними заходами і тією метою, на досягнення якої спрямовується будь-який захід, що позбавив особу власності.

Проявом у майновому обороті фундаментального принципу права власності є свобода договору. Цей принцип закріплює недопустимість адміністративного втручання у цивільний оборот. Принцип свободи договору має універсальне значення не лише для фізичних осіб, а й для всіх учасників цивільних відносин. Договір є різновидом правочину, тому свобода договору розуміється більш широко, ніж свобода правочину (ст. 6 ЦК).

Підтвердження цього принципу в законодавстві означає відмову від примусового схилення до укладення договорів на основі обов'язкових

для сторін планово-адміністративних актів.

Суть принципу свободи договорів розкривається у ряді статей ЦК (ст. 6, ст. 627 ЦК). Вона полягає в тому, що сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору, у виявленні волі на вступ у договірні відносини, у виборі форми договору (ст. 205 ЦК). Свобода договору виявляється також у праві укладати договори, які не передбачені актами цивільного законодавства, але відповідають загальним засадам цивільного законодавства, у праві сторін за своєю згодою змінювати, розривати або продовжувати дію укладеного ними договору (ст. 651 ЦК), у можливості встановлювати способи забезпечення договірних зобов'язань (ст. 546 ЦК) та форми відповідальності за їх порушення (ст. 611 ЦК) тощо.

Слід, однак, зазначити, що свобода договору не є безмежною. Вона існує в певних природних рамках, визначених критеріями справедливості, добросовісності та розумності. Законодавець намагається зрозуміти ці межі і закріплює обмеження у законах. Наприклад, ст. 648 ЦК передбачає можливість укладення договорів на підставі правових актів органів державної влади, органів влади Автономної Республіки Крим, органів місцевого самоврядування. Відповідно до загального правила не допускається використання цивільних прав з метою неправомірного обмеження конкуренції, зловживання монопольним становищем на ринку, а також недобросовісна конкуренція (ст. 13 ЦК). Обмежень прин-

ципу свободи договору в законодавстві чимало. Але знову ж таки, вони є легітимними тільки тоді, коли не суперечать принципам природного права.

Із природного принципу права власності, свободи договору (правочинів) дуже легко виводиться принцип свободи підприємництва. Після багатьох десятиліть заборони підприємництва в нашій країні його варто було позитивувати в новій кодифікації.

Цей принцип має універсальне значення, тому що підприємницька діяльність може здійснюватися як фізичною особою-підприємцем, так і юридичними особами.

Принцип свободи підприємницької діяльності, як і принцип свободи договору, є дуже широким за змістом. Він, зокрема, включає вільний для сторін вибір діяльності, використання майна власника для підприємницької діяльності (ст. 320 ЦК), самостійне формування програми діяльності та вибір постачальників і споживачів, встановлення цін, вільне наймання працівників, вільне розпорядження прибутком.

Цей природний принцип втілений не тільки в багатьох статтях ЦК, але й закріплений у ст. 42 Конституції, яка передбачає, що кожен має право на підприємницьку діяльність, яка не заборонена законом.

Свобода підприємницької діяльності у всіх суспільствах зазнає певних обмежень. Так, наприклад, підприємницька діяльність підлягає державній реєстрації (статті 50, 89 ЦК), а деякі види підприємницької діяльності, які встановлені законом, підлягають ліцензуванню (ст. 91 ЦК).

Підприємницька діяльність депутатів, посадових і службових осіб, органів державної влади та органів місцевого самоврядування на підставі ст. 42 Конституції також обмежується законом. Але всі обмеження цього принципу повинні відповідати природно-правовим критеріям розумності та справедливості.

Верховенство права включає також принцип, за яким надається можливість подати цивільний позов до суду для захисту цивільних прав та інтересів. Судовий захист цивільних прав надається суб'єктам цивільних правовідносин як універсальний спосіб захисту їх прав (ст. 16 ЦК). У тих випадках, коли захист цивільних прав здійснюється в адміністративному порядку, рішення, прийняте відповідними органами щодо захисту цивільних прав та інтересів, не є перешкодою для звернення за їх захистом до суду (ст. 17 ЦК).

Право на захист особа здійснює на свій розсуд. Нездійснення цього права не є підставою для припинення цивільного права, що порушено, крім випадків, установлених законом (ст. 20 ЦК).

Принцип судового захисту цивільного права та інтересу знаходить підтвердження у ст. 55 Конституції, відповідно до якої права і свободи людини і громадянина захищаються судом. Проте в цивільному праві цей принцип має універсальне значення

і стосується всіх учасників цивільного обороту.

Основою європейського стандарту концепції «процесуальної належної правової процедури» служить право на справедливий судовий розгляд, що гарантується ст. 6 Європейської конвенції про захист прав людини та основоположних свобод. Це право містить три елементи: (i) наявність створеного на підставі закону суду, що відповідає критеріям незалежності та безсторонності; (ii) суд повинен мати достатньо широкі повноваження для того, щоб приймати рішення щодо всіх аспектів спору; (iii) особа повинна мати право доступу до суду.

На останок ми рекомендуємо практичним працівникам при застосуванні верховенства права у конкретному випадку також керуватися такими джерелами (моделями): а) рішеннями Конституційного Суду України; б) відповідними рішеннями загальних судів; в) рішеннями та правовою позицією Європейського суду з прав людини; г) коментарями та практикою застосування судами (арбітражами) таких документів, як Віденська конвенція ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів, Принципи міжнародних комерційних договорів (УНІДРУА) тощо.

Опубліковано: Університетські наукові записки. – Хмельницький, 2007. – № 2. – С. 83–89.

Деякі питання здійснення та захисту корпоративних прав в Україні

Проблеми захисту прав учасників корпоративних відносин набули особливої актуальності у сучасний період, зокрема у зв'язку з розбіжностями та суперечностями, викликаними неузгодженістю норм Цивільного, Господарського кодексів України, законів «Про господарські товариства» від 19 вересня 1991 р., «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців» від 15 травня 2003 р. та деяких інших нормативно-правових актів з питань корпоративного права. Не відзначається послідовністю господарська і судова практика у розв'язанні корпоративних конфліктів, що в цілому негативно позначається на захисті прав та інтересів самих господарських товариств та їх учасників.

Перш ніж розкривати поняття та сутність корпоративних спорів, треба з'ясувати поняття і зміст корпоративних відносин і корпоративних прав. Якщо звернутися до літературних джерел, то в них спостерігається багато суперечливих думок як із приводу визначення самого

поняття корпоративного права та корпоративних відносин, так і кола його суб'єктів. Дискусійною, зокрема, є позиція О. М. Вінник, яка вважає, що корпоративні правовідносини — це такі відносини, які виникають у процесі створення, функціонування та припинення господарських товариств, за участю безпосередніх (засновники, учасники, саме товариство, його органи) та опосередкованих учасників (кредитори, споживачі, наймані працівники, облігаціонери товариства, територіальна громада, держава в особі уповноважених органів) і забезпечують збалансовану реалізацію інтересів зазначених осіб¹. Таке широке визначення кола суб'єктів корпоративних відносин викликає сумнів, оскільки призводить до визнання корпоративними будь-яких відносин (цивільних, адміністративних, фінансових тощо),

¹ Вінник О. М. Теоретичні аспекти правового забезпечення реалізації публічних і приватних інтересів у господарських товариствах : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / О. М. Вінник. — К., 2004. — С. 20.

у яких хоча б одним учасником є корпоративне утворення. Хіба змінюється, наприклад, характер договірною зв'язку з поставки товарів через те, що покупцем у ньому виявилось господарське товариство (а не якийсь інший суб'єкт), яке заборгувало перед постачальником (кредитором) за одержані товари?

Як відомо, Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо визначення підсудності справ з питань приватизації та корпоративних спорів» від 15 грудня 2006 р. до компетенції господарських судів віднесені справи, що виникають із господарських відносин у спорах між господарським товариством та його учасником (засновником, акціонером), у тому числі учасником, який вибув, а також між учасниками (засновником, акціонером) господарських товариств, що пов'язані із створенням, діяльністю, управлінням та припиненням діяльності цього товариства, крім трудових спорів. Цим же Законом ст. 167 Господарського кодексу України (далі — ГК) доповнено визначенням поняття «корпоративні відносини», під якими розуміються відносини, що виникають та припиняються щодо корпоративних прав, визначення яких, у свою чергу, містяться у ч. 1 ст. 167 ГК. Окрім того, для корпоративних спорів, що розглядаються господарськими судами, встановлено виключну підсудність, тобто позов повинен пред'являтися до суду за місцезнаходженням господарського товариства.

Відповідно до ч. 1 ст. 167 ГК корпоративні права — це права особи, яка має частку в статутному фон-

ді (майні) господарської організації, що визначають правомочності на участь цієї особи в управлінні господарською організацією, отримання певної частини прибутку (дивідендів) даної організації та активів у разі ліквідації останньої відповідно до закону, а також інші правомочності, передбачені законом та статутними документами. Згідно з ч. 1 ст. 88 ГК, окрім зазначених корпоративних прав, учасники господарських товариств мають право: а) вийти в установленому порядку з товариства; б) здійснити відчуження часток у статутному фонді (складеному капіталі) товариства, цінних паперів, що засвідчують участь у товаристві, у порядку, встановленому законом; в) одержувати інформацію про діяльність товариства у порядку, встановленому установчим документом. Учасники господарського товариства можуть мати й інші права, встановлені установчим документом товариства та законом.

У літературі та господарській практиці корпоративні права поділяються на майнові та організаційні.

Таким чином, учасниками корпоративних відносин є насамперед ті суб'єкти господарювання, у статутному фонді (майні) яких є частки осіб (фізичних, юридичних, держави) як учасників такого об'єднання. Ними є господарські товариства і виробничі кооперативи як підприємницькі товариства. Зокрема, спори, які виникають у зв'язку з управлінням корпоративним інвестиційним фондом спільного інвестування, є корпоративними спорами.

Відповідно до ст. 7 Закону України «Про інститут спільного інвес-

тування (пайові та корпоративні інвестиційні фонди)» від 15 березня 2001 р. корпоративний інвестиційний фонд — це інститут спільного інвестування, який створюється у формі відкритого акціонерного товариства і проводить виключно діяльність із спільного інвестування. Отже, не слід вважати спорами з корпоративних відносин спори між тими суб'єктами господарювання, які не мають у своєму статутному фонді (складеному капіталі) часток їх учасників (унітарні, приватні підприємництва, колективні підприємства тощо).

Так, стосовно спорів, пов'язаних із управлінням активами недержавних пенсійних фондів, слід зазначити, що відповідно до Закону України «Про недержавне пенсійне забезпечення» від 9 липня 2003 р. недержавні пенсійні фонди є непідприємницькими організаціями, тому спори за участю цих фондів не можна розглядати як корпоративні.

Другою стороною в корпоративних відносинах виступають учасники (акціонери, вкладники, повні товариші тощо) підприємницьких товариств. У цих відносинах учасники наділяються суб'єктивними корпоративними правами, для яких характерним є те, що:

1) вони виникають у результаті створення господарського товариства як юридичної особи;

2) виражають відносини між засновником і юридичною особою та її учасниками;

3) мають організаційно-майновий характер, тобто передбачають право на управління, право на доходи тощо;

4) пов'язані з впливом учасників на формування волі юридичної особи;

5) пов'язані з опосередкованим правом на майно юридичної особи при її ліквідації¹.

Разом з тим корпоративними слід вважати і відносини між самими учасниками суб'єктів господарювання (наприклад, акціонери, які володіють у сукупності більш як 10 % голосів, можуть вимагати скликання позачергових загальних зборів товариства у будь-який час і з будь-якого приводу).

Отже, учасниками корпоративних відносин є господарські товариства, які набули статусу юридичної особи, право участі яких у діяльності товариства як учасників підтверджене відповідним документом (акцією в АТ, рішенням зборів учасників або статутом ТОВ, установчим договором повного товариства тощо).

Відповідно до ст. 5 Закону України «Про національну депозитарну систему та особливості електронного обігу цінних паперів в Україні» від 10 грудня 1997 р. щодо виникнення права власності на цінні папери, які відчужуються їх власниками, встановлено, що право власності переходить до нового власника: на іменні цінні папери, випущені в документарній формі, — шляхом повного індосаменту, а права на участь в управлінні, одержання доходу тощо, які випливають з іменних цінних паперів, можуть бути реалізовані з моменту внесення змін до ре-

¹ Здійснення та захист корпоративних прав в Україні : монографія / за заг. ред. В. В. Луця. — Тернопіль : Підруч. і посіб., 2007. — С. 40–41.

естру власників іменних цінних паперів; на цінні папери на пред'явника, випущені в документарній формі, право власності переходить до нового власника з моменту передачі (поставки) цінних паперів, а в разі відчуження знерухомлених цінних паперів на пред'явника право власності на цінні папери переходить до нового власника з моменту зарахування їх на рахунок власника у зберігача; на цінні папери, випущені в бездокументарній формі, право власності переходить до нового власника з моменту зарахування цінних паперів на рахунок власника у зберігача.

Тому, як слушно зазначає І. В. Спасибо-Фатеева, слід вважати, що особа, яка придбала акції (шляхом відкритої підписки на біржі або в позабіржовому обороті), набуває права власності на них з одночасним виникненням права з акції з моменту здійснення відповідного запису реєстратором¹.

Як вважає Д. Луспеник², корпоративні спори — це, зокрема, спори, пов'язані: з формуванням статутного капіталу товариства і розміщенням його акцій; із забезпеченням прав акціонерів на придбання розміщених додаткових акцій; зі здійсненням переважного права на придбання акцій у ЗАТ; з виплатою дивідендів; з вимогами про викуп акцій, а також спори про визнання недійсними рішень органів управ-

ління товариства та інші спори за позовами акціонерів у випадках, передбачених законом.

Отже, спори, що виникають з приводу суб'єктивних корпоративних прав (майнових та організаційних), є корпоративними спорами, які підлягають розгляду господарськими судами. На наш погляд, до корпоративних спорів належать:

а) позов до фізичної особи про переведення прав покупця акцій закритого акціонерного товариства на позивача — акціонера або акціонерного товариства;

б) спір про визнання недійсним договору купівлі-продажу акцій ЗАТ з підстав порушення переважного права, яке належить акціонеру або товариству;

в) спір про визнання недійсним договору купівлі-продажу акцій підвідомчий господарському суду, якщо сторонами договору є фізичні особи — акціонери;

г) спір, у якому об'єднано вимоги про визнання недійсним наказу ФДМУ (або його регіонального відділення) про визначення способу продажу належних державі акцій ВАТ та про визнання недійсним договору купівлі-продажу акцій, який укладено на підставі оспорюваного наказу;

д) спір про визнання права власності на акції.

Чи успадковуються корпоративні права у разі смерті учасника господарського товариства? Відповідно до ст. 1218 ЦК до складу спадщини входять усі права та обов'язки, що належали спадкодавцеві на момент відкриття спадщини і не припинилися внаслідок його смерті. Не вхо-

¹ Спасибо-Фатеева І. В. Акционерные общества: корпоративные правоотношения / І. В. Спасибо-Фатеева. — Харьков : Право, 1998. — С. 125–126.

² Луспеник Д. Юрисдикційність корпоративних спорів / Д. Луспеник // Юрид. вісн. України. — 2007. — 27 січ. — 2 лют. (№ 4). — С. 6.

дять до складу спадщини права та обов'язки, які нерозривно пов'язані з особою спадкодавця, у тому числі право на участь у товариствах та право членства в об'єднаннях громадян, якщо інше не встановлено законом або їх установчими документами (п. 2 ч. 1 ст. 1219 ЦК).

Оскільки право власності на акції та права, які виникають з акції як цінного папера, мають переважно майновий характер, акції за правом спадкоємства (за законом чи за заповітом) переходять до спадкоємців. Після отримання свідоцтва про право на спадщину останні повинні здійснити перереєстрацію прав власності на акції у реєстроутримувача (за документарної форми випуску акцій) або у зберігача, у якого померлим акціонером був відкритий рахунок у цінних паперах (за бездокументарної форми випуску акцій).

Пунктом 7.17 Положення про порядок ведення реєстрів власників іменних цінних паперів визначено перелік документів, які необхідні для внесення до реєстру змін, пов'язаних із переходом акцій у порядку спадкування: а) оригінал або нотаріально засвідчена копія свідоцтва про право на спадкування (передається реєстроутримувачу); б) сертифікат цінних паперів (передається реєстроутримувачу). Після надання реєстроутримувачу вказаних документів до реєстру вноситься запис про нового власника акції. Реєстроутримувач погашає сертифікат акції, виданий на ім'я акціонера, який помер, і видає власнику новий сертифікат акцій, який є підтвердженням права власності.

Права спадкоємців померлого учасника товариства з обмеженою

або додатковою відповідальністю визначені у ч. 5 ст. 147, ст. 151 ЦК і ст. 55 Закону України «Про господарські товариства». Відповідно до ч. 1 ст. 147 ЦК частка у статутному капіталі товариства з обмеженою або додатковою відповідальністю переходить до спадкоємця — фізичної особи або правонаступника юридичної особи — учасника товариства, якщо статутом товариства не передбачено, що такий перехід допускається лише за згодою інших учасників товариства.

За статтею 55 Закону України «Про господарські товариства» спадкоємці учасника товариства мають переважне право на вступ до цього товариства. У разі відмови спадкоємця від вступу до товариства або відмови товариства йому видається у грошовій або натуральній формі частка в майні, яка належала спадкодавцеві. Вартість цієї частки визначається на день смерті учасника. У цьому разі розмір статутного фонду товариства підлягає зменшенню.

Що ж до прав спадкоємця померлого учасника повного товариства, то у ст. 69 Закону України «Про господарські товариства» зазначено, що у зв'язку із смертю учасника повного товариства правонаступник (спадкоємець) має переважне право вступу до товариства за згодою решти учасників. У договорі повного товариства має бути передбачена можливість (або неможливість) прийняття до товариства спадкоємця померлого учасника.

Як відзначено в узагальненні практики розгляду судами корпоративних спорів, проведеному Верховним Судом України, у практиці судів

виникають труднощі щодо визначення підвідомчості спорів за участю спадкоємців учасників господарського товариства, які ще не стали учасниками останнього.

Так, постановою Донецького апеляційного господарського суду від 12 червня 2007 р. у справі за позовом ТОВ «Зодіак» до Лазовської С. К., Лазовського О. С. про визначення їх часток у статутному капіталі товариства, успадкованих після смерті учасника товариства, припинено провадження у справі на підставі п. 1 ст. 80 ГПК (спір не підлягає вирішенню в господарських судах). Судова колегія апеляційної інстанції дійшла висновку, що даний спір не є корпоративним з огляду на те, що відносини між юридичною особою — позивачем та спадкоємцем померлого учасника не є корпоративними.

Проте трапляються випадки розгляду господарськими судами справ за позовами спадкоємців учасників товариства — фізичних осіб. Наприклад, рішенням Київського апеляційного господарського суду від 23 квітня 2007 р. змінено рішення господарського суду м. Києва від 28 лютого 2007 р. у справі за позовом Мокіної Г. Г. до ТОВ «Статус», ТОВ «Торговельні мережі 2000» про визнання частково недійсним протоколу загальних зборів, визнання учасником товариства та стягнення моральної шкоди. Судова колегія прийняла рішення про відмову в задоволенні позову у зв'язку з тим, що загальні збори відмовили позивачу (спадкоємцю) у прийнятті до складу учасників товариства. З таким висновком погодився також Вищий

господарський суд України у постанові від 19 липня 2007 р.¹

Оскільки корпоративні права можуть бути об'єктами спадкування як за законом, так і за заповітом, то й спори з приводу успадкування цих прав, на наш погляд, можуть бути предметом розгляду господарського суду.

До корпоративних слід віднести і спори про оскарження неправомірних дій реєстратора щодо внесення змін до реєстру власників іменних цінних паперів та про спонукання реєстратора внести відповідні зміни до реєстру. Втім не можна вважати корпоративним спір про визнання недійсним рішення загальних зборів за позовом фізичної особи, яка не є учасником (акціонером) господарського товариства, оскільки такий спір не пов'язаний з порушенням корпоративних прав цієї фізичної особи.

Корпоративного характеру набуває і спір про поділ між подружжям акцій акціонерного товариства або частки у статутному фонді іншого (неакціонерного) господарського товариства, які перебувають у їх спільній власності (акції) або щодо якої (частки у статутному фонді) у подружжя є корпоративні права. Спір між подружжям щодо цих об'єктів може стосуватися корпоративних прав та інтересів самого товариства або інших його учасників (як сторін або третіх осіб у господарському процесі).

Корпоративними слід вважати і такі спори:

¹ Проблеми застосування законодавства при вирішенні спорів, що виникають з корпоративних відносин. — К., 2008. — С. 8.

– спір за позовом учасника (акціонера) господарського товариства про визнання недійсною угоди, укладеної товариством, умови якої, на думку позивача, позбавляють товариство можливості отримання додаткових прибутків. У цих випадках учасник товариства в такий спосіб захищає свої інтереси;

– справи про визнання недійсними договорів купівлі-продажу майна господарського товариства, укладених на підставі рішень загальних зборів акціонерних товариств, якщо позивач є учасником (акціонером) господарського товариства;

– позов фізичної особи — члена наглядової ради акціонерного товариства про визнання недійсною угоди, укладеної керівником акціонерного товариства за відсутності рішення (згоди) наглядової ради, яке відповідно до статуту є обов'язковим для укладення такої угоди;

– спори щодо припинення юридичної особи — господарського то-

вариства (скасування державної реєстрації);

– будь-який спір стосовно визнання недійсними окремих положень установчих документів або установчих документів господарських товариств у цілому;

– спір щодо права акціонера бути обраним до спостережної ради акціонерного товариства;

– спір з приводу зловживання правом у корпоративних правовідносинах.

Стосовно розмежування трудових і корпоративних спорів слід зазначити, що спори з приводу звільнення з посади голови правління або членів інших органів товариства (наприклад, наглядової ради), якщо вони не є акціонерами (учасниками), підлягають розгляду судами загальної юрисдикції за нормами трудового законодавства.

Опубліковано: Вісн. госп. судочинства. – 2008. – № 1. – С. 125–130.

Договори щодо нерухомого майна: формальні аспекти

Будь-яке соціальне явище має свій зовнішній, формальний бік. У найбільш загальному розумінні форма — це зовнішні межі предмета або зовнішній вияв явища, пов'язаний з його сутністю, змістом. У свою чергу, формальний — означає підхід, здійснений за встановленим порядком, офіційний, який ґрунтується на дотриманні форми, за виробленими правилами¹. У праві різноманітні формальні моменти відіграють особливу роль. За допомогою формалізації встановлюються чіткі та однозначні правила, якими всі учасники відповідних відносин мають керуватися у своїй поведінці.

У теорії цивільного права та на практиці значна увага традиційно приділяється формальним аспектам договірних відносин сторін. Для виникнення необхідних правових наслідків, задля досягнення яких діють учасники договору, їхня воля має

бути об'єктивована та підтверджена відповідним чином. Особливе значення об'єктивація волі має у тому разі, коли предметом договору виступає нерухоме майно. Враховуючи високу цінність та особливі властивості такого майна, законодавство закріплює спеціальні юридичні механізми встановлення та посвідчення волі сторін при укладенні договорів щодо нерухомості. Свого часу Д. І. Мейер писав, що виникнення права має відзначатися певним різким слідом, який би свідчив про його існування. Тому всі законодавства дуже дорожать зовнішнім виявом права, встановленням певного зовнішнього знака, який становить укріплення права (*corroboratio*)². У сучасному розумінні способом укріплення права є нотаріальний акт, яким посвідчується договір щодо нерухомого майна. Крім цього, укріпленню прав сприяє державна реєстрація правочинів щодо нерухомо-

¹ Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В. Т. Бусленко. — К. : Ірпінь, 2005. — С. 1543, 1544.

² Мейер Д. И. Русское гражданское право / Д. И. Мейер. — М., 1997. — Ч. 1. — С. 252.

го майна, а також державна реєстрація права власності та інших речових прав на нерухоме майно (ст. 3, ст. 4 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень»). Державна реєстрація правочинів та прав на нерухоме майно вносить у суспільні відносини необхідний формалізуючий елемент, укріплює права, що випливають із договору, та робить беззаперечним факт належності майна набувачеві.

У частині 1 ст. 209 ЦК України вказано, що правочин, який учинений у письмовій формі, підлягає нотаріальному посвідченню лише у випадках, встановлених законом або домовленістю сторін. Аналогічне правило закріплене у ч. 1 ст. 54 Закону України «Про нотаріат». Таким чином, загальна норма не перелічує випадків обов'язкового нотаріального посвідчення правочинів та відсилає до конкретних положень закону, які і мають визначати це питання. У свою чергу, конкретні правила щодо нотаріального посвідчення договорів «розсіпані» по всьому цивільному законодавству. Вони встановлені для більшості договорів щодо нерухомого майна. Можна вважати, що відсутність нотаріальної форми є винятком і застосовується лише тоді, коли в нотаріальному посвідченні договору немає потреби (договір оренди житла, договір найму будівлі або іншої капітальної споруди строком до трьох років, договір будівельного підряду тощо).

Новим способом укріплення прав на нерухоме майно можна також вважати державну реєстрацію правочинів щодо нерухомості. Формалі-

зація договірних відносин за допомогою державної реєстрації правочинів має своєрідну природу. Відомо, що державна реєстрація не є формою правочину (ст. 205 ЦК України). Вона є певним публічним елементом, який органічно вплетений у процес регулювання цивільно-правових відносин. У літературі зазначалося, що норми щодо реєстрації речових прав та правочинів є чужерідними для цивільних кодексів, проте їх закріплення в цивільному законодавстві зумовлене потребами юридичної техніки¹. Сучасне цивільне законодавство містить норми щодо державної реєстрації правочинів, оскільки вони разом із нормами про нотаріальне посвідчення договорів спрямовані на укріплення прав відносно нерухомого майна. Публічна влада визнає особливу цінність нерухомого майна, тому вона бере на себе обов'язок забезпечити безконфліктний оборот нерухомості в суспільстві. Тому, як зазначалося в літературі, державна реєстрація правочину має не технічний, а правоутворювальний або правопідтверджувальний характер і як юридичний факт є ненормативним актом, що здійснюється відповідним реєструючим органом².

Згідно із ч. 1 ст. 210 ЦК України правочин підлягає державній реєстрації лише у випадках, встанов-

¹ Брагинский М. И. О месте гражданского права в системе «право публичное – право частное» / М. И. Брагинский // Проблемы современного гражданского права : сб. ст. – М., 2000. – С. 70.

² Тресцова Е. В. Актуальные проблемы государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним / Е. В. Тресцова // Изв. вузов. Правоведение. – 2004. – № 3. – С. 63.

лених законом. Такий правочин є вчиненим з моменту його державної реєстрації. У частині 1 ст. 182 ЦК України міститься правило, що стосується нерухомого майна: державній реєстрації підлягає право власності та інші речові права, обмеження цих прав, їх виникнення, перехід і припинення.

Необхідно провести детальніший аналіз вказаних норм закону та визначити їх співвідношення. Перш за все проаналізуємо ст. 182 ЦК України. З одного боку, в ній вказується про право власності та інші речові права, а з другого — про їх виникнення, перехід та припинення. Постає запитання: що підлягає державній реєстрації виникнення права власності у нового власника чи договір, за допомогою якого таке виникнення права відбувається?

Звертає на себе увагу той факт, що у ч. 1 ст. 182 ЦК України правочини прямо не згадуються, тоді як у ч. 2, ч. 3 ст. 182 ЦК про державну реєстрацію правочинів вказано у площині відкритості інформації про державну реєстрацію прав на нерухомість та правочинів щодо нерухомості. Враховуючи назву ст. 182 ЦК України, можна було б очікувати, що її дія обмежується лише встановленням правил щодо реєстрації прав на нерухомість. Проте згадування у ч. 2, ч. 3 цієї статті правочинів щодо нерухомого майна надає їй ширшого змісту. Виникає враження, що ця норма є найбільш загальною й охоплює два випадки державної реєстрації, зокрема: а) прав на нерухоме майно; б) правочинів щодо нього. Оскільки в ч. 1 ст. 182 ЦК України передбачається певний «рух»

речових прав, можна припустити, що в ній хоча і не прямо, йдеться саме про договори щодо нерухомого майна. Це пояснюється тим, що виникнення, перехід та припинення права власності та інших речових прав на нерухомість здійснюється саме за допомогою відповідних договорів. Прийняття вказаного припущення дає підстави для такого запитання: якою є природа правила — «державній реєстрації підлягає виникнення, перехід та припинення права власності та інших речових прав на нерухомість»? На перший погляд, воно має загальний характер і тому має застосовуватися до всіх випадків, коли має місце рух речових прав. Проте аналіз законодавства свідчить, що це не так. Правочини, які забезпечують виникнення, перехід або припинення права власності, далеко не завжди підлягають державній реєстрації.

Існує інша норма, яка безпосередньо присвячена державній реєстрації правочинів — ст. 210 ЦК України. У ній міститься інше правило — державній реєстрації правочини підлягають лише у випадках, передбачених законом. Звертає на себе увагу той факт, що ця норма не акцентує увагу на нерухомому майні. У ній йдеться про всі без винятку цивільно-правові правочини.

Таким чином, ст. 182 ЦК України стосується всіх дій щодо нерухомого майна. З певним припущенням можна вважати, що вона застосовується і до правочинів щодо нерухомості. У ній вказується, що всі випадки виникнення, зміни та припинення права власності щодо нерухомості підлягають державній

реєстрації. У свою чергу, ст. 210 ЦК стосується всіх без винятку цивільно-правових правочинів, очевидно, і правочинів щодо нерухомості. У ній вказується, що державній реєстрації правочини підлягають лише у випадках, передбачених у законі. Виникає запитання: наскільки логічною та послідовною є концепція державної реєстрації правочинів, зокрема договорів щодо нерухомого майна, та як співвідносяться між собою правила, закріплені у ст. 182 та ст. 210 ЦК України?

Для відповіді на це запитання треба проаналізувати норми чинного законодавства. У частині 1 ст. 210 ЦК України вказано, що правочин підлягає реєстрації лише у випадках, встановлених законом. Переводячи це правило у площину договорів щодо нерухомості, можна констатувати, що випадки державної реєстрації таких договорів також мають бути прямо передбачені в законі. Дійсно, закон нерідко встановлює такі конкретні правила (ч. 2 ст. 402, ст. 657, ст. 794 ЦК та ін.). Утім існують договори щодо нерухомості, які, навпаки, державній реєстрації не підлягають. Зокрема, не потребують реєстрації договір дарування (ч. 2 ст. 719 ЦК), договір про поділ спільного майна та виділ з нього частки (ч. 3 ст. 364, ч. 3 ст. 370 ЦК), спадковий договір (ст. 1304 ЦК), шлюбний договір (ст. 94 СК) та деякі ін. Таким чином, аналіз норм законодавства свідчить про відсутність єдиного правила щодо державної реєстрації правочинів. Натомість закон закріплює дві групи правочинів. До першої належать правочини, що потребують державної реєстрації, а до другої — правочини,

державна реєстрація яких законом не вимагається.

Що є підставою такого поділу і чи завжди він є виправданим? Спробуємо порівняти схожі за своєю природою договори, які мають різні правила щодо їх державної реєстрації. Так, згідно із ч. 1 ст. 657 ЦК договір купівлі-продажу земельної ділянки, єдиного майнового комплексу, житлового будинку (квартири) або іншого нерухомого майна укладається у письмовій формі і підлягає нотаріальному посвідченню та державній реєстрації. Аналогічні правила діють стосовно договору міни (ст. 716 ЦК). Разом з тим договір дарування нерухомої речі укладається у письмовій формі і підлягає лише нотаріальному посвідченню (ч. 2 ст. 719 ЦК). Таким чином, договір дарування або міни нерухомого майна потребує державної реєстрації, а договір дарування — ні. Вказані договори належать до однієї групи договорів, спрямованих на передачу майна у власність. Своєрідність договору дарування полягає лише у тому, що майно за цим договором передається другій стороні безоплатно. Проте ця обставина не може бути причиною відсутності вимоги щодо державної реєстрації цього договору, оскільки дарування нерухомого майна за своїм значенням та наслідками аж ніяк не менше, ніж його продаж. Отже, питання про те, чому договір купівлі-продажу або міни нерухомого майна підлягає державній реєстрації, а договір дарування — ні, залишається без відповіді. Будь-яких об'єктивних причин для цього не існує.

Схожою є ситуація, яка стосується ще однієї групи споріднених

договорів — договору ренти, довічного утримання та спадкового договору. Це так звані алеаторні договори, за якими одна сторона (відчужувач) передає майно іншій стороні (набувачеві), а той, у свою чергу, зобов'язується утримувати відчужувача, сплачувати йому певні суми або виконувати його розпорядження довічно. Згідно із ч. 2 ст. 732 ЦК договір про передачу нерухомого майна під виплату ренти підлягає державній реєстрації. Також державній реєстрації підлягає договір довічного утримання (догляду), за яким передається набувачеві у власність нерухоме майно (ч. 2 ст. 745 ЦК). Вказані правила є цілком логічними. Особа, яка віддає належне їй нерухоме майно за договором, потребує підвищеного захисту. Тим більше, що зазвичай відчужувачем за таким договором є літня особа, яка прагне забезпечити свою старість шляхом передання майна іншій стороні. Тут виникає очевидний публічний інтерес, оскільки держава має реагувати на всі випадки порушення прав незахищених верств населення.

За таких обставин логічним було б очікувати аналогічного укріплення прав і стосовно спадкового договору. Цей договір хоча і «прописаний» у Книзі 6 ЦК «Спадкове право», за своєю природою належить до довічних договорів про передання майна у власність. За спадковим договором набувач зобов'язується виконувати розпорядження відчужувача і в разі його смерті набуває право власності на майно відчужувача (ст. 1302 ЦК). Схожість відносин, що виникають за цим договором, та відносин за дого-

вором ренти і довічного утримання є очевидною. Разом з тим спадковий договір укладається у письмовій формі і підлягає лише нотаріальному посвідченню (ст. 1304 ЦК).

Уведення такого правила може пояснюватися лише тим, що на відміну від ренти та довічного утримання за спадковим договором майно переходить у власність набувача лише після смерті відчужувача. Втім ця особливість спадкового договору не змінює того факту, що його предметом може бути цінне нерухоме майно. Хоча воно переходить у власність іншої особи лише після смерті відчужувача, цей договір може зачіпати інтереси багатьох осіб, передусім спадкоємців відчужувача. Ці особи по суті позбавляються права на спадкування. Більше того, вони не набувають навіть права на обов'язкову частку у спадщині (ст. 1241 ЦК). Не можна забувати і тієї обставини, що спадковий договір може укладатися за участю подружжя (ст. 1306 ЦК). Структура такого договору є складною, оскільки договором може бути встановлено, що в разі смерті одного з подружжя спадщина переходить до другого, а в разі смерті другого з подружжя його майно переходить до набувача за договором. Такий договір має тривалий характер, зміна права власності може здійснюватися двічі. Це також суттєво впливає на права сторін договору та зачіпає інтереси інших осіб. Враховуючи вартість та значущість нерухомого майна як об'єкта спадкового договору, тут мало б спрацьовувати правило, закріплене в ч. 1 ст. 182 ЦК, що перехід права власності підлягає державній реєстрації. Разом з тим ця норма тут не діє.

В аспекті досліджуваної теми інтерес становить питання щодо державної реєстрації правочинів у сфері сімейних відносин. Сімейний кодекс (СК) України закріплює конструкцію нового договору, предметом якого виступає нерухоме майно. подружжя, а також особи, шлюб між якими було розірвано, мають право укласти договір про припинення права на утримання замість набуття права власності на житловий будинок, квартиру чи інше нерухоме майно (ч. 1 ст. 89 СК). Аналогічний договір передбачено для батьків та дітей (ст. 190 СК України). Важливо відзначити, що вказані договори, якщо за ними передається у власність нерухоме майно, мають бути нотаріально посвідчені та підлягають державній реєстрації (ч. 1 ст. 89, ч. 1 ст. 190 СК). На відміну від цих договорів шлюбний договір не потребує державної реєстрації. Згідно зі ст. 94 СК України шлюбний договір укладається у письмовій формі і нотаріально посвідчується. Це правило стосується і тих випадків, коли предметом шлюбного договору є нерухоме майно.

Наведені приклади потребують пояснень, чому стосовно одних видів договорів закон передбачає їх державну реєстрацію, тоді як стосовно інших, споріднених за своєю природою, договорів вимога щодо державної реєстрації відсутня. Усі можливі пояснення такої розбіжності не вбачаються переконливими. Тому визнати концепцію державної реєстрації правочинів щодо нерухомого майна логічною та послідовною важко. Складається враження, що в одних випадках законодавець ретель-

но дослідив питання, а в інших — просто «забув» дописати правило щодо реєстрації правочину.

Повернемося до ч. 1 ст. 210 ЦК, у якій вказано, що правочин підлягає державній реєстрації лише у випадках, встановлених законом. Очевидно, що таке «встановлення законом» може здійснюватися двома шляхами: а) «перерахуванням» кожного конкретного випадку; б) закріпленням єдиної формули. Можливе і поєднання обох підходів, коли закон встановлює загальне правило та конкретні норми-винятки із нього.

Якщо для цього немає спеціальних потреб, «метод перерахування» можна вважати першим рівнем узагальнення юридичних явищ. Натомість створення загального правила свідчить про більш високий рівень юридичної техніки, коли з низки окремих явищ виводиться загальна норма, яка охоплює всі конкретні факти. Вдало сформульоване загальне правило здатне охоплювати як факти, що є відомими на час її прийняття, так і ті, що виникнуть у соціальному житті в подальшому.

Можна констатувати, що чинне законодавство перебуває на першому рівні. Воно намагається точково визначити всі конкретні випадки державної реєстрації правочинів¹ замість створення єдиного загального правила. Такий прийом юридичної техніки має суттєві вади. По-перше, він створює загрозу безпідставного «пропуску» того чи іншого договору, який за своєю природою потребує державної реєстрації. По-друге, він не від-

¹ Тимчасовий порядок державної реєстрації правочинів затверджено Постановою КМ України від 26.05.2004 р. № 671.

повідаеть сучасним умовам цивільного обороту і видається архаїчним. Відомо, що в новому ЦК України свобода договору визначена як одна із загальних засад цивільного законодавства (п. 3 ст. 3, ст. 627 ЦК України). Сторони можуть укладати будь-які договори, як передбачені, так і не передбачені законом. Більше того, вони мають право відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд (ч. 3 ст. 6 ЦК України). Таким чином, у практиці можуть укладатися не визначені законом договори щодо нерухомого майна, які за своєю природою потребують державної реєстрації. За таких умов «метод перерахування» є неприйнятним, оскільки він потребує постійного оновлення законодавства та «латання» прогалин, що виникають у договірній практиці.

Вказане свідчить про необхідність концептуального вирішення питання щодо державної реєстрації правочинів. Можна вважати, що тут виникає два вектори, які визначаються характером правочинів щодо нерухомості. Зокрема, можна виокремити правочини, які: а) не пов'язані з переходом права власності на нерухоме майно до іншої особи; б) спрямовані на перехід права власності на нерухоме майно до набувача. Очевидно, що саме цей момент є вирішальним.

Зрозуміло, що немає потреби встановлювати державну реєстрацію для всіх без винятку правочинів щодо нерухомого майна. Перш за все це стосується договорів, спрямованих не тимчасове користування нерухомістю. Договори найму (оренди) май-

на можуть потребувати реєстрації лише у випадках, прямо передбачених законом. Наприклад, найм будівлі або іншої капітальної споруди на строк не менш ніж три роки (ст. 794 ЦК). Таким чином, для договорів цієї групи загальним правилом буде відсутність їх державної реєстрації. Винятки становитимуть випадки, прямо передбачені законом.

Інша річ — договори, метою яких є перенесення права власності від однієї особи до іншої, тобто ті, в яких має місце «передавальний ефект»¹. Договори, за якими здійснюється відчуження майна, мають підпорядковуватися більш суворому правилу. Очевидно, усі договори цієї групи мають підлягати державній реєстрації. Це пояснюється тим, що перехід права власності за договором викликає принципово важливі наслідки для сторін та інших осіб, права та законні інтереси яких пов'язані з цим фактом. Окрім того, найбільш серйозні порушення права власності виникають при укладенні договорів, які стосуються відчуження нерухомого майна. Для запобігання таким випадкам і встановлені правила щодо державної реєстрації більшості правочинів цієї групи. І навпаки, якщо виникне потреба, то закон може прямо визначити випадки, коли договори про відчуження нерухомого майна не підлягатимуть реєстрації.

Підсумовуючи, можна запропонувати додати до ст. 210 ЦК України частину, яка б стосувалася саме нерухомого майна:

– правочини, які опосередковують перехід права власності на не-

¹ Шапп Я. Система германського громадянського права / Я. Шапп. – М., 2006. – С. 106.

рухоме майно, підлягають державній реєстрації, якщо інше не передбачено законом;

– правочини щодо нерухомого майна, які не пов'язані з переходом права власності на майно, підлягають державній реєстрації у випадках, передбачених законом.

Окрім цього, корегування потребує і ст. 182 ЦК України. Виходячи з назви цієї статті — «Державна реєстрація прав на нерухомість», логічним було б звільнити її від «зайвих» правил, що стосуються право-

чинів. У частині 1 ст. 182 ЦК можна обмежитися таким формулюванням: «Право власності та інші речові права на нерухомі речі, а також обмеження цих прав підлягають державній реєстрації». Окрім цього, у ч. 2, ч. 3 ст. 182 ЦК необхідно виключити слова, які стосуються державної реєстрації правочинів з нерухомим майном. Усі правила щодо державної реєстрації правочинів мають бути розміщені у ст. 210 ЦК України.

Опубліковано: Вісн. Акад. прав. наук України. – 2008. – № 1. – С. 138–146.

Наука цивільного права України: поняття, предмет, методологія

1. Поняття цивілістики, її місце у правознавстві.

Поняття цивілістики. У юридичній літературі поняття науки цивільного права отримало різні оцінки. У довідкових виданнях зустрічається розуміння цивілістики у вузькому і широкому значеннях: як науки цивільного права і як узагальнюючого поняття, яке іноді вживають для визначення суспільних відносин цивільно-правового змісту¹.

Схожий підхід містить і вітчизняна юридична література, в якій цивілістика розглядається з двох позицій: а) як узагальнююче поняття приватного права (визначає поняття, проблеми нормативного регулювання та практику цивільних відносин, включаючи сімейно-пра-

вові, цивільно-процесуальні та приватні міжнародно-правові відносини); б) як галузь юридичної науки, предметом якої є: норми цивільного права; цивільні правовідносини як юридична форма відповідних суспільних відносин, що регулюються цивільним законодавством; юридичні факти; судова, судово-господарська й адміністративна практика застосування цивільно-правових норм².

Уживання терміна «цивілістика» у такому широкому значенні в наукових дослідженнях не можна визнати виправданим, що є тотожним поняттю цивільного права як галузі права та ускладнює відмежування від поняття галузі цивільного права. У цьому зв'язку термін «цивілістика» доцільно розглядати у власному, юридично професійному значенні як різновид юридичної науки. Такий

¹ Юридична енциклопедія : в 6 т. / голова редкол. Ю. С. Шемшученко. – К. : Укр. енцикл., 2001. – Т. 3. – С. 393; Словник іншомовних слів / за ред. О. С. Мельничука. – К. : УРЕ, 1977. – С. 739.

² Юридична енциклопедія : в 6 т. / редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова) та ін. – К. : Укр. енцикл., 2004. – Т. 6. – С. 363 (автор статті – В. П. Нагребельний).

підхід дає можливість провести чітке відмежування поняття цивільного права як галузі права від науки цивільного права, яку також називають цивілістикою.

У найзагальнішому вигляді наука цивільного права — це вчення про цивільне право або цивільно-правову доктрину. Науку цивільного права не можна змішувати з однойменною галуззю права, сферою законодавства та навчальною дисципліною. На відміну від цивільного права як галузі права та навчальної дисципліни, зміст цивілістики становлять не правові норми чи нормативні акти. Цивілістика являє собою систему знань — понять, положень і висновків про цивільно-правові явища.

Науку цивільного права розглядають як «систему знань про законність цивільно-правового регулювання суспільних відносин, тлумачення цивільно-правових норм, результати аналізу й узагальнення практики цивільних норм, суть термінології норм¹.

Вироблена цивілістичною наукою сукупність знань про цивільно-правові явища становить її зміст. Ці знання систематизуються за основними розділами цивілістики, які не завжди збігаються із систематикою інститутів цивільного права та цивільного законодавства. У цьому контексті слід виділяти вчення про цивільне правовідношення, про правонаступництво в цивільному праві, про цивільно-правову відповідальність.

¹ Цивільне право України / за ред. О. В. Дзери та Н. С. Кузнецової. — К., 2004. — Ч. 1. — С. 41.

Значення положень і висновків правової науки полягає не в їх нормативному характері (вони не визнаються джерелами права). Роль цивілістичної науки визначається високим авторитетом учених, які обґрунтували свої положення. Зазвичай їх висновки стають теоретичною базою створення нових правових норм, тобто правотворчості у сфері цивільного права.

Отже, наука цивільного права, або цивілістика, — це галузь юридичної науки, яка вивчає приватні права, становлення і зміст цивільно-правових норм і закріплених ними інститутів та конструкцій, правила і практику тлумачення й застосування цих норм з метою виявлення перспектив і тенденцій розвитку інститутів цивільного права.

Місце цивілістики у правознавстві. Цивільно-правова наука є однією з галузей, гілкою правознавства — правової науки. Цивілістика, як і юриспруденція загалом, належить до так званих соціальних, суспільних або гуманітарних наук. Цивілістика має власне місце в системі наук про право, яке визначає її співвідношення з іншими правовими науками. Цивільне право виступило історичною основою розробки загально-теоретичних конструкцій. Звідси тісний зв'язок науки цивільного права із загальною теорією держави і права. Не випадково ряд відомих цивілістів є авторами праць із загальної теорії права (Г. Ф. Шершеневич, С. С. Алексєєв, С. М. Братусь, Р. О. Халфіна тощо). Тісний зв'язок встановлюється між науками цивільного та конституційного (державного) права, оскільки Конституція під-

няла на конституційний рівень ряд конструкцій, які сформувалися у сфері цивільного права. У цьому зв'язку правильне застосування відповідних конституційних положень вимагає використання знань цих двох наук. Особливо тісно пов'язані цивільне та адміністративне право, критерії розмежування яких служать підставою для спорів про господарське право, поняття якого виникло на Заході внаслідок господарської діяльності держав та сформованого ними економічного законодавства¹. Посилення господарської складової в адміністративних відносинах викликали до життя суперечливу тенденцію запозичення окремих цивільно-правових конструкцій (договору, послуг тощо) для цілей регулювання адміністративних відносин, що знайшло відображення в категоріях адміністративного договору, адміністративних послуг, поняття і сфера застосування яких залишаються нечіткими. Наведене пояснює зв'язок цивільно-правової та адміністративно-правової наук. Не менш тісний зв'язок існує між науками цивільного і міжнародного приватного права, цивільного і сімейного права, цивільного права і цивільного процесу².

За класифікацією Вищої атестаційної комісії України вони віднесені до однієї наукової спеціальності — 12.00.03. До складу цієї дисципліни включаються чотири основних розділи — цивільне право (у РФ і підприємницьке), цивільний процес, сімейне право і міжнародне приватне право.

¹ Цит. за: Тархов В. А. Гражданское право. Общая часть : курс лекций / В. А. Тархов / Чебоксары : Чуваши. кн. изд-во, 1997. — С. 89–90.

² Там само. — С. 90.

2. Предмет і завдання науки цивільного права.

Предмет науки цивільного права. Цивілістика має власні предмет, методологію, завдання, наукові школи (основні наукові напрями).

Предметом науки називається сукупність предметів і явищ, що виступають об'єктом її уваги, тобто те, що вивчається наукою.

Наука цивільного права має власний предмет, який є сукупністю цивільно-правових явищ. Цивілістика вивчає приватні права, становлення і зміст цивільно-правових норм і закріплених ними інститутів та конструкцій, правила і практику тлумачення і застосування цих норм з метою виявлення перспектив і тенденцій розвитку інститутів цивільного права.

Предмет цивілістики значно відрізняється від предмета цивільного права. Вироблені цивілістикою висновки ґрунтуються як на догматичному аналізі (тлумаченні) цивільно-правових норм, так і на використанні інших категорій і конструкцій, що дають можливість пояснювати наявні цивільно-правові явища, певною мірою прогнозувати їх розвиток.

Тривалий час головним об'єктом наукової уваги української юриспруденції традиційно вважалися правові, а точніше — законодавчі норми, зміст і соціальні функції закріплених ними юридичних інститутів і конструкцій.

За сучасних умов спостерігається тенденція до перенесення центру тягаря вивчення на суб'єктивні приватні права, процеси їх здійснення і захисту. Подібні процеси прита-

манні і цивілістичній науці, яка рухається від переважного вивчення норм (права в об'єктивному значенні) до пріоритетного вивчення суб'єктивних приватних прав. Норми при цьому розглядаються лише як спосіб встановлення змісту цих прав, підстави їх виникнення і припинення.

Завдання науки цивільного права. Перед цивілістикою, як і правознавством узагалі, стоять три головних завдання: встановлення, пояснення та оцінка норм права. Перші два завдання мають теоретичний характер, досліджують те, що є, третє завдання має практичний характер, оскільки визначає те, що повинно бути¹.

Завдання, які ставить собі наука, визначають методи, прийняті в юридичних науках. Завдання встановлення норм права обслуговується догматичним методом, завданню пояснення служать методи історичний і соціологічний, нарешті, оцінка норм досягається за допомогою критичного методу².

Завданнями цивілістики виступають структуровані на певні групи цілі, які досягаються засобами науки цивільного права.

В умовах сьогодення основні завдання цивілістики можуть бути зведені перш за все до опису досліджуваних цивільно-правових інститутів і конструкцій, виявлення в них загальних і особливих рис, встановлення формально-логічних зв'язків і співвідношення між досліджува-

ними правовими явищами³. Важливим призначенням цивілістики є пізнання закономірностей розвитку приватно-правових явищ, визначення місця і ролі приватного права та приватно-правових відносин у системі права і законодавства України. Одне із завдань науки цивільного права полягає в розробці критеріїв структуризації приватного права як комплексної галузі права і визначення його складу. Важливе місце має завдання уточнення формальних і матеріальних критеріїв приватного права, пов'язаних відповідно зі способом регулювання і змістом правовідносин, які регулюються.

До завдань цивілістики належить науково-методична класифікація (групування) предметів і явищ, які вивчаються, спрямована на систематизування досліджуваних елементів, тобто виявлення існуючих між ними (або встановлення нових) зв'язків, завдяки яким створювана з елементів єдність набуває якісно нових властивостей, здатності виконувати нові функції.

Цивілістика покликана забезпечити найповніше врахування приватних інтересів як основи конкретних приватних правовідносин, спрямованих на задоволення різноманітних потреб індивідів. Для цивілістики важливу роль відіграє завдання визначення меж взаємодії приватного й публічного інтересів та вироблення можливих шляхів і ефективних механізмів їх узгодження у ході побудови громадянського суспільства в Україні.

¹ Шершеневич Г. Ф. Общая теория права : учеб. пособие / Г. Ф. Шершеневич. – М., 1995. – Т. 2. – Вып. 2–4. – С. 328–329.

² Там само. – С. 329.

³ Белов В. А. Гражданское право: Общая часть : учебник / В. А. Белов. – М. : АО «Центр ЮрИнфоР», 2002. – С. 25–26.

Традиційно важливе завдання науки цивільного права полягає у з'ясуванні ролі приватноправових відносин у становленні та розвитку громадянського суспільства, а також визначенні цілей і вдосконаленні механізмів приватноправового регулювання, науковому забезпеченні ефективного впливу приватного права на розвиток суспільства.

Системність впливу цивілістики неможлива без оцінки досліджуваних елементів і системи в цілому на предмет адекватності їх умовам функціонування, доцільності та ефективності.

Прогностична функція цивілістики реалізується у ході вироблення пропозицій і прогнозів розвитку й застосування відповідних інститутів і конструкцій.

Залежно від завдання, яке той чи інший учений вважає для себе центральним, а також предмета наукової уваги, вирізняють кілька напрямів вивчення цивільного права (предметом вивчення яких може бути як вітчизняне, так й іноземне право): історичний — вирішує завдання науки на історичному матеріалі; догматичний — застосовує методи цивілістики до сучасного матеріалу позитивного права; політико-правовий напрям вирішує прогностичні завдання, що мають на меті показати, яким право повинно бути і пояснити, чому це так.

3. Методологія науки цивільного права.

Поняття і зміст методології цивілістики. Поняття «методологія» має два основних змістових значення: методологія, по-перше, як система певних способів і прийомів, які за-

стосовуються в тій чи іншій галузі діяльності — науці, політиці, мистецтві тощо; по-друге — як учення про цю систему або як загальна теорія методу, теорія в дії. У зв'язку з цим методологія являє собою філософське вчення про систему методів наукового пізнання і перетворення реальної дійсності, а також учення про застосування принципів, категорій, законів діалектики і наук до процесу пізнання і практики в інтересах набуття нових знань. У процесі пізнання і дії методологія розробляє немов стратегію пізнавальної і практичної діяльності і виконує такі основні функції: вона спрямовує хід наукового дослідження оптимальним шляхом в інтересах набуття нового істинного знання; регулює застосування методів, засобів і прийомів у процесі пізнання і практики; узагальнює результати наукового пізнання в різні форми знання; формує загальні принципи і методи наукового дослідження.

Слід розмежовувати «методологію наукового дослідження» від «методики наукового пізнання». На відміну від методології як системи методів, методика наукового пізнання виражає певну послідовність вирішення конкретного наукового і практичного завдання, а також сукупність і порядок використання застосовуваних при цьому методів¹.

Цивілістична наука ґрунтується на адекватній її предмету методології. Цивілістичною методологією називається її частина, яка вивчає сукупність методів (способів, прийомів

¹ Баскаков А. Я. Методология научного исследования : учеб. пособие / А. Я. Баскаков, Н. В. Туленков. — 2-е изд., испр. — Киев : МАУП, 2004. — С. 18.

мів), які застосовуються вченими для дослідження предмета приватного права. У літературі юридичну методологію пов'язують із методикою наукової діяльності. Цивілістична методологія вивчає методика наукової цивілістичної діяльності (цивілістики). У свою чергу, методика являє собою технологію ведення наукової юридичної діяльності, яка виражається в сукупності методів (прийомів, способів) провадження цієї діяльності, тобто засобів вирішення поставлених перед наукою завдань і досягнення таких цілей¹.

Основну складову методології наукового пізнання становлять методи наукового дослідження. Поняття «метод» (від грец. *methodos* — спосіб пізнання) у широкому розумінні означає «шлях до чого-небудь» або спосіб діяльності суб'єкта в будь-якій її формі. Метод зводиться до сукупності певних правил, прийомів, способів і норм пізнання та дії. Основна функція методу полягає у внутрішній організації та регулюванні процесу пізнання або практичного перетворення того чи іншого об'єкта².

У цивілістиці використовуються загальнонаукові та спеціально-юридичні методи дослідження. До загальнонаукових належать діалектичний, формально-логічний, історичний, системно-структурний і функціональний прийоми наукового дослідження.

¹ Див.: Белов В. А. Гражданское право: Общая часть: учебник / В. А. Белов. — М.: АО «Центр ЮрИнфоР», 2002. — С. 25–26.

² Баскаков А. Я. Методология научного исследования: учеб. пособие / А. Я. Баскаков, Н. В. Туленков. — 2-е изд., испр. — Киев: МАУП, 2004. — С. 16.

Діалектичний метод ґрунтується на визнанні об'єктивності і певної закономірності суспільного розвитку, «...пізнанні суспільних явищ у процесі їх розвитку (динаміки), у його найбільш повному, глибокому і вільному від односторонності вигляді»³. У радянській правовій науці основою пізнання тривалий час вважалося винятково марксистське матеріалістичне вчення про право, згідно з яким право є надбудовою над матеріальним базисом, визначається останнім і змінюється разом із ним. Однак зараз намітився відхід від матеріалістичного монізму, і право, насамперед цивільне, розглядається як елемент цивілізації (культури), що становить самостійну цінність. При цьому не заперечується зв'язок права з матеріальними умовами життя суспільства, однак відсутня «тверда прив'язка» його до тієї чи іншої суспільно-економічної формації, не відкидаються цінності й досягнення правової думки інших цивілізацій. У цьому зв'язку в цивілістичній літературі слушно зазначається, що така переоцінка обумовлена зростанням інтересу до гуманітарних аспектів приватного права. Логічним її наслідком є відмова від визнання винятковості будь-якої із систем права і зростання інтересу до основних понять та інститутів приватного права. Такий підхід одержав назву «цивілізаційного методу» (на відміну від «формаційного»), що дає підстави стверджувати про формування в сучасній цивілістиці загальнонау-

³ Див.: Ленин В. И. Полное собрание сочинений / В. И. Ленин. — Т. 23. — С. 43–44. Див. також: Т. 26. — С. 53–54.

кового цивілізаційного діалектичного методу¹.

Системний метод передбачає проведення наукових досліджень з урахуванням різних сторін розгляданого явища, зв'язку цього явища з іншими обставинами, його розвитку. Цивілістичне дослідження, яке має враховувати всі сторони відповідного явища і ґрунтуватися на достатній масі фактів, не може ґрунтуватися [переважно] на апіорних висновках. У цивілістиці «... (як і в науці загалом), де йдеться про масові явища, а не про одиничні випадки», «необхідно брати не окремі факти, а всю сукупність фактів, без жодного винятку, які стосуються розгляданого питання»². Системність цивілістичних досліджень передбачає врахування існуючих поглядів, ідей з метою створення нових знань про досліджуване явище. Тому цивілістичні праці не повинні [лише] повторювати вже відоме і не додавати нічого нового. Водночас слід застерігати від намагань дати «нове» за будь-яких умов, не враховуючи необґрунтованості і навіть помилковості такої «новизни»³.

Системний підхід обумовлює органічний зв'язок наукової роботи з практикою. Це слід розуміти не лише

як необхідність знання практики вченими-цивілістами, а й поєднання юристами-практиками наукової сторони з догмою права. Необхідність поєднання цих двох якостей викликана тим, що «...практика є критерієм істинності наукових досліджень. У свою чергу, наукові дослідження мають служити практиці»⁴.

Формально-логічний метод ґрунтується на використанні правил формальної логіки та мови. Він використовується при тлумаченні цивільно-правових норм, формулюванні цивільно-правових понять, класифікації цивільно-правових явищ. Цей метод покликаний визначити серед наявних норм ряд інших, прихованих норм. Основними прийомами формальної логіки є індукція [повна, неповна] і дедукція. Метод індукції спрямовує думку дослідника від приватного до загального, від емпіричного аналізу, спостереження та експерименту до пізнання причин і законів реального світу⁵. За допомогою індукції ми виводимо із норм, які стосуються всіх випадків будь-якого класу, взятих окремо, загальну норму (принцип) для всього цього класу. У цьому зв'язку «загальні норми права становлять переважно немов готовий матеріал для дедуктивних робіт: вивчивши зміст закону, можна робити з нього логічні висновки, розвивати загальні його поняття і положення і будувати на цій основі систему цивіль-

¹ Див.: Цивільне право України : підручник : у 3 кн. Кн. 1 / Є. О. Харитонов, Р. О. Стефанчук, А. І. Дришлюк та ін. ; за ред. Є. О. Харитонova, А. І. Дришлюка. – Одеса : Юрид. л-ра, 2005. – С. 50 (автор глави – Є. О. Харитонов).

² Див.: Ленин В. И. Полное собрание сочинений / В. И. Ленин. – Т. 27. – С. 304; Т. 30. – С. 350–351.

³ Див.: Тархов В. А. Гражданское право. Общая часть : курс лекций / В. А. Тархов. – Чебоксары : Чуваш. кн. изд-во, 1997. – С. 89.

⁴ Див.: Ленин В. И. Полное собрание сочинений / В. И. Ленин. – Т. 18. – С. 145–146, 198; Т. 40. – С. 25.

⁵ Баскаков А. Я. Методология научного исследования : учеб. пособие / А. Я. Баскаков, Н. В. Туленков. – 2-е изд., испр. – Киев : МАУП, 2004. – С. 16.

ного права»¹. Дедукція, навпаки, спрямовує думки дослідника від загального до окремого. При цьому дедукція в науці цивільного права, яка надає останньому систематичної форми, пов'язана змістом позитивних законів і не дає нам по суті [нічого] нового, її результати є суто формальними. Дійсний цивільний побут (практичне/догматичне цивільне право) можна вивчати не інакше, як індуктивним шляхом. З цією метою необхідно, по-перше, спостерігати та вивчати конкретні цивільні відносини і факти побуту, збирати зразки правочинів та актів, які визначають ці відносини та особливо найнадійніший матеріал такого роду — судові рішення»².

Історичний метод дозволяє окреслити не лише соціально-економічні передумови виникнення та розвитку конкретного цивільно-правового інституту, а й визначити тенденції та перспективи його розвитку.

Для наукового вивчення досліджуване явище нерідко виділяють із загального зв'язку, що може викликати викривлене уявлення про предмет³. Тому застосовується системно-структурний підхід, який означає намагання взяти досліджуване відношення не лише ізольовано, а й у системі тих відносин, які його оточують⁴. Системний метод викорис-

товується при дослідженні цивільно-правових явищ, які мають складну внутрішню будову і складаються з кількох елементів (наприклад, підстави виникнення цивільних правовідносин складаються з трьох елементів: правова норма, правосуб'єктність учасників, юридичний факт). Відповідно, ці явища розглядаються в усій сукупності⁵.

Серед спеціальних методів можна виділити три основних, що найчастіше використовуються:

а) герменевтичний, який полягає у застосуванні вироблених юриспруденцією способів тлумачення правових норм, які відрізняються за змістом від прийомів формальної логіки;

б) догматичний, який передбачає встановлення суті і призначення юридичних інститутів шляхом застосування спеціально-юридичних прийомів конструювання правових норм та їх тлумачення. Догматичний метод полягає у тлумаченні структури і змісту цивільно-правових норм з метою встановлення їхньої «букви» і «духу», взаємозв'язку між ними. При цьому предметом аналізу є норми права як такі. Догматичний метод органічно поєднаний з методами тлумачення (герменевтики) і формальної логіки. Коли тлумачення роз'яснило зміст наявних норм, а методом формальної логіки вилучено з них інші, приховані норми, виникає громіздка маса матеріалу, в якій важко розібратися і тим більше запам'ятати. У зв'язку з цим догматичний метод покликаний спрости-

¹ Див.: Шершеневич Г. Ф. Наука гражданского права в России / Г. Ф. Шершеневич. — М. : Статут, 2003. — С. 153.

² Там само. — С. 153–154.

³ Див.: Маркс К. Сочинения / К. Маркс, Ф. Энгельс. — Т. 20. — С. 20–21.

⁴ Цит. за: Тархов В. А. Гражданское право. Общая часть : курс лекций / В. А. Тархов. — Чебоксары : Чуваш. кн. изд-во, 1997. — С. 89.

⁵ Див.: Цивільне право : практикум : навч. посіб. / відп. ред. Р. А. Майданик, Н. С. Кузнецова, О. В. Дзера. — К. : Всеукр. асоц. вид. «Правова єдність», 2008. — С. 34.

ти, впорядкувати і перетворити результат тлумачення і логічного розвитку норми. Іноді його ще іменують конкретно-правовим, або формально-юридичним, способом;

в) компаративістський, або порівняльно-правовий, суть якого полягає в порівнянні схожих правових інститутів, сформованих у різних правових системах, і на підставі порівняння умов їх становлення, розвитку і застосування — виявленні факторів, які обумовлюють той чи інший вид і зміст відповідного інституту. Цей метод сприяє правильному розумінню і застосуванню цивільних норм, виявленню недоліків і прогалин законодавства шляхом зіставлення підходів до формулювання тих чи інших правових норм у різних правових системах.

Окрім зазначених методів (герменевтичного, догматичного, порівняльно-правового), цивілісти нерідко використовують у своїх працях спеціальні методи інших наук, як правило, математики, статистики, соціології, історії і лінгвістики.

4. Методологія цивілістичних досліджень.

Цивілістичні дослідження як вид наукового пізнання. Наука цивільного права розробляє самі методи побудови наших теорій, тобто стандарти проведення цивілістичних досліджень. Цивілістична методологія ґрунтується на загальних вимогах, які ставляться до наукового дослідження, з притаманними науковому пізнанню природою, структурою та особливостями.

Наукове пізнання, або дослідження, дає можливість «...набувати

істинних знань про найважливіші аспекти досліджуваних об'єктів, явищ і процесів, а також про істотні ознаки, риси, зв'язки та відносини предметів і явищ дійсності. Його результати виступають, як правило, у вигляді системи понять, категорій, законів або теорій»¹.

Інакше кажучи, наукове пізнання спрямоване передусім на отримання об'єктивного та істинного знання про досліджуваний об'єкт, явище чи процес і не допускає пристрасного та тенденційного ставлення до них. Для наукового пізнання навколишній світ постає як реальність, надана людині в його чуттєвих і логічних образах. Основне завдання наукового пізнання полягає у виявленні об'єктивних законів навколишньої дійсності — природних, соціальних, а також законів самого пізнання і мислення. Цим і обумовлюється орієнтація дослідника головним чином на загальні, істотні риси предметів і явищ та вираження їх у системі абстракцій. Інакше доведеться констатувати фактичну відсутність науки, оскільки саме поняття науковості передбачає перш за все відкриття законів, а також занурення у сутність явищ, які вивчаються.

Головною метою і вищою цінністю наукового пізнання є відкриття об'єктивної істини, яка досягається переважно за допомогою раціональних засобів і методів. Звідси характерною рисою наукового пізнання за змістом є його об'єктивність, яка передбачає усунення по можливості всіх суб'єктивних аспектів.

¹ Герасимов И. Г. Научное исследование / И. Г. Герасимов. — М., 1972. — С. 50–58.

Поряд з цим основною функцією наукового пізнання або дослідження є передусім обслуговування потреб практики. Наука значно більшою мірою, ніж інші форми пізнання, орієнтована на те, щоб бути втіленою в практиці, або, інакше кажучи, бути «керівництвом до дії» зі зміни навколишньої дійсності та управління реальними процесами. Життєвий сенс наукового пізнання може бути виражений такою формулою: «Знати, щоб передбачити, передбачити, щоб діяти практично» не лише у сучасному, а й у майбутньому¹.

Окрім того, у гносеологічному сенсі наукове пізнання, або дослідження, виступає ще й як складний, суперечливий процес відтворення знань, які становлять струнку систему ідеальних форм і логічних образів, закріплених перш за все в мові — природній або — що не менш характерно — штучній (наприклад, у вигляді математичних символів, хімічних формул тощо). Наукове знання не просто фіксує свої елементи, а й безперервно відтворює їх на власній основі, тобто формує згідно зі своїми нормами і принципами. Такий процес безперервного самооновлення наукою свого концептуального арсеналу — це не лише процес її розвитку, а ще й важливий показник науковості пізнання².

Особливості методології цивілістичних досліджень. Сучасній цивілістиці притаманне широке застосування порівняльно-правових до-

¹ Баскаков А. Я. Методология научного исследования : учеб. пособие / А. Я. Баскаков, Н. В. Туленков. — 2-е изд., испр. — Киев : МАУП, 2004. — С. 7.

² Там само. — С. 7–8.

сліджень. Нерозумно ігнорувати досвід «особливо тих країн, де є довголітня практика ринкової економіки та її правової регламентації. Разом з тим з використанням цього досвіду необхідно враховувати наші особливості, що визначаються як рівнем розвитку економіки, так і національними традиціями»³. Вітчизняне цивільне право, яке формувалося протягом багатьох століть, «...уже давно перетворилось із конгломерату різнорідних норм у їх систему зі своїми принципами і закономірностями, базовими поняттями і термінологією... Правові інститути і поняття, якщо вони взяті з іншої системи цивільного права (компанія, агентський договір, забезпечувальний інтерес тощо), або приживаються в нашому цивілістичному ґрунті у викривленому вигляді, або не приживаються взагалі»⁴.

При цьому теза про необхідність збагачення вітчизняної науки цивільного права за рахунок концепцій, сформульованих на базі інших правових систем, не підлягає сумніву. Однак сприйняття відповідних концепцій та адаптація їх до умов вітчизняного цивільного обороту не повинні призводити до втрати вже накопиченого⁵.

Цивілістика визначає *методологію дослідження і форму подання*

³ Див.: Гонгало Б. М. Мысли и речи о науке гражданского права / Б. М. Гонгало // Цивилистические записки : межвуз. сб. науч. тр. — М. : Статут : Ин-т частн. права, 2002. — Вып. 2. — С. 6.

⁴ Цит. за: Цивилистические записки : межвуз. сб. науч. тр. — М. : Статут : Ин-т частн. права, 2002. — Вып. 2. — С. 7.

⁵ Див.: Гонгало Б. М. Знач. праця. — С. 8.

матеріалу. Цивілістичну працю доцільно розпочинати із загальних питань цивільного права, безпосередньо пов'язаних із тематикою дослідження. При цьому, якщо заявлена певна тема, автор має присвятити своє дослідження саме цій темі, а не викладати свої міркування, що деякою мірою її стосуються. За сучасних умов нерідко практикується інший підхід. Коли поряд із розглядом питання, винесеного в заголовок, між іншим (мимохідь) вирішуються інші проблеми. При цьому такими «іншими проблемами» виступають положення фундаментального характеру, про які мимохідь говорити взагалі неприпустимо. Наприклад, про поняття і значення права, предмет приватного права, метод правового регулювання тощо. З урахуванням оглядовості аналізу (оскільки предмет дослідження інший) найчастіше відповідні твердження недостатньо обґрунтовуються або є просто голослівними¹.

Нерідко досить спірні положення подаються як якісь постулати. При цьому іноді автор навіть не обтяжує себе аналізом літератури і відповідно не знає про існування іншої позиції. В інших випадках автор вважає, що він (і лише він) володіє істиною в останній інстанції.

Наукове дослідження повинно являти собою ланцюг логічних побудов. Будь-яке твердження має бути обґрунтованим (з точки зору формально-юридичної, з урахуванням

економічних факторів тощо). Дослідник повинен дати «відповідь» на «запитання», яке є предметом дослідження.

Зазначені положення часто ігноруються у науковій діяльності. Нерідко у дисертаційному дослідженні обсяг загальнотеоретичних положень становить половину чи навіть більше від загального обсягу роботи, що перешкоджає глибокому аналізу й обумовлює оглядовий характер питань з основної проблеми дослідження.

Окремі дослідження настільки глибоко «заводять» автора у філософсько-правовий бік відповідної цивілістичної теми, що він у результаті «забуває» розглянути більшість реально існуючих цивілістичних проблем цієї тематики. Сучасна доктрина у деяких випадках некритично запозичує окремі ідеї, захоплюючись теоретизуванням, науковістю (рос. наукообразністю). Так, у 70-ті роки ХХ ст. у юридичній літературі з'явилися твердження про необхідність поряд із такими категоріями, як «правосуб'єктність» і «правоздатність», виділяти «правовий модус» (а то й «субмодус»), «правовий комплекс», який охоплює «статус», «модус» тощо. На думку О. О. Красавчикова, такі «дослідження в частині відкритих зірок так само сумісні інколи з істиною, як сумісні між собою судження астрономів та астрологів»². Тим не менше і сьогодні можна зустріти досить значні за обсягом міркування про те, що «звер-

¹ Див.: Гонгало Б. М. Мысли и речи о науке гражданского права / Б. М. Гонгало // Цивилистические записки : межвуз. сб. науч. тр. – М. : Статут : Ин-т частн. права, 2002. – Вып. 2. – С. 10.

² Красавчиков О. А. Гражданская правосубъектность как правовая форма / О. А. Красавчиков // Правовые проблемы гражданской правосубъектности : межвуз. сб. науч. тр. – Свердловск, 1978. – С. 10.

нення до категорії «правовий модус» цілком адекватно сучасному стану суспільних відносин, які входять до сфери правового регулювання, їх помітної ускладненості та загальному збагаченню». Подібного роду конструкції не лише ведуть до засмічення понятійного апарату, а й нерідко є помилковими з концептуальної точки зору.

Цивілістичне дослідження повинне мати форму, адекватну тематиці і змісту наукової роботи. Те, в якій словесній формі проводиться дослідження, значною мірою обумовлює успіх (або неуспіх) того чи іншого твору, зокрема й психологічного характеру. Складний заплутаний текст дратує читача, адже відомо: той, хто ясно мислить, той ясно викладає свої думки. До того ж слід враховувати специфіку аудиторії, на яку розраховано те чи інше звернення вченого. Зокрема, стиль класичного підручника з цивільного права, останнім часом дещо призабутий, є одним із найскладніших жанрів творчості, зміст якого має бути виключно логічним, стисло сформульованим, містити чіткі визначення і висновки, що обтяжені надмірним аналізом дискусійних питань і використанням судової практики.

З цієї точки зору сумнівною є коректність поширеної останнім часом практики передруковування того самого тексту (інколи з незначними змінами) у підручнику, науково-популярній брошурі чи книзі, коментарі до будь-якого закону¹.

¹ Див.: Гонгало Б. М. Мысли и речи о науке гражданского права / Б. М. Гонгало // Цивилистические записки : межвуз. сб. науч. тр. – М. : Статут : Ин-т частн. права, 2002. – Вып. 2. – С. 11.

Певні методологічні відхилення від норми спостерігаються у вітчизняній цивілістиці при підготовці науково-практичних коментарів (до кодексу, іншого законодавства). Жанр коментаря неймовірно популярний останнім часом. У даному випадку йдеться виключно про коментарі у вигляді окремого видання. Свідченням цього є численні коментарі до Цивільного та Сімейного кодексів України, навчальні посібники і брошури з цивільного права. Нерідко подібна коментаторська література містить переповідання закону «своїми словами» і не більше. Таке висвітлення матеріалу для людей, далеких від юридичної термінології, допомагає отримати окремі уявлення про коментований закон. Свого часу аналогічну функцію, хоч і в дещо іншій формі, виконували видання, які містилися в таких серіях, як «Юридичні консультації для населення», «Бесіди про радянський закон», «Господарському керівнику про законодавство» тощо.

За сучасних умов, коли таких коментарів стало надто багато, а у вступі, передмові, анотації оголошується такого роду коментар «найбільш повним», «першим професійним» тощо², подібна коментаторська література нерідко стає ремеслом, що зменшує наукову значущість таких творів.

Науковий коментар передбачає осмислення досліджуваного акта (актів) з концептуальної точки зору. У такій праці вказується, наскільки є обґрунтованим уведення того чи іншого правила з огляду міркувань доктринального характеру, аналізу-

² Там само. – С. 12.

ються предмет правового регулювання (відносини, які регулюються цим актом) і метод регулювання (сукупність прийомів (способів) правового впливу), характеризується правовідношення, яке є результатом правового регулювання (суб'єкти, об'єкти, зміст — права та обов'язки), розглядаються юридичні факти, які породжують ці правові відносини, визначається галузева належність коментованого закону тощо. Зрозуміло, що в ході дослідження аналізуються думки, які існують у юридичній науці з відповідних проблем. У такій роботі виявляються переваги і недоліки коментованого закону (іншого акта), зокрема з точки зору юридичної техніки, соціально-політичної та (або) економічної обґрунтованості тощо.

Значущість наукового коментаря є незрівнянно вищою за всі інші коментарі. Завдяки проведеній роботі її автору вдається сформулювати пропозиції щодо вдосконалення законодавства (правотворчий аспект) і практики його застосування (правозастосовний аспект), обґрунтувати

свою думку шляхом побудови (модифікації, додаткової аргументації) теоретичної конструкції (доктринальний аспект) тощо¹.

Іншим видом коментарів є практичні коментарі, які «прив'язані» до коментованого закону (акта) і відтворюють та тлумачать роз'яснення Верховного Суду і Вищого господарського суду України, судові акти з конкретних справ, а також містять відповіді на питання про те, як слід діяти в тому чи іншому конкретному випадку.

Найбільшого поширення набули науково-практичні коментарі, оскільки такий коментар поєднує в собі теорію і практику. Завдяки такому поєднанню вдається перевірити обґрунтованість концепції практикою і, навпаки, правильність практики з концептуальної точки зору, сформулювати пропозиції, спрямовані на вдосконалення законодавства і практики його застосування, роз'яснити правила, які містяться в законі².

Опубліковано: Юрид. Україна. – 2008. – № 2.

¹ Гонгало Б. М. Мысли и речи о науке гражданского права / Б. М. Гонгало // Цивилистические записки : межвуз. сб. науч. тр. – М. : Статут : Ин-т частн. права, 2002. – Вып. 2. – С. 12.

² Там само. – С. 13.

І. Спасибо-Фатєєва, член-кореспондент АПрН України, професор кафедри цивільного права № 1 Національної юридичної академії України імені Ярослава мудрого

Недійсні правочини та проблеми застосування реституції

Укладення правочинів, що не відповідають вимогам ст. 203 ЦК, є ненормальним правовим явищем, зіткнення з яким потребує визначення його характеристики та реакції на нього сторін правочину, суду та третіх осіб. При цьому складаються як аксіоматичні твердження, так і ті, з приводу яких не вщухають спори.

Безсумнівним є те, що правочини з певними вадами волі, суб'єктного складу, форми, змісту тощо, тобто ті, що не відповідають вимогам, визначеним у ст. 203 ЦК, тим самим порушують право. Це означає, що вони є *неправомірними діями*, тобто *правопорушеннями*¹. Проте сутність правочину полягає в тому, що він є *правомірною* дією, і відтак виникає явна суперечність, адже не можна вважати правочинами неправомірні дії. Очевидно, загальнозживаний термін

¹ Однак у літературі висловлювалося, що недійсний правочин не є юридичним фактом. Див.: Тузов Д. О. О правовой природе недействительных сделок / Д. О. Тузов // Гражданское законодательство Республики Казахстан: Статьи, комментарии, практика / под ред. А. Г. Диденко. – Алматы, 2002. – Вып. 14.

«недійсні правочини» є умовним, бо він, імовірно, покликаний підкреслити, що це дія, яка мала вигляд правомірності, але виявилось, що це не так. Причому виявляється це як шляхом зіставлення правочину і вимог закону без звернення до суду (у разі нікчемності правочинів), так і судом шляхом з'ясування і доведення того, що потягло за собою недійсність правочину (для оспорюваних правочинів).

Заперечувати ж те, що недійсний правочин є юридичним фактом, як про це іноді стверджується², не можна. Є правильним твердження, що недійсний правочин не є юридично байдужим фактом, бо з його укладенням закон пов'язує виникнення для сторін певних наслідків (хоча й не тих, які бажали сторони)³.

² Тузов Д. О. О правовой природе недействительных сделок / Д. О. Тузов // Гражданское законодательство Республики Казахстан: Статьи, комментарии, практика / под ред. А. Г. Диденко. – Алматы, 2002. – Вып. 14.

³ Санахметова Н. О. Цивільне право України : підручник / Н. О. Санахметова, Є. О. Харитонов. – К. : Істина, 2003. – С. 213.

Отже, позаочі недійсний правочин сприймається як правомірна дія. Більше того, не виключається, що і його учасники або, принаймні, один із них вважали цю дію правомірною. А іноді неправомірність, тобто порушення умов ст. 203 ЦК, усвідомлюється лише значно пізніше, а не під час учинення правочину.

Трапляється, що правочин учинено (тобто воля на виникнення права обов'язків виражена), але на цьому все й закінчилося. Сторони правочину так і не почали його виконання. У такому разі ця дія є юридично нейтральною, адже вона так і не потягла за собою юридично значущих наслідків.

Іноді ж, навпаки, правочин із порушеннями вимог ст. 203 ЦК було не тільки вчинено, а й виконано, і ніхто не висловлює заперечень щодо цього й не оспорує його наслідків. Тоді постає питання про те, як бути в такій ситуації, адже наявним є правопорушення, і це означає, що воно не може породжувати тих прав та обов'язків, які мали б виникнути за відсутності у діях особи правопорушення.

Відповідь залежить від того, який правочин учинено — нікчемний чи оспорюваний. Якщо *оспорюваний*, то діє загальне правило: правочин є дійсним, доки ніхто не доведе зворотне. Отже, поки ніхто не звернеться до суду, і не буде прийнято рішення про визнання правочину недійсним, він є дійсним, а наслідки, породжені ним, — юридично значущими. Хоча, за великим рахунком, слід погодитися з А. В. Луць, яка заявляє про суперечність законодавства, яке не від-

мовляє оспорюваним правочинам у юридичній силі до вирішення питання про їх дійсність чи недійсність судом, тобто такі правочини є одночасно дійсними і одним із видів недійсних правочинів¹. Майно, передане за правочином, учиненим під впливом помилки, обману тощо потрапить у власність набувача. А вже при доведенні наявності обману, помилки тощо за рішенням суду таке майно повертається його колишньому власнику — стороні недійсного правочину. В такому разі право власності набувача припиняється, і відновлюється право власності у відчужувача майна.

Якщо ж правочин *нікчемний*, то, незважаючи на його виконання, це не породжує юридичних наслідків. І для визнання його недійсним не потрібно рішення суду, бо цей наслідок правопорушення випливає із закону². Візьмемо за приклад укладення договору з порушеннями вимог закону про нотаріальне посвідчення. Він є нікчемним. Нічого не треба доводити чи спростовувати. Сам факт порушення сторонами цієї вимоги закону вже робить його недійсним. Інша справа, що в подальшому не виключається можливість його визнати дійсним, для чого за наявності підстав слід звернутися до суду (ч. 2 ст. 219 та ч. 2 ст. 220 ЦК).

Утім, незважаючи на такі здавалося б прості правила, у реаліях

¹ Луць А. В. Тіньові угоди: поняття, ознаки, види / А. В. Луць // Університетські наукові записки. – 2005. – № 4. – С. 89.

² Генкин Д. М. Недействительность сделок, совершенных с целью, противной закону / Д. М. Генкин // Ученые записки ВЮОН. – 1947. – Вып. V. – С. 49; Иоффе О. С. Советское гражданское право / О. С. Иоффе. – М.: Юрид. лит., 1967. – С. 295, 297.

має місце їх перекручення. В основному цим ми зобов'язані практиці господарських судів, які не тільки підтримували позицію, що в будь-якому разі (неважливо, чи правочин оспорується, чи він нікчемний) слід заявляти позов про визнання його недійсним¹. Це було явним резонансом із позицією Верховного Суду України, який додержувався прямо протилежної думки². З цього приводу я вже висловлювала своє бачення³.

З дискусії, яка розгорнулася на сторінках юридичної преси, стає зрозуміло, що позиція Вищого господарського суду України (ВГСУ) явно небездоганна. Але видаються цікавими спроби вийти з цього кута, в який усіх загнала така судова практика.

Першим і досить простим способом це зробити стало висловлення про відсутність у цьому проблеми взагалі, оскільки *особа може обирати будь-який спосіб захисту своїх прав*, і якщо вона хоче заявити позов про визнання нікчемного правочину недійсним, то перешкод для цього не має бути⁴. Тим більше, як вказують судді, є формаль-

ні підстави для цього, бо норма ст. 16 ЦК України, якою передбачається як один зі способів захисту визнання правочину недійсним, не обмежується тільки оспорюваними правочинами, а відтак цей спосіб захисту може застосовуватися і для нікчемних правочинів⁵.

Попри відсутність у російському законодавстві (як і в українському) норми, яка надавала б таку можливість, шлюз для реалізації підтримки судами цих намагань відкрили вищі судові інстанції Російської Федерації, які вказали, що ЦК РФ не містить заборони на вчинення таких позовів⁶.

Дещо модифікованою є пропозиція вважати нікчемний правочин таким, що *не порушує права, а тільки є підставою для заперечення однією особою права іншої особи*. Тому позов про визнання недійсним нікчемного правочину вчиняється з метою захисту не порушеного права, а такого, що оспорується⁷. Як видно, це обґрунтування стосується винайдення підстав вписати такі позови в сучасну правову канву і не стосується глибинних засад цієї проблематики.

Із цим перекликається підхід до обґрунтування можливості заявлення позову про визнання нікчемного правочину недійсним тим, що він учиняєть-

¹ Роз'яснення Вищого арбітражного суду України «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з визнанням угод недійсними» від 12.03.1999 р. № 02-5/111.

² Постанова Пленуму ВСУ «Про судову практику в справах про визнання угод недійсними» від 28.04.1978 р.

³ Спасибо-Фатєєва І. В. Нікчемні правочини та їх наслідки / І. В. Спасибо-Фатєєва // Вісн. госп. судочинства. – 2004. – № 2. – С. 178–184; Вона ж. Проблемні аспекти недійсних правочинів (на прикладі договору міни акцій) / І. В. Спасибо-Фатєєва // Підприємництво, господарство і право. – 2002. — № 7 – С. 29–32.

⁴ Шовкова О. В. Позовна давність як різновид цивільно-правових строків : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / О. В. Шовкова. – Х., 2007. – С. 100.

⁵ Черленяк М. Нікчемні та оспорювані правочини за новим Цивільним кодексом України / М. Черленяк // Мала енциклопедія нотаріуса. – 2004. — № 1. – С.25.

⁶ Постанова Пленуму Верховного Суду РФ та Пленуму Вищого Арбітражного Суду РФ від 01.07.1996 р. № 6/8.

⁷ Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України : В 4 т. / А. Г. Ярема, В. Я. Карабань, В. В. Кривенко, В. Г. Ротань. — Т. 3. — К. : А. С. К.; Севастополь : Ін-т юрид. досліджень, 2005. — С. 410.

ся не для захисту порушеного суб'єктивного права, а є *способом захисту охоронюваного законом інтересу*¹.

На розвиток цього заявляється, що позов визнати нікчемний правочин недійсним насправді має предмет *встановлення факту*, з яким закон пов'язує настання нікчемності правочину². При цьому вказується, що такий позов є декларативним і спрямований на констатацію судом нікчемності як уже існуючого стану³, і що це рішення необхідне, оскільки тільки суд може встановити умови, які відповідно до закону тягнуть за собою недійсність правочину⁴.

З таким баченням цілком можна було б погодитися, якби не твердження про те, що тільки рішення суду служить підставою для всіх наслідків, які закон із ними пов'язує⁵. Здається, що саме в цьому коріниться підміна понять: рішення суду, безумовно, є підставою застосування наслідків недійсності правочинів, але ж саме

про це і слід заявляти, звертаючись до суду. Дослідники правильно звертають увагу на те, що в цьому разі висновок суду про нікчемність правочину є лише правовою оцінкою, місце якій (як і будь-яким іншим правовим оцінкам) у мотивувальній, а не резолютивній частині рішення⁶.

Отже, має існувати відповідна правова підстава для визнання правочину недійсним⁷, але цією підставою для нікчемних правочинів не є рішення суду, бо вони не судом визнаються недійсними, а є такими від самого їх учинення. Тобто вони самі по собі є правопорушенням, яке не потребує доведення цього в судовому порядку.

Утім це твердження є правильним наполовину, а саме для тих дій, очевидність правопорушень у яких не викликає сумніву, і встановлення як факту чи підтвердження цього факту в суді не вимагається. Тобто це об'єктивно існуюче правопорушення: тих вимог або заборон, які встановлюються законом, не додержано. До таких слід віднести недодержання вимоги про нотаріальне посвідчення правочину, якщо це обов'язково вимагається законом (ч. 1 ст. 219, ч. 1 ст. 220 ЦК), учинення правочину малолітньою (ч. 2 ст. 221 ЦК) або недієздатною особою (ч. 1 ст. 226 ЦК), а також без дозволу органу опіки та піклування (ч. 1 ст. 224 ЦК).

⁶ Гусак М. Нікчемні та оспорювані правочини: регулювання за Цивільним кодексом УРСР / М. Гусак, В. Данішевська, Ю. Попов // Підприємництво, господарство і право. – 2006. – № 3. – С. 81.

⁷ Дзера О. В. Інститут правочину за новим Цивільним кодексом України / О. В. Дзера // Антологія української юридичної думки : в 10 т. т. 10. – К. : Вид. Дім «Юрид. книга», 2005. – С. 519.

¹ Тузов Д. О. Ничтожность и оспоримость сделок: классическая доктрина и проблемы российской цивилистики / Д. О. Тузов // Цивилистические записки. – М. ; Екатеринбург, 2002 – Вып. 2. – С. 174.

² Калаур І. Окремі аспекти застосування правових наслідків нікчемних і оспорюваних договорів / І. Калаур // Підприємництво, господарство і право. – 2003. – № 12. – С. 48.

³ Тузов Д. О. Общие учения теории недействительных сделок и проблемы их восприятия в российской доктрине, законодательстве и судебной практике : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / Д. О. Тузов. – С. 41.

⁴ Рабинович Н. В. Недействительность сделок и ее последствия / Н. В. Рабинович. – Львов : Изд-во ЛГУ, 1960. – С. 16, 17.

⁵ Там само; Шахматов В. П. Составы противоправных сделок и обусловленные ими последствия / В. П. Шахматов. – Томск : Изд-во Томского ун-та, 1967. – С. 148.

Однак існують і правочини, нікчемність яких встановлена законом, але цей факт не можна вважати об'єктивним, як у попередніх випадках. Насамперед це стосується правочинів, що порушують публічний порядок (ст. 228 ЦК), адже не безспірною є та умова, яка служить підставою вважати цей правочин нікчемним, а саме: спрямованість на порушення конституційних прав і свобод людини і громадянина, знищення, пошкодження майна фізичної або юридичної особи, держави, Автономної Республіки Крим, територіальної громади, незаконне заволодіння ним. Попри всі спори стосовно складу правопорушення та різноманітних дискусійних аспектів, які властиві цим правочинам¹, очевидно одне — вони потребують доведення і не є (або не завжди є) очевидними. Втім правочини, що порушують публічний порядок, потребують окремого осмислення, яке залишимо за межами цієї статті.

Таким чином, можна стверджувати, що правочини є безспірно нікчемними, якщо усувається оціночність їх сприйняття і абсолютно зрозуміло, що вони вчинені з таким порушенням закону, яке позначається як підстава їх нікчемності. Тому ніякого спору тут виникнути не може. А відтак суд не розглядає справи у від-

¹ Жеков В. І. Порушення моральних засад суспільства як підстава визнання правочину недійсним / В. І. Жеков // Суспільство. Держава. Право. 2005. — Вип. 5: Цивільне право. С. 26–30; Він же. Правочини, які порушують публічний порядок за цивільним законодавством України. — автореф. дис. ... канд. юрид. наук / В. І. Жеков. — Одеса, 2006; Сібільов М. М. Загальна характеристика нікчемних правочинів (договорів) / М. М. Сібільов // Проблеми законності. — 2002. — № 55. — С. 43–46 та ін.

сутність спору (хоча висловлювалися й пропозиції вважати такі категорії справ окремим провадженням², що не відповідає чинному господарсько-процесуальному та цивільно-процесуальному законодавству).

Та й узагалі не може не дивувати само по собі сперечання з приводу потрібності чи непотрібності вчинення окремого позову про недійсність нікчемного правочину, немовби покликано владштувати недолік закону, яким це не передбачено. І якщо позицію ВГСУ, висловлену ним у 1999 р., можна зрозуміти, бо вона пов'язана з немало важним питанням про державне мито³, то дискусії науковців з цьо-

² Генкин Д. Вказ. праця.

³ Адже у разі заявлення позову про визнання правочину недійсним він розцінюється як заява немайнового характеру зі сплатою мита в розмірі п'яти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, а якщо позовною вимогою буде застосування наслідків недійсності правочину, то це вже буде заявою майнового характеру і сплачуватиметься один відсоток ціни позову (Декрет Кабінету Міністрів України № 7-93 від 21.01.1993 р. «Про державне мито»). Звичайно, для позивача істотне значення має те, яке він має сплатити мито, і якщо розгляд справи буде двостадійним (спочатку визнати правочин недійсним, хоча цього і не вимагалось, бо він є нікчемним, а потім звертатися за застосуванням наслідків недійсності), то це дозволить уникнути ризику сплати мита в значному розмірі. Адже якщо позивач отримає рішення суду на свою користь, то застосування наслідків недійсності правочину вже буде справою майже автоматичною. Навпаки, якщо він одразу звернеться до суду з такими позовними вимогами, то суд може й відмовити йому в цьому, зокрема, коли він не вбачить у правочині, щодо якого позивач звертається застосувати наслідки недійсності, нікчемності, наприклад, як такого, що порушує публічний порядок (ст. 228 ЦК).

го приводу здаються марними і некорисними.

Утім, так чи інакше, але ці питання дискутувалися, на відміну від наступного ракурсу цієї ж проблематики. Зважимо передусім на термінологію, котра вживається при укладенні дво- та багатосторонніх правочинів, тобто договорів. За загальним правилом, договір вважається укладеним при досягненні домовленості, *по-перше*, з усіх істотних умов, а *по-друге*, у належній формі. Тоді ми робимо висновок про те, що за відсутності у договорі істотних умов він вважається *неукладеним*. Такий наслідок важко усвідомлюється, адже з недодержанням належної форми договору (це, як правило, стосується нотаріального посвідчення правочину) він вважається недійсним (тобто нікчемним). Ситуація є алогічною.

Ще одним прикладом нестику між недійсністю та неукладеністю є недодержання нотаріального посвідчення та державної реєстрації правочину, коли немов настають подвійні негативні наслідки — і *недійсність*, і *неукладеність*. Щоправда, до оперування його неукладеністю може не дійти, адже вади форми вже зумовлюють його «неіснування». Проте не виключені ситуації, коли особа скористувалась можливістю і подала до суду позов про визнання правочину, вчиненого з порушенням вимог про нотаріальне посвідчення, дійсним. Так, ЗАТ «Х» звернулося до господарського суду м. Києва з такими позовними вимогами, одночасно вказуючи на визнання договору укладеним і визнання права власності на майно, що є предметом

такого договору. Господарський суд, постановляючи рішення про задоволення такого позову, не піддавав сумніву факт укладеності договору, не посвідченого нотаріально¹. І таке поводження суду, з одного боку, не узгоджується зі статтями 638 та 640 ЦК, згідно з якими договір, який підлягає нотаріальному посвідченню або державній реєстрації, є укладеним з моменту його нотаріального посвідчення або державної реєстрації, а в разі необхідності й нотаріального посвідчення, і державної реєстрації — з моменту державної реєстрації. Разом з тим, безглуздо вести мову про визнання дійсним неукладеного правочину. У частині 2 ст. 220 ЦК встановлюється можливість суду визнати договір дійсним, якщо сторони домовилися щодо всіх його істотних умов, що підтверджується письмовими доказами, і відбулося повне або часткове виконання договору, але одна із сторін ухилилася від його нотаріального посвідчення. Це наводить на думку про те, що навіть складений та підписаний договір, який у супереч закону не посвідчений нотаріально, договором не є², а розцінюється лише як письмовий доказ досягнення домовленості про його укладення.

Не виключена і ситуація, коли правочин нотаріально посвідчений, але не зареєстрований, хоча це вимагається законом. Якщо це різні дії, то, теоретично припустивши таку ситуацію, ми маємо юридичну безвихідь: нотаріально посвідчений правочин є здійсненою дією, тобто вона не тільки спрямована на набуття

¹ Справа № 33/316.

² Адже всякий договір — правочин.

цивільних прав (ч. 1 ст. 202 ЦК), таке спрямування можна вважати здійсненим, реалізованим у договорі. Адже все, що вимагається ч. 1 ст. 638 ЦК для цього, вже має місце – і домовленість, й істотні умови, і форма. Проте ст. 210 ЦК вносить резонанс у логіку послідовності таких дій, і з неї випливає, що правочин без державної реєстрації є *невчиненим*. Але є очевидним, що не може бути так, щоб правочин був дійсним, але не вчиненим. І хоча і посвідчення, і державну реєстрацію правочину здійснює нотаріус, як правило, без розриву у часі¹, що робить таку ситуацію практично неможливою, тим не менш теоретичні правові конструкції мають бути виваженими і не завдавати проблем при їх практичному застосуванні.

Отже, так чи інакше, але між статтями 220 та 638 і 640 ЦК спостерігається явна суперечність, яка посилюється, якщо до висловлених міркувань «підключити» питання про підставу набуття права власності за таким договором. Якщо, за загальним правилом, моментом набуття права власності за договором, який потребує нотаріального посвідчення, є таке посвідчення або з набранням законної сили рішенням суду про визнання договору, не посвідченого нотаріально, дійсним (ч. 3 ст. 334 ЦК), то в ч. 4 цієї ж статті нічого не міститься стосовно того, якщо договір про відчуження майна

¹ Пункт 6 Тимчасового порядку державної реєстрації правочинів, затв. Постановою Кабінету Міністрів України № 671 від 26.05.2004; пункт 1.2 Інструкції про ведення Державного реєстру правочинів, затв. Наказом Міністерства юстиції України № 86/5, 18.08.2004.

підлягає державній реєстрації, але його не було не тільки не піддано такій реєстрації, а й не посвідчено нотаріально.

Отже, в першому випадку постає, мабуть, більш теоретичне питання про те, що буде підставою набуття права власності на майно за правочинном, визнаним судом дійсним — рішення суду чи правочин? Адже правочин, як би то не було, але почав існувати, і є виразником волі осіб, які його вчинили. Водночас рішення суду цей правочин «реанімувало» і без нього правочину б не існувало, бо він був нікчемним.

У другому ж випадку (тобто коли правочин, що потребував нотаріального посвідчення і державної реєстрації, визнано судом дійсним) проблема з тим, як тоді бути з державною реєстрацією, не є суто теоретичною. Адже рішення суду свідчить лише про дійсність правочину, але доки він не зареєстрований, він *невчинений*. Здійснити ж його державну реєстрацію в такому разі неможливо, адже таку дію здійснює нотаріус і за відсутності нотаріального посвідчення правочину нотаріус не в змозі внести відомості про його державну реєстрацію до реєстру. Навряд чи можна припустити, що в таких випадках не потрібна державна реєстрація правочину на зразок з ч. 2 ст. 220 ЦК, бо нотаріальне посвідчення та державна реєстрація правочинів є різними за своєю юридичною значущістю діями. І навряд чи виправданим буде існування поряд із правочинами, укладеними з додержанням усіх вимог, також таких, які мають особливі умови вчинення.

Інакше ми матимемо ще одну ситуацію, коли дані державного реєстру не є публічно достовірними, як це має місце з державним реєстром прав на нерухоме майно¹.

Розглянемо гіпотетичну ситуацію: у відсутність нотаріального посвідчення правочину однією стороною майно було передано, іншою отримано і гроші сплачені. Зовні все видавалося за правочин, але право власності на таке майно не перейшло. І тоді на випадок смерті особи-володільця цього майна воно не може ввійти до складу спадщини. Разом із тим спадкоємці, хоч і не стали власниками майна, продовжують відкрито і добросовісно володіти ним. І якщо їх володіння триватиме впродовж десяти років² (для нерухомих речей) або п'яти років (для рухомих речей), то спадкоємці можуть поставити питання про

набуття ними права власності на майно шляхом звернення до суду. Тоді права власності вони набудуть не за нікчемним правочином, а за рішенням суду зі спливом зазначеного часу.

Інший можливий варіант: є особи, які не задоволені такою ситуацією і звертаються до суду з *позовом про застосування наслідків нікчемного правочину*. Тоді має місце реституція. Але на практиці далеко не завжди вчиняється такий позов, позивач, як правило, заявляє про повернення саме йому одержаного другою стороною правочину. Це можна пояснити тим, що позивач захищає своє право і дбає про себе і про відновлення саме свого становища. Проте це вже інший позов, він є немов проміжним між реституцією та віндикацією, хоча нагадує обидва.

Так, спільним із реституцією тут є те, що позивач намагається повернутися в попередній стан (до вчинення правочину). Спільним із віндикацією є те, що одна сторона правочину (відчужувач) зберігає право власності на майно, передане нею за недійсним правочином, оскільки такий правочин не створює юридичних наслідків (ч. 1 ст. 216 ЦК), а відтак за ним не може набуватися право власності. Виходить, що така сторона поводить як власник майна, переданого нею за недійсним правочином, і вимагає повернення його до її володіння.

Здавалося б, у такій схемі немає жодних суперечностей. Проте у такому разі нехтується припис ч. 1 ст. 216 ЦК, що *кожна* сторона має повернути другій стороні все, що вона одержала на виконання такого правочину. Тобто якщо навіть мож-

¹ Спасибо-Фатєєва І. В. Оформлення переходу права власності на нерухомість / І. В. Спасибо-Фатєєва // Нотаріат для вас. – 2007. – № 1–2. – С. 87–92; Вона ж. Момент виникнення права власності за договором. Правовстановлювальні документи / І. В. Спасибо-Фатєєва // Там само. – № 3. – С. 51–56.

² Тут може постати й питання про те, який же строк має сплинути на набуття права власності – десять чи п'ятнадцять років? Очевидно, що десять, адже згідно з ч. 3 ст. 344 ЦК сплив п'ятнадцяти років надає можливість звернення до суду тоді, коли між особою та власником було укладено договір, строк дії якого закінчився. Але попри це від володільця власник не вимагає повернення майна. Відтак законодавець виходить із укладеності договору (вчиненості правочину) та, звісно, з його дійсності. Тобто сумнівів у тому, що сторони перебували у договірних відносинах, підстава яких не оспоровалася, не виникає. Якщо ж, навпаки, явні вади договору свідчать про його неукладеність або недійсність, то застосовується правило про 10-річний строк набувальної давності.

на зрозуміти особу, яка, опікуючись своїми інтересами, заявляє позовні вимоги лише стосовно повернення майна *собі*, то важко схвалити дії суду, який виносить рішення про задоволення такого позову, свідомо не реагуючи на ч. 1 ст. 216 ЦК. Навіть якщо для виправдання таких дій наводиться «залізний» аргумент: *що* вимагала сторона в позовних вимогах, *те* їй отримала; другій стороні ніхто не заважає зробити те саме й отримати їй належне.

Тоді одразу постає питання про те, чи є у суду підстави і право застосовувати наслідки недійсності правочину (реституцію), якщо друга сторона правочину (або інша особа) не зверталася з таким позовом? Приміром, якщо недійсність правочину виявлено і встановлено при розгляданні якоїсь іншої справи, наприклад, про поділ майна між подружжям або при банкрутстві. Це може бути навіть тоді, коли одна сторона заявила позов про визнання правочину недійсним і повернення їй майна, переданого за цим правочином, а друга сторона не брала участі у справі.

Є такі бачення з цього питання: 1) автоматичність застосування цих наслідків; 2) недопустимість цього без звернення особи до суду, інакше це порушуватиме принципи приватного права; 3) можливість суду винести рішення про наслідки недійсності лише нікчемного правочину.

Згідно з першим, реституція є єдиним наслідком недійсності правочину, передбаченим ч. 1 ст. 216 ЦК. Ніякої ініціативи з боку осіб при цьому не вимагається, оскільки

недійсний правочин, тобто правопорушення, має наслідком реституцію, і норма ч. 1 ст. 216 ЦК є імперативною, виконання якої має забезпечуватися судом.

Допущення інших способів захисту (віндикації або кондикції) не виключає застосування реституції. Так, якщо заявляється будь-який позов про повернення майна, переданого за недійсним правочином, справа суду полягає в тому, щоб забезпечити справедливість, компенсаційність та добросовісність і, задовольняючи позовні вимоги, одночасно примусити й другу сторону правочину повернути отримане нею.

Витоки такої точки зору полягають в історичному вимірі публічності реституції, яка виникла як засіб захисту, що застосовувався претором у надзвичайних обставинах, зокрема, для захисту осіб, які зазнали шкоди, через те що їм бракувало життєвого досвіду або внаслідок несумлінних дій іншої особи, коли цивільні засоби захисту виявлялися недостатніми.

У цей час такого розуміння реституції не існує і про неї ведуть мову лише в ракурсі наслідків недійсності правочинів¹. Із цього випливає один із двох можливих висновків: або сучасне українське законодавство пропонує нове бачення реституції як іншого, відмінного від давньоримського, способу захисту прав особи, або насправді вона залишається таким же засобом, але розви-

¹ За рідкісним винятком, наприклад, коли йдеться про так звану реституцію власності, коли мається на увазі повернення незаконно (як з часом встановлено) конфіскованого майна тощо. Щоправда, в Україні такі підходи до бачення реституції практично відсутні.

нутим у сучасних реаліях. Але в обох випадках вона потребує чіткішого регулювання, зокрема щодо автоматичності її застосування та співвідношення з іншими позовами про захист прав (віндикаційним, кондикційним, деліктним), а також узгодження матеріально-правового та процесуально-правового регулювання її застосування в автоматичному режимі (тобто на розсуд суду).

Тим не менше і за сучасних умов можна вказувати на прояв реституції в публічності її механізму у випадках, коли її застосування вимагає публічний інтерес. Однак невизначеність підходу до цього законодавця, з одного боку, дозволяє звинувачувати суд у перебільшенні значення дій у публічних інтересах, а з другого — у порушенні приватноправових засад відносин між майново рівними особами. І такі звинувачення небезпідставні. Однак вирішення цієї проблеми є необхідним.

Так, можна сприйняти той же підхід давньоримського права, яким допускалося застосування реституції на підставі її публічно-правової природи та надзвичайного характеру реалізації в суворо регламентованому порядку. Сучасному законодавству такої регламентації не вистачає.

Утім не варто оминати увагою наявність публічно-правових рис механізму здійснення реституції, які притаманні їй історично, а відтак вимагати від неї повної відповідності приватноправовим механізмам не виправдано. Враховуючи реалії сьогодення, виявляється не менш важливим опікуватися захистом пу-

блічного інтересу, який потребує не тільки декларованої свободи цивільного обороту, а й припинення повсюдних зловживань схемою неможливості застосування реституції, чим порушуються права власників.

Друге бачення є прямо протилежним. У його основу покладено те, що заявлення позову про застосування реституції або повернення майна саме позивачеві є правом особи, здійснюваним нею самостійно, за власною волею і на свій розсуд (ч. 1 ст. 20 ЦК). Ніхто не може не тільки примусити її здійснити таке право, а й за неї це зробити. Натомість, якщо одна сторона заявила такий позов, і суд виніс рішення про його задоволення, в однієї зі сторін буде і те, що вона отримала від другої сторони, і те, що їй повернено за рішенням суду. В цьому разі навряд чи можна стверджувати про справедливість такого становища і його відповідність принципам приватного права. Якщо додержуватися цієї логіки, то виходить, що при зверненні до суду про повернення сторони недійсного правочину майна суд не може винести рішення про застосування реституції, бо тим самим він порушить право іншої особи на самостійний захист її прав, адже вона до суду з такими вимогами про повернення їй майна не зверталася¹. Інакше для реституції створювався б якийсь особливий, винятковий режим, не властивий приватноправовим способам захисту².

¹ Джунь В. В. До питання про обов'язковість застосування реституції у разі неправозгідності угоди / В. В. Джунь // Вісн. госп. судочинства. — 2002. — № 4.

² Тузов Д. О. Реституція при недействительности сделок / Д. О. Тузов. — М. : Статут, 2007. — С. 96.

Проте ч. 5 ст. 216 ЦК передбачено, що суд *може* застосовувати наслідки недійсності нікчемного правочину з власної ініціативи. Термін «може» навряд чи виконає ту функцію, яка має покладатися на суд у сучасній ситуації в нашому суспільстві. Питання, що постають у суддів та юристів-практиків, як правило, стосуються того, в яких випадках суд здійснює цю можливість, а в яких він може її оминати. Ймовірно, усе це лежить у сфері правосвідомості та справедливості, категорії яких, на жаль, мало затребувані в українському судочинстві. До того ж є й об'єктивні перешкоди для застосування ч. 5 ст. 216 ЦК, які містяться в процесуальному законодавстві. Так, згідно зі ст. 83 Господарсько-процесуального кодексу України господарський суд, приймаючи рішення, має право виходити за межі позовних вимог, якщо це необхідно для захисту прав і законних інтересів позивачів або третіх осіб із самостійними вимогами на предмет спору і про це є клопотання заінтересованої сторони. Виходить, що, поперше, для захисту відповідача суд не може виходити за межі позовних вимог; по-друге, без відповідного клопотання (відсутності в процесі відповідача) це зробити неможливо.

Цивільно-процесуальний кодекс України не містить навіть таких можливостей при винесенні судом рішення. Більше того, згідно з ч. 1 ст. 11 ЦПК України суд розглядає цивільні справи не інакше, як за зверненням фізичних чи юридичних осіб, поданими відповідно до цього кодексу, в межах заявлених ними вимог.

Це вочевидь свідчить не тільки про неузгодженість нашого матеріального і процесуального законодавства (майже традиційну для останнього часу), а й про тенденцію вивести реституцію за межі судового реагування на порушення умов чинності правочину. І якщо попри все це навіть допустити можливість для суду винести рішення про застосування реституції у відсутність заяви про це з боку другої сторони, то це може бути як виняток, а не як правило.

Не виключається і ситуація (а навпаки, вірогідність її висока), коли суд, розглядаючи спір, що впливає з укладеного правочину, доходить висновку про його нікчемність. І знову це потребує визначення, як поводитися суду.

Варіант 1-й: пройти крізь правопорушення, адже ніхто не наполягав на встановленні такого факту, а поведження суду всупереч позовних вимог порушувало б приватні засади права.

Варіант 2-й: встановити факт, що служить підставою вважати правочин, стосовно прав якого виник спір, нікчемним, і відмовити в позові. Іншої оцінки ситуативних модифікацій прав осіб, які вважалися сторонами правочину суд не надає з тих самих підстав, як і в першому варіанті.

Варіант 3-й: упевнившись у нікчемності правочину, за своїм почином суд застосує наслідки недійсності правочину.

Варто звітувати в тому, що насправді не відомо жодного випадку¹,

¹ Звичайно, це максима, і авторів можуть бути не відомі такі випадки та й взагалі можливо допустити й наявність таких випадків, але таке гіпотетичне припущення не вплине на висновок про загальну тенденцію.

коли суд не пішов би далі оцінки нікчемності правочину і застосував би наслідки такої нікчемності. Такий стан справ вимушує нас погодитися з тим, що очевидне правопорушення, яке негативно відбивається на суспільстві не тільки і не стільки самим фактом його вчинення, а тими наслідками, які воно тягне за собою, іноді ніхто не вправі виправити, бо це немов порушує підвалини приватного права. Тобто державна інституція, якою є суд, знаючи про порушення, усувається від реагування на це. Унаслідок цього складається парадоксальна ситуація: приватне право створює механізми, за якими ховаються правопорушення, без можливості впливу на них.

Насправді саме так і слід оцінити в сукупності ч. 5 ст. 216 ЦК, ГПК та ЦПК, порівнюючи їх з ч. 1 ст. 216 ЦК, оскільки норма про нестворення недійсним правочином юридичних наслідків у разі незаявлення однією з сторін або заінтересованою особою реституційних вимог, виявляється недіючою. Адже *повернення особі переданого нею за недійсним правочином пов'язується не з його недійсністю, а з іншими діями — обраними і здійсненими способами захисту права*. Відтак, якщо особа (сторона недійсного правочину) всупереч ч. 1 ст. 216 ЦК не виконує свого обов'язку повернути другій стороні правочину майно, то це робиться в примусовому порядку за позовом зацікавленої особи. Однак тоді реституція застосовується лише у разі заявлення саме такої вимоги.

Отже, позиція щодо неможливості застосування реституції за ініціативою суду реституції видається

надто радикальним баченням і розумінням значення приватних засад права. Навіть Годеме, який схилився до недопустимості реституції без звернення зацікавленої особи до суду, тим не менш не вдавався до таких крайнощів і не відвертав право суду оголошувати правочин недійсним за власною ініціативою, якщо такий правочин порушував вищий соціальний інтерес або інтерес публічної моралі. Натомість він бачив це право суду як право оспорування, що належить йому поряд із правом будь-якої приватної особи¹.

Як ведеться, склався і проміжний варіант стосовно можливості застосування реституції за ініціативою суду лише у випадках, коли заявляється позов *про підтвердження нікчемності правочину* (та ті варіанти, які мають місце на практиці — визнання нікчемного правочину недійсним, встановлення факту, що служить підставою нікчемності правочину тощо). І навпаки, зазначення на *недопустимість* для суду виносити відповідне рішення, якщо не заявлено позовних вимог, як наслідок недійсності *оспорюваного правочину*. І незважаючи на відсутність такого правила в ЦК (як України, так і Росії), видається, що системне судове тлумачення ч. 2 ст. 166 та ст. 1103 ЦК РФ (аналоги ч. 1 ст. 216 та ст. 1212 ЦК України) для зазначеного висновку є переконливим². Імовірно, про це ж стверджував й І.Но-

¹ Годэмэ Е. Общая теория обязательств / Е. Годэмэ. — М. : Юриздат, 1948. — С. 177.

² Приходько И. Недействительность сделок и арбитражный суд: процессуальные аспекты / И. Приходько // Хоз-во и право. — 2000. — № 5. — С. 94.

вицький, що оспорюваність вказує на необхідність здійснення певної дії для того, щоб усунути юридичні наслідки правочину, а нікчемність вказує на результат, який настає від правочину (точніше, на відсутність результату)¹.

Поряд із цим наведене й дещо видозмінене обґрунтування для такого самого висновку: сам по собі факт заявлення вимоги про недійсність нікчемного правочину фактично слід розглядати як позов про застосування наслідків нікчемності правочину². Однак у РФ це пов'язано зі ст. 12 ЦК, у якій встановлюється як належний спосіб правового захисту стосовно нікчемного правочину саме застосування наслідків його недійсності.

Дещо іншою є ситуація в Україні. У ст. 16 ЦК такий спосіб захисту відсутній, є лише визнання правочину недійсним та відновлення становища, яке існувало до порушення. Тобто і тут ми стикаємося з неоднозначним розумінням наслідків нікчемності правочинів через те, що не завжди можна зводити вказаний у ст. 16 ЦК спосіб захисту до реституції.

Слід підтримати К. І. Скловського у тому, що механізм реституції має публічно-правове призначення, як і в цілому сучасний інститут недійсності правочинів, які мають на меті захист обороту, тобто публічного інтересу, а не приватних прав. Можна припустити, що саме надання зазначеним нормам вираженого публічно-правового характеру буде запорукою стабільності обороту, а ін-

¹ Новицкий И. Б. Сделки. Исковая давность / И. Б. Новицкий. – М., 1954. – С. 69–70.

² Приходько И. Вказ. праця. – С.98.

терпретація їх як способів захисту приватних прав приведе до збільшення зловживань і нестійкості обороту, тобто порушення публічного інтересу³.

Наведений аналіз різних наукових позицій та законодавства свідчить, що куди не глянеш — усюди невизначеність. Такий «сутінковий» законодавчий підхід розвивається й науковцями. Поступово набирає оберті позиція, згідно з якою в рамках реституційних правовідносин як охоронних зобов'язань реалізуються виндикаційні, посесорні, кондикційні вимоги, а також вимоги про відшкодування шкоди. А отже, реституція стає лише результатом здійснення таких вимог. Бачення ж реституції як особливого юридичного засобу, спеціально розрахованого на приведення сторін недійсного правочину в їх первісний стан, не впливає з ЦК. Навіть робиться висновок про виключення норми про реституцію з нього⁴. І хоча цю точку зору можна назвати ультрарадикальною, чимало науковців та практиків, хоча й не висловлюються таким чином, але зважають на застосування для наслідків недійсності правочинів кондикційних позовів (ст. 1212 ЦК).

Слід зазначити, що проблематика співвідношення різних видів позовів, конкуренція позовних вимог є надто складною і такою, що потребує прискіпливого аналізу кож-

³ Скловский К. И. Деякі проблеми реституції / К. И. Скловский // Вісн. ВАС РФ. – 2002. – № 8. – С. 113.

⁴ Тузов Д. О. Общие учения теории недействительных сделок и проблемы их восприятия в российской доктрине, законодательстве и судебной практике : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / Д. О. Тузов. – С. 41, 57 та ін.

ного з позовів, їх зіставлення та оцінки ситуації. Втім децю з приводу цього можна зазначити. Так, щодо реституції та віндикації звертає на себе увагу те, що превалює підтримка добросовісного набувача навіть у випадках, коли заявлені реституційні вимоги¹. Однак погодитися з цим важко з таких підстав.

Реституція може застосовуватися лише тоді, коли майно, передане за правочином, залишається у його сторони. Як тільки це майно переходить до третьої особи, вже йдеться не про реституцію, а про віндикацію. При цьому для останньої не мало важке значення має добросовісність набувача.

До того ж варто згадати, що реституція покликана відновити колишнє становище, і не має на меті захист права власності. Можна зазначити, що реституція відповідає більшою мірою призначенню захисту володіння, що не виключає того, що вимагати захисту може не тільки добросовісний набувач, але й недобросовісний².

Відтак часто виходить, що особа, яка добросовісно набула майно, захищена більшою мірою, ніж власник, який його передав за недійсним правочином. Останній далеко не завжди може витребувати своє майно від неї,

¹ Научно-практический комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (Постатейный) Материал подготовлен с использованием правовых актов по состоянию на 15 января 2004 г. / под ред. проф. В. П. Мозолина и проф. М. Н. Малевой.

² Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права / И. А. Покровский. – М., 1998. – С. 223.

а лише коли він це майно передав на підставі правочину з вадами волі (під впливом обману, погрози тощо). Адже в цих випадках він доведе, що відчужував майно поза волею. І саме це є умовою повернення власнику майна, передбачуваною ч. 1 ст. 388 ЦК. Якщо ж виявляться інші порушення дійсності правочину (наприклад, вимог до його суб'єктного складу, коли правочин учинено недієздатною особою), а майно вже перейшло від набувача за недійсним правочином до третіх осіб, то повернути його стає майже неможливим. Проте недієздатна особа не є виразником своєї волі, бо вона не усвідомлює значення своїх дій. Тоді правочини, вчинені такими особами, повинні вважатися не тільки такими, що мають *вади суб'єктного складу*, а й такими, що мають *вади волі*. Виходить, що можна говорити про віндикацію.

Отже, презумпція добросовісності правочину (ст. 204 ЦК) є тим каменем спотикання, до якого звертаються, аби завадити захисту власника. Тут ми маємо вказати, що цей «козир» часто спрацьовує не на користь, а являє собою зворотне. Покликаний захищати цивільний оборот, насправді (особливо в сучасні далекі від додержання правових засад часи) цей козир використовується для того, щоб унеможливити для власника захист його прав. Існує чимало прикладів: укладається недійсний правочин, майно за яким декілька разів перепродається, і останній його володілець, посилячись на свою добросовісність, стає власником на підставі ст. 330 ЦК. Власник же цього майна (відчужувач

за недійсним правочином) вважається таким, що діяв за своєю волею і, хоча мали місце правопорушення, вони вже втратили своє значення, бо жодних наслідків не викликали.

Наскільки правильним є таке твердження? Справді, недійсний правочин не породив права власності у набувача на майно, одержане ним за недійсним правочином. Незважаючи на це, набувач його відчужив. Добросовісний набувач придбав майно не у власника, і це також містить вади, бо можна передати лише право, яке маєш, а якщо відчужувач власником не був, то й право власності передати не міг. Попри це право власності у добросовісного набувача виникає — і не на підставі правочину, а внаслідок прямої вказівки про це закону і факту наявності у нього майна, переданого йому особою-невласником. Так чи інакше, наслідки існують, і вони нівелюють правопорушення та є свідченням того, що правопорушення породжує право, як це не парадоксально.

Слід вказати не тільки на парадокс, а й на небезпеку такого підходу, особливо за нинішнього стану нашого права, коли повсюдно має місце не тільки зловживання своїми правами, а й складність захисту, всім відомі проблеми судової системи, яка перебуває не в найкращому стані. У такій ситуації демагогічне використання механізму захисту прав добросовісного набувача призводить до численних порушень прав власника, коли кількома продажами майна власник усувається від можливості захисту своїх прав.

Можна також поглянути на цю проблему з іншого ракурсу. Так,

якщо недійсний правочин не створює юридичних наслідків, то немовби й немає сенсу у виході суду за межі позовних вимог, бо неважливо, у кого перебуває майно, якщо право на нього не перейшло за недійсним правочином. За влучним виразом К. П. Победоносцева, те, що само по собі нікчемне, є нікчемним від самого початку, якої б миті не визнавалося нікчемної. Акт, нікчемний сам по собі, може бути прямо відкинутий усяким, до кого звернено вимогу за цим актом¹.

У цьому разі ми опиняємося ще в більш суперечливій ситуації, бо знаємо, *що і кому* належить, більше того, це доведено в судовому порядку, але не реагуємо на таке становище, коли володіння (безпідставне) має одна особа, а право на це майно — інша. При цьому сторони це влаштовує.

Утім існують правила про утримання майна, відповідальність власника у разі заповідання цим майном шкоди, нарешті, є вимоги про відповідність дійсності даних держреєстру про права на майно, які використовуються не тільки для укладення договорів із цим майном, а і для значно ширшого кола потреб. Тоді ці дані не відповідатимуть дійсності, і на майно буде два речових права: *власності* — у відчужувача за недійсним правочином і *володіння* — у набувача за недійсним правочином. Якщо допустити таке становище, це свідчитиме про підтримку правопорушень, адже правопорушення не може породити права, навіть якщо це не право власності, а право володіння.

¹ Победоносцев К. Курс гражданского права / К. Победоносцев. — Ч. III. — СПб., 1880. — С. 32.

Більше того, це примушує замислитися ще над одним питанням: чи можна стверджувати, що при цьому матиме місце правомірне і добросовісне володіння, адже воно виникло з правопорушення, бо недійсний правочин є правопорушенням? Тоді може виникнути сумнів і щодо можливості набуття права власності на це майно зі впливом набувальної давності.

Ще одне застереження: «реституція» — це повернення. До 2004 р. існувала дво- та одностороння реституція. Нині за ЦК передбачається тільки двостороння реституція¹, тобто взаємне повернення майна, переданого за недійсним правочинном. У випадку ж винесення рішення судом про повернення майна лише одній стороні правочину на її вимогу ми матимемо своєрідну односторонню реституцію. Своєрідність її полягає у тому, що вона не відбиває розуміння, яке закладалося в це поняття за радянських часів, тоді сформувався уявлення про односторонню реституцію як певну санкцію, коли одній стороні правочину повертається майно, а з другої стягується одержане нею за недей-

сним правочином на користь держави.

Вищенаведене свідчить про те, що сьогодні ми «сколихнули» поняття реституції, породивши безліч проблем, а саме: а) з автоматичності її застосування або недопустимості цього; б) можливості або недопустимості односторонньої реституції; в) абсолютної неясності її співвідношення з віндикацією; г) загальним уявленням про неї як наслідку не тільки недейсного правочину, а і прийнятністю таких явищ, як повернення незаконно конфіскованого та націоналізованого майна та ін. Розгляд якоїсь однієї проблеми та висловлювані позиції і пропозиції не пов'язуються з іншою проблемою й унеможливають її вирішення. Усе це доводить недопустимість маніпуляції правовими конструкціями, що може привести до правової безвиході. Внаслідок цього не складається цілісна картина юридичного явища, що йменується реституцією. Вийшло так, що разом із тим, що її рамки виявилися надто широкими, вона одночасно збіглася як шагрена шкіри, поступаючись віндикації з її атрибутами добросовісності володіння.

Звертає на себе увагу те, що аналітики, особливо зарубіжні, аналізуючи ту чи іншу проблему, підходять до цього не тільки формально й з усталених у праві традицій, а й з огляду на сучасне становище. Часто при цьому зазначається: те, що виявилось прийнятним для країн із ринковою економікою, правовим устроєм, ефективною системою захисту і демократичними механізмами, не підходить іншим країнам, яким слід пропонувати інші варіан-

¹ Хоча в ГК передбачається можливість застосування й односторонньої реституції. На підтримку односторонньої реституції висловлювалися й цивілісти. Див, напр.: Дзера О. Недійсність правочину (угоди) за новим ЦКУ / О. Дзера, О. Отрадна // Юридична Україна. — 2003. — № 10. — С. 5–18. Однак підтримати таку позицію не можна, оскільки вона не вписується в приватноправові засади ЦК. Навіть якщо вести мову про конфіскацію, що настає в певних випадках правопорушень, яких припустились сторони правочину, то вона застосовується як окремий наслідок недейсності правочинів, а не як одностороння реституція.

ти вирішення проблем. Принаймні, допоки ситуація в цих країнах не зміниться на краще. Як не прикро, але це стосується й України.

Ніхто не заперечуватиме, що цивільний оборот слід підтримувати і запроваджувати механізми, які зроблять його найефективнішим, що слід захищати добросовісного набувача, інакше можна породити невпевненість у результатах придбання майна. Однак нехитрі дії з перепродажу майна дозволяють залишити власника ні з чим. Такі «операції» провадяться в тому числі для рейдерства, що на сьогодні є актуальним для України. Перепродаж кілька разів пакетів акцій та ведення подвійних та потрійних реєстрів поряд із рішеннями судів, які забороняють проведення загальних зборів та перепризначення керівництва, якими запасаються рейдери, робить свою негативну справу, з одного боку. З другого ж — її підтримує становище з неможливістю реституції.

Вказані проблеми є вельми актуальними, що не дозволяє їх оминути увагою. Можна також зазначити, що вони тягнуть за собою інші проблеми, зокрема щодо наслідків визнання недійсними установчих документів юридичної особи. Тобто виникає ситуація, коли юридична особа продовжує існувати, доки не виключена з реєстру, хоча судом її установчі документи визнані недійсними. Якщо порівняти таке рішення суду з рішенням про визнання недійсними правочинів, — ситуація є аналогічною.

Можливий інший розвиток подій: суд виносить рішення про ска-

сування її державної реєстрації на вказаній підставі, але юридичну особу не виключено з держреєстру. Тоді нашаровуються проблеми з правомірністю вчинення такою юридичною особою правочинів.

І нарешті, такий «клубок» питань: що буде з тими договорами, які уклалися юридичною особою, установчі документи якої визнані недійсними, в той час, коли це питання не було порушено в суді? Невже є можливість і сенс та чи відповідатиме принципам права те, що всі ці договори слід визнавати недійсними, бо недійсність настає з моменту вчинення правочинів. Цим моментом формально слід визначити державну реєстрацію юридичної особи, а отже, від моменту державної реєстрації така юридична особа діяла неправомірно і всі правочини з її участю є недійсними?

У зазначених випадках проблема судом не вирішується, а більше того, породжуються інші. Звичайно, можна стверджувати, що це приватні справи і якщо є інтерес та необхідність, слід заявляти не тільки про визнання правочинів чи установчих документів недійсними, а й одночасно висувати інші позовні вимоги. Однак насправді так відбувається не завжди, і тому право має відреагувати на таке становище, а не пускати його на самоплив. У протилежному випадку наше надмірне захоплення приватноправовими підходами за відсутності того правового середовища, правової системи, в яких вони прийнятні, може привести до зворотного результату і використовуватися на шкоду суспільству та приватним особам.

Із приводу кожної із визначених проблем можна провести окрему дискусію, що виходить далеко за межі цієї статті, але всі вони свідчать про необхідність опрацювання правового регулювання питань недійсності правочинів, наслідків цього і порядку застосування норм про реституцію. При цьому на перше місце слід поставити правове і соціальне розумін-

ня реституції та її функції, зіставивши її з іншими способами захисту цивільних прав. Є очевидним також те, що регулювання застосування реституції має ґрунтуватися на її окреมості й недопустимості зведення до інших способів захисту.

Опубліковано: Вісн. госп. судочинства. – 2008. – № 4. – С. 79–87

ЕКОЛОГІЧНЕ, ГОСПОДАРСЬКЕ ТА АГРАРНЕ ПРАВО

УДК 338.43.02:342

В. Семчик, академік АПрН України, член-кореспондент НАН України, завідувач відділу проблем аграрного, земельного та екологічного права Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

Конституційні аспекти аграрної політики України

Аграрна і земельна політика розглядаються як наука державного управління в аграрній сфері, що охоплює загальноекономічні досягнення, особливості аграрної і земельно-правової науки, і здійснюються за притаманними їм принципами, правилами з урахуванням особливостей управлінських ідей, форм і методів, відтворених в аграрному і земельному законодавстві.

У радянський період усі важелі управління економікою і соціальним розвитком зберігалися за Центром, тобто за Союзом РСР, зокрема за КПСР і союзним Урядом. Проривом у політичних відносинах СРСР і союзних республік став Закон СРСР «Про розмежування повноважень між Союзом РСР і суб'єктами федерації» від 25 квітня 1990 р.¹: «Основами законодавства Союзу РСР і союзних республік про землю» від 18 лютого 1990 р. було встановлено, що земля

є надбанням народів, які проживають на даній території. Основами закріплювалось право громадян на довічно успадковане володіння земельними ділянками чи набуття в оренду для ведення селянських господарств². Законом СРСР «Про власність» від 6 березня 1990 р. власність у СРСР визначалась у формі власності громадян, колективної і державної власності³: статтями 22 і 23 Закону вперше дозволялась власність союзних республік і комунальна власність.

26 грудня 1990 р. був прийнятий Закон СРСР «Про зміни і доповнення Конституції (Основного Закону) СРСР у зв'язку із вдосконаленням системи державного управління»⁴. З урахуванням союзного законодавства 3 серпня 1990 р. було прийнято Закон УРСР «Про економічну самостійність Української РСР»⁵, а Законом УРСР від

¹ Відомості З'їзду народних депутатів СРСР і Верховної Ради СРСР. – 1990. – № 19. – Ст. 329.

² Там само. – 1990. – № 10. – Ст. 129.

³ Там само. – 1990. – № 11. – Ст. 164.

⁴ Там само. – 1991. – № 1. – Ст. 3.

⁵ Відомості Верховної Ради УРСР. – 1990. – № 34. – Ст. 449.

24 жовтня 1990 р. були внесені відповідні зміни до Конституції (Основного Закону) Української РСР¹. Зазначеним законом було закріплено, що УРСР здійснює верховенство на всій своїй території, самостійно визначає свій економічний статус і закріплює його в законах. Була встановлена власність українського народу на національне багатство, а також на землю, надра та інші природні ресурси (статті 1–4 Закону).

Отже, виходячи з оновленого законодавства Союзу РСР, змін до Конституції СРСР, а також змін до Конституції УРСР, в Україні були створені сприятливі умови для розробки нового законодавства, формування ефективного законодавства України і відтворення у ньому науково аргументованої аграрної і земельної політики.

Основні положення аграрної політики були визначені в Основах національної економічної політики, схвалених постановою Верховної Ради України від 24 березня 1992 р.² У перших законах незалежної України основні положення аграрної політики зводились до організації і проведення аграрної і земельної реформ. Для формування аграрної політики позитивну роль відіграв Закон України «Про пріоритетність соціального розвитку села та агропромислового комплексу в народному господарстві» в редакції від 15 травня 1992 р.³ У преамбулі Закону зазначено, що пріоритетність соціального розвитку села та агропромислового комплексу об'єктивно впливає з виняткової

значущості та незамінності виробленої продукції сільського господарства у життєдіяльності людини і суспільства, з потреби відродження селянства як господаря землі, носія моралі та національної культури. Високий рівень соціально-економічного розвитку села є основною умовою продовольчого та сировинного забезпечення республіки, її економічної незалежності.

На реформування аграрної сфери і земельних відносин були спрямовані Земельний кодекс України від 13 березня 1992 р.⁴, Закони України «Про колективне сільськогосподарське підприємство» від 14 лютого 1992 р.⁵ та в редакції від 22 червня 1993 р.⁶ З прийняттям цих законів розпочалися приватизація землі, відродження селянських і фермерських господарств, реорганізація колгоспів у колективні сільськогосподарські підприємства. Поштовхом для реалізації цих законів були постанова Верховної Ради УРСР від 18 грудня 1990 р. «Про земельну реформу»⁷, постанова Верховної Ради України від 13 березня 1992 р. «Про прискорення земельної реформи та приватизацію землі»⁸, а також Декрет Кабінету Міністрів України «Про особливості приватизації майна в агропромисловому комплексі» від 17 травня 1993 р.⁹

24 жовтня 1990 р. був прийнятий Закон Української РСР «Про зміни і доповнення Конституції

⁴ Там само. – 1992. – № 25. – Ст. 354.

⁵ Там само. – 1992. – № 20. – Ст. 272.

⁶ Там само. – 1993. – № 32. – Ст. 341.

⁷ Відомості Верховної Ради УРСР. – 1991. – № 10. – Ст. 100.

⁸ Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 25. – Ст. 355.

⁹ Там само. – 1990. – № 27. – Ст. 293.

¹ Відомості Верховної Ради УРСР. – 1990. – № 45. – Ст. 606.

² Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 267. – Ст. 350.

³ Там само. – 1992. – № 32. – Ст. 453.

(Основного Закону) Української РСР»¹. Цим Законом до ст. 71 Конституції України були внесені зміни, якими встановлювалося, що на території УРСР забезпечується верховенство законів Республіки. Крім цього, із Конституції УРСР було вилучено главу 2 «Економічна система». Це означало, що за відсутності конституційного регулювання економічної системи України скорочена за обсягом Конституція перестала бути правовою базою формування економічної, в тому числі аграрної та земельної політики.

За таких умов правовою підставою формування економічної, зокрема аграрної політики УРСР, а потім і України були закони України, які були різноплановими за концепцією, спрямованістю завдань і мети регулювання, містили колізії і незгодженості, не передбачали прогнозів розвитку сільського господарства. Не було належної програми аграрної та земельної реформ, соціального розвитку села.

Поточним законодавством аграрна реформа спрямовувалась на реорганізацію колгоспів і радгоспів у колективні сільськогосподарські підприємства (КСП), їх парцеляцію, на паювання землі і майна, створення умов для можливої передачі селянами земельних паїв в оренду. Внаслідок недоліків реорганізації колгоспів у колективні сільськогосподарські підприємства (викуп земельних паїв нечленами КСП, плутанина в питаннях орендної плати за оренду паїв чи земельних ділянок та ін.) новостворені КСП розорялись, банкрутіли, ставали неплатоспроможними і як збиткові припиняли свою

діяльність. Це призвело до знеземлювання селян, відчуження їх від колгоспної (колективної) власності, до різкого зниження їх економічного потенціалу. Аграрна та земельна політики спрямовувались не на збереження економічного потенціалу колгоспів, КСП, радгоспів, інших сільськогосподарських підприємств, не на відродження фермерських господарств, а на збагачення купки людей, які дірвалися до влади, «обиралися» в народні депутати. Така політика призвела до корупції та незаконного захоплення місцевими і державними корупціонерами землі, яка була національним багатством країни, до руйнації майнових комплексів колишніх колгоспів, значного скорочення ріллі і посівних площ, безробіття селян і занепаду соціальної сфери села.

Конституція України 1996 р. усі питання суспільного життя розглядає крізь призму прав людини. Згідно із ст. 3 Конституції України права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість держави. З цих позицій розглядаються функції і повноваження законодавчої і виконавчої влади, органів місцевого самоврядування. Відповідно до ст. 85 Конституції України до повноважень Верховної Ради України належить визначення внутрішньої та зовнішньої політики. Це конституційне правило стосується внутрішньої та зовнішньої політики АПК, а також загальнодержавних програм економічного і соціального розвитку села. Виключно законом визначаються правовий режим власності, засади місцевого самоврядування, встановлюється Державний бюджет України і бюджетна

¹ Відомості Верховної Ради України. – 1990. – № 45. – Ст. 606.

система України, система оподаткування, податки і збори. Загальнодержавні програми економічного і соціального розвитку України розробляє і здійснює Кабінет Міністрів України; до його функцій належить також забезпечення рівних умов розвитку всіх форм власності.

На відміну від Конституції УРСР радянського періоду, Конституція України 1996 р. не має розділу «Економічна система України». Окремі положення, що певною мірою стосуються економічних відносин, розміщені в різних статтях Конституції України: наприклад, про право на землю (статті 13, 14), про право приватної власності (ст. 41), про підприємництво і конкуренцію (ст. 42), про управління власністю (ст. 116), державні і місцеві програми економічного і соціального розвитку (статті 85, 116, 143) та ін. Конституція України визначає землю основним національним багатством, що перебуває під особливою охороною держави, та встановлює, що право власності на землю гарантується. Це право набувається і реалізується громадянами, юридичними особами виключно відповідно до закону (ст. 14).

Отже, питання розвитку економіки, в тому числі аграрної, регулюється на рівні законів. Оскільки в Конституції основні напрями розвитку економіки, в тому числі аграрної, не визначені, а їх визначення віднесено на рівень законів, то природно, що в таких умовах важко забезпечити стабільність правового регулювання, особливо в період економічних реформ.

Питання реформування економіки, її роздержавлення, приватизація державного майна і землі,

в тому числі в аграрній сфері, здійснюються на підставі законів, підігнаних під концепції політичних сил, які прийшли до влади.

Про це свідчить законодавча практика України. За період після проголошення незалежності України неодноразово змінювались майже всі закони, якими регулюються економічні і земельні відносини. Так, тричі повністю змінювався Земельний кодекс України (1990, 1992, 2001 рр.). До цих кодексів вносилися зміни і доповнення. Двічі приймалися законодавчі акти про особливості приватизації майна в агропромисловому комплексі: вперше — Декретом Кабінету Міністрів України (17 травня 1993 р.), удруге — однойменним законом (10 липня 1996 р.); до них вносилися зміни і доповнення. Зміни і доповнення до Закону України «Про колективне сільськогосподарське підприємство» вносилися 11 разів, «Про селянське (фермерське) господарство» — 9 разів (утратив чинність).

У 2003 р. було прийнято нові закони «Про фермерське господарство» і «Про особисте селянське господарство», до яких у 2005 р. також були внесені зміни. До Закону України «Про сільськогосподарську кооперацію» зміни вносилися 6 разів, «Про зерно та ринок зерна» — 4 рази, «Про власність» — 14 разів (утратив чинність із прийняттям ЦК), «Про підприємства в Україні» — 49 разів (утратив чинність), «Про господарські товариства» — 23 рази та ін.

Як не прикро, але за 10 років після прийняття двічі вносилися зміни і доповнення до Конституції України.

За таких умов немає стабільної правової бази не лише в аграрній, а

й в інших сферах економіки. Адже кожна політична сила, яка приходить до влади, створює свою концепцію розвитку економіки та її аграрного сектора, підганяє під цю концепцію свій зміст законів, до яких вносяться відповідні поправки, розробляє аграрну політику, формує кадровий управлінський апарат.

Відповідно до політичних концепцій, економіка та її аграрний сектор пройшли такі періоди (стадії) їх розвитку у сфері господарювання: 1) були визнані і впроваджувались приватна, колективна і державна форми власності, яка визнавалась як загальнодержавна і комунальна. Законами у сільському господарстві було проголошено такі форми господарювання: селянські (фермерські) господарства, засновані на приватній власності, колективні сільськогосподарські підприємства, утворені на базі реформованих колгоспів, кооперативи, державні сільськогосподарські підприємства.

Земельні ділянки сільськогосподарського призначення набувались громадянами у довічне успадковуване володіння, у постійне чи тимчасове користування колективними і державними сільськогосподарськими підприємствами, колгоспами, іншими сільськогосподарськими підприємствами, в тому числі в оренду.

У 1992 р. замість довічно успадкованого володіння була введена приватна власність на землю, залишилась колективна і державна власність. Після прийняття у 1996 р. Конституції України термін «право колективної власності на майно і землю» не вживається. Законодавство визнає приватну, державну і кому-

нальну власність на майно і землю. Колективні сільськогосподарські підприємства стали реорганізовуватись у приватні сільськогосподарські підприємства або в господарські товариства. Такі ж форми господарювання створювались замість КСП, які ліквідовувались. До речі, фермерські господарства і сільськогосподарські виробничі кооперативи належної підтримки від держави не отримували, їх кількість збільшувалась повільно.

Після реорганізації і ліквідації земельні паї членів КСП збереглись, вони передавались новоствореним сільськогосподарським організаціям в оренду. При цьому земельні паї були у ринковому обігу і за безцінь відчужувались здебільшого на користь новостворених сільськогосподарських формувань.

З прийняттям у 2001 р. нової редакції Земельного кодексу України, а в 2003 р. — Цивільного кодексу України форми власності на майно і землю не змінились. Тільки Господарський кодекс України, прийнятий одночасно із Цивільним кодексом, зберіг право колективної власності виробничих кооперативів.

Перехідними положеннями Земельного кодексу України 2001 р. було введено деякі обмеження прав на землю: а) на період до 1 січня 2010 р. громадяни та юридичні особи можуть набувати права власності на землі сільськогосподарського призначення загальною площею до 100 га. Ця площа може бути збільшена у разі успадкування земельних ділянок за законом (п. 13); б) до 1 січня 2005 р. заборонено внесення права на земельну частку (пай) до статутних фондів господарських то-

вариств (п. 14). У наступних законах цей термін продовжено до 1 січня 2008 р.; в) встановлено, що громадяни та юридичні особи, які мають у власності земельні ділянки для ведення фермерського і селянського господарства та іншого товарного сільськогосподарського виробництва, а також громадяни України — власники земельних часток (паїв) не мали права до 1 січня 2005 р. продавати або іншим способом відчужувати належні їм земельні ділянки і земельні частки (паї), крім міни, передачі їх у спадщину та крім вилучення для суспільних потреб. У наступних законах цей термін продовжено до 1 січня 2008 р.

Уведення мораторію обумовлено занепокоєністю щодо можливого розбазарювання земель сільськогосподарського призначення, особливо тих, що використовуються для товарного сільськогосподарського виробництва і можливої спекуляції ними. Застосування обмежень бажаних результатів не дало, хоч наміри були непогані. Власники земельних паїв передали їх в оренду як виробникам сільськогосподарської продукції, так і іншим особам, незважаючи на те, що вони взагалі не бачили земельної ділянки на місцевості. В оренду здавалась умовна ділянка.

Земельні паї продавались іншим особам починаючи з 1994 р., коли Указом Президента України «Про невідкладні заходи щодо прискорення земельної реформи у сфері сільськогосподарського виробництва» від 10 листопада 1994 р. № 666/94¹

¹ Збірник указів Президента України. — 1994. — Вип. 4.

було встановлено, що право на земельну частку (пай) може бути об'єктом купівлі-продажу, дарування, міни, успадкування, застави. Дозвіл на укладання договорів оренди земельної частки (паю), майнового паю з власниками цих часток, паїв із виплатою орендної плати у натуральній або грошовій формі надавався відповідно до Указу Президента України «Про невідкладні заходи щодо прискорення реформування аграрного сектора економіки» від 3 грудня 1999 р. № 1529/99². За період чинності цих указів колишніми членами КСП було продано чи передано в оренду значну кількість земельних ділянок і земельних часток (паїв). Впровадження мораторію на їх відчуження з 1 січня 2002 р. вирішального впливу не мало як за-пізніле.

На масовий розпродаж земельних ділянок і земельних часток (паїв) були спрямовані непоодинокі методи тіншового характеру. Найпоширенішими були продаж земельних ділянок від приводом передачі у довгострокову оренду з правом наступного викупу, переведення за рішенням органів місцевого самоврядування земель сільськогосподарського призначення в інші категорії земель, продаж яких не заборонялась, або переведення земель сільськогосподарського призначення на цілі, не пов'язані з виробництвом товарної сільськогосподарської продукції, заборони на продаж яких також не було. Органи місцевого самоврядування та органи місцевої виконавчої влади з метою задоволення особистих корисливих мотивів працівників цих

² Уряд. кур'єр. — 1999. — 15 груд.

органів вдавались і до інших методів незаконного розпродажу земельних ділянок сільськогосподарського призначення.

Усе це завдало родючим землям України і міського господарства непомірної шкоди. Землі сільськогосподарського призначення швидко скорочуються або приводяться у стан, непридатний для виробництва сільськогосподарської продукції.

Справжня трагедія з виведенням земель із складу земель сільськогосподарського призначення розпочинається владними структурами України, зокрема законодавчої і виконавчої влади, посадовими особами органів місцевого самоврядування. Із зняттям мораторію будуть розв'язані руки для знищення фонду земель сільськогосподарського призначення.

Аналіз аграрного і земельного законодавства, практики його застосування та результатів господарювання на селі дає підстави для відповідних висновків і пропозицій.

З метою підвищення ефективності аграрного і земельного законодавства необхідно провести такі організаційно-правові заходи:

1. Здійснити моніторинг аграрного і земельного законодавства, визначити його відповідність сучасній концепції розвитку аграрного сектора економіки і земельних відносин.

2. Передбачити усунення колізій та неузгодженості між законами аграрної сфери, а також між ними і Цивільним та Господарським кодексами України.

3. Розробити і затвердити Верховною Радою України Державну програму розвитку сільського господарства й аграрного ринку в Україні та

їх правового забезпечення на найближчі десять років. Передбачити у ній заходи щодо залучення вітчизняних та іноземних інвестицій.

4. Провести інвентаризацію приватизованих земель колишніх колгоспів і роздержавленої колгоспної власності, перевірити законність переходу великих об'єктів нерухомості до нових власників у сільському господарстві за рахунок майна і земельних ділянок (паїв) членів колективних сільськогосподарських підприємств.

З метою організаційно-правового забезпечення зменшення розмірів виведення земель із категорії сільськогосподарського призначення в інші категорії (хоч би частково, адже кардинально виправити катастрофічне становище неможливо, оскільки такими землями заволоділи можновладці) доцільно було б запровадити такі першочергові заходи:

– по-перше, заборонити переведення всіх земель сільськогосподарського призначення (а не тільки тих, що призначені для виробництва товарної сільськогосподарської продукції) в інші категорії земель;

– по-друге, встановити, що договори про передачу в оренду земель сільськогосподарського призначення фізичним і юридичним особам, які особисто не займаються виробництвом сільськогосподарської продукції (як товарної, так і іншої), визнаються нікчемними;

– по-третє, у випадку загальнодержавних потреб (будівництво залізничних колій, автомобільних шляхів державного значення та ін.) рішення щодо переведення земель сільськогосподарського призначення

в інші категорії приймаються Верховною Радою України за поданням Президента України, погодженого з Кабінетом Міністрів України після позитивного висновку Національної Академії наук України та з обов'язковим висвітленням цього питання у засобах масової інформації;

– по-четверте, передбачити більш жорсткий порядок надання під забудову та для інших цілей земель, що належать до земель житлової і комунальної забудови та інших категорій;

– по-п'яте, забезпечити притягнення до юридичної відповідальності посадових осіб, які допустили безпідставне скорочення площ земель сільськогосподарського призначення;

– по-шосте, з метою дотримання вимог антимонопольного законодавства встановити максимальні розміри площ земельних ділянок, які можуть бути у приватній власності юридичних та фізичних осіб, які займаються виробництвом товарної сільськогосподарської продукції та площ земель, які додатково можуть набуватися ними у довгострокову чи короткострокову оренду;

– по-сьоме, встановити, що Кабінет Міністрів України щороку офі-

ційно доповідає Верховній Раді України про стан додержання законодавства щодо використання земель сільськогосподарського призначення, про кількість земель, які вибули із складу земель цієї категорії та про вжиті заходи щодо притягнення до відповідальності осіб, винних у скороченні площ таких земель;

– по-восьме, орган центральної виконавчої влади, до функцій якого входить державний контроль за дотриманням земельного законодавства, протягом року повинен провести інвентаризацію щодо змін категорії земель сільськогосподарського призначення та земель інших категорій і доповісти про результати Кабінетові Міністрів України для вжиття відповідних заходів.

Юридичну норму про заборону переведення земель сільськогосподарського призначення у землі інших категорій необхідно зафіксувати у Конституції України, виходячи з конституційного положення, що земля є національним багатством країни.

Опубліковано: Правова держава. – 2008. – Вип. 19.

Ю. Шемшученко, академік НАН та АПрН України, директор Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України;

О. Ющик, доктор юридичних наук, завідувач Центру теоретичних проблем законотворчості Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

Актуальні проблеми розвитку парламентаризму в контексті конституційного процесу в Україні

Розвиток парламентаризму в новітній історії нерозривно пов'язаний з конституційним процесом, із закріпленням *конституційного ладу* в Основному Законі держави. Термін «конституційний лад» використовують багато конституцій без офіційного визначення змісту цього поняття, різного для різних країн¹. Прийняття Конституції України 1996 р. завершило законодавче визначення сучасного конституційного ладу України.

З прийняттям Конституції України предметом регулювання якої є, насамперед, основи конституційного ладу, набули значення Основного Закону принципи, *вихідні начала побудови національної правової системи*, були сформульовані загальні правила, на основі яких надалі мали регулюватися всі сфери суспільних відносин, зокрема й організація державної влади в Україні. Разом з тим для змістовної цілісності законодав-

чого регулювання потрібна *змістовна єдність* самих основ конституційного ладу. Чи властива вказана єдність основам конституційного ладу, закріпленим у Конституції України? Це ключове питання для розуміння сутності політико-правових процесів, що відбуваються в Україні впродовж останніх десяти років, оцінки стану та перспектив розвитку парламентаризму в Україні.

Насамперед слід зазначити, що сутність конституційного ладу України визначається як змістом розділів I, III і XIII, так і окремими положеннями інших розділів Конституції України. Адже у розділі першому зовсім не згадується *інститут Президента* в Україні, а у двох інших розділах ідеться лише про повноваження Президента України призначати всеукраїнський референдум і подавати до Верховної Ради України законопроекти про внесення змін

до Конституції. Очевидно, що ці повноваження нічого не говорять про дійсний зміст інституту Президента, його місце та роль у системі державної влади в Україні. Певне уявлення щодо цього дають положення ст. 102 Конституції, називаючи Президента України Главою держави, що виступає від її імені, є гарантом державного суверенітету, територіальної цілісності України, додержання Конституції України, прав і свобод людини і громадянина. Однак цих положень замало для усвідомлення місця глави держави у здійсненні державної влади на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову. І тільки разом з положеннями статей 106 і 107 Конституції, в яких визначені повноваження Президента України, з'являється можливість скласти більш-менш певне уявлення про *форму правління*, встановлену Конституцією України, що є одним із суттєвих визначень конституційного ладу країни.

Саме форма правління виявилася ключовою проблемою, навколо якої точиться боротьба різних політичних сил в Україні, ставши предметом головної уваги суб'єктів конституційного процесу. І передусім від того, як і коли цю проблему буде розв'язано, залежить подальший розвиток парламентаризму в Україні.

Загальні засади організації державної влади в Україні, її державного устрою складає низка конституційних положень, а саме: Україна є унітарною державою, її суверенітет поширюється на всю її територію, що в межах існуючого кордону є цілісною і недоторканою (ст. 2); в Україні існує єдине громадянство, підстави набуття і припинення якого визна-

чаються законом (ст. 4); Україна є республікою (ст. 5); державна влада здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову, у встановлених Конституцією межах і відповідно до законів України (ст. 6); Конституція України має найвищу юридичну силу, закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції і повинні відповідати їй (ст. 8); найважливішими функціями держави є захист суверенітету і територіальної цілісності України, забезпечення її економічної та інформаційної безпеки; оборона України, захист її суверенітету, територіальної цілісності і недоторканості покладаються на Збройні Сили України, а забезпечення державної безпеки і захист державного кордону — на відповідні військові формування та правоохоронні органи держави (ст. 17).

Ці конституційні основи визначали життя суспільства в останнє десятиліття, реалізацію *програмних засад конституційного ладу* щодо розвитку державності, правової системи, окремих суспільних інститутів. Ідеться, насамперед, про демократичний, соціальний, правовий характер держави, систему місцевого самоврядування, політичні партії, а також низку соціальних і культурних прав громадян, що лише в перспективі можуть бути реально гарантовані державою. Прийняття нової Конституції України відбивало загальну *тенденцію* розвитку української державності в напрямі *демократизації* й *поступового повернення* її до парламентської демократії, сприяло зростанню *у кінцевому підсумку* ролі парламенту як єдиного органу законодавчої влади в державі, що збігається із су-

часним світовим процесом демократизації публічної влади.

Разом з тим визначення в Конституції загальних засад організації та функціонування державної влади в Україні, зокрема її державного устрою, виявилось недостатньо послідовним, в окремих моментах внутрішньо суперечливим, непридатним для чіткого правового регулювання владних відносин і запобігання політико-правовим конфліктам.

В умовах становлення України як незалежної й суверенної держави фактичне домінування політики над правом стало фактом, під тиском якого формується викривлене праворозуміння не лише у пересічних громадян, а й у політичній верхівки суспільства. Ознака цього — формування в національній правосвідомості хибних уявлень про політико-правову природу суспільного державного устрою країни, призначення та роль окремих політичних і державних інститутів. Насамперед це стосується місця й ролі парламенту та глави держави в системі державного управління суспільством.

Конституція як *політико-правовий* акт фіксує в юридичній формі результат політичного процесу, співвідношення політичних сил на певний момент розвитку суспільства в їх боротьбі за державну владу. Не стала винятком у цьому відношенні й Конституція 1996 р. Відтак зрозумілими стають об'єктивні витоки того правового нігілізму, неповаги до права, панування «політичної доцільності», якими характеризуються події 2004–2007 рр. у нашій державі. Справа тут не тільки у низькому рівні правової культури політиків і державного апарату, відсут-

ності усталених політичних і правових традицій. Важливим тут є й те, що *істотно змінюються конкретно-історичні умови здійснення політичної влади*, а разом з ними — *конкретна необхідність* правового регулювання суспільних відносин, особливо у сфері організації державної влади, що сприймається у суспільній свідомості через політичну боротьбу. Остання визначає зміст сучасного політичного процесу в Україні, впливаючи на правову форму даного процесу та правосвідомість, *підпорядковуючи право і Конституцію потребам боротьби за владу*. При цьому використання права і Конституції не обмежується їх прямим призначенням для упорядкування, стабілізації політичних процесів; вони стають предметом *ідеологічного тиску* на політичних опонентів.

За таких умов розвиток парламентаризму в Україні визначається не стільки потребою реалізації програмних конституційних начал (юридичною конституцією), як боротьбою політичних сил за владу (фактичною конституцією), з підпорядкуванням умовам цієї боротьби всієї системи публічної влади і правової системи, в тому числі Конституції України та конституційного процесу. Наочним підтвердженням цього стало внесення змін до Конституції України у грудні 2004 р. (так звана конституційна, або політико-правова реформа), спрямованих на посилення ролі парламенту в системі державної влади через перехід від президентсько-парламентської до парламентсько-президентської форми правління. У засобах інформації, науковій літературі, в політичних дискусіях з різних позицій дається оцінка да-

ного акта, проте змістовний комплексний аналіз його значення в історії української держави ще попереду. Проте не викликає сумніву, що цей акт є *закономірним* етапом у розвитку українського парламентаризму.

Разом з тим практика реалізації даного акта з перших кроків виявилася вкрай суперечливою, спричинила низку політичних і юридичних конфліктів. Це дало привід деяким політикам і фахівцям у галузі державного будівництва і права взагалі поставити під сумнів доцільність запроваджених конституційних змін, заперечувати необхідність нової форми правління і пропонувати відновити статус-кво, по суті, здійснити *парламентську контрреформу*. При цьому не обійтися без чергових змін Основного Закону України, тому з'явилася ідея ухвалення Конституції України в новій редакції, здійснення нового етапу конституційного процесу.

Проблема, однак, полягає в тому, щоб усвідомити процес внесення змін у чинну Конституцію не як реалізацію абстрактних «об'єктивних потреб» чи конкретних суб'єктивних побажань, владного наказу чи абстрактної «ідеї», а як конкретну необхідність. Слід, отже, усвідомити конституційні зміни як *дійсно актуальні* та водночас *реально можливі* за тих суспільно-політичних умов, у яких вони відбуваються. Це означає, що *необхідними* належить визнати *тільки ті зміни до Конституції*, які: 1) є дійсно актуальними, тобто такими, що відповідають правильно усвідомленим закономірностям суспільного розвитку й адекватно виражають їх у пропонуваніх

конституційних змінах; 2) є реально можливими у *матеріальному* сенсі, тобто такими, що забезпечують безперешкодне втілення в життя пропонуваніх конституційних новел; 3) є реально можливими у *процесуальному* сенсі, тобто такими, що забезпечують безперешкодне ухвалення запропонуваніх змін суб'єктами конституційного процесу.

При цьому незайве наголосити, що Конституція України — особливий акт, який потребує системного комплексного підходу до його пізнання та вдосконалення. Без вагомого наукового забезпечення вирішити проблеми належної реалізації Конституції та її вдосконалення неможливо, що наочно підтверджується практикою конституційного процесу в Україні.

Виходячи з цих міркувань, потрібно визнати, що зміни Конституції України у 2004 р. *не були конкретно необхідними*, а тому виявилися недосконалими, складними для реалізації і не дали бажаного результату. Чому? Тому, що ці зміни не можна визнати *дійсно актуальними*. Потреба зняти суперечність в організації державної влади на вищому рівні, поліцентричність влади (двовладдя глави держави і парламенту) загалом усвідомлювалася учасниками конституційного процесу й актуалізувала здійснення політичної реформи в Україні. У цьому сенсі зміни до Конституції відповідали закономірностям суспільного розвитку. Разом з тим пропонувані конституційні зміни *неадекватно* виражали ці закономірності, оскільки були половинчастими, по суті не вирішували завдання усунути зазначене двовладдя.

Ця неадекватність конституційних змін зумовлювалася конкретними умовами боротьби за владу, яким було підпорядковано конституційний процес. Якщо згадати, за яких умов і яким чином вносилися зміни в Конституцію України у грудні 2004 р., наскільки реально можливим у *процесуальному* сенсі, «безперешкодним» виявилось ухвалення конституційного закону, стане зрозумілим, чому дане внесення змін не було реально можливим у *матеріальному* сенсі, не могло забезпечити гарантовану реалізацію пропонованих конституційних новел. До цього варто додати, що про наукове забезпечення конституційного процесу тоді взагалі не йшлося.

Практика вкотре переконує: якщо зміни до Конституції не є конкретно необхідними і не мають ґрунтовного наукового забезпечення — таке, з дозволу сказати, «реформування» нічого, крім шкоди, суспільству не принесе. Тому зараз, як ніколи, актуальною є потреба теоретично осмислити і правильно усвідомити *конкретну необхідність правової реформи* в Україні, визначити дійсно актуальні напрями і способи вдосконалення державного механізму та правової системи. На нашу думку, можливість уникнути олігархічного авторитаризму та надмірної бюрократизації державного апарату в Україні існує тільки на шляху *послідовного розвитку парламентаризму*.

Залишаючись на позиціях конституювання України як демократичної, соціальної і правової держави, логічно зробити висновок, що *перспектива утвердження парламентсько-президентської або навіть*

парламентської республіки є закономірністю розвитку української державності. Адже саме в парламентських інститутах найбільш повно втілюються *демократичні* засади здійснення державної влади; саме розвитком парламентаризму визначається рівень *соціальності* сучасної розвиненої держави; нарешті, саме парламенти є інститутами, об'єктивно найбільш зорієнтованими на верховенство права, Конституції і закону, тобто на утвердження *правової* держави.

Проголошення України правовою державою в ст. 1 Конституції є самодостатньою політико-юридичною підставою для того, щоб вимагати від усіх органів держави і посадових осіб реалізації *принципу законності*. Адже будь-яка держава, з нашої точки зору, є правовою, якщо в ній реалізується принцип законності. Якщо цей принцип заперечується і державна влада виходить *за межі правової форми* своєї діяльності, відповідна держава втрачає якості правової прямо пропорційно масштабу порушення права.

Варто у зв'язку з цим зауважити, що принцип законності в літературі безпідставно обмежується лише вимогою до агентів публічної влади *виконувати закон*. Утім *висхідним моментом* даного принципу логічно вважати взагалі *необхідність мати закон* як юридичну форму нормативної сутності діяльності державного апарату. Якщо, наприклад, в Україні досі не прийняті десятки законів, передбачених Конституцією, то існуючі прогалини в правовому регулюванні означають, що ми маємо справу з недосконалою у правовому відношенні державою, навіть

коли б усі існуючі в ній закони виконувалися належним чином.

Парламентаризм в умовах правої держави — це, передусім, повноцінне конституційно-правове і законодавче забезпечення функціонування парламенту як представницького, законодавчого та вищого контрольного органу в державі. Такого повноцінного забезпечення в Україні досі не існує, воно ще має бути створене в ході здійснення парламентської реформи. Для цього, по-перше, необхідно істотно вдосконалити положення чинної Конституції, які стосуються інститутів парламентського права; по-друге, сформулювати *пакет законодавчих актів парламентського права*, ухваливши низку нових законів та змінивши деякі чинні акти. Ключовими в цьому пакеті, з нашої точки зору, мають стати Закон про Верховну Раду України, Закон про закони і законодавчу діяльність та Регламент Верховної Ради України. Саме в цих актах має детально визначатися статус парламенту, вимоги до закону і законодавчої діяльності як основи законодавства та порядок реалізації всіх повноважень Верховної Ради України. Ці акти мають чітко й повно конкретизувати відповідні положення Конституції України, органічно доповнивши останні.

Зокрема, необхідність Закону про Верховну Раду України зумовлена вимогою п. 21 ст. 85 Конституції України, згідно з якою організація і порядок діяльності Верховної Ради визначаються *виключно законом*. Зважаючи на це, предмет Регламенту Верховної Ради України має регулювати лише *процедури* здій-

снення конституційних повноважень парламенту, а не питання організації, структури тощо Верховної Ради України та її органів. Відтак Закон про Верховну Раду України мав би конкретизувати положення розділу IV Конституції України, систематизувавши в єдиному акті конституційне визначення статусу, організації та порядку діяльності парламенту. Це усунуло б необхідність численних звернень до Конституційного Суду України за тлумаченням відповідних конституційних положень.

Проект такого закону підготовлений в Інституті держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. Він складається з трьох розділів, 9 глав, 80 статей. *Розділ перший* «Верховна Рада України — парламент України» містить три глави: гл. 1 — «Загальні положення»; гл. 2 — «Посадові особи та органи Верховної Ради України»; гл. 3 — «Депутатські об'єднання. Парламентська більшість і парламентська опозиція». *Розділ другий* «Здійснення повноважень Верховної Ради України» складають чотири глави, присвячених відповідно здійсненню законодавчих, установчих і контрольних повноважень, а також міжнародним зв'язкам Верховної Ради України (гл. 4–7). Нарешті, *розділ третій* «Апарат Верховної Ради України. Забезпечення діяльності Верховної Ради України» складається з двох глав, у яких регулюються завдання та функції, організація парламентського апарату і статус його працівників, визначаються установи й організації Верховної Ради, її друковані органи та електронні засоби інформації, майно,

кошторис, забезпечення охорони і внутрішнього порядку, забезпечення діяльності керівників парламенту.

У зв'язку з прийняттям такого закону виникне потреба переглянути чинний Регламент Верховної Ради України, який містить низку положень організаційно-статусного характеру, що не є предметом регламентного регулювання. Проблема парламентського регламенту набуває особливого значення для процесу становлення парламентаризму. Як відомо, Конституцією України 1996 р. було передбачено врегулювати порядок діяльності парламенту *законом* про регламент Верховної Ради України. Однак парламент так і не ухвалив вказаного закону через відсутність заінтересованості народних депутатів у ньому. Адже чинний Регламент залишається зручним засобом ситуативного регулювання внутрішньопарламентських відносин в умовах гострої боротьби різних політичних сил, і фактична робота парламенту це підтверджує.

Змістовні суперечності та концептуальні вади чинного Регламенту сприяють виникненню конфліктних ситуацій у парламенті при розгляді тих чи інших питань законодавчого регулювання. Таке незадовільне регламентне визначення законодавчої процедури зумовлює необхідність удосконалення Регламенту, а разом з тим виявляє проблему концептуального підходу до правового регулювання законодавчого процесу, насамперед, диктує потребу в спеціальному регулюванні законодавчої діяльності та встановленні вимог до закону як акта вищої юридичної сили. Вирішенню цієї

проблеми мало б сприяти прийняття окремого закону про закони і законодавчу діяльність, що давно пропонується юридичною наукою, однак через незаінтересованість окремих владних суб'єктів в удосконаленні законодавчого процесу досі не вдається розв'язати цю проблему.

Разом з тим у реалізації принципу законності важко переоцінити роль *судової влади* в цілому і зокрема, роль Конституційного Суду України, який у сучасних політико-правових умовах повинен стати *вирішальним фактором* становлення України як правової держави. Без належно функціонуючого органу конституційної юрисдикції взагалі важко розраховувати на утвердження принципу законності в нашій державі у найближчому майбутньому.

На жаль, конституювання цього органу, як і взагалі організації державної влади, відбувалося у жорсткій політичній боротьбі за владу і несе на собі всі її негативні риси. Прагнення колишнього глави держави мати вплив на Конституційний Суд втілювалося у способі його формування. Проте призначення суддів одночасно від трьох суб'єктів, як це передбачено Конституцією, є хибною ідеєю, яка супроводжується реальною можливістю заблокувати у будь-який час роботу даного органу (що ми й спостерігаємо в останні роки).

Очевидно, немає раціональної логіки в тому, що судді того самого органу мають різний статус у частині їх призначення та звільнення з посади. Більш логічним і більш політично доцільним є не призначення, а обрання Верховною Радою України суддів Конституційного Суду серед

20–25 кандидатур, запропонованих у різний спосіб, у тому числі Президентом України. Головне, щоб у народних депутатів був вибір належних кандидатів у судді.

Друге питання — законодавче забезпечення діяльності Конституційного Суду України, внесення змін до Конституції та прийняття нової редакції закону про Конституційний Суд України і закону про конституційне судочинство. Очевидно, слід уточнити компетенцію і повноваження Конституційного Суду, гарантії незалежності суддів, можливість їх повторного обрання, а також процедури розгляду справ з урахуванням десятирічного досвіду діяльності даного органу. Цю частину роботи слід було б зробити невідкладно і в найкоротший термін, завершивши її формуванням нового складу Конституційного Суду України.

Не маючи органу, який би на правовій основі вирішував юридичні конфлікти всередині державної вла-

ди, насамперед, між главою держави і парламентом, немає достатніх підстав розраховувати на те, що політичний процес, боротьба між різними політичними силами за владу не приведуть у черговий глухий кут юридичного протистояння, до глибокої кризи і гострих конфліктів у суспільстві. Стримати свавілля у державному управлінні, упорядкувати політичний процес, зробити його корисним і зрозумілим для суспільства — високе соціальне призначення права, завдання органів, що мають охороняти право, нагальна вимога формування України як правової держави. Реальне здійснення цього високого покликання, на наше переконання, можливе тільки на шляху поступального розвитку й утвердження парламентаризму в нашій країні.

Опубліковано: Правова держава. – 2008. – Вип. 12. – С. 3–9.

Законодавче забезпечення економічної політики

Проблема законодавчого забезпечення економічної політики виникла як органічна частина реформування народного господарства, трансформації централізовано керованої планової економіки в сучасну змішану економіку. На початку 90-х років ХХ ст. під впливом ідеології ринкового фундаменталізму, радикально-ліберального принципу невтручання держави в економіку, що випливав з неї, була ослаблена роль державного регулювання у сфері господарської діяльності. Як відомо, це викликало ряд негативних наслідків, розкриттю й аналізу яких в останні роки приділяється велика увага в економічній та юридичній літературі. Практика довела неспроможність зазначеної ідеології для соціально-економічного розвитку, небезпеку невтручання держави в економіку. У 1996 р. Президент України відзначив, що державу розкрадають, спираючись на чинне законодавство. На рубежі минулого і нинішнього століть ситуація почала дещо змінюватися на краще. Проте вплив ринкового фундамен-

талізму та пов'язаних з ним негативних тенденцій триває, а процес удосконалення законодавчої бази йде дуже повільно. Ухвалені постановою Верховної Ради України від 21 червня 2005 р. рекомендації парламентських слухань, спеціально присвячених цій проблемі, майже не реалізуються, а деякі дії органів виконавчої влади не сприяють її вирішенню. Проблема залишається актуальною.

Реальна дійсність свідчить про необхідність підвищити, з одного боку, ефективність усієї системи правового забезпечення економіки, а з другого — рівень економічної обґрунтованості ухвалюваних законодавчих актів. Центральну роль у вирішенні цього двоєдиного завдання відіграє вдосконалення господарського законодавства, в якому дістає вираження і закріплення економічна політика.

Вирішення проблем удосконалення господарського законодавства вимагає дослідження як економічних основ правового регулювання госпо-

дарських відносин¹, так і власне юридичних засобів (форм, методів, інструментарію) посилення цього регулювання. У статті розглядаються можливості використання юридичних засобів (зокрема, техніко-юридичного характеру) з метою вдосконалення регулювання господарських відносин.

Проблем удосконалення господарського законодавства, які можна і слід вирішувати за допомогою такого роду засобів, — безліч. Коли взяти хоча б ті з них, які на слуху буквально всієї громадськості, то можна зробити висновок, що час, нарешті, забезпечити не тільки на словах і на папері, а й насправді юридичний заслін в економічній сфері таким діям, які завдають серйозної шкоди інтересам окремих підприємств і суспільства в цілому.

Перш за все необхідно забезпечити системний підхід до вдосконалення регулювання господарських відносин. Початок цьому поклав прийнятий у січні 2003 р. Господарський кодекс України як системоутворювальний акт правового регулювання у сфері господарської діяльності. На це ж, по суті, спрямовані Закон України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності» від 11 вересня 2003 р. і Концепція вдосконалення державного регулювання господарської діяльності, схвалена Указом Президента України від 3 вересня 2007 р.

Проте наявне в заключних положеннях закону про впровадження

Господарського кодексу доручення Кабінету Міністрів України про підготовку законопроекту, що передбачив би гармонізацію підзаконних нормативно-правових актів з Господарським кодексом, досі не виконано. У зв'язку з цим за рамками Господарського кодексу продовжують діяти правові норми, що відбивають радикально-ліберальний підхід до економіки і створюють умови для зловживання свободою підприємництва, для хитромудрих фінансових махінацій.

Загальновідомо, що поряд із суб'єктами господарювання, які організують, забезпечують, здійснюють виробництво товарів, робіт, послуг, в економіці діють кримінально-тіньові елементи, націлені на збагачення шляхом різного роду обмудок, розробки і реалізації шахрайських і корупційних схем. Для досягнення своїх антисупільних, антидержавних цілей такі елементи знаходять і використовують лазівки в законодавстві або ж за допомогою корумпованих працівників держапарату не без успіху намагаються пробити в ньому нові «дірки», які дозволяли би безкарно красти чуже майно. Спроби ці здійснюються безперервно. Об'єктом такої антидержавної діяльності у 2005–2007 рр. стали, зокрема, деякі положення Господарського кодексу України², однією з цілей прийняття якого була підтримка чесного підприємництва і створення бар'єра перед економічною злочинністю.

Результат використання лазівок і «пробивання дірок» у законодав-

¹ Див.: Геєць В. Економічні засади правового регулювання господарських відносин / В. Геєць, А. Гриценко // Економіка України. — 2008. — № 5. — С. 4–17.

² Див. детальніше: Мамутов В. К. «Дерібан» кодифікації / В. К. Мамутов // Закон и бизнес. — 2008. — 28 мая — 6 июня.

стві — не тільки тінізація частини економіки, але й шкідливе явище, яке дістало назву «рейдерство». Поширено штучне доведення підприємств до банкрутства для їх ліквідації як конкурентів або привласнення їхнього майна. Розвинулася тенденція примусового недружнього поглинання активів господарюючих суб'єктів¹. Розробляються і здійснюються схеми безоплатного чи за символічну плату «відбирання» майна в такий спосіб, щоб постраждали не міг стягнути його по суду назад. Нерідко сумнівна роль у цих злочинських схемах відводиться і деяким суддям.

Не припиняються також спроби привласнити об'єкти публічної власності в обхід законодавства про приватизацію і навіть повністю ліквідувати державну власність тихою сапою, без економічного обґрунтування, без обговорення, без прогнозування соціально-економічних наслідків. На жаль, подібні спроби дістають підтримку з боку деяких осіб з науковими званнями та вченими ступенями, а також іноземних «радників», не запрошених офіційно нашими державними органами, а надісланих різними іноземними структурами, які у своїх рекомендаційних листах відхрещуються від усякої відповідальності. Свою лепту іноді вносять наші ЗМІ, коли репрезентують рекомендації групи приватних осіб — зазвичай некомпетентних у наших справах — як думку авторитетних міжнародних організацій. Не можна

¹ Див.: Побурко Я. О. Тенденції економічного поглинання господарських суб'єктів у промислових територіальних системах / Я. О. Побурко, Я. Я. Пушак, Ю. Е. Ковній. — Львів, 2008.

не підкреслити, що практика масового використання у 90-ті роки ХХ ст. іноземних «радників» призвела до руйнівних наслідків в економіці, про що попереджали деякі вітчизняні фахівці. Але «нема пророка у своїй вітчизні!» На жаль, окремим нашим політичним діячам притаманний комплекс меншовартості, чим і пояснюється низькопоклонство навіть перед малокомпетентними, нікому не відомими чужоземцями, які ніде і ніяк себе не проявили².

Щоб подолати недоліки в законодавчому забезпеченні економічної політики, комітети Верховної Ради України мають всіляко перешкоджати пробиванню «дірок» у законодавстві, організовувати дослідження і виконувати науково-практичні розробки, спрямовані на усунення в ньому будь-яких лазівок. Кабінет Міністрів України має виконати прямі доручення Верховної Ради України щодо гармонізації змісту всього нормативно-правового масиву, який стосується сфери господарської діяльності, з положеннями Господарського кодексу. Верховна Рада України і Кабінет Міністрів України також повинні забезпечувати суворе дотримання всіма відомствами Закону України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності», який набрав чинності у 2004 р. одночасно з Господарським кодексом України.

В Інституті економіко-правових досліджень НАН України розробле-

² Красномовний факт: до заїжджих радників дослухалися, а зверненням у середині 90-х років групи лауреатів Нобелівської премії з економіки до Б. Єльцина, що закликали його не дотримуватися порад Сакса і К^о, не зацікавилися.

но Концепцію модернізації господарського законодавства на базі Господарського кодексу України¹, яка передбачає, зокрема, виконання робіт з консолідації законодавства і системного нарощування розділів, глав, статей Господарського кодексу, що усуне прогалини й недоліки в правовому регулюванні. У процесі консолідації законодавчих актів і нарощування Господарського кодексу доцільно врахувати досвід Німеччини, Австрії, Франції та ЄС у цілому, де постійно проводиться робота з удосконалення змісту і систематизації господарського законодавства². Реалізація Концепції вимагає зусиль не тільки вчених, а й Міністерства юстиції, Міністерства економіки, комітетів Верховної Ради України.

Поряд з тим проведені дослідження показали, що для законодавчого забезпечення економічної політики недостатньо вдосконалити власне господарське законодавство, яке відіграє стрижневу роль у системі правового регулювання економіки. **Положення про усунення коливань і непослідовності в економічній політиці, які негативно впливають на економіку, на інвестиційну привабливість країни, має бути закріплене в Конституції України, тобто в законі найвищої юридичної сили.** У результаті дослідження цієї проблеми у 2007 р. розроблено *Кон-*

*цепцію конституційного закріплення економічної системи держави як основи законодавчого забезпечення економічної політики*³.

Необхідність у цьому виникає передусім у зв'язку з тим, що чинні положення Основного Закону виявилися недостатніми для досягнення проголошеної в ньому мети формування соціальної правової держави. Фактично державу, що сформувалася на сьогодні, не можна назвати ні соціальною, ні правовою. Потрібне таке законодавче забезпечення соціально-економічної політики, яке б дійсно забезпечувало досягнення даних цілей.

Проте, розглядаючи питання вдосконалення Конституції, говорять і пишуть переважно про формування і повноваження різних владних структур, причому безвідносно до їхнього впливу на економіку. А тим часом не менш важливо було б подбати про внесення до Основного Закону деяких доповнень, які забезпечать його позитивний вплив на соціально-економічну політику. Досягненню цієї мети могла б служити консолідація в одному з розділів Конституції як уже зафіксованих норм, так і кількох додаткових, які відображають і закріплюють *основи економічної системи*. Таке доповнення могло б бути корисним з точки зору стабілізації стратегії розвитку, його головних «напрямних». Стабілізація стратегії допомогла б вирішити багато проблем, зокрема поставити, нарешті, економіку на рейки інноваційного розвитку.

³ Концепція конституційного забезпечення економічної системи держави (як основа законодавчого забезпечення економічної політики). ІСПД ПАН України. – Донецьк : Юго-Восток, 2008.

¹ Концепция совершенствования хозяйственного законодательства на базе Хозяйственного кодекса Украины [Электронный ресурс] // Экономика и право. – 2006. – № 2 (15). – Режим доступа: <http://www.iepi.dn.ua>.

² Див.: Мамутов В. К. Повніше використовувати техніко-юридичні засоби удосконалення законодавства / В. К. Мамутов // Право України. – 2008. – № 2.

Мова про необхідність конституційного закріплення економічної системи велась у процесі підготовки й обговорення проекту нової Конституції України на початку 90-х років. Деякі рекомендації з цього приводу було прийнято. Наприклад, було враховано рекомендації про необхідність відображення в Конституції вимоги забезпечити соціальну орієнтацію економіки, принцип рівності всіх форм власності, неприпустимість сприйняття гасла ринкових фундаменталістів про невтручання держави в економіку та ін.¹ Але пропозиція виділити самостійну главу про економічну систему суспільства (держави) і ще ряд інших пропозицій не дістали свого втілення.

Через відсутність чіткого законодавчого визначення економічної системи питання про те, до якої економічної системи ми належимо чи прямуємо, багато в чому залишилося відкритим. Норми, що стосуються економічної системи, виявилися неповними і розкиданими по різних законах. Цілісної картини немає, що не сприяє системному законодавчому забезпеченню економічної політики, а також призводить до нестабільності законодавства. Це, у свою чергу, не сприяє економічному розвитку країни. Закон України «Про власність», прийнятий на початку реформування законодавства і найближчий до визначення істотних рис економічної системи, скасовано у 2007 р. Це зроблено в завуальованій формі, без будь-якого обговорення, в дуже докладному тексті закону про вне-

сення змін у законодавство у зв'язку з прийняттям Цивільного кодексу. Тим часом Цивільний кодекс аж ніяк не замінює і не може замінити конституційні норми, які стосуються економічної системи, ні за своїм змістом, ні за юридичною силою.

Порівняльні дослідження показують, що в конституціях багатьох країн є норми, тією чи іншою мірою спрямовані на визначення економічної системи держави.

У фундаментальній монографії В. Шаповала спеціальний розділ присвячено аналізу характерної для багатьох країн, починаючи з 1918–1919 рр., тенденції соціалізації конституційного регулювання². У цьому розділі показано, що **«особливістю ряду основних законів є фіксація основ економічної організації суспільства»**. Ця теза доводиться на прикладі конституцій десятків держав.

Розділи про економічну систему є в конституціях пострадянських країн. Так, у Конституції Литви присутня глава «Народне господарство і праця», де, зокрема, зазначається, що держава сприяє розвитку економіки таким чином, щоб вона служила на благо всього народу. В Конституції Узбекистану є глава «Економічні основи суспільства», Молдови — «Національна економіка і публічні фінанси», Азербайджану — «Економічний розвиток і держава». Є такі глави і в конституціях нових держав: Македонії — «Основи економічних відносин», Словаччини — «Економіка Словацької Республіки». Усім конституціям притаманна підвищена увага до функції

¹ Конституція і правове забезпечення змішаної економіки // Вісн. Акад. прав. наук України. – 1993. – № 1. – С. 82–88.

² Шаповал В. М. Сучасний конституціоналізм / В. М. Шаповал. – К. : Юрінком Інтер, 2005.

економічного регулювання. Особливий інтерес становить досвід Німеччини, де в системі господарського права як його складова виділяється господарсько-конституційне право, а економічна система розглядається як основна проблема цього права.

Конституційні реформи в європейських країнах стали інтенсивно проводитися після великих історичних потрясінь, викликаних світовими війнами і революціями. У свою чергу, досягнення у 50–60-х роках ХХ ст. конституційної стабільності, розробка чітких положень конституційного законодавства щодо основ функціонування суспільства допомогли, як вважають багато західних учених, збереженню протягом тривалого періоду сприятливого соціального та економічного середовища, сприяють стабільності державного розвитку, закладають конституційні гарантії економічних прав громадян.

Викладене дозволяє говорити про наявність **тенденції закріплення основ економічної системи в сучасних конституціях**. Розділи, спеціально присвячені економічній системі, були в конституціях і Радянського Союзу, і всіх союзних республік. Цей досвід був запозичений багатьма іншими країнами. Попри відсутність у новій Конституції України спеціального розділу, присвяченого економічній системі, можна вважати, що названа тенденція проявляється і в нашому законодавстві. Проте, як показала практика, наявні в різних розділах Конституції України положення, що стосуються економічної системи, не консолідовані, ще не стали основою законодавчого забезпечення економічної політики і потребують модер-

нізації у цьому плані. Мають бути враховані результати економічних і правових реформ останніх 20 років, які свідчать про неспроможність концепції «невтручання держави в економіку» і про необхідність зміцнення конституційної бази для розумного державного регулювання економічних відносин.

Один із компетентних дослідників проблем господарсько-конституційного права відносить до проблем першочергового порядку, які заслуговують нагального розгляду, «обов'язкове виділення в Конституції України окремого структурного підрозділу, присвяченого регулюванню економічних відносин, — «Економічна система»¹. Автор пропонує, зокрема, інкорпорувати в текст Конституції зміст статей 9 і 10 Господарського кодексу України, які визначають **форми і напрями економічної політики держави**. У принципі, це можливий варіант. Але Конституція має містити й інші норми. Можна, наприклад, включити у пропонований розділ, який стосується економічної системи, норму про конституційні основи правопорядку у сфері господарювання, яка встановлювала би, що господарський порядок в Україні формується на основі оптимального поєднання ринкової саморегуляції економічних відносин суб'єктів господарювання і державного регулювання макроекономічних процесів.

Окрім уже закріпленого в Конституції України положення про со-

¹ Див.: Задихайло Д. В. Реформування конституційних засад господарювання: питання конституційної доктрини / Д. В. Задихайло // Вісн. Акад. прав. наук України. — 2007. — № 2 (49). — С. 57.

ціальну орієнтацію економіки потрібні пряме визнання необхідності державного регулювання в умовах змішаної економіки, визнання саме такого характеру сучасної економіки й орієнтація на таку її модель. Як зазначалося в науковій літературі, на фоні інформаційної революції функція ринку почала девальвуватися, її перебирає на себе система інформаційних мереж¹. Ця система породжена потребами управління, зокрема всім народногосподарським комплексом, яке має забезпечувати поєднання ринкової саморегуляції та державного регулювання. Сучасну економіку неправильно розглядати як суто ринкову. Треба відмовитися від «сором'язливого» замовчування про державний сектор його стабілізуючу роль. Також має бути закріплена необхідність стратегічного та іншого загальнодержавного планування розвитку економіки.

Законодавче закріплення економічної системи — це досить повне регулювання відносин власності. Слід не тільки закріпити рівність усіх форм власності, а й дати перелік основних її форм згідно із ст. 13 Конституції України і ст. 4 Закону України «Про економічну незалежність України». У цьому переліку доцільно відтворити, зокрема, деякі норми, які містились у статтях 1, 2, 3, 9, 10, 11, 20, 31 Закону України «Про власність», як зазначалося вище, необґрунтовано скасованого в обхід ряду положень регламенту Верховної Ради України. Варто звернутися до Конституції Німеччини, де ч. 2 ст. 14

¹ Див., наприклад: Гальчинський А. С. Трансринкові трансформації / А. С. Гальчинський // Економічна теорія. — 2007. — № 1. — С. 4–5.

проголошує: «Власність зобов'язує. Користування нею має також слугувати суспільному благу»; дану норму було встановлено ще у 1918 р. Веймарською Конституцією. У Конституції України перша частина цієї формули аналогічна — «Власність зобов'язує». Але друга частина звучить інакше: «Власність не повинна використовуватись на шкоду людині і суспільству». Було б, очевидно, правильним це положення викласти так, щоб виключити можливість такого тлумачення, нібито Конституція України не вимагає врахування власником суспільних інтересів.

Як уже зазначалося в літературі, досягнення ХХ ст. — не у виникненні приватної власності і ринку, які відомі з давніх-давен, а в їх певному обмеженні. Щодо цього зазначає на увагу ч. 6 ст. 44 Конституції Республіки Білорусь, у якій сказано: «Здійснення права власності не повинно суперечити суспільній користі та безпеці, завдавати шкоди довкіллю, історико-культурним цінностям, обмежувати права і захищені законом інтереси інших осіб». Ця формула розглядається як **принципове обмеження свобод власності**. Подібне положення можна закріпити і в нашому законі.

Щоб держава служила народу, в Конституції мають бути закріплені не тільки права громадян, а й обов'язки держави, що забезпечують соціальну орієнтацію економіки. У конституціях деяких зарубіжних країн ця вимога враховується. Конституція Республіки Білорусь встановлює, наприклад, що «держава здійснює регулювання економічної діяльності в інтересах людини і суспільства, забезпечує напрям і координацію державної і приватної еко-

номічної діяльності в соціальних цілях» (ч. 5 ст. 13). Головна ідея, що лежить в основі принципу соціальної держави, — **держава несе відповідальність за забезпечення основних потреб своїх громадян**. Це вимагає закріплення в Конституції *обов'язку держави* гарантувати своїм громадянам гідний життєвий рівень, суспільну й економічну безпеку. Для виконання такого обов'язку держава має проводити стабільну регулятивну політику у сфері господарської діяльності. Тому більша частина конституційних норм мають бути нормами прямої дії. Крім того, їх треба розвинути *в галузевому матеріальному і процесуальному законодавстві*. Забезпечення відповідності Конституції, осяжності законодавства, стабільності вимагає його кодифікації. Кодифікація — найефективніша юридична форма гармонізації, консолідації, компактизації, стабілізації законодавства, яка сприяє його вивченню, розумінню і тим самим правильному застосуванню та зближенню із законодавствами інших країн. Це підтверджується, зокрема, досвідом кодифікації у багатьох країнах і нашим власним досвідом. **У зв'язку із цим варто було б закріпити в Конституції України саму вимогу кодифікації і дати посилання на регулювання окремих груп економічних відносин Бюджетним, Господарським, Трудовим, Земельним, Цивільним, Податковим кодексами.**

Доцільно включити також положення про те, що законом визначаються принципи державного прогнозування і розробки програм економічного та соціального розвитку України, система прогнозних і програмних документів, вимоги до їхнього змісту, а також загальний по-

рядок розробки, затвердження, виконання прогнозних і програмних документів економічного й соціального розвитку, повноваження і відповідальність органів державної влади та органів місцевого самоврядування щодо цих питань.

У пропонованому розділі — «Економічна система» (який міг би бути третім) можна також закріпити таке положення: «Основу економічної системи України становить соціально орієнтована змішана економіка, що базується на різноманітності суб'єктів господарювання різних форм власності, які конкурують між собою».

Далі можна відтворити в уточненій редакції норму, що є у ст. 13 Конституції України, зазначивши в ній таке: «Власність зобов'язує. **Користування нею має також служити суспільному благу.** Власність не повинна використовуватися на шкоду людині і суспільству».

* * *

На основі законодавчого закріплення вибору сучасної моделі змішаної економіки можна здійснити модернізацію як основних положень, що законодавчо визначають економічну систему, так і похідних від них положень галузевих кодексів та інших законів. Законодавство з економічних питань має бути адекватним вимогам сучасної змішаної економіки, забезпечувати її соціальну спрямованість, соціально-економічний прогрес.

Конституційне закріплення основ економічної системи дало би змогу мати стабільні критерії вдосконалення законодавчого забезпечення соціально-економічної політики.

Опубліковано: *Економіка України*. — 2008. — № 10 (563).

Окремі питання вирішення земельних спорів

Земля і люди залишаються найціннішим багатством України. Якщо збереження людського потенціалу нації є головною метою існування держави, то найважливіше, про що має піклуватись людина, так це про свою землю й оточуюче її навколишнє природне середовище.

Роки розбудови самостійної держави не зняли з порядку денного земельне питання, вирішення якого щороку ускладнюється, а пов'язані з ним проблеми залишаються нерозв'язаними. Це, у свою чергу, призводить до постійного збільшення кількості земельних спорів, справи про які в судах вважаються одними з найскладніших.

З огляду на такий стан речей звернення до висвітлення кола питань цієї правової проблематики залишатиметься актуальним для науковців, а практики очікуватимуть пропозицій з їх вирішення й подолання. Загалом же земельні спори — це лакмусовий папірець вдалості обраного механізму правового регулювання земельних відносин, його ефективності, який свідчить про досягнення мети їх правової регламентації, про досягнення правового порядку. Зростання кількості земель-

них спорів невідворотно спонукатиме до зміни моделі останнього на іншу, більш ефективну, питання лише в часі. У той же час зміни, що відбулись останніми роками в законодавстві, його сутності, вимагають переосвідомлення усталених правових явищ, пристосування їх до нових умов з метою розв'язання накопичених проблем.

Незважаючи на численні публікації з обраної тематики, у науковій юридичній літературі бракує єдності в питанні про саме *поняття земельного спору*. Проілюструємо це. Як зазначає Н. Р. Малишева, земельні спори виникають між громадянами чи юридичними особами з приводу володіння, користування чи розпорядження земельними ділянками¹. На думку О. І. Краснової, земельний спір — це належним чином оформлена незгода однієї сторони з діями іншої, що надійшла на розгляд органів, уповноважених підтвердити або заперечити цю незгоду, інакше це розбіжність між сторонами спору, розгляд якої передано

¹ Земельне право : підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. / за ред. В. І. Семчика і П. Ф. Кулиничка. — К. : Вид. Дім «Ін Юре», 2001. — С. 236.

в адміністративні чи судові органи¹. З подібних засад виходить І. І. Каракаш, який вважає, що під земельними спорами слід розуміти неврегульовані розбіжності, пов'язані із застосуванням норм земельного законодавства щодо володіння, користування й розпорядження земельними ділянками і з реалізацією інших прав на землю, що виникають між суб'єктами відносин і підлягають вирішенню у встановленому законом порядку². Земельні спори А. В. Лащенев визначає як вирішувані у встановленому порядку розбіжності, що виникають між учасниками земельних правовідносин з приводу реалізації наявних у них суб'єктивних прав та (або) виконання відповідних обов'язків. Характерною рисою таких спорів є їх зміст, який міститься у предметі й у підставах спору, що неподільно пов'язано зі специфікою суспільних відносин, що регулюються земельним законодавством³.

Іншу позицію обстоює Б. В. Єрофеев, який вважає, що земельний спір — це обговорення й доказування своїх прав на землю з дотриманням установленної процесуальної процедури й рівноправності всіх учасників земельних відносин⁴. Як вважає В. І. Семчик,

¹ Краснова І. О. Земельное право : учебник / И. О. Краснова. — М. : Юрист, 2001. — С. 152.

² Земельне право України : підручник / за ред. О. О. Погрібного та І. І. Каракаша. — 2-ге вид., переробл. і допов. — К. : Істина, 2009. — С. 281.

³ Земельное право : учебник / под ред. В. Х. Улюкаева. — 3-е изд., испр. и доп. — М. : Былина, 2002. — С. 180.

⁴ Ерофеев Б. В. Земельное право России : учеб. для высш. юрид. учеб. заведений / Б. В. Ерофеев. — М. : Профобразование, 2003. — С. 427.

земельні спори виникають стосовно земельних правовідносин між громадянами, юридичними особами та іншими суб'єктами цих правовідносин⁵.

Комплексний підхід до розуміння категорії «земельний спір» свого часу запропонувала І. А. Іконицька. На її думку, земельні спори — це особливий вид правовідносин щодо розв'язання розбіжностей, пов'язаних із порушенням прав власності, тобто права володіння, користування та/або розпорядження наданою земельною ділянкою, а також відводом або вилученням землі, що виникають між власниками землі, її користувачами, іншими особами, органами місцевого самоврядування й державними органами, що здійснюють управління земельними ресурсами⁶.

За Земельним кодексом України до земельних спорів також віднесені спори територіальні стосовно встановлення меж населених пунктів та адміністративно-територіальних одиниць. При територіальних спорах не йдеться про право власності або користування певною земельною ділянкою, а про поширення юрисдикції відповідної територіальної громади, органу виконавчої влади на ту чи іншу територію, хоча й виражену у вигляді певної земельної ділянки (конкретно чи неконкретно визначеної — у разі незрозумілості меж району, міста тощо). При цьому зміна адміністративних меж не пе-

⁵ Земельне право України : підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. / В. І. Семчик, П. Ф. Кулинич, М. В. Шульга. — К. : Вид. Дім «Ін Юре», 2008. — С. 281.

⁶ Иконицкая И. А. Разрешение земельных споров / И. А. Иконицкая. — М. : Юрид. лит., 1973. — С. 21.

редбачає зміну права власності (користування) на земельну ділянку на даній території. У разі зміни меж змінюється не суб'єктний склад права власності (землекористування), а в першу чергу територіальна належність даного земельного масиву.

Різні точки зору вказують на застосування фахівцями неоднорідних методологічних засад дослідження категорії «земельний спір», що зумовлено багатогранністю цього правового явища. З урахуванням етимологічного значення терміна «спір» та його змістовного законодавчого наповнення слід погодитись, що його зміст визначають і певна розбіжність між суб'єктами земельних правовідносин, і особливий вид правовідносин, і відповідна категорія судових справ стосовно спорів, вирішуваних судами. Однак, погоджуючись із плідними ідеями у запропонованих підходах, необхідно зробити окремі зауваження з метою виокремлення засад розуміння цього явища правової культури.

По-перше, земельний спір виникає до оформлення незгоди однієї сторони з діями іншої, що надійшла на розгляд органу, уповноваженого підтвердити або заперечити (спростувати) цю незгоду. Як вбачається, земельний спір виникає з моменту, коли суб'єкт земельних відносин заявить свою незгоду з діями іншої сторони в об'єктивованій формі.

По-друге, земельний спір зазвичай виникає не у зв'язку з наявністю розбіжності, пов'язаної із застосуванням норм земельного законодавства щодо володіння, користування й розпорядження земельними

ділянками й реалізацією інших прав на землю, а у зв'язку з порушенням іншим суб'єктом земельних відносин норм законодавства або уявленням однієї особи про порушення, що мало місце, чи уявленням про бажаний стан правовідносин між сторонами. Досить часто особа, з вини якої виник спір, розуміє норми законодавства, але свідомо вдається до їх порушень або допускає його настання. Причини виникнення земельних спорів не можна плутати з такими умовами, що сприяють їх настанню, як неупорядкованість або неналежний рівень регламенту земельних відносин законодавством.

По-третє, земельний спір може бути врегульовано до моменту звернення до компетентного органу, уповноваженого на його вирішення, що впливає з права особи на самозахист, а також за відсутності обов'язку звертатись до компетентного органу. Право на захист є факультативним, яким особа вправі скористатись на власний розсуд.

Суб'єктами земельного спору виступають його сторони, якими є фізичні та юридичні особи, держава в цілому, її органи, органи місцевого самоврядування тощо. Зміст ст. 3 КАС України дозволяє визнати сторонами земельного спору (стосовно справ адміністративної юрисдикції) суб'єктів владних повноважень, якими є орган державної влади, орган місцевого самоврядування, їх посадова чи службова особа, інший суб'єкт при здійсненні ними владних управлінських функцій на підставі законодавства, в тому числі й при виконанні делегованих повноважень.

Що стосується визначення моменту виникнення земельного спору, то, на думку Г. В. Чубукова, він виникає зі зверненням заінтересованої сторони до судового органу, що має розглядати й вирішувати подібні конфлікти¹. З інших засад виходив В. Х. Улюкаєв, який визначав земельні спори через категорію конфлікту, зауважуючи, що в процесі використання земель можуть виникати такі ситуації, коли дії суб'єктів земельних відносин (у тому числі державних органів) або необґрунтоване їх ухилення від необхідних дій призводять до порушення прав і законних інтересів землекористувачів. Науковець звертає увагу на те, що спори можуть бути реальними, коли дійсно порушені права й законні інтереси, і мнимі (уявні, вигадані, удавані), коли особа в результаті омани вважає їх порушеними². Це дає підстави стверджувати, що моменти виникнення спору і звернення особи до повноваженого органу не збігаються.

В обох випадках — стосовно і реальних, і удаваних спорів — їх розгляд полягає у такому: з'ясовуються зміст і межі повноважень сторін, що спорять; встановлюється їх обов'язкова стосовно один одного поведінка. Останнє, по суті, визначає предмет земельного спору, щодо якого Г. В. Чубуков підкреслює, що предметом земельного конфлікту можуть бути не тільки права заінтересованих сторін, а й виконання покладених на них зе-

мельних обов'язків, у тому числі зі збереження, раціонального використання й підтримання екологічної якості земельної ділянки, наданої суб'єктові. При цьому правознавець не відносить до земельних спорів розбіжності про належність земельної ділянки до певного адміністративно-територіального утворення (району, села тощо), у межах якого здійснюються повноваження тієї чи іншої місцевої адміністрації. З огляду на це всі питання про територіальну належність земельної ділянки вирішуються поза процедурою земельного спору³. Утім такий підхід не відповідає специфіці українського законодавства.

Критерій предмета земельного спору лежить в основі більшості запропонованих класифікацій і виділення їх видів (*видів земельних спорів*)⁴. Л. В. Лейба пропонує поділити земельні спори з урахуванням їх об'єкта на відповідні групи: 1) спори, об'єктом яких виступають землі в межах території України, тобто які стосуються розмежування територій сіл, селищ, міст, районів та областей, а також спори щодо розмежування земель державної й комунальної власності; 2) спори, об'єктом яких є земельна ділянка або її частина, тобто які виникають у сфері реалізації права власності на земельну ділянку чи права землекористування: а) з приводу володіння, користування чи розпорядження земельними ділянками, що перебува-

¹ Чубуков Г. В. Земельное право России : учебник / Г. В. Чубуков. — М. : Экзамен, 2003. — С. 280.

² Советское земельное право : учебник / под ред. В. П. Балезина, Н. И. Краснова. — М. : Юрид. лит., 1986. — С. 115.

³ Чубуков Г. В. Земельное право России : учебник / Г. В. Чубуков. — М. : Экзамен, 2003. — С. 279.

⁴ Жариков, Ю. Г. Имущественные споры землепользователей / Ю. Г. Жариков. — М. : Юрид. лит., 1980. — С. 7.

ють у власності осіб; б) щодо правил добросусідства; в) пов'язані з орендою землі; 3) спори, об'єктом яких виступають права на земельну ділянку, її частину чи земельну частку (пай): а) про право громадян на земельну частку (пай); б) з приводу земельних сервітутів; в) щодо оскарження відмови в розгляді заяв громадян про передачу у власність ділянок тощо¹. Проте з таким поділом у цілому погодитись важко, оскільки залишилися недостатньо обґрунтованими критерії віднесення окремих видів спорів до тих чи інших груп, а застосування цієї класифікації призвело до об'єднання в одній групі спорів як публічно-правового характеру, так і приватноправового. Також не можна погодитися з таким підходом до визначення поняття «земельний спір», який полягає в переліченні окремих видів спорів, що виникають з приводу застосування Земельного кодексу України.

Кожна класифікація повинна бути універсальною й абстрактною за змістом. Із подібних позицій виходив Г. В. Чубуков, який виокремлює три категорії таких спорів: 1) власне земельні спори (конфлікти), пов'язані з порушенням або оспоруванням прав громадян та юридичних осіб на землю, включаючи права з володіння, користування й розпорядження нею; 2) спори земельно-майнові, коли порушення земельного законодавства тісно переплітається з відшкодуванням збитків, викликаних земельним правопорушенням; 3) майнові конфлікти,

¹ Лейба Л. В. Земельні спори та порядок їх вирішення : монографія / Л. В. Лейба. – Х. : Право, 2007. – С. 77.

що виникають із земельних відносин, які не містять спору з приводу користування, володіння й розпорядження землею². Така класифікація цілком прийнятна для поділу земельних спорів, не пов'язаних із публічно-правовим елементом, що вказує на неприйнятність цієї схеми для сучасної України.

Подібне притаманне класифікації, яку пропонує Н. Р. Малишева. Вона за допомогою предмета земельного спору поділяє розглядувані спори на спори земельні і майнові, пов'язані із земельними відносинами. До майнових правознавець відносить спори про виплату компенсації й відшкодування збитків при вилученні чи самовільному зайнятті земельних ділянок, обмеженні прав власників і землекористувачів, погіршенні якості земель або доведенні їх до стану, при якому вони непридатні для використання за цільовим призначенням, тощо³.

Зосередившись на спеціальних питаннях, ми мимоволі минули питання, чи є місце для інституту земельного спору в системі земельного права й земельного законодавства. Заповнення окремими авторами навчального й методичного матеріалу не властивими земельному праву сентенціями (часто процесуально-правового характеру) може створити уявлення про те, що цей правовий матеріал вийшов з предмета земельного права. В умовах трансформації

² Чубуков Г. В. Земельное право России : учебник / Г. В. Чубуков. – М. : Экзамен, 2003. – С. 279.

³ Земельне право : підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. / за ред. В. І. Семчика і П. Ф. Кулинича. – К. : Вид. Дім «Ін Юре», 2001. – С. 236.

уявлень про предмет і метод земельного права окремі вчені розглядають категорію земельного спору лише з історичної точки зору — як інститут, що втратив своє сучасне значення для суто земельного права¹. Втім і для інших науковців питання визначення місця інституту земельних спорів у системі земельного права є неоднозначним і вирішується ними по-різному. Одні правники пропонують розглядати його поряд з іншими питаннями державного управління земельним фондом (Ю. О. Вовк², Н. Р. Малишева³), дехто серед питань щодо гарантій прав на землю (М. В. Шульга⁴, В. І. Семчик⁵) або поряд із захистом земельних прав (Б. В. Єрофєєв⁶ та ін.).

Погоджуючись із тим, що інститут земельних спорів більше не можна розглядати серед питань управління земельним фондом, слід визнати, що звернення до процесуальних питань вирішення земельних

спорів виходить за межі предмета земельного права. Залишаючи розглядуваний інститут у рамках останнього, необхідно акумулювати весь досвід вирішення цих спорів і відшукати їх спільні риси й особливості, систематизувати їх, запропонувати шляхи подолання кризових явищ тощо.

Виходячи з позицій *пріоритетності судового захисту*, не можна залишити осторонь окремі питання, що постають у практиці судової діяльності в розглядуваній сфері, визнаючи такий порядок захисту найбільш дієвим, прозорим і демократичним механізмом вирішення земельних спорів. З урахуванням обмеженості обсягу наукової статті торкнемося окремих аспектів лише двох актуальних питань: про межі компетенції суду при вирішенні земельних спорів і розмежування судових юрисдикцій по таких справах.

Актуальним на нинішньому етапі залишається питання про розмежування цивільної, господарської й адміністративної судових юрисдикцій у вирішенні земельних спорів. На думку А. М. Мірошніченка, який розглядає спори, що підлягають вирішенню в порядку адміністративного судочинства, серед тих, на які згідно зі ст. 17 Кодексу адміністративного судочинства України (далі — КАС) поширюється компетенція адміністративних судів, слід виділити: 1) спори фізичних чи юридичних осіб із суб'єктом владних повноважень щодо оскарження його рішень (нормативно-правових актів чи правових актів індивідуальної дії), дій чи бездіяльності, а також

¹ Крассов О. И. Земельное право : учебник для вузов / О. И. Крассов. – М. : Юрист, 2004. – С. 671.

² Советское земельное право / под ред. В. С. Шелестова. – Харьков : Вища шк., 1981. – С. 79.

³ Земельное право : підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. / за ред. В. І. Семчика і П. Ф. Кулинич. – К. : Вид. Дім «Ін Юре», 2001. – С. 236.

⁴ Земельне право України : підручник / за ред. М. В. Шульги. – К. : Юрінком Інтер, 2004. – С. 150.

⁵ Земельне право України : підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. / В. І. Семчик, П. Ф. Кулинич, М. В. Шульга. – К. : Вид. Дім «Ін Юре», 2008. – С. 278.

⁶ Ерофеев Б. В. Земельное право России : учеб. для высш. юрид. учеб. заведений / Б. В. Ерофеев. – М. : Профобразование, 2003. – С. 426.

2) спори за зверненнями суб'єкта владних повноважень у випадках, установлених законом¹. Проте з позицією щодо виокремлення другої групи важко погодитись. За концепцію КАС України та його змістом у порядку адміністративного судочинства зазвичай підлягають вирішенню спори за схемою «особа проти суб'єкта владних повноважень» або спір між суб'єктами владних повноважень. Згідно зі змістом ч. 4 ст. 50 КАС України ситуація, коли приватна особа може бути відповідачем у справі адміністративної юрисдикції, — це лише виняток із загального правила. У цьому Кодексі не передбачено інституту зустрічного позову, тому суб'єкт владних повноважень вправі звернутися до приватної особи з позовом, якщо це право прямо не обумовлене, лише з цивільним або іншим неадміністративним позовом.

Із цього випливає, що інші земельні спори, що виникли в публічно-правових відносинах, за позовом суб'єкта, який здійснює владні управлінські функції на основі законодавства, в тому числі на виконання делегованих повноважень, до приватної особи за змістом положень про компетенцію адміністративних судів, а також ст. 15 ЦПК України, підлягають вирішенню загальними судами в порядку цивільного судочинства (окрім справ, прямо віднесених до компетенції господарських судів).

Дискутивними є позиції тих правників, які до спорів, що підлягають вирішенню в порядку адміні-

стративного судочинства, відносять спори з приводу набуття в оренду, приватизації або придбання земельних ділянок державної власності. За змістом ч. 3 ст. 105 КАС України адміністративний позов не може містити вимог про визнання права, зобов'язання укласти договір тощо. Інакше кажучи, повноваження адміністративного суду в питанні спонукання до встановлення, зміни або припинення цивільних прав є доволі обмеженими (окрім питання про стягнення з відповідача — суб'єкта владних повноважень коштів на відшкодування шкоди), що доводиться й нормами ст. 162 цього Кодексу.

Заслужовує на підтримку точка зору Р. К. Гусева і В. В. Солдатенкова, згідно з якою будь-яка стадія порядку набуття земельних прав і охоронюваних законом інтересів громадян може бути оскаржена в суді, а порушення земельних прав та інтересів громадян і юридичних осіб підлягає судовому захисту².

Спірним залишається питання визначення меж повноважень суду при вирішенні земельних спорів, зокрема, таке питання виникає з приводу права суду визнати за особою право власності на земельну ділянку. Показовою є позиція, висловлена в роз'ясненні Вищого арбітражного суду України щодо цього. Згідно з п. 2 роз'яснення Вищого арбітражного суду України від 27 червня 2001 р., № 02-5/743 «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом права власності на землю

¹ Мірошніченко А. М. Земельне право України : навч. посіб. / А. М. Мірошніченко. — К. : Ін-т законодавства Верхов. Ради України, 2007. — С. 246.

² Земельное право : учебник / А. В. Балабанов и др. ; под ред. Г. Е. Быстрова, Р. К. Гусева. — М. : ТК Велби : Проспект, 2006. — С. 422.

і землекористування», оскільки вирішення питань про передачу землі у власність чи користування є виключним правом ради як суб'єкта права власності на землю, заяви заінтересованих осіб про зобов'язання відповідної ради передати земельну ділянку у власність або користування задоволенню не підлягають. Виняток із цього правила, який впливає з вимог п. 6 ст. 4 Закону України «Про власність»¹ (у чинному законодавстві подібна норма міститься в ч. 7 ст. 319 ЦК України), містять ст. 51 Земельного кодексу України (тут мається на увазі ЗК 1990 р. у редакції Закону України від 13 березня 1992 р. з наступними змінами; у чинному законодавстві подібна норма міститься в п. 11 ст. 118 ЗК України 2001 р.) та ст. 5 Закону України «Про селянське (фермерське) господарство»² (в новому Законі України «Про фермерське господарство»³ цю норму збережено в ч. 4 ст. 7), відповідно до яких спори, пов'язані із зобов'язанням рад відвести земельну ділянку у власність або користування для ведіння селянського (фермерського) господарства, вирішуються відповідною радою, а в разі її відмови — судом. При цьому, на думку Вищого арбітражного (нині — господарського) суду України, питання відведення земельної ділянки у власність або в користування слід відрізнити від оформлення права на земельну ді-

лянку. Згідно з п. 3 указанного Роз'яснення обов'язок рад відвести земельну ділянку у власність або в користування необхідно відрізнити від їх обов'язку оформити право на земельну ділянку, якщо воно виникло у зв'язку з переходом права на будівлю чи споруду, приватизацією об'єктів незавершеного будівництва або внаслідок укладення передбачених законом цивільно-правових угод (міна, дарування, купівля і т. ін.), а також якщо земельну ділянку було надано підприємству чи організації до введення в дію нового Земельного кодексу України.

Але з такою позицією можна погодитись лише частково. Слід врахувати, що зазначені роз'яснення надано на підставі практики застосування попереднього земельного законодавства, яке дійсно містило норму про можливість вирішення питання про передачу земельної ділянки лише стосовно надання земель для ведіння селянського (фермерського) господарства: за частинами 6 і 7 ст. 51 ЗК України 1990 р. у разі відмови сільської, селищної, міської, районної Ради народних депутатів у відведенні земельної ділянки для ведіння селянського (фермерського) господарства це питання вирішується вищестоящою Радою, а при її відмові — судом; рішення суду про задоволення позову є підставою для відведення ділянки в натурі (на місцевості), видачі документа, що посвідчує право власності або користування землею, а також для укладення договору на оренду.

Проте в новому земельному законодавстві — у п. 6 ст. 118 ЗК України 2001 р. — йдеться про порядок

¹ Про власність : Закон України від 07.02.1991 р. № 697-ХІІ // Відом. Верхов. Ради УРСР. — 1991. — № 20. — Ст. 249.

² Відом. Верхов. Ради України. — 1992. — № 20. — Ст. 249.

³ Відом. Верхов. Ради України. — 2003. — № 45. — Ст. 363.

одержання громадянами земельних ділянок у власність із земель державної або комунальної власності для ведення фермерського або особистого селянського господарства, садівництва, будівництва й обслуговування жилого будинку, господарських будівель і споруд (присадибна ділянка), індивідуального дачного будівництва, будівництва індивідуальних гаражів. У цій же статті в п. 10 міститься загальне правило, згідно з яким районна, Київська чи Севастопольська міська державна адміністрація або сільська, селищна, міська рада у місячний строк розглядає проект відведення і приймає рішення про передачу земельної ділянки у власність. Тому у випадку невиконання обов'язкових положень п. 10 ст. 118 ЗК України настає можливість застосування положень п. 11 цієї статті, згідно з умовами якої у разі відмови органу виконавчої влади чи органу місцевого самоврядування в передачі земельної ділянки у власність або залишення заяви без розгляду питання вирішується *в судовому порядку*.

Наведена правова позиція фактично підтримується й у п. 7 постанови Пленуму Верховного Суду України від 16 квітня 2004 р., № 7 «Про практику застосування судами земельного законодавства при розгляді цивільних справ»¹, за змістом якої, зокрема, при оскарженні рішень органів виконавчої влади чи органів місцевого самоврядування з питань,

¹ Про практику застосування судами земельного законодавства при розгляді цивільних справ : Постанова Пленуму Верхов. Суду України від 16.04.2004 р. // Вісн. Верхов. Суду України. – 2004. – № 16.

віднесених до їх компетенції (наприклад, про відмову в передачі у власність чи в продажі земельної ділянки або розміщенні об'єкта), суд при задоволенні позову визнає рішення цих органів недійсними і залежно від характеру спору зобов'язує їх виконати певні дії на захист порушеного права чи сам визнає це право за позивачем. Таким чином, виняток, який містився в попередньому законодавстві стосовно ситуації з відмовою у відведенні земельної ділянки для ведіння селянського (фермерського) законодавства й можливістю вирішити таке питання по суті судом, має бути поширений на всі випадки одержання громадянами земельних ділянок у власність із земель державної або комунальної власності для ведіння фермерського чи особистого селянського господарства, садівництва, будівництва й обслуговування жилого будинку, господарських будівель і споруд (присадибна ділянка), індивідуального дачного будівництва, будівництва індивідуальних гаражів.

За умови поширеної практики тривалого зволікання державних адміністрацій і місцевих рад з наданням відповіді громадянам за їх зверненнями про відведення земельних ділянок, недотримання забезпечення вимог рівності громадян у своїх правах та прозорості ухвалення рішень владними органами, декларативності окремих норм земельного законодавства таке право громадян звернутись до суду за вирішенням подібного земельного спору відповідатиме вимогам Конституції України.

Як підсумок за результатами аналізу різних думок слід підтрима-

ти позицію тих правознавців, які розглядають у широкому комплексному аспекті категорію земельного спору через особливий вид правовідносин. На сьогоднішньому етапі розвитку земельного законодавства в Україні зміст категорії «земельні спори» слід розуміти досить широко, що приходить через усвідомлення, що земельні спори в Україні мають як приватноправовий, так і публічно-правовий характер. Перша група спорів складає питому вагу тих, що виникають і перебувають на етапі вирішення; кількість спорів другої групи стрімко зростає з поширенням адміністративного судочинства, зокрема, та загальним збільшенням звернень до суду в цілому.

В Україні зберігаються два порядки вирішення цих спорів — судовий і позасудовий. І хоча законодавець не запровадив правила про виключно судовий порядок вирішення земельних спорів, утім практика фактично свідчить саме про переважність цього порядку, він є панівним. Такий стан речей є цілком виправданим, оскільки саме судовий порядок вирішення земельних спорів найбільшою мірою здатен забезпечити реалізацію фундаментальних принципів рівності, законності, справедливості, розумності й добросовісності.

На нашу думку, немає сенсу підтримувати підхід до визначення земельного спору через критерії його виникнення лише у зв'язку з порушенням (або визнання) прав і законних інтересів суб'єктів земельних відносин. Таке розуміння земельного спору створює презумпцію правомірності дії тієї особи, яка ініціює

вирішення земельного спору, і презумпцію визнання її постраждалою від дій протилежної сторони, тому що рішення суду або іншого органу, що вирішує подібний спір, може бути на користь як однієї сторони, так і іншої. Суд може відмовити у задоволенні позову, якщо встановить необґрунтованість вимог позивача. Також не можна відкидати вірогідності того, що земельний спір, вирішуваний, зокрема, судом, може існувати й за відсутності самого спору. У такому випадку суд має також відмовити позивачеві в задоволенні його вимог, якщо встановить, що сторона зловживала своїм правом на звернення до суду, а спору, що в дійсності мав підлягати вирішенню, як такого й не існувало. Отже, земельний спір існуватиме й у тому разі, коли претензії однієї сторони засновуватимуться на помилках, сформованих в результаті її потрапляння в оману — добросовісно або ні.

Нагальною для науки земельного права є вимога дати відповідь ще на одне актуальне питання сьогодення стосовно земельних спорів: про їх розмежування на ті, що належать до справ адміністративної юрисдикції, та цивільних справ у широкому розумінні. Критерії виокремлення зі справ про вирішення земельних спорів окремої групи — адміністративних справ — містяться у ст. 2 та ч. 1 ст. 3 КАС України. Такими критеріями є публічно-правовий характер відносин між його учасниками, особливий суб'єктний склад, специфічний предмет спору, що має на меті захист прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб у сфері публічно-правових

відносин від порушень з боку органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб, інших суб'єктів при здійсненні ними владних управлінських функцій. При цьому вирішення інших земельних спорів, якщо вони не віднесені до компетенції господарського суду (й за відсутності одного з названих критеріїв), належить до компетенції загальних судів. Це стосується й тих публічно-правових спорів з приводу захисту земельних справ, що не підпадають під визначення справи адміністративної юрисдикції.

У питанні про виокремлення адміністративних спорів може стати у нагоді слушна думка, висловлена

в постанові Пленуму Верховного Суду України від 3 грудня 1997 р., № 13 (яка нині не є чинною згідно з постановою Пленуму від 30 травня 2008 р.), за змістом якої при розгляді адміністративних справ вирішуються питання не про захист суб'єктивних прав, що виникли із цивільних, трудових, сімейних та інших (у тому числі земельних) правовідносин шляхом їх встановлення й визнання, а про поновлення прав чи свобод громадян, закріплених Конституцією України, законами та іншими нормативно-правовими актами й порушених суб'єктами оскарження під час здійснення ними управлінських функцій.

Опубліковано: Проблеми законності. – 2008. – № 100.

Проблеми реформування екологічного законодавства: теорія та методологія

Тернистий шлях розвитку екологічного законодавства на теренах колишнього СРСР та суверенної і незалежної України можна охарактеризувати як період бурхливого накопичення законодавчого масиву у відповідній сфері. Сьогодні ця галузь права являє собою розгалужену ієрархічну систему нормативно-правових актів різного регулюючого рівня, юридичної сили та сфер застосування.

На думку вчених-правознавців, за періодом змістовного розвитку екологічного права України повинен слідувати період його кодифікації. Необхідність кодифікації обумовлена потребою усунення множинності актів, що регулюють екологічні суспільні відносини, звільнення від застарілих еколого-правових норм, ліквідації прогалин у законодавчому регулюванні охорони довкілля, забезпечення взаємоузгодженості правових засад екологічної безпеки, приведення національного екологічного законодавства до міжнародно-правових стандартів та стандартів ЄС. Цій проблемі присвячена низка наукових досліджень, публікацій, проведених наукових та науково-

практичних конференцій, симпозіумів, семінарів і «круглих столів» як в Україні, так і за її межами¹.

¹ Див.: Гетьман А. П. До питання розвитку проекту Екологічного кодексу України / А. П. Гетьман, С. В. Разметаєв // Екол. вісн. – 2003. – № 4. – С. 20; Попов В. К. Наукові основи екологічного законодавства України / В. К. Попов // Вісн. Акад. прав. наук України. – 1995. – № 4. – С. 35–36; Голиченков А. К. Юридические критерии возможностей кодификации земельного законодательства в форме кодекса. Варианты решения проблемы / А. К. Голиченков // Сборник материалов научно-практических конференций 1995–1998. – М.: Изд-во МГУ, 1999. – С. 140–146; Новикова Е. В. Теоретические проблемы развития экологического законодательства в республике Казахстан / Е. В. Новикова. – М., 1999. – С. 66–67; Анісімов Г. В. Екологічне законодавство України: проблеми кодифікації / Г. В. Анісімов // Проблеми законності: республік. міжвід. наук. зб. / відп. ред. В. Я. Тацій. – Х., 2008. – Вип. 97. – С. 108–117; Республіканська науково-практична конференція «Екологічне законодавство України: стан та перспективи розвитку» // Проблеми законності: республік. міжвід. наук. зб. / відп. ред. В. Я. Тацій. – Х., 2008. – Вип. 95. – С. 103–216; Экологический кодекс Украины: мифы и реальность: материалы междунар. «круглого стола». – К., 12–13 мая 2005 г.

Слід зазначити, що кодифікація будь-якого законодавства як процес зведення до єдності нормативно-правових актів шляхом переробки їх змісту дозволяє відкинути частину застарілого матеріалу, внутрішньо структурувати та внести відповідний специфічний зміст до тієї чи іншої частини майбутнього кодифікованого акта. При цьому для кожної галузі законодавства характерні особливості її можливої (чи неможливої) кодифікації, обумовлені: стабільністю законодавства; внутрішньою єдністю його системи; наявністю узагальненої практики застосування законодавства; науковою обґрунтованістю тощо¹. Зокрема, на думку В. К. Попова, кодифікація екологічного законодавства йде шляхом надмірної диференціації нормативних актів на рівні законів і підзаконних нормативних актів у сфері екології. Оновлення екологічного законодавства відбувається із застосуванням тих засобів, які використовувалися у 60-х роках ХХ ст., тобто диференційовано щодо кожного з природних ресурсів або для регулювання окремих спеціальних питань².

Але щоразу кодифікація супроводжується дилемою, коливанням між двома завданнями і сценаріями: впорядкуванням чинного права чи

розробкою зовсім іншого (нового) законодавства. Слід пам'ятати, що не тільки традиційні галузі законодавства, які мають давню історію існування від римського приватного права, а й екологічне законодавство, що активно розвивається як спільнота правових норм та інститутів лише останні п'ятдесят років, можна розглядати як об'єкт кодифікації. Інакше неможливою є постановка питання про формування окремих галузей права і законодавства шляхом їх кодифікації³.

Усі галузі законодавства, що існують на теренах України, пройшли свій шлях зародження, становлення та розвитку. Вони можуть трансформуватися в нові правові галузі або навіть зникнути. При цьому найважливішим чинником їх розвитку і трансформації є кодифікація, яка завжди має офіційний характер і обумовлена економічною та соціально-політичною волею держави.

Нині екологічне законодавство України — багатогалузева система нормативних актів різної юридичної сили, що ускладнює їх використання та призводить до численних суперечностей між ними або неузгодженості окремих актів, дублювання. Наявність нормативних приписів у великій кількості правових актів створює значні труднощі в їх практичному використанні, навіть для фахівців у галузі екологічного права⁴.

¹ Див.: Голиченков А. К. Юридические критерии возможностей кодификации земельного законодательства в форме кодекса. Варианты решения проблемы / А. К. Голиченков // Сборник материалов научно-практических конференций 1995–1998. — М. : Изд-во МГУ, 1999. — С. 140–146.

² Попов В. К. Наукові основи екологічного законодавства України / В. К. Попов // Вісн. Акад. прав. наук України. — 1995. — № 4. — С. 35–36.

³ Див.: Новикова Е. В. Теоретические проблемы развития экологического законодательства в Республике Казахстан / Е. В. Новикова. — М. : Юрист, 1999. — С. 66–67.

⁴ Див.: Гетьман А. П. До питання розробки проекту Екологічного кодексу України / А. П. Гетьман, С. В. Разметаєв // Екол. вісн. — 2003. — № 4. — С. 20.

Таким чином, кодифікація екологічного законодавства є нагальною проблемою, яку слід розглядати як пріоритетне завдання державної політики.

Початок широкої наукової дискусії стосовно кодифікації законодавства про використання природних ресурсів та охорону навколишнього природного середовища було покладено в період 60-х років XX ст. Аналізуючи питання виникнення й розвитку законодавства про охорону природи, М. Д. Казанцев дійшов висновку, що впродовж тривалого періоду правові норми про охорону природи за загальним правилом включалися в земельне, водне, лісове й гірниче законодавство. Таке становище, на його думку, необхідно змінювати в бік створення спеціальних законодавчих актів про комплексну охорону природи й охорону особливо цінних її об'єктів¹.

Подальше розв'язання проблем інтеграції, систематизації і кодифікації законодавства про охорону довкілля отримало своє втілення в науковій статті цього автора «Про наукові засади її диференціації та інтеграції законодавства, що регулює використання й охорону природних ресурсів».

У статті констатується, що відбулася значна диференціація законодавства, яке регулює використання природних ресурсів: поряд із земельним законодавством досить чітко визначилося законодавство про надра, водне й лісове; самостійного значення набуває природоохоронне.

¹ Казанцев Н. Д. Правовая охрана природы в СССР : учеб. пособие / Н. Д. Казанцев, Е. Н. Колотинская. – М. : Госюриздат, 1962. – С. 41.

Водночас уже з існуючим поділом необхідна й інтеграція законодавства стосовно використання й охорони природних ресурсів у цілому. Інакше кажучи, потрібно об'єднати в одне ціле ті норми права, які є спільними для застосування всіх природних ресурсів, а також їх охорони.

Уперше в науковій літературі цим науковцем запропоновано розробку і прийняття Закону про використання природних ресурсів та їх охорону. У цьому законі, на думку М. Д. Казанцева, доцільно навести основні положення, вихідні й визначальні для конкретних галузей законодавства, що спеціально регулюють користування конкретними об'єктами природи, а також їх охорону. Метою цього закону повинно стати раціональне використання природних ресурсів та їх охорона як національне надбання².

У цей же час у юридичній літературі формується ідея про нову галузь законодавства екологічного спрямування і форми його кодифікації. Важлива роль у цьому належить колективному дослідженню, яке було проведено групою співробітників Всесоюзного інституту юридичних наук і опубліковано у вигляді збірника статей «Правові питання охорони природи у СРСР» у 1963 р. за редакцією Г. М. Полянської. У передмові до цього видання вперше терміном «природоохоронне» позначається законодавство про охо-

² Казанцев Н. Д. О научных основах дифференциации и интеграции законодательства, регулирующего использование и охрану природных ресурсов / Н. Д. Казанцев // Вестн. МГУ. Серия X, Право. – 1965. – № 2. – С. 4.

рону природи. Цей же термін вживає Г. М. Полянська для назви своєї статті — «Законо про охорону природи — нова форма природоохоронного законодавства»¹. У ній авторка зазначала, що прийняття законів про охорону природи союзних республік (1957–1963) стало передумовою для формування нової правової форми радянського законодавства, спрямованого на охорону природи. Розглядаючи подальші шляхи вдосконалення природоохоронного законодавства, Г. М. Полянська констатує, що беззаперечним є положення про необхідність збереження й розвитку спеціалізованого законодавства про землю, ліси, води й надра, яке повинно бути кодифіковано на рівні Союзу РСР і союзних республік. Що ж стосується природоохоронного законодавства, то формою його кодифікації, на її думку, повинні стати підготовка та прийняття закону «Про охорону природи»².

Термін «природоохоронне» було прийнято й іншими вченими-правознавцями, які досліджували проблему законодавства про охорону природи. Зокрема, аналізуючи питання його розвитку, О. С. Колбасов зазначав, що чинне радянське природоохоронне законодавство має за мету вдосконалення використання земель, лісових ресурсів, їх збереження й відновлення, раціональне

¹ Полянская Г. Н. Законы об охране природы — новая форма природоохранительного законодательства / Г. Н. Полянская // Правовые вопросы охраны природы в СССР : сб. ст. / отв. ред. Г. Н. Полянская. — М. : Юрид. лит., 1963. — С. 17–56.

² Там само. — С. 54.

використання й охорону водних ресурсів³. Ним була підтримана ідея Г. М. Полянської про прийняття закону про охорону природи СРСР, розробку проекту якого, з його погляду, необхідно здійснювати разом із проведенням робіт щодо кодифікації земельного, водного, надрового й лісового законодавства⁴.

Аналізуючи питання земельного права й посилаючись на думку інших учених-правознавців, М. Т. Осипов запропонував віднести природоохоронне право до однієї із самостійних галузей інтегрованої галузі права — права природокористування⁵.

На науковій конференції з питань охорони природи, що відбулася в червні 1969 р. в Інституті держави і права АН СРСР, обговорювалася проблема охорони природи як предмет спеціальних правових наукових досліджень. З точки зору О. С. Колбасова, стан наукових досліджень у цій сфері незадовільний. Для подальшого підвищення ролі правової науки було рекомендовано зосередити увагу на питаннях загальної правової охорони природи, співвідношення господарсько-економічних і правових її аспектів, вдосконалення природоохоронного законодавства. На думку Г. О. Аксеньонка, який взяв участь у зазна-

³ Колбасов О. С. Правовая охрана природы в СССР / О. С. Колбасов // Сов. государство и право. — 1967. — № 9. — С. 41.

⁴ Там само. — С. 47.

⁵ Осипов Н. Т. Некоторые теоретические вопросы советского земельного права / Н. Т. Осипов // Вопросы современного развития советской юридической науки : тез. докл. науч. конф. — Л. : Изд-во ЛГУ, 1968. — С. 87.

ченій конференції, вдосконалення законодавства про охорону природи має здійснюватися у двох правових формах — у формі Основ законодавства Союзу РСР і союзних республік про охорону природи та у формі кодексів союзних республік про охорону природи¹.

Дещо іншу точку зору стосовно формування відповідної галузі права й форми її кодифікації запропонував М. Д. Казанцев, який підтримував загальну позицію про наявність природоохоронного права. Але, на його думку, відбувається процес диференціації відносин, пов'язаних із використанням різних об'єктів природи, а отже, і законодавства, що зумовлює необхідність самостійного правового регулювання земельних, водних, лісових і надрових відносин. Водночас цей процес висуває проблему їх інтеграції, а тому виникає необхідність у конструюванні інтегрованої галузі права, якою повинно стати «природоресурсне право». На думку М. Д. Казанцева, його головними інститутами необхідно вважати: а) право державної власності на природні ресурси; б) їх єдиний державний фонд; в) кадастри природних ресурсів; г) право користування ними; д) правові принципи охорони природи; е) відповідальність за порушення норм права про охорону природи. Ці інститути становлять загальну частину природоресурсного права. Земельне, водне, лісове, гірниче і природоохоронне право як самостійні галузі складають осо-

бливу частину природоресурсного права як інтегрованої галузі².

У своїх останніх наукових працях цей науковець ототожнив поняття «природоресурсне право» і «право на природні ресурси»³. Кодифікація природоохоронного законодавства, на думку М. Д. Казанцева, має відбуватися у формі Основ природоохоронного законодавства Союзу РСР і союзних республік та природоохоронних кодексів союзних республік⁴.

У Всесоюзному науково-дослідному інституті радянського законодавства 26 та 27 січня 1971 р. було проведено розширене засідання Ради координації роботи науково-дослідних установ, присвячене проблемам координації наукових досліджень у сфері законодавства про охорону природи⁵.

На засіданні за участю таких визнаних у державі вчених-правознавців, як М. Д. Казанцев, Г. М. Полянська, Ю. С. Шемшученко, І. Ф. Панкратов, Н. І. Титова, Л. О. Заславська, Ю. І. Тютєкін, Я. Я. Стратманіс, В. Г. Ємельянова та ін. були обговорені питання кодифікації природоохоронного законодавства, його співвідношення із земельним, водним,

² Казанцев Н. Д. Из истории науки советского земельного и природоохранительного права / Н. Д. Казанцев // Изв. ВУЗов. Правоведение. — 1968. — № 1. — С. 81, 82.

³ Казанцев Н. Д. О преподавании в высших юридических учебных заведениях курса «Советское земельное право и правовая охрана природы» / Н. Д. Казанцев // Вестн. МГУ. Серия XI, Право. — 1971. — № 4. — С. 35.

⁴ Казанцев Н. Д. О некоторых вопросах кодификации природоохранительного законодательства / Н. Д. Казанцев // Вестн. МГУ. Серия XI, Право. — 1971. — № 6. — С. 15.

⁵ Див.: Заславская Л. А. Исследования в области законодательства об охране природы / Л. А. Заславская // Сов. государство и право. — 1971. — № 6. — С. 137–139.

¹ Веденин Н. Н. Охрана природы в СССР / Н. Н. Веденин // Сов. государство и право. — 1969. — № 10. — С. 152.

лісовим, гірничим законодавством, розробки та прийняття єдиного законодавчого акта в галузі охорони природи в формі основ та кодексів.

Наукові проблеми кодифікації екологічного законодавства (про охорону природи, природоохоронного, природоресурсного законодавства) продовжували розроблятися вченими і в наступні роки ХХ ст.

Пропонувалися різні найменування та форма цього кодифікованого законодавчого акта: Основи природоохоронного законодавства¹, комплексний Закон «Про охорону навколишнього середовища»², «Основи законодавства про охорону навколишнього середовища»³, «Основи раціонального використання і охорони природних ресурсів»⁴, «Кодекс про охорону і раціональне використання природних ресурсів»⁵, «Екологічний кодекс»⁶.

¹ Див.: Казанцев Н. Д. О состоянии и задачах научно-исследовательской работы в области природоохранительного законодательства / Н. Д. Казанцев // Учен. зап. ВНИИСЗ. – М., 1972. – Вып. 26. – С. 125.

² Див.: Социализм и охрана окружающей среды: право и управление в странах-членах СЭВ / под ред. О. С. Колбасова. – М. : Юрид. лит., 1979. – С. 77–78.

³ Див.: Шемшученко Ю. С. Организационно-правовые вопросы охраны окружающей среды в СССР / Ю. С. Шемшученко. – К. : Наук. думка, 1976. – С. 204.

⁴ Див.: Вовк Ю. А. Советское природоресурсовое право и правовая охрана окружающей среды. Общая часть : учеб. пособие / Ю. А. Вовк. – Харьков : Вища шк., 1986. – С. 13.

⁵ Див.: Чуйков В. А. Республиканский закон про охорону природи: яким йому бути / В. А. Чуйков // Рад. право. – 1985. – № 2. – С. 58.

⁶ Див.: Попов В. Нові підходи до кодифікації екологічного законодавства України / В. Попов, М. Шульга, В. Шахов, С. Разметаєв // Право України. – 1992. – № 3. – С. 18.

Сфера правового регулювання екологічних відносин пропонованих нормативних актів також не була однорідною і характеризувалася своєю специфікою. Зокрема, на думку М. Д. Казанцева, кодифікацію законодавства про регулювання використання природних ресурсів і охорону навколишнього середовища (мається на увазі законодавство колишнього СРСР) необхідно здійснювати на загальносоюзному рівні у формі Основ природоохоронного законодавства та на рівні окремих республік — у формі кодексів. Кодифіковані Основи та кодекси повинні врегулювати питання загального екологічного спрямування (державне планування; органи, що здійснюють функції охорони; участь громадських організацій; науково-дослідна робота та викладання; пропаганда та міжнародні відносини), а також питання охорони ґрунтів, надр, вод, лісів та іншої природної рослинності, зелених насаджень у населених пунктах, природно-заповідного фонду, тваринного світу та атмосферного повітря.

Автори комплексного Закону про охорону навколишнього середовища вважали, що з урахуванням сучасних (мається на увазі кінець 70-х років минулого століття) умов соціальної дійсності і рівня розвитку правового регулювання відносин у сфері взаємодії суспільства і природи найбільш прийнятним є такий тип комплексного закону, який відображає узагальнено відомі екологічні принципи і потреби, але разом із тим не є за своєю суттю кодифікованим актом по об'єднанню земельного, водного, гірничого, лісового та

іншого галузевого законодавства. Він повинен мати самостійне значення та забезпечувати комплексний підхід до навколишнього середовища шляхом вирішення тих загальних питань природокористування, які не можуть бути вирішені в межах галузевого законодавства.

Разом із тим, на думку авторів, у більш далекій перспективі не виключається можливість переходу до іншого типу комплексних законів, коли вони відіграватимуть у системі права роль кодифікованих актів, що об'єднують в одну нову самостійну галузь законодавства всю сукупність правових норм, які регулюють відносини у сфері взаємодії суспільства і природи. Відбудеться більш високий ступінь інтеграції права, що можливий у відповідній галузі відносин.

Окрім того, автори комплексного Закону про охорону навколишнього середовища вважали, що він не повинен нести елементи кодексу, який охоплює всю сукупність правових приписів з охорони загально-можливих елементів навколишнього середовища. Створення кодексу охорони навколишнього середовища передбачає наявність відповідної, вже достатньою мірою виокремленої галузі права, що має власні правові інститути і методи правового реагування. Разом з тим зазначена галузь права можлива лише в перспективі. Таким чином, на думку авторів закону, ідея створення кодексу охорони навколишнього середовища не відкидається, але її реалізація можлива лише за наявності відповідних умов, а саме: викликані соціально-економічними чинниками необхіднос-

ті об'єднання всіх галузей (земельного, водного, лісового, гірничого) в один новий, монолітний підрозділ права (супергалузь), який за своїм змістом становитиме екологічне право.

Академік НАН та АПрН України Ю. С. Шемшученко запропонував як кодифікований законодавчий акт Основи законодавства про охорону навколишнього середовища, аргументуючи свою точку зору необхідністю урахування багаторічного, перевіреного практикою, досвіду кодифікації галузей законодавства за системою «Основи-кодекси».

На думку вченого, запропоновані Основи повинні стати своєрідною природоохоронною (екологічною) конституцією, тобто базовим документом для розвитку відповідної комплексної, інтегрованої галузі законодавства для забезпечення єдності правового регулювання багатогранних відносин з охорони навколишнього середовища і раціонального використання природних ресурсів, оскільки це становить сферу правового впливу основ земельного, водного та інших галузей законодавства.

Разом з тим зазначений законодавчий акт повинен був урегулювати цілу низку питань, пов'язаних із використанням найважливіших природних ресурсів та охорони навколишнього середовища; закріпити принцип державної власності на природні ресурси; розмежувати сфери державного управління загальносоюзних та республіканських органів; закріпити ведення кадастру природних ресурсів та здійснення державного обліку їх використання.

Надзвичайно важливою новелою проекту Основ стала вперше запро-

понована Ю. С. Шемшученком правова конструкція: держава зобов'язана забезпечити належну якість навколишнього середовища, в якому знаходиться людина. На сьогодні цей правовий алгоритм сфокусовано у ст. 16 (екологічний обов'язок держави) та ст. 50 (екологічні права громадян) Конституції України.

Професор Ю. О. Вовк вважав, що вдосконалення природоресурсового законодавства потребує послідовного впровадження характерних для нього принципів. Ці принципи необхідно чітко сформулювати і закріпити в єдиному законодавчому акті — Основах раціонального використання і охорони природних ресурсів, які не замінять діючих Основ земельного, водного, лісового та іншого законодавства, а внесуть до них необхідні корективи і діяти будуть паралельно із ними.

На думку В. О. Чуйкова, єдино правильний шлях кодифікації природоохоронного (природоресурсового) законодавства — це перетворення республіканських природоохоронних кодексів (земельного, водного, лісового, надрового) у складові частини Кодексу про охорону і раціональне використання природних ресурсів. До нього слід включити норми не тільки про охорону навколишнього середовища, а й ті, що регулюють відносини в галузі раціонального використання природних ресурсів, а саме: земель, надр, вод, рибних запасів, природно-заповідного фонду, рослинного та тваринного світу.

Нарешті, колективом авторів під керівництвом професора В. К. Попова, які брали участь у науководослідній роботі над програмою ко-

дифікації екологічного законодавства, дійшли висновку про необхідність нових підходів до кодифікації екологічного законодавства. Її суть полягає в уніфікації цього законодавства, здійснюваній у поєднанні з його розумною диференціацією. Йдеться про необхідність розробки і прийняття Екологічного кодексу України. На думку авторів, усі інші закони з питань екології повинні втратити чинність. Це усуне дублювання багатьох загальних положень, що стосується всіх різновидів природних ресурсів; створить єдину уніфіковану правову основу регулювання екологічних відносин з їх різновидами; збереже диференціацію правових приписів у межах, які відображатимуть специфіку правового регулювання використання кожного основного природного об'єкта, але в рамках Кодексу ліквідує неузгодженість окремих правових приписів, розміщених нині в різних законах; створить зручності для практичних працівників у ході здійснення ними правозастосовної та іншої діяльності, а також для громадян.

Таким чином, можна підвести риску та зробити висновки стосовно наукової дискусії, яка точиться навколо проблеми кодифікації екологічного законодавства вже понад 50 років.

По-перше, кодифікацію екологічного (природоохоронного, природоресурсового) законодавства пропонується здійснювати шляхом прийняття єдиного законодавчого акта екологічної спрямованості. Мова йде про такий акт, предметом правового регулювання якого є суспільні відносини в галузі використання при-

родних ресурсів, їх відтворення та охорони навколишнього природного середовища.

По-друге, пропонуються різні форми цього законодавчого акта — Основи, Кодекс, Закон.

Прийняття законодавчих актів у формі Основ законодавства було характерною і загальновизнаною традицією для федеративної держави — колишнього СРСР і нинішньої РФ. Це є виправданим з точки зору законодавчої техніки, коли на рівні держави приймаються Основи, а на рівні її окремих суб'єктів — кодекси. Зокрема в РФ Основи законодавства — це федеральний акт, який містить принципові, найбільш загальні норми з предмета сумісного ведення РФ та її суб'єктів. У них визначаються мета, єдині для всіх суб'єктів федерації принципи регулювання, наводяться визначення найважливіших понять, що використовуються у відповідній сфері правового регулювання.

У рамках державного устрою України така законодавча практика цілком унеможливлена, а тому прийняття законодавчого акта у формі Основ є неприйнятним.

Що стосується такої законодавчої форми, як кодекс, цей термін походить від латинського *codex*, тобто збірник законів. Він є актом прямої дії і передбачає мінімум будь-яких інших законодавчих та нормативних актів, що регулюють ті самі суспільні відносини. Останні «зводяться, збираються» у кодекс, ніби «всмоктуються» в його зміст при розробці. Підзаконні акти при цьому «піднімаються» на вищій законодавчий рівень. Одночасно проводять-

ся їх систематизація й оновлення. Оскільки кодекс — законодавчий акт прямої дії (майже без відсилань), то статей у ньому, порівняно з основами законодавства та законами, завжди набагато більше.

У ряді випадків кодифікований акт може прийматися у формі Закону. Така форма визначається залежно від його змісту, обсягу та сфери правового регулювання і спрямована на об'єднання чинних норм та одночасне внесення нормативних новел. На відміну від кодексу закон містить велику кількість відсильних норм і, як правило, приймається за відсутності розвиненої системи законодавства у відповідній галузі, підгалузі чи інституті права.

По-третє, пропонуються дві різні системи (типи) кодифікації та пов'язані з цим сфери правового регулювання екологічних відносин зазначеного законодавчого акта. Перша з них — це створення кодифікованого акта, який узагальнить найбільш принципові та характерні для всього законодавства екологічної спрямованості питання охорони навколишнього природного середовища та використання природних ресурсів. Але він не повинен своїм змістом підмінити земельне, водне, лісове, гірниче, фауністичне, флористичне, атмосферо-повітряне та природно-заповідне право, і його функціонування здійснюватиметься паралельно відповідним підгалузям права. Сфера правового регулювання такого законодавчого акта обмежена колом найбільш принципових та загальних положень охорони навколишнього природного середовища та окремих природних ресурсів, прин-

ципів державної та інших форм власності на природні ресурси, управління у сфері природокористування та охорони довкілля, юридичної відповідальності за порушення цього законодавства. До такої системи необхідно віднести запропоновані: Основи природоохоронного законодавства (М. Д. Казанцев); комплексний Закон про охорону навколишнього середовища; Основи законодавства про охорону навколишнього середовища (Ю. С. Шемшученко); Основи раціонального використання і охорони природних ресурсів (Ю. О. Вовк).

У сучасний період прикладом такого кодифікованого акта екологічної спрямованості є Закон України від 25 червня 1991 р. «Про охорону навколишнього природного середовища».

Друга система (тип) кодифікації, що пропонується вченими-правознавцями, — це уніфікація всіх підгалузей екологічного законодавства в кодифікований законодавчий акт, який об'єднає своїм змістом чинні законодавчі акти, що регулюють суспільні відносини, пов'язані з використанням, відтворенням та охороною земельних, водних, лісових ресурсів, надр, рослинного та тваринного світу, територій та об'єктів природно-заповідного фонду, атмосферного повітря, природних ресурсів виключної (морської) економічної зони та континентального шельфу України. Мова йде про створення єдиного кодифікованого законодавчого акта, який замінить існуючі поресурсові закони та кодекси (Земельний кодекс, Водний кодекс, Лісовий кодекс, Кодекс про надра, Закон про рослинний світ, Закон про тваринний

світ, Закон про охорону атмосферного повітря, Закон про виключну (морську) економічну зону України). До такої системи (типу) кодифікації належать запропоновані: Кодекс про охорону і раціональне використання природних ресурсів (В. О. Чуйков); Екологічний кодекс (В. К. Попов, М. В. Шульга, В. С. Шахов, С. В. Разметаєв).

По-четверте, за наявності різних підходів до розв'язання питання стосовно форми, назви та типу кодифікації і пов'язаної з цим сфери правового регулювання екологічних відносин, усі автори єдині у розгляді структури цього законодавчого акта. Пропонований правовий документ повинен складатися з двох частин: Загальної та Особливої. З урахуванням окремих відмінностей, пов'язаних передусім часом, у який були зроблені відповідні пропозиції (період з 1970-х до 1992 р.), головним стрижнем є те, що до Загальної частини пропонуються розділи, приписи яких повинні мати значення для всіх основних природних ресурсів, а саме: відносини, які регулюються зазначеним законодавчим актом, компетенція органів державної виконавчої влади у сфері управління природокористуванням та охороною навколишнього природного середовища, право власності на природні ресурси, екологічні права та обов'язки, зміст економічного механізму природокористування, загальні положення права природокористування, участь громадськості у здійсненні заходів з раціонального використання та охорони навколишнього природного середовища, відповідальність за порушення законодавства і деякі ін.

До Особливої частини необхідно включити, на думку авторів, такі розділи: правове регулювання використання та охорони земель, водних ресурсів, рослинного і тваринного світу, надр, природно-заповідного фонду та інших природних об'єктів, а також міжнародне співробітництво в зазначеній галузі.

Таким чином, у науці екологічного права напрацьовані досить вагомі теоретичні розробки стосовно форми, структури та змісту кодифікованого акта в галузі регулювання екологічних суспільних відносин. Вони є достатніми для остаточного прийняття рішення стосовно розробки проекту цього акта.

Разом з тим, з огляду на наведені пропозиції, вважаємо за необхідне висловити деякі міркування, уточнення та зауваження щодо форми та змісту майбутнього кодифікованого законодавчого акта.

Перш за все викликає сумніви форма кодифікації — Екологічний кодекс. На думку професора В. І. Андрейцева, така форма не має чіткої завершеності. Як свідчить досвід України та інших країн, де набули поширення земельні кодекси (як, до речі, й інші кодекси екологічної спрямованості. — А. Г.), вони обмежуються сотнею чи більше статей, як правило, загального характеру, що призводить до систематичного внесення до них доповнень¹.

З огляду на наведену аргументацію, на нашу думку, більш до-

цільною формою кодифікації є прийняття Кодексу законів України про довкілля. Запропонована форма обумовлена таким.

На сьогодні у сфері екологічного законодавства, як в жодній з інших галузей (цивільному, адміністративному, господарському і т. ін.) діє розгалужена система кодифікованих законодавчих актів у формі кодексів та законів. Предметом правового регулювання великої частини з них є однорідні групи екологічних суспільних відносин, об'єднаних сферою відповідних природних ресурсів або їх комплексів. Це Земельний кодекс, Водний кодекс, Лісовий кодекс, Кодекс про надра, Закон про рослинний світ, Закон про тваринний світ, Закон про природно-заповідний фонд, Закон про охорону атмосферного повітря, Закон про виключну (морську) економічну зону. Крім того, багато кодифікованих законодавчих актів у галузі екологічного законодавства мають комплексний характер, це: Закон про охорону навколишнього природного середовища, Закон про екологічну експертизу, Закон про відходи, Закон про екологічну мережу, Закон про зону надзвичайної екологічної ситуації, Закон про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення та ін.

Прийняття при такій палітрі законодавчих актів Екологічного кодексу як форми кодифікованого акта є недоцільним, оскільки він не зможе об'єднати вже існуючі кодекси і закони внаслідок своєї спорідненості за формою з останніми. Таке об'єднання можливе лише у формі Кодексу законів України про довкіл-

¹ Андрейцев В. І. Суверенній Україні — нову «Земельну Конституцію» (Концептуальні підходи до підготовки проекту Кодексу законів України про землю) / В. І. Андрейцев // Право України. — 1999. — № 8. — С. 59.

ля. Безумовно, воно не буде механічним, а матиме змістовне наповнення принциповими положеннями існуючих кодексів та законів екологічного спрямування і дасть можливість створити єдине законодавче підґрунтя для подальшої законотворчої та правозастосовної практики.

Кодекс законів України про довкілля повинен складатися із Загальної та Особливої частини і може включати такі розділи: Загальна частина — загальні положення; законодавство про довкілля; об'єкти регулювання; право власності на природні ресурси; право загального та спеціального використання природних ресурсів; організаційна система державного управління у сфері природокористування та охорони довкілля; функції управління; заходи щодо забезпечення екологічної безпеки; економічне регулювання в галузі природокористування та охорони довкілля; вирішення екологічних спорів; юридична відповідальність за порушення законодавства про довкілля. Особлива частина — використання та охорона земельних ресурсів; використання та охорона

водних ресурсів; використання та охорона надр; використання та охорона рослинного світу; використання та охорона лісових ресурсів; використання та охорона тваринного світу; охорона атмосферного повітря; використання та охорона природно-заповідного фонду; використання та охорона природних ресурсів континентального шельфу та виключної (морської) економічної зони; охорона біологічного різноманіття; національна екологічна мережа. Запропонована структура є приблизною і може мати відповідні уточнення, доповнення та зміни.

Отже, прийняття Кодексу законів України про довкілля повинно завершити кодифікаційний процес у сфері регулювання суспільних відносин, пов'язаних з використанням природних ресурсів та охороною довкілля, створити екологічну законодавчу базу, адаптовану до норм і принципів права ЄС та в цілому міжнародного права.

Опубліковано: Вісн. акад. прав. наук України. — 2006. — № 3 (46).

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ НАУКИ

УДК 343.22

В. Тацій, академік НАН та АПрН України, президент АПрН України, ректор Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Боротьба зі злочинністю на початку XXI століття — проблема сьогодення

XXI століття — епоха глобалізації, що реалізується в об'єктивній дійсності як багатофакторне і поліфункціональне явище, впливаючи як позитивно, так і негативно на розвиток суспільства. Не випадково в сучасній політичній і правовій літературі справедливо стверджується, що глобалізація — «не абсолютне зло й не абсолютне благо»¹. Нас же цікавлять глобалізаційні чинники, що зумовлюють виникнення й розвиток негативних явищ у суспільстві, в тому числі й такого антисоціального явища, як злочинність. Перш за все зазначимо, що виклик міжнародній спільноті йде від транснаціональної злочинності, від терористичних об'єднань. Торгівля людьми, злочини, пов'язані з наркотичними засобами, контрабанда та інші види протиправних діянь вийшли за межі національних кордонів і становлять

небезпеку не тільки для окремих країн, а й усього людства. За цих умов перед міжнародним товариством виникає завдання об'єднання зусиль держав для ведення ефективної боротьби зі злочинністю з використанням найрізноманітніших засобів, у тому числі й механізму соціального контролю.

Контроль над організованою злочинністю став глобальним пріоритетом і частиною міжнародної політики Європейського Союзу. На рівні ЄС відбувається посилення міжвідомчої співпраці правоохоронних органів країн-членів спільноти, утворюються спеціальні наднаціональні структури, завданням яких є боротьба з організованою злочинністю (Євроюст, Європол), встановлюються безпосередні контакти між ними і цими країнами.

У країнах ЄС згідно з Європейською конвенцією про взаємну правову допомогу в кримінальних справах з 2000 р. провадяться активні

¹ Эбзеев Б. С. Глобализация и государственное единство России / Б. С. Эбзеев, Р. У. Айбазов. — М., 2006. — С. 6.

заходи, спрямовані на збільшення оперативності й ефективності різних форм правової допомоги для розслідування злочинів, учинених на територіях різних держав, утворюються спільні слідчі групи, до складу яких включаються представники правоохоронних органів відповідних країн. Діяльність таких слідчих груп значно підвищує боротьбу зі злочинністю, у зв'язку з чим виникає заміна одних чинників боротьби зі злочинністю іншими, більш ефективними. На території ЄС інститут екстрадиції правопорушників відходить у минуле. Замість нього запроваджено нову форму заходів кримінально-процесуального примусу — загальноєвропейський ордер на арешт, за яким судовий дозвіл на затримання правопорушника, виданий в одній країні ЄС, є чинним на території всіх держав-учасниць.

Наміри України щодо європейської інтеграції потребують стандартизації форм і методів боротьби з організованою злочинністю, прийняття загальних процедур протидії їй та іншим небезпечним злочинам згідно з підходами до цих проблем ЄС та Ради Європи. Протидія організованій злочинності є одним із напрямів співпраці України з країнами ЄС згідно з новим Планом дій Україна — ЄС, прийнятим 2 лютого 2005 р. Досить вагомою є й участь нашої держави у спільних заходах країн ЄС у боротьбі з транскордонними організованими і групами та злочинними організаціями.

Аналіз перспектив України стосовно входження до спільного європейського правового простору свідчить, що на цей час надзвичайно актуальним

є створення правової бази для її приєднання до нових форм міжнародного співробітництва по кримінальних справах. Першочерговим є налагодження контактів з європейськими правоохоронними структурами — Європолем і Євроюстом, укладення з ними угод про співпрацю. Важливою також є адаптація кримінального, кримінально-процесуального й кримінально-виконавчого законодавства до європейських стандартів.

Оптимальне досягнення цієї мети є можливим лише на основі розробки адекватної стратегії протидії організованій злочинності, яка ґрунтувалася б на вивченні сучасного стану організованої злочинності й корупції і враховувала б ефективність зарубіжного досвіду. Виходячи з цього, підкреслимо, що фундаментом міжнародного співробітництва у сфері протидії злочинності є його правове забезпечення, що має особливе значення для всієї системи правоохоронних органів, адже саме їм належить створити доказову базу для розгляду справ у суді. Оскільки правової регламентації відносин України і європейських наднаціональних правоохоронних структур не існує, варто підготувати законопроект «Про організаційно-правові засади участі України в європейських правоохоронних структурах».

Можливе опрацювання і прийняття Міжнародного кримінального кодексу, який містив би формулювання ознак діянь і відповідальності за посягання на найбільш небезпечні глобальні міжнародні злочини (тероризм, злочини інформаційні, транснаціональні тощо), що ставить на порядок денний проведення спіль-

них цілеспрямованих науково-практичних досліджень.

Прагнення України приєднатися до Європейського Союзу вимагає вивчення і врахування в доктрині кримінального права й у кримінальному законодавстві найкращих, найкорисніших для нашого суспільства наукових досягнень різних країн світу.

Активну дискусію сьогодні викликає кримінально-правовий аспект розвитку правової доктрини. Іноді в публікаціях і виступах на конференціях чи семінарах ідеться про кризу кримінально-правової науки. Однак ця думка є хибною. Кризі притаманне тяжке становище у правовій царині, крутий злам у її структурних елементах. Сьогодні мова повинна йти про реально існуючу потребу сучасності в усвідомленні виникаючих проблем і у визначенні перспектив розвитку науки. Наразі суспільству необхідні відповіді на такі традиційні, але завжди актуальні для кожної науки питання, як об'єкт і методологія кримінально-правових досліджень, специфіка їх організації, оцінка їх ефективності й корисності для суспільства й держави.

Кримінальне право виступає не тільки необхідним, а й особливим інструментом державної правової політики в боротьбі зі злочинністю. Ця боротьба покликана знизити рівень останньої й забезпечити соціальний стан, що відповідатиме потребам захисту громадянина й суспільства від злочинів. За допомогою такого інструменту держава легітимно й дозовано у межах Конституції примушує всіх громадян дотриму-

ватися засад соціального спокою, правопорядку.

Суспільство й держава зацікавлені в забезпеченні стабільності кримінального законодавства і перш за все Кримінального кодексу України, фактична незмінність якого віддзеркалює стійку, прогнозовану й ефективну кримінально-правову політику держави. Підґрунтям такої стабільності є висока якість кримінального закону, його науково обґрунтована сутність, правова доброякісність як за змістом, так і за юридичною формою, відповідність сучасним потребам і вимогам суспільства протидіяти злочинності кримінально-правовими засобами.

Забезпечення якості закону, вироблення критеріїв оцінки законодавства і практики його застосування для досягнення ефективності приписів Кримінального кодексу, підвищення професійного рівня працівників правоохоронних і судових органів залишаються головними стратегічними напрямками розвитку кримінально-правової науки.

Одночасно кримінально-правовою (як і будь-якому іншому) аспекту науки властива така риса, як динамізм, тобто розвиток, зміни, перебування в русі. Динаміка кримінального права зумовлена багатьма чинниками, в тому числі: а) змінами соціально-економічних і політичних умов розвитку країни; б) появою нових видів суспільно небезпечної поведінки, що вимагає їх дослідження, розробки і включення до Кримінального кодексу приписів про злочинність і караність того чи іншого виду злочинних діянь; в) об'єктивними потребами суспільства в декриміна-

лізації певних діянь, тобто відмови від подальшого визнання того чи іншого виду протиправної людської поведінки злочином; г) необхідністю уточнення окремих положень, а також усунення деяких прогалин і суперечностей чинного КК, виявлених практикою застосування кримінально-правових норм, д) важливістю врахування останніх досягнень науки кримінального права тощо. Динамізм кримінальної науки забезпечується не тільки своєчасним реагуванням на об'єктивні вимоги суспільства, а й їх прогнозуванням із застосуванням заходів попередження суспільно небезпечної поведінки.

Сучасні тенденції злочинності в Україні хоча і свідчать про зниження її рівня, але не дають підстав для заспокоєння через трансформацію кількісних змін у її показниках у якісно нові форми кримінальної активності, як-от: рейдерство, нелегальна міграція, торгівля людьми, контрабанда, корупція, незаконний обіг наркотиків, що збільшується на фоні зростання так званих фонових явищ.

Рейдерство як суспільно небезпечне діяння породжене штучно на підставі незаконних форм і методів володіння, користування й розпорядження майном. В Україні воно здійснюється не у виробничих цілях, а в індивідуальних або корисно-групових, коли підприємства захоплюються найчастіше заради дорогої нерухомості. Його поширення можна пояснити значним підвищенням цін на нерухомість і землю. Рейдери широко використовують корумпованість посадових осіб виконавчої влади і правоохоронних структур. Склад-

нощі впливу на це негативне явище викликані відсутністю як юридичної відповідальності за рейдерство, так і волевиявлення органів влади на боротьбу з ним, знівелюванням гарантій права власності, недостатньо ефективною роботою правоохоронних органів.

Серед невідкладних заходів щодо протидії рейдерству слід відмітити необхідність розробки і прийняття законодавчих актів, спрямованих на встановлення й посилення відповідальності за нього, ліквідацію прогалин у господарському й цивільному законодавстві.

Перехід від адміністративно-командної системи управління до ринкової моделі в Україні здійснювався достатньо швидко, внаслідок чого зароджувані на початковому його етапі ринкові відносини протистали сильному впливу органів влади на економічні й соціальні процеси. Як результат — процес первинного накопичення капіталу супроводжувався масовими порушеннями чинного законодавства, в тому числі й кримінального.

Без системних змін у суспільстві, без перебудови принципів роботи і взаємодії всіх гілок влади подолати таке явище, як корупція, неможливо. Нинішній стан законодавчого регулювання боротьби з нею не дозволяє позбутися негативного іміджу України як однієї з найбільш корумпованих держав світу. Передбачивши Законом України «Про боротьбу з корупцією» адміністративну відповідальність за вчинення корупційних діянь, але не врахувавши, що міжнародно-правове законодавство визнає їх як кримінально

карані вчинки, законодавець тим самим принизив небезпеку корупції як суспільно-правового явища. Із наведеного можна зробити висновок, що існує нагальна потреба змінити політику боротьби з корупцією з усіма її проявами, зокрема і перш за все засобами кримінально-правового характеру. Треба визнати за доцільне створити спеціальний орган — Національне бюро розслідувань (назва умовна), на який покласти обов'язок не тільки вести боротьбу із названими негативними явищами, а й служити центральним координаційним органом у зазначеній боротьбі.

У 2007 р. припинено діяльність 16 організованих злочинних груп, які займалися торгівлею людьми, і повернено в Україну 366 потерпілих, 55 із яких — неповнолітні. Перші переселенці з'явилися в Україні ще в 1991 р. — до здобуття державою незалежності. Утікачі ж з Азербайджанської й Вірменської Республік прибували в Україну ще під час карабахського конфлікту (1988–1989 рр.). Другу хвилю емігрантів становили турки-месхетинці, які знайшли притулок в Україні після кривавих погромів в Узбецькій РСР улітку 1989 р. Найбільша чисельність біженців прибула вже до незалежної України в 1992 р. унаслідок збройного конфлікту в Придністров'ї — регіоні сусідньої Республіки Молдова, охопленого сепаратистським збуренням. У той час українськими державними органами не велося цілеспрямованої реєстрації переселенців. За даними ООН, оприлюдненими в 1999 р., під час придністровського конфлікту україно-молдовський кор-

дон з метою отримання тимчасового захисту від війни перетнули майже 62 тис. осіб.

Напружена гуманітарна ситуація, що склалася навколо десятків тисяч людей, особливо в прикордонних з Молдовою Вінницькій, Одеській, Чернівецькій і Миколаївській областях, обумовила перші кроки до правового врегулювання статусу біженців в Україні і стимулювала законодавців до прийняття в 1993 р. першої редакції Закону України «Про біженців». Згідно із цим Законом на підставі спеціального рішення уряду держава надала захист приблизно 1500 так званим біженцям першої війни з Чеченської Республіки Російської Федерації. А до 2001 р. статус біженця в Україні надано майже 5100 особам.

Українське національне законодавство в цілому відповідає духу міжнародних стандартів щодо захисту прав біженців і шукачів притулку, хоча в ньому все ще залишаються елементи, які суперечать міжнародним зобов'язанням держави. Питання регулювання набуття, втрати, позбавлення статусу біженця, правові й соціальні гарантії біженцям і шукачам притулку закріплені в положеннях названого Закону.

Як свідчить офіційна статистика Державної прикордонної служби України, лише прикордонниками протягом 2004 р. затримано майже 3 тис. нелегальних мігрантів. На жаль, далеко не всі вони знали свої права й обов'язки, зокрема право на притулок. І хоча не підлягає сумніву те, що переважну більшість нелегальних мігрантів, затриманих в Україні, складають економічні

й трудові мігранти, які використовують територію нашої держави як транзит на шляху до країн Західної Європи, серед цих людей є й потенційні біженці, які мають право на міжнародний захист.

Проте потрібно зауважити, що злочинні прояви серед мігрантів — сьогодні не рідкість. Так, протягом 2006–2007 рр. іноземними громадянами вчинено 3,8 тис. злочинів, з яких 74 умисних вбивства, 79 тяжких тілесних ушкоджень, 116 розбоїв, 285 грабежів, 1,3 тис. крадіжок, 68 незаконних заволодінь автотранспортом. За останні 2 роки припинено протиправну діяльність 15 організованих груп, створених за етнічною ознакою.

Україна, ратифікувавши Міжнародну конвенцію про ліквідацію всіх форм расової дискримінації (МЛРД), на виконання її ст. 4 взяла на себе зобов'язання крім усього іншого оголосити злочином, караним за законом, «усяке поширення ідей, заснованих на расовій перевазі або ненависті, усяке підбурювання до расової дискримінації, ...акти насильства або підбурювання до таких актів, спрямовані проти будь-якої раси або групи осіб іншого кольору шкіри чи етнічного походження», а також вважати протизаконними організації, що заохочують расову дискримінацію й підбурюють до неї, і заборонити їх.

І хоча на сьогодні злочинність на ґрунті національної й релігійної ненависті, на щастя, в Україні не належить до розряду поширених, не можна не приділяти їй уваги з огляду на високу суспільну небезпечність цих проявів. Приміром, протягом

2006–2007 рр. було зареєстровано 1430 злочинів за участю іноземців, з яких 33 — це умисні вбивства, 36 — умисні тяжкі тілесні ушкодження, 52 — розбійні напади, 188 — грабежі, 593 — крадіжки, 138 — незаконне заволодіння автотранспортом.

Наведене свідчить про необхідність більш детально законодавчо врегулювати відповідальність за правопорушення, вчинені на расовому ґрунті, удосконалити національне законодавство (кримінальне, цивільне, адміністративне) з метою запобігання зазначеним діянням і передбачити адміністративну й дисциплінарну відповідальність службових осіб за прояви расизму й расової дискримінації, що стали наслідком їх дій або бездіяльності.

Однією з кримінально уражених сфер залишається паливно-енергетичний комплекс (далі — ПЕК). Наприклад, у 2007 р. на його об'єктах викрито майже 3 тис. злочинів, у тому числі 421 злочин зі збитками понад 100 тис. грн. Серед задокументованих злочинів 60 % учинено в енергетичній царині (1766), 23 % — у вугільній промисловості (682), майже 22 % — у паливній (632, з яких 237 — у нафтопереробній і газовій галузі). І хоча кількість зареєстрованих злочинів щороку дещо знижується, їх характерною рисою залишається високий рівень замаскованості.

Практика боротьби підрозділів ОВС України зі злочинами на об'єктах ПЕК говорить про те, що кримінальні елементи останнім часом зосереджують увагу на його стратегічних підприємствах з метою одержання

значних прибутків. Для забезпечення енергетичної безпеки держави основну увагу слід приділяти законності використання підприємствами ПЕК державних коштів, виділених на розробку і впровадження альтернативних джерел енергії, реструктуризацію державних підприємств, газифікацію населених пунктів, стану розрахунків за спожиті енергоносії, дотриманню ліцензійних умов при здійсненні фінансово-господарської діяльності структурних підрозділів і дочірніх підприємств державних акціонерних компаній.

На даний час в Україні зареєстровано майже 175 тис. споживачів наркотиків (це 36,8 чол. на 10 тис. населення), а 90 % наркоманів — особи віком до 30 років. На жаль, прогнози стосовно розвитку наркоманії досить невтішні, оскільки має місце її постійне зростання (порівняно з 2006 р. — більше ніж на 12 %). Спостерігаються такі тенденції: а) наркоманія омолоджується й фемінізується. Соціологічні опитування вказують, що значна частина студентів та учнів середніх навчальних закладів так чи інакше причетна до вживання наркотиків; б) зростає питома вага тяжких форм наркоманії, у тому числі полінаркотичної залежності молоді; в) виник ринок так званих важких наркотиків (героїну, кокаїну); г) поширюється немедичне вживання наркотиків у всіх соціальних групах (серед робітників, службовців, безробітних, бізнесменів).

Наркоманія безпосередньо пов'язана зі злочинністю, що зумовлено таким: а) стан наркотичного сп'яніння послаблює самоконтроль особи, що

полегшує вчинення злочину; б) вживання наркотиків і паразитичний спосіб життя вимагають суттєвих коштів, які найлегше здобути злочинним шляхом; в) наркомани належать до групи підвищеного ризику стати жертвою злочину; г) самі по собі злочинними є незаконні операції з наркотиками, утримання притонів для їх вживання тощо. Так, протягом 2007 р. в Україні зареєстровано 63 838 злочинів у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів, з яких 21 712 охоплюються категорією тяжких та особливо тяжких злочинів.

Нинішній розвиток кримінально-процесуальної науки у правовій державі визначається потребою суспільства у встановленні правового регулювання суспільних відносин, здатного забезпечити правопорядок, захист прав та інтересів кожної людини. Зміцнення ролі суду в кримінальному процесі, реформування системи органів досудового слідства, поширення змагальності й забезпечення прав учасників судочинства — це проблеми, від вирішення яких залежить не тільки техніко-юридичний зміст чинного законодавства України, а і його соціальна спрямованість. Саме тому правова наука приділяє їм особливу увагу.

За сучасних умов існує можливість поглибити реформаційні процеси шляхом створення ефективної законодавчої бази, спираючись при цьому на історичний і міжнародний досвід, використовуючи весь набутий позитивний потенціал, моральні цінності тощо. Як правова форма вирішення соціальних конфліктів, що

виникають у зв'язку з учиненням злочинів, кримінальний процес має становити собою цивілізовану процедуру, яка надійно захищає всіх її учасників від незаконного впливу на них.

У зв'язку з цим основні зусилля науки кримінального процесу мають бути спрямовані:

1) на розширення юрисдикції суду на досудовому провадженні у кримінальній справі з метою забезпечення конституційного права кожного на судовий захист;

2) на диференціацію кримінально-процесуальної форми, введення спрощених процедур, здатних ефективно забезпечити досягнення завдань кримінального судочинства в розумні строки;

3) на запровадження правозахисних механізмів, за допомогою яких учасники процесу могли б обстоювати законні інтереси;

4) на вдосконалення системи перегляду судових рішень і виправлення судових помилок.

В умовах сьогодення для науки кримінально-виконавчого права основним завданням є теоретичне обґрунтування рекомендацій щодо вдосконалюванню кримінально-виконавчого законодавства й діяльності органів та установ виконання покарань, які ґрунтувалися б на пізнанні об'єктивних закономірностей останнього і яким підпорядкована діяльність адміністрації цих органів та установ по здійсненню правообмежень, властивих покаранням. Ще одне завдання цієї науки полягає в тому, щоб максимально точніше і найповніше розкрити можливості, закладені в діяльності щодо виконання покарань.

Наукові доробки в кримінально-виконавчому праві як галузі, процес формування якої нещодавно було започатковано, насамперед повинні бути фундаментальними, щоб на їх підґрунті можна було б розгорнути подальші прикладні дослідження окремих конкретних проблем діяльності органів та установ виконання покарань і розробити теоретично обґрунтовані рекомендації для її вдосконалення.

Наука кримінально-виконавчого права на підставі порівняння перевірених практикою теоретичних положень із самою діяльністю органів та установ виконання покарань дозволяє здійснити пізнання правоохоронної діяльності як головного напрямку в роботі названих органів та установ, звернути увагу на закономірності реалізації правообмежень, властивих покаранням, що в підсумку приведе до вдосконалення знань і повнішого уявлення про процеси виконання-відбування покарань.

Розвиток науки кримінально-виконавчого права базується на потребі заново й з урахуванням ефективності діяльності органів та установ виконання покарань зрозуміти гносеологічний зміст розходження між теоретичною моделлю «виправлення й ресоціалізація всіх засуджених» і соціальною реальністю. У зв'язку з цим найважливішими пізнавальними проблемами кримінально-виконавчого права є питання: а) про реальні можливості виконання покарань і б) про істину та зміст наукових понять.

Невід'ємним, обов'язковим елементом науки кримінально- вико-

навчого права є філософські підстави цієї науки та її висновки для практики. Загальна методологічна база кримінально-виконавчого права ґрунтується на доборі із загальної методології необхідних і достатніх приписів, на використанні гносеологічних принципів і застосуванні в пізнанні виконання покарань законів і категорій діалектики, що відбивають співвідношення одиничного, особливого й загального, причини й наслідки, необхідності й випадковості, можливості й дійсності, зміст і форму, сутність і явище тощо. Для вивчення й аналізу проблем виконання покарань використовуються методи: історичний, перетворювальної критики, логічного аналізу, сходження від абстрактного до конкретного, системного підходу, структурно-функціонального аналізу діяльності органів та установ виконання покарань. А це дозволяє не тільки предметно зафіксувати об'єкт діяльності з виконання покарань, а й одержати нові знання про реалізацію правообмежень, властивих покаранням.

Предметом дослідження в науці кримінально-виконавчого права є правоохоронна діяльність органів та установ виконання покарань, яка пізнається передусім за допомогою структурно-функціонального аналізу. У науці кримінально-виконавчого права специфіка методу структурно-функціонального аналізу реалізується в дослідженні самого діяння в нерозривності з об'єктом діяльності органів та установ виконання покарань. Діяльність щодо виконання покарань як предмет дослідження в науці кримінально-виконавчого

права має глибокий взаємозв'язок з теорією кримінально-виконавчого права й застосованих методів як системою дій з об'єктом пізнання. Пізнання діяльності вказаних органів та установ — основне призначення теорії кримінально-виконавчого права, а вивчення закономірностей та об'єктивної сутності виконання й відбування покарання — головне її завдання.

Поглиблене дослідження проблем функціонування кримінально-виконавчої служби дозволить не тільки охарактеризувати різні напрями її діяльності, а й установити, за допомогою яких матеріально-предметних і правових засобів можна вирішувати поставлені перед нею завдання, з'ясувати, як досягаються цілі діяльності органів та установ виконання покарань, окреслити соціальне призначення кримінально-виконавчої системи. Усе це вимагає вдосконалення чинної законодавчої бази, продовження й поглиблення реформи організаційно-правових засад діяльності названої служби. При цьому головною метою реформування останньої повинна бути якісна її зміна, підвищення ефективності діяльності її органів та установ.

Таким чином, розробка теоретико-правового забезпечення реформування кримінально-виконавчої служби виступає провідною установкою наукових досліджень у галузі кримінально-виконавчого права. Це означає, що на підставі проведеного комплексного аналізу функцій кримінально-виконавчої системи планується внести науково обґрунтовані пропозиції до проекту Концепції реформування кримінально-

виконавчої служби за такими напрямками, як-от: а) удосконалення законодавчої бази; б) запровадження організаційних заходів; в) реорганізація порядку й умов відбування покарань; г) удосконалення роботи з персоналом.

За останні роки динаміка злочинності в Україні суттєво знижується, і це в першу чергу стосується тяжких та особливо тяжких злочинів. Але боротьба з нею і зараз належить до одного з пріоритетних завдань державної кримінально-правової політики, важливою складовою частиною якої є політика кримінологічна. Опрацювання й реалізація ефективних стратегій протидії злочинності — справа дуже складна. Ними держави світу займаються не одну сотню років, однак кардинальних успіхів у цій сфері поки що не досягнуто, хоча енергійні, багаторівневі за масштабом, обґрунтовані, реальні, конкретні, а не декларативні, ресурсно забезпечені запобіжні заходи дають помітні позитивні наслідки. Саме цим і обумовлено деякий успіх у боротьбі зі злочинністю. Отже, всесвітньо відоме положення про те, що мудрому законодавцеві належить більше дбати про запобіжну, ніж каральну, діяльність, залишається актуальним і, відверто кажучи, невиконаним, у тому числі й в Україні. Про виконання і результативність Комплексних програм запобігання (профілактики) злочинності, прийнятих протягом 15 років у державі, можна лише здогадуватися, оскільки суспільству про це майже нічого не відомо.

Треба наголосити, що протидія злочинності — це нагальна справа

структурних підрозділів усіх гілок влади, а також суспільства. Вона має базуватися на наукових принципах і вимогах, дотримання яких конче необхідно, інакше, як показує все-світній досвід, лише дослідження цієї проблеми й волонтаристський підхід до неї позитивних результатів не дає. Спираючись на висловлене, слід констатувати: а) недостатню ефективність як минулих, так сучасних стратегій боротьби зі злочинністю; б) нагальну необхідність висунення нових ідей у цій сфері життєдіяльності суспільства; в) потребу в широкому використанні досвіду інших країн, в інтернаціоналізації протидії злочинності.

Узагальнюючи вітчизняний і зарубіжний кримінологічний досвід боротьби зі злочинністю, керівні принципи щодо її запобігання, розроблені Конгресами ООН щодо запобігання злочинності й поводження з правопорушниками, можна дійти таких пропозицій із цього приводу.

1. Запобігання злочинності слід розглядати як обов'язковий елемент соціальної політики держави. Не втратив своєї актуальності вислів видатного німецького криміналіста Ф. фон Ліста, що найкраща кримінально-правова політика — це найкраща політика соціальна. Цьому повинна сприяти кримінологічна політика, розробка якої розпочалася в Академії правових наук України. Вона є не тільки сукупністю стратегій і заходів, а й, образно кажучи, ідеологічним генератором, який підвищує запобіжну «напругу» в суспільстві, формує в ньому соціальну толерантність і повагу до соціальних цінностей, накопичує так званий у західній

філософії соціальний капітал (громадський порядок, довіра, чесність та ін.), без якого побудувати правову, демократичну державу з ринковою економікою неможливо. Тільки виважена соціальна політика здатна сформувати цивільне суспільство, яке є фундаментом правової держави, і позитивно впливати на стан правопорядку в країні. Суспільство має зрозуміти ці важливі положення кримінологічної політики й бути заінтересованим у посиленні запобіжного ефекту соціальних заходів.

2. Запобігання злочинності — не ізольована проблема, яка вирішується спрощено непослідовними методами; скоріше це широкі й складні напрями діяльності, що потребують систематичних стратегій і диференційованих концепцій, які враховують:

а) соціально-економічні, політичні й культурні умови суспільства, в якому вони здійснюються, і

б) ступінь розвитку суспільства з особливим акцентом на зміни, що відбуваються в ньому зараз і, можливо, відбуватимуться в майбутньому.

Нерідко суспільство різними шляхами породжує злочинну поведінку або збільшує криміногенний потенціал, як-от: незабезпеченість, бідність одних і безконтрольність, корисливість інших, відсутність дійсної турботи про «трудні» сім'ї та знедолених дітей, низька якість шкільного навчання й виховання, неефективна робота державного апарату тощо. Звичайно, ці вади й недоліки можуть бути подолані лише за належної організації життя суспільства й використання сучасних наукових знань, у тому числі у сфе-

рі боротьби зі злочинністю. Ось тільки один приклад. За даними ЮНЕСКО, яка досліджувала проблему навчальної освіти у світі, в Україні понад 300 тис. дітей молодшого шкільного віку не відвідують школи. Деякі з них намагаються працювати: тільки в Києві серед 350 тис. таких працюючих 24 % становлять діти віком 7–12 років¹.

3. Державні програми (плани заходів) слід складати на підставі глобального, комплексного й скоординованого підходу, визначати короткострокові (невідкладні), середньострокові й довгострокові (постійні) завдання. Це дасть можливість оцінювати результати виконання прийнятих рішень, послабляти їх можливі негативні економічні й соціальні наслідки, зменшувати можливості для вчинення злочинів, поширюючи при цьому сферу задоволення потреб законним шляхом.

Як вбачається, концептуальними стратегіями кримінологічної політики можуть бути: а) зменшення практичних можливостей учинення злочинів; б) вирішення складних завдань адаптації; в) виховна й інформаційна робота серед населення; г) втручання в кризові ситуації; д) залучення громадськості до запобіжної діяльності; е) протидія так званим «фоновим» явищам, які тягнуть за собою соціальну деградацію й десоціалізацію не тільки окремих осіб, а й мораль і культуру всього суспільства (дитяча й підліткова бездоглядність, наркоманія, токсико-

¹ Див.: Писанська В. В країні більше 300 тис. дітей молодшого шкільного віку не відвідують школи / В. Писанська // *Голос України*. — 2008. — № 7. — 16 січ. — С. 5.

манія, бродяжництво, паразитичний спосіб життя, віктимізація й віктимність, алкоголізм, проституція, правовий нігілізм, кримінальна субкультура, сектанство, жебрацтво тощо).

Держава не може називати себе демократичною і правовою, доки в країні існують і поширюються зазначені антисоціальні явища. Запровадження жорсткого контролю щодо них зовсім не означає повернення до тоталітаризму, як дехто вважає. Названо лише деякі загальні стратегії боротьби зі злочинністю. При створенні ж стратегій конкретних треба враховувати криміногенну обстановку, стан злочинності, криміногенний потенціал членів суспільства (його частини), рівень розробки теорії запобігання злочинності, ступінь ресурсного забезпечення, механізм розподілу й витрачання ресурсів тощо.

Важливим кроком на шляху підвищення ефективності запобігання злочинності є планування й координація в цій сфері. На сучасному етапі боротьби зі злочинністю необхідно сприяти створенню на державному й місцевому рівнях одного або декількох спеціальних органів, тобто відновити раніше існуючий Координаційний комітет по боротьбі зі злочинністю, який би професійно займався справами саме планування, контролю й координації. Зрозуміло, що така робота не зводиться лише до заслуховування звітів відповідальних суб'єктів запобігання злочинності, як це спостерігалось раніше.

Особливо потрібно підкреслити, що засоби масової інформації (ЗМІ) й освітянська діяльність мають вагоме значення для здійснення стра-

тегій протидії злочинності. Доцільно вивчати й оцінювати роль ЗМІ та їх вплив на різні аспекти запобігання злочинній діяльності й кримінального правосуддя, оскільки розуміння суспільством кримінально-правової і кримінологічної політики та її позиція є вирішальним чинником для забезпечення ефективності і справедливості правової системи. Багато заохочувати позитивний внесок ЗМІ в поінформованість громадськості щодо питань запобігання злочинності і кримінального правосуддя, що поряд з програмами громадської і правової освіти є важливим засобом навчання нормам життя в суспільстві. Це стосується нестриманої ніким і нічим (часом безглуздої, шкідливої) реклами чудодійних ліків, пива, слабоалкогольних коктейлів (алкопопсів та ін.). Українські наркологи б'ють на сполох: молодшає «обличчя» вітчизняного алкоголізму — 16-річні пацієнти наркодиспансерів уже нікого не дивують. За останні 10 років пивних алкоголіків в Україні стало вдсятеро більше. Поголовне захоплення продукцією пивоварів призвело до того, що проблема з алкоголем виникає вже в 14–15-річному віці¹.

Кримінально-правова статистика в тому вигляді, що існує зараз, для ефективної практики боротьби зі злочинністю непридатна, тому що має популярно-ознайомлювальний характер. У деяких країнах світу (наприклад, у Німеччині) щорічно виходить об'ємна книга поліцейської кримінальної статистики, яка міс-

¹ Див.: Романишин Є. Тяжке похмілля від легкого алкоголю / Є. Романишин // Уряд. кур'єр. — 2008. — 19 січ. — № 11. — С. 12.

тять детальну науково обґрунтовану кримінологічну інформацію про злочинність, її структуру, динаміку, «географію», характер, чинники тощо. Настав час організувати службу кримінальної статистики з урахуванням відповідних наукових даних та існуючого світового досвіду. У цьому плані істотну роль повинні відіграти наукові підрозділи Академії правових наук України та Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого. Вважаю, що починати роботу в цьому напрямі потрібно з підготовки відповідних документів для їх обговорення на раді Інституту вивчення проблем злочинності та Президії Академії правових наук України. Усе більшого поширення у світовій практиці протидії злочинності набуває впровадження технічних засобів. Нові досягнення науки й техніки треба використовувати в інтересах людей, а значить, в інтересах ефективного запобігання вчиненню злочинів. При цьому слід пам'ятати, що нова техніка може сприяти й появі нових проявів злочинності. Це треба передбачити й заздалегідь усувати, щоб потім не боротися з наслідками. Якісні зміни злочинності, набуття нею професійного, організованого й найбільш витонченого характеру ставлять перед криміналістичною наукою завдання, спрямовані на розробку новітніх прийомів, методів і засобів протидії кримінальним явищам.

У цьому плані актуальним слід визнати більш активне і творче використання криміналістикою досягнень технічних і природничих наук відповідно до поставлених завдань, впровадження таких інноваційних

розробок у слідчу діяльність, як цифрової фото- та відеотехніки, мультимедійних засобів, дистанційного спостереження, інтернет-технологій та ін. Така необхідність зумовлена вирішенням значної кількості завдань у відносно стислі строки, недостатністю інформації про розслідувану подію, браком надійних джерел її отримання, труднощами у взаємодії зі спеціалістами й оперативно-розшуковими працівниками, протидією розслідуванню з боку заінтересованих осіб. Впровадження інновацій сприятиме оптимізації розслідування й усуненню (зменшенню) слідчих помилок.

Нагальною є потреба у формуванні нових і модернізації існуючих наукових рекомендацій з розкриття й розслідування окремих різновидів злочинів (ідеться насамперед про нові злочинні прояви) на підставі запровадження сучасних інформаційних технологій, методів моделювання і прогнозування, викладення відповідних рекомендацій у найдоступнішій для сприйняття слідчого формі, в тому числі у вигляді певних алгоритмічних схем, які реалізуються на базі сучасних комп'ютерних технологій.

Визначаючи напрями наукового пошуку в галузі криміналістичних знань, треба передовсім виходити з потреб слідчої, судової й експертної практики, прогностичного бачення ймовірних шляхів розвитку і структурних змін злочинних проявів, міжнародного досвіду боротьби з ними. Усе це нібито аксіоматичні твердження, які не потребують того, щоб про них зайвий раз згадували. Але в цьому є сенс, і ґрунтується він на на-

явній диспропорції між запитами практики і науковими розробками, які спостерігаються останнім часом. Так, деякі вчені-криміналісти внаслідок трудомісткості, складності й тривалості здійснення емпіричного спостереження уникають створення інформаційної бази окремих криміналістичних методик, так би мовити, з нуля, а віддають перевагу деякій модернізації раніше детально розроблених і відносно усталених методик, аніж розробленню нових. Такого роду вибірковість вбачається хибною, а тому науковцям належить зосередити увагу перш за все на розробленні моделей розслідування злочинів, що вчинюються у кредитно-фінансовій і банківській сферах, у сфері приватизації, переробній і харчовій промисловості, паливно-енергетичному й аграрно-промисловому комплексі, проти довілля.

Аналізуючи причини, які стоять на шляху активного впровадження здобутків криміналістики в судово-слідчу практику, треба назвати не лише недостатній рівень наукових розробок, а й консервативні стереотипи, що склалися в даній практичній діяльності, і певне небажання практиків працювати, так би мовити, за наукою. Зазначені стереотипи необхідно усувати, а найвагоміший крок у цьому напрямі мають зробити науковці. Саме їм доведеться переглянути запропоновані наукою рекомендації, оскільки окремі з них навряд чи зможуть служити інструментом практичної діяльності, забезпечувати ефективність боротьби зі злочинністю.

Опубліковано: Проблеми законності. – 2009. – Вип. 99. – С. 3–18.

Основні тенденції сучасної злочинності в Україні

Злочинність притаманна будь-якому суспільству. Це явище є доволі чутливим до різних змін, перетворень, що відбуваються у його житті. З іншого боку, злочинність є чинником дестабілізації суспільних відносин у державі, вона суттєво послаблює дух солідарності між співгромадянами тієї чи іншої країни.

Оскільки злочинність загрожує нормальній життєдіяльності суспільства, людство завжди переймалося питаннями її подолання. За даними оглядів ООН, злочинність у всьому світі в середньому тривалий час зростала до 5 % за рік при щорічному прирості населення на 1–1,2 %. При цьому слід мати на увазі, що між офіційно зареєстрованою злочинністю та її реальним рівнем у різних країнах є суттєві розбіжності, які вкладаються у співвідношення 1 : 2 — 1 : 5¹. Показники злочинності значною мірою залежать від ступеня врегулю-

ваності тих чи інших відносин нормами закону про кримінальну відповідальність.

Україна стала незалежною державою внаслідок невідворотного процесу розпаду Радянського Союзу. 16 липня 1990 р. Верховна Рада України прийняла Декларацію про державний суверенітет України, 24 серпня 1991 р. — Акт проголошення незалежності України, який було затверджено референдумом 1 грудня 1991 р. Але в цей час продовжував діяти КК України, прийнятий 28 грудня 1960 р., який набрав чинності з 1 квітня 1961 р. Цей КК видозмінювався, доповнювався новими видами злочинів, здійснювалася декриміналізація деяких діянь.

У зв'язку з прийняттям у 1996 р. Конституції України і необхідністю наближення кримінального законодавства до нових політичних, економічних та соціальних умов і міжнародних зобов'язань нашої країни 5 квітня 2001 р. було прийнято новий КК України, Особлива частина якого складається із 20 розділів і містить

¹ Див.: Лунеев, В. В. Тенденции современной преступности и борьбы с ней в России / В. В. Лунеев // Государство и право. — 2004. — № 1. — С. 5.

340 статей. Через прийняті зміни було криміналізовано 79 суспільно небезпечних діянь і декриміналізовано 40. Тенденція відома: криміналізація діянь перевищує декриміналізацію¹.

Впровадження ринкових реформ в перші п'ять — шість років існування України як незалежної держави відбувалося суперечливо і непослідовно. У зв'язку з цим виникли складні економічні та соціальні умови і, як наслідок, погіршилася криміногенна обстановка, зросла злочинність, у тому числі й організована².

Загальний стан злочинності за роки незалежності України можна простежити за даними табл. 1.

Показники, наведені в табл. 1, демонструють, що найбільшу кількість злочинів було зареєстровано у 1995 р. — 641 860. Починаючи з 1996 р., динаміці злочинності притаманне зменшення. Певні коливання у бік збільшення мали місце у 2000 р. (567 800) та 2003 р. (556 351). Що стосується показника злочинності за 2003 р., то треба відзначити, що його суттєве зростання, за поясненнями МВС, було зумовлене наведенням певного порядку в обліку злочинів³.

¹ Детальніше про це див.: Сташис В. В. Основные новеллы нового УК Украины / В. В. Сташис // Организованная преступность, терроризм и коррупция : криминол. ежекварт. альманах. — 2003. — № 3. — С. 83–90.

² Див. Сташис В. В. Проблеми боротьби з організованою злочинністю та корупцією в Україні / В. В. Сташис // Вісн. Акад. прав. наук України. — 2001. — № 2. — С. 163.

³ Аналіз роботи судів загальної юрисдикції у 2003 р. : (за даними судової статистики) // Вісн. Верхов. Суду України. — 2004. — № 5. — С. 25.

Разом з тим у 2004 р. відповідно до попереднього року злочинність зменшилась на 6,8 %, що в абсолютному вимірі дорівнювало 520 105 злочинам. Коефіцієнт інтенсивності злочинності на 100 тис. населення складав 1092 злочини. Слід зазначити, що це достатньо прийнятний показник. Наприклад, у Російській Федерації в 2004 р. аналогічний показник дорівнював 2023 злочинам на 100 тис. населення, у 2007 р. — 2519 злочинам. Злочинність у цій країні на відміну від України більш тяжіє до зростання: у 2003 р. спостерігалось її збільшення на 9,1 %, у 2004 р. — на 5,0 %, у 2005 р. — на 22,8 %, у 2006 р. — на 8,5 %, і тільки у 2007 р. злочинність зменшилась на 7,1 %. Подібна тенденція притаманна і Республіці Білорусь, де злочинність у 2002 р. зросла на 18,4 %, у 2003 р. — на 13,9 %, у 2004 р. — на 9,8 %. Коефіцієнт злочинності у цій країні дорівнював у 2004 р. 1724,6 злочинам на 100 тис. населення.

Аналіз сучасного стану злочинності неможливий без урахування іншого важливого показника — рівня судимості.

Наведемо дані про загальну кількість засуджених в Україні (табл. 2).

Якщо порівняти дані таблиць 1 та 2, то можна простежити таку тенденцію: із загальної кількості осіб, що вчинили злочини, реально засуджується приблизно половина.

Наведені дані також свідчать про те, що кількість засуджених у період 1991–1996 рр. зросла в 2,2 рази. Після 1996 р. спостерігається зменшення кількості засуджених.

Таблиця 1

Загальний стан злочинності в Україні¹

Рік	Кількість зареєстрованих злочинів	Динаміка, % («+» приріст; «-» — зменшення)		Коефіцієнт на 100 тис. населення
		до 1991 р.	до попереднього року	
1991	405 516	–	–	784,5
1992	480 478	+18,5	+18,5	927,7
1993	539 299	+33,0	+12,2	1034,0
1994	572 147	+41,1	+6,1	1081,0
1995	641 860	+58,3	+12,2	1245,0
1996	617 262	+52,2	-3,9	1207
1997	589 208	+45,3	-4,5	1162
1998	575 982	+42,0	-2,2	1145
1999	558 716	+37,8	-3,0	1119
2000	567 795	+40,0	+1,6	1147
2001	514 497	+26,9	-9,4	1057
2002	460 389	+13,5	-10,5	955
2003	556 351	+37,2	+20,8	1159
2004	520 105	+28,3	-6,5	1092
2005	485 725	+19,8	-6,6	1024
2006	420 900	+3,8	-13,3	894
2007	401 293	-1,0	-4,7	852

¹ Див.: Лунеев, В. В. Преступность XX века / В. В. Лунеев. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Волтерс Клувер, 2005. – С. 235–236; показники за останні чотири роки взяті із: Експрес-інформація про стан злочинності в Україні за 2003–2007 роки.

*Таблиця 2***Кількість засуджених в Україні в 1991–2007 рр.**

Рік	Кількість засуджених	Темп зростання, %	
		до 1991 р.	до попереднього року
1991	108 553	100	–
1992	115 260	106,2	106,2
1993	152 878	140,8	132,6
1994	174 959	161,2	114,4
1995	212 915	196,1	121,7
1996	242 124	223,0	113,7
1997	237 790	219,1	98,2
1998	232 598	214,3	97,8
1999	222 239	204,7	95,5
2000	230 903	212,7	103,9
2001	201 627	185,7	87,3
2002	194 212	178,9	96,3
2003	201 081	185,2	103,5
2004	204 797	188,7	101,8
2005	176 934	163,0	86,4
2006	160 865	148,2	90,9
2007	152 772	140,7	95,0

Розглянемо розподіл сучасної злочинності по території України (географію злочинності). Найвищі коефіцієнти інтенсивності злочинності, як і у 1995 р., фіксуються в урбанізованих регіонах України. У 2007 р. перше місце посіла Запорізька область — 1452 злочинів на 100 тис. населення. Далі криміногенні території розподілилися так: Луганська — 1142, Донецька — 1052, Дніпропетровська — 1022 на 100 тис. населення. Значно кращою є криміногенна ситуація у західних аграрних областях України: Івано-Франківська — 403, Закарпатська — 412, Тернопільська — 430 на 100 тис. населення. В Харківській області інтенсивність злочинності дорівнювала 888 злочинам на 100 тис. населення, що є наближеним до середнього показника по всій Україні.

Окремого значення набуває такий показник, як розкриття злочинів. У цілому в країні він становив у 1996 р. 62,3 %, у 1997 р. — 68,3 %, у 1998 р. — 70,5 %, у 1999 р. — 73,4 %, у 2000 р. — 74,0 %, у 2001 р. — 77,3 %, у 2002 р. — 83,3 %, у 2003 р. — 69,3 %, у 2004 р. — 65,7 %, у 2005 р. — 64,5 %, у 2006 р. — 66,6 %, у 2007 р. — 69,5 %.

Дані про розкриття злочинів визначаються за кінцевими наслідками розслідування кримінальних справ. На наш погляд, показником розкриття злочинів повинен стати обвинувальний вирок суду.

За даними судової статистики, кожний рік суди розглядають приблизно 33–36 % від усіх порушених кримінальних справ. На 1 січня 2006 р. залишалися нерозкритими

1 млн 646 тис. злочинів, учинених за минулі роки¹.

Статистичні дані останніх років виразно свідчать про помітну тенденцію до гуманізації призначення судами кримінального покарання особам, визнаним винними у вчиненні злочинів. Так, щорічно зменшується кількість засуджених до позбавлення волі на певний строк. Суди здебільшого призначали цей вид покарання засудженим за тяжкі та особливо тяжкі злочини.

До позбавлення волі на певний строк у 2007 р. засуджено 42,3 тис. осіб, або 25,5 % від загальної кількості засуджених. У 2006 р. цей показник був майже аналогічним (45,8 тис. осіб, або майже 25,8 %).

Частіше застосовуються альтернативні позбавленню волі види покарання. Так, упродовж 2007 р. обмеження волі застосовано майже до 3,9 тис. осіб (2,4 % від усіх засуджених), громадські роботи — до 4,6 тис. (2,8 %), арешт — до 2,3 тис. (1,4 %), виправні роботи — майже до 1,5 тис. (1 %). Штраф як основне покарання було призначено у 2007 р. до 16,7 тис. осіб (10,1 %), у той час як у 2006 р. тільки до 15,5 тис. (8,7 %).

Судова система України дедалі більше орієнтується на європейські стандарти щодо питань призначення покарання. Проте, незважаючи на збільшення кількості осіб, яким суди призначали нові альтернативні види покарання, їх частка у загальній

¹ Виступ Голови Верховного Суду України В. Т. Маляренка на міжнародній науково-практичній конференції «Еволюція кримінального судочинства на пострадянському просторі» // Вісн. Верхов. Суду України. — 2006. — № 7. — С. 8.

кількості засуджених залишається незначною.

Протягом 2007 р. судами звільнено від відбування покарання 93,6 тис. засуджених (або 56,6 % від їх загальної кількості), що на 9,3 % менше, ніж у 2006 р. З урахуванням тяжкості вчиненого злочину, особи винного та інших обставин справи суди звільнили від відбування покарання з випробуванням більше половини засуджених, що становить 88,7 тис. осіб, або 53,6 % від загальної кількості засуджених.

На сьогодні тенденція до гуманізації відображена у Законі України від 15 квітня 2008 року № 268-VI «Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України щодо гуманізації кримінальної відповідальності».

Питому вагу кількості засуджених осіб до кількості наявного населення України наведено в табл. 3.

Отже, як бачимо, частка засуджених осіб до загальної кількості населення зменшується.

Що стосується окремих видів злочинів, то їх стан у 2007 р. можна характеризувати даними табл. 4.

Наведені в табл. 4 дані характеризують питому вагу окремих видів злочинів.

Найбільш реальним показником серед окремих видів злочинів є показник кількості зареєстрованих умисних вбивств. У всьому світі статистика умисних вбивств вважається найбільш достовірною, оскільки цей злочин складніше приховати злочинцям і не зареєструвати правоохоронцям.

Життя людини згідно зі ст. 3 Конституції України є найвищою соціальною цінністю. Кожна людина має невід'ємне право на життя, і ніхто не може свавільно позбавити людину життя. Тому охорона життя людини — найважливіше завдання кримінального права України. Серед злочинів проти особи вбивство становить особливу небезпечність. Це найтяжчий злочин проти життя

Таблиця 3

Питома вага кількості засуджених осіб до кількості наявного населення України

Рік	Кількість наявного населення України	Кількість засуджених осіб	Питома вага, %
2003	47 622 436	201 081	0,42
2004	47 280 800	204 794	0,43
2005	46 929 500	176 934	0,37
2006	46 646 000	160 865	0,34
2007	46 372 700	152 772	0,32

Таблиця 4

Структура злочинності в Україні у 2007 р.

Вид злочину	Кількість злочинів	Відсоток до всієї кількості злочинів
Усього злочинів	401293	100
Умисне вбивство	2906	0,7
Умисне тяжке тілесне ушкодження	5486	1,4
Зґвалтування	878	0,2
Крадіжка	113984	28,4
Грабіж	32266	8,0
Розбій	5716	1,4
Вимагання	689	0,2
Шахрайство	15354	3,8
Незаконне поводження зі зброєю, бойовими припасами або вибуховими речовинами	11733	2,9
Незаконне заволодіння транспортним засобом	6806	1,7
Незаконне позбавлення волі або викрадення людини	256	0,1
Торгівля людьми	359	0,1
Створення або утримання місць розпусти і звідництво	533	0,1
ДТП зі смертельними наслідками	3569	0,9
Хуліганство	12139	3,0
Втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність	2236	0,6
Незаконний обіг наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів	63838	15,9
Інші види злочинів	122522	30,6

людини, тому рішуча боротьба з умисними вбивствами є важливим завданням правоохоронних органів.

Наведемо дані, які характеризують стан зареєстрованих умисних убивств в Україні (табл. 5).

Таблиця 5

**Умисне вбивство та замах на вбивство —
ст. 115 КК України¹**

Рік	Кількість зареєстрованих злочинів	Динаміка, % («+» приріст; «-» — зменшення)		Коефіцієнт на 100 тис. населення
		до 1991 р.	до попереднього року	
1991 ¹	2902	100	—	5,6
1992	3679	125,7	125,7	7,1
1993	4008	138,1	108,9	7,7
1994	4571	157,5	114,0	8,6
1995	4783	164,8	104,6	9,3
1996	4896	168,7	102,4	9,6
1997	4529	156,1	92,5	8,9
1998	4563	157,2	100,8	9,1
1999	4624	159,3	101,3	9,3
2000	4806	165,6	103,9	9,8
2001	4571	157,5	95,1	9,4
2002	4296	148,0	94,0	8,8
2003	4041	139,2	94,1	8,4
2004	3788	130,5	93,7	8,0
2005	3315	114,2	87,5	7,0
2006	3220	110,9	97,1	6,8
2007	2906	100,1	90,2	6,2

¹ Див. Експрес-інформацію про стан злочинності в Україні за відповідні роки. Коефіцієнт розраховано авторами.

Як видно з табл. 5, найбільша кількість зареєстрованих злочинів цього виду припадає на 1996 р., коли було зареєстровано 4896 випадків, що порівняно з 1991 р. склало +168,7 %. До 2001 р. включно кількість умисних вбивств трималася майже на одному рівні, що у перекладі на коефіцієнти дорівнювало 9,8 убивствам на 100 тис. населення. В останні роки як в абсолютних, так і у відносних показниках кількість цих злочинів зменшилась. У 2007 р. коефіцієнт досяг 6,2 вбивств на 100 тис. населення.

Порівняно з іншими країнами СНД показники цього виду злочинів в Україні є найменшими, адже коефіцієнт умисних вбивств, наприклад, у Білорусі становить 10,5, а в Росії — 19,3 (у 2006 р. у країні зареєстровано 27,5 тис. умисних вбивств).

У зв'язку з розглядом даного виду злочинності зауважимо, що кримінологи давно звертають увагу на той факт, що українські засоби масової інформації передусім телебачення, переобтяжені демонструванням особливо тяжких злочинів проти життя та здоров'я людини або відомостями про серійні вбивства, вбивства на замовлення, акти насильства тощо (хоча це є характерним для багатьох країн). З одного боку, в громадян формується викривлене уявлення про характер сучасної злочинності, а з другого — таке тиражування насильства справляє вплив на суб'єктивне сприйняття дійсності громадянами: підвищується ступінь страху і почуття небезпеки перед злочинами, внаслідок чого послаблюються контакти населення із працівниками правоох-

ронних органів і громадяни не повідомляють про злочини.

Що стосується інших зареєстрованих злочинів, то показник їх учинення багато в чому залежить від соціально-економічного стану держави та її політики щодо боротьби з окремими злочинами.

Серед корисливо-насильницьких злочинів, які належать до так званої вуличної злочинності і негативний вплив яких громадяни відчувають безпосередньо, найбільш поширеними є грабежі і розбої.

Наведемо дані про стан цих злочинів (табл. 6).

Найбільше було зареєстровано грабежів у період 2004–2006 рр. Питома вага цього виду злочинів у 90-ті роки і на початку нового тисячоліття не перевищувала 4–5 %, але з 2004 по 2006 р. збільшилася від 8 % до 10 %. У 2007 р. частка цих злочинів становила 8% від усієї зареєстрованої злочинності.

Найвищий стрибок показників розбоїв спостерігався у 1993 р. (з 3950 до 5126 випадків). Далі кожного року реєструвалася приблизно однакова кількість злочинів цього виду (5400–5700 в абсолютному вимірі, питома вага складала 1–1,5 % від усіх зареєстрованих злочинів). Останніми роками правоохоронні органи активізували діяльність щодо виявлення даного виду злочинів. На тлі загального зниження злочинності динаміка розбоїв збільшилась у 2005 р. на 21 % порівняно з 2004 р. У наступні роки зменшився цей вид злочинності.

Серед тяжких злочинів проти життя та здоров'я особи найбільше скорочення показників зафіксовано

**Кількість зареєстрованих грабежів
та розбоїв**

Рік	Грабіж (ст. 186 КК України)			Розбій (ст. 187 КК України)		
	кількість	динаміка, %		кількість	динаміка, %	
		до 1991 р.	до попереднього року		до 1991 р.	до попереднього року
1991	21853	100	–	2976	100	–
1992	30375	139,0	139,0	3950	132,7	132,7
1993	33345	152,6	109,8	5126	172,2	128,8
1994	32553	149,0	97,6	5442	182,9	106,2
1995	32209	147,4	96,9	5389	181,1	99,0
1996	29327	134,2	91,1	5391	181,1	100,1
1997	26430	120,9	90,1	5359	180,1	99,4
1998	24362	111,5	92,2	5427	182,4	101,3
1999	22840	104,5	93,8	5173	173,8	95,3
2000	23030	105,4	100,8	5636	189,4	109,0
2001	23251	106,4	101,0	5674	190,7	100,7
2002	21160	96,8	91,0	5195	174,6	91,6
2003	36486	167,0	172,4	5703	191,6	109,8
2004	40789	186,7	111,8	5538	186,1	97,1
2005	47054	215,3	115,4	6708	225,4	121,1
2006	41657	190,6	88,5	6464	217,2	96,4
2007	32266	147,7	77,5	5716	192,1	88,4

стосовно такого злочину, як зґвалтування. Якщо у 1996 р. в Україні було зареєстровано 1752 випадки зґвалтувань, то в 2007 р. — 878.

За весь період, який розглядається, найбільшу питому вагу в структурі всієї злочинності становлять крадіжки. До 2001 р., тобто до прийняття чинного КК України, у законодавстві існували дві статті — 81 (розкрадання державного або колективного майна шляхом крадіжки) та 140 (крадіжка), які у чинному КК України подано в одній статті — 185. З 1991 по 1995 р. крадіжки склали понад 50 % від усіх злочинів: у 1991 р. — 55 %, у 1992 р. — 59 %, 1993 р. — 58 %, у 1994 — 55 %, у 1995 р. — 50 %. У подальшому питома вага злочинів стала зменшуватись: у 1997–2004 рр. вона коливалася від 49 до 44 %. Останніми роками ситуація змінилася: в структурі всієї злочинності крадіжки склали 38 % у 2005 р., 31 % у 2006 р., 28,4 % — у 2007 р.

Така ситуація з цим видом злочину на початку і в середині 90-х років ХХ ст. пояснюється вкрай скрутним становищем, яке склалося в Україні на той час: падіння економіки, гіперінфляція, наслідком яких виступали згортання виробництва, високий рівень безробіття, невиплати навіть мізерної заробітної плати. У таких умовах представники соціально незахищених верств населення часто знаходили майже єдиний вихід — учинення злочину. Саме в ті роки були поширені випадки засудження осіб за крадіжки предметів першої необхідності: їжі, одягу та ін.

До зменшення кількості зареєстрованих крадіжок останніми ро-

ками призвела зміна законодавства: якщо вартість викраденого становить менше ніж 772,5 грн, то такі дії вважаються адміністративним правопорушенням.

Проаналізуємо стан протидії «новим» злочинам, тій протиправній діяльності, що була криміналізована у чинному КК України. Виявлення і розкриття саме цих злочинів є пріоритетним завданням правоохоронних органів. Це торгівля людьми і легалізація (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом.

Як свідчить табл. 7, кількість виявлених злочинів цього виду збільшилась у 4 рази. Однак і наведені показники не відображають фактичної кількості цих злочинів, оскільки, наприклад, за оцінками голови представництва Міжнародної організації з міграції, за період 2001–2008 рр. близько 100 тис. українців стали жертвами торгівлі людьми.

Впровадження ринкових відносин в Україні з невідворотністю призвело до такого злочину, як легалізація (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом (ст. 209 КК України). Дані стосовно цього виду злочину наведено в табл. 8.

Україна була однією з останніх пострадянських держав, яка доповнила КК відповідною заборонаю. На жаль, великий масив грошових коштів залишився за кордоном саме в 90-ті роки ХХ ст., коли не було адекватного законодавства з протидії відмиванню брудних грошей. Та й на даний момент немає підтверджень, що ситуація у цій сфері покращилась.

Зауважимо, що впровадження відповідної статті у КК України

Таблиця 7

**Торгівля людьми або інша незаконна угода щодо людини
(ст. 149 КК України¹)**

Рік	Кількість зареєстрованих злочинів	Динаміка, %	
		до 2001 р.	до попереднього року
2001	89	100	–
2002	169	189,9	189,9
2003	289	324,7	171,0
2004	269	302,2	93,1
2005	415	466,3	154,3
2006	376	422,5	90,6
2007	359	403,4	95,5

¹ Статтю 124¹ введено до КК Законом України від 24 березня 1998 р., але в звітності і літературних джерелах показники наводяться лише з 2001 р., тому вони обчислені тільки протягом дії чинного КК України.

Таблиця 8

**Легалізація (відмивання) доходів, одержаних
злочинним шляхом (ст. 209 КК України)**

Рік	Кількість зареєстрованих злочинів	Динаміка, %	
		до 2001 р.	до попереднього року
2001	34	100	–
2002	347	1020,6	1020,6
2003	245	720,6	70,6
2004	419	1232,4	171,0
2005	374	1100,0	89,3
2006	338	994,1	90,4
2007	363	1067,6	107,4

автоматично не призводить до зменшення обсягів фінансових операцій та угод з доходами, одержаними завідомо злочинним шляхом. Досвід країн, де відповідне законодавство існує десятки років, свідчить про те, що тільки систематичні та комплексні заходи можуть дати позитивний результат.

Існує низка проблем, пов'язаних із реальним застосуванням ст. 209 КК України. Якщо порівняти ці дані з даними судової статистики, то кількість засуджених за цей злочин є незначною: у 2002 р. — 20 осіб, у 2003 р. — 44, у 2004 р. — 32, у 2005 р. — 35, у 2006 р. — 27, у 2007 р. — 49.

Такі розбіжності між зареєстрованими злочинами і кількістю осіб, чю вину доведено в суді, відображають проблеми, пов'язані з доказовою базою, якістю роботи органів досудового слідства, а також порядком обчислення показників судової статистики. (Якщо особу засуджують за декілька різних злочинів, учинених нею, то до судової статистики потрапить лише та стаття КК України, яка є найбільш тяжкою.) Як правило, розслідування цих злочинів потребує високих професійних знань у різних сферах, скоординованої роботи між різними правоохоронними органами, тісного міжнародного співробітництва. Однак реально існують недоліки в кожній із названих сфер, обумовлені незадовільним кадровим, інформаційним, ресурсним забезпеченням роботи відповідних державних органів, а також низкою суб'єктивних чинників, у першу чергу високим рівнем корумпованості службових осіб різного рівня.

Найбільш сталим зростаючим показником, що викликає занепо-

коєння українського суспільства, є динаміка злочинів у сфері обігу наркотиків. У більшості країн світу саме ці злочини вважаються одними з найбільш небезпечних. Торгівля наркотиками є другим за величиною злочинним бізнесом у світі, що надає злочинцям, за оцінками експертів, 320 млрд доларів доходів виторгу¹. Наркотики завдають непоправної шкоди здоров'ю тих, хто їх вживає, трагічною є доля близьких і друзів хворих на наркоманію, держави витрачають левову частку своїх доходів на боротьбу з цим явищем, дуже часто безрезультатно.

Відповідальність за злочини у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів та інші злочини проти здоров'я населення передбачені розд. XIII КК України. Дані про кількість зареєстрованих злочинів, пов'язаних із незаконним обігом наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів в Україні, наведено у табл. 9.

Слід зауважити, що кількість виявлених злочинів, пов'язаних із незаконним обігом наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів, в Україні за роки незалежності (порівняно до 1991 р.) збільшилась у шість разів. Збільшилась також питома вага цих злочинів у всій злочинності від 3 % у 1991 р. до 15,9 % у 2007 р.

За даними Департаменту інформаційних технологій МВС України, у 2003 р. перебували на обліку

¹ Organised crime: the \$2 trillion threat to the world's security [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.guardian.co.uk/world/2007/sep/12/topstories3.mainsection>.

Таблиця 9

Злочини у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів та інші злочини проти здоров'я населення (розд. XIII Особливої частини КК¹)

Рік	Кількість зареєстрованих злочинів	Динаміка, %	
		до 1991 р.	до попереднього року
1991	10728	100	–
1992	14612	136,2	136,2
1993	24140	225,0	165,2
1994	27813	259,2	115,2
1995	38181	355,9	137,3
1996	38002	354,2	99,5
1997	38127	355,4	100,3
1998	40045	373,3	105,0
1999	42823	399,2	106,9
2000	45748	426,4	106,8
2001	47924	446,7	104,8
2002	58106	541,6	121,2
2003	57449	535,5	98,9
2004	65752	612,9	114,5
2005	65026	606,1	98,9
2006	64630	602,4	99,4
2007	63838	595,1	98,8

¹ У КК України 1960 р. не існувало такого розділу і статистичні дані наводилися за частинами ст. 229. Авторами вони підсумовані.

119 965 споживачів наркотиків, у 2007 р. — 173 328, причому зростання цього показника порівняно до 2006 р. склало 12,2 %. Фахівці МВС стверджують, що кількість хворих на наркоманію може досягти 1 млн осіб, громадські організації надають інші дані — 2 млн. Безумовно, дані, що свідчать про зростання показників злочинів цього виду, є далеко не повними, що пов'язано з високою латентністю цих злочинів.

Майже чверть від усіх виявлених злочинів цього виду припадає на три області України: Донецьку, Дніпропетровську, Луганську, де спостерігається найбільш загрозна ситуація у сфері незаконного обігу наркотиків. У 2006 р. на 50 % більше, ніж у 2005 р., було викрито міжнародних каналів надходження в Україну наркотичних засобів.

Одна із найбільших проблем для українського суспільства — проблема боротьби з хабарництвом. Загальновідомо, що цей злочин є високо латентним, поряд із іншими злочинами у сфері службової та господарської діяльності, злочинами, пов'язаними з використанням електронно-обчислювальних систем та комп'ютерних мереж, наркобізнесом, організованою злочинною діяльністю.

На X Конгресі ООН із проблем попередження злочинності і поводження з правопорушниками (Відень, 2000 р.) підкреслювалося, що організована злочинність і злочини, пов'язані з корупцією на високому рівні, — це, як правило, злочини можновладців. На жаль, став загальновідомим той факт, що найбільш небезпечні злочинці залишаються поки що поза увагою правоохоронних

органів унаслідок високої корумпованості останніх. Відомий російський кримінолог В. В. Лунеєв підкреслює, що злочинність влади, багатства та інтелекту, тобто інституціональна організована і корупційна злочинність, практично недоторканна.

Наведемо дані про кількість зареєстрованих фактів хабарництва в Україні (табл. 10).

У 1991 р. було зареєстровано 1028 злочинів цього виду, у 2007 — 2775. Порівняємо ці дані з кількістю засуджених. Якщо в 1998 р. в Україні було засуджено 508 хабарників (серед 2448 зареєстрованих злочинів цього виду), то у 2001 р. — всього 359 осіб (серед 2275 таких злочинів). У наступні роки кількість засуджених склала: у 2002 р. — 568, у 2003 р. — 534, у 2004 р. — 584, у 2005 р. — 603, у 2006 р. — 687, у 2007 р. — 696 осіб.

За період з 1998 р. в Україні було засуджено одну особу за ст. 370 КК України — провокація хабара.

Слід підкреслити, що у 2005 р. було зареєстровано найбільшу кількість випадків хабарництва — 3771 і засуджено найбільшу кількість осіб — 603. Питома вага цього виду злочинів у 2005–2006 рр. у структурі всієї злочинності збільшилась до 0,8 % (порівняно з 0,2 % у 1991 р. і 0,4 % у 2000 р.). Окрім того, збільшилась частка злочинів, де розмір хабара перевищував 10 тис. і 30 тис. грн. Таких випадків у 2006 р. було зафіксовано 125 і 54 відповідно.

Вкрай необхідними є рішучі кроки і сумлінне виконання своїх обов'язків тими, хто повинен боротися з хабарництвом, незважаючи на те, що цей злочин дуже важко виявити,

Хабарництво (статті 368–370 КК України¹)

Рік	Кількість зареєстрованих злочинів	Динаміка, %	
		до 1991 р.	до попереднього року
1991	1028	100	–
1992	988	96,1	96,1
1993	1336	130,0	135,2
1994	1591	154,8	119,1
1995	1860	180,9	116,9
1996	1905	185,3	102,4
1997	2216	215,6	116,3
1998	2448	238,1	110,5
1999	2326	226,3	95,0
2000	2273	221,1	97,7
2001	2275	221,3	100,1
2002	2812	273,5	94,4
2003	2980	289,9	106,0
2004	3108	302,3	104,3
2005	3771	366,8	121,3
2006	3014	293,2	79,9
2007	2775	269,9	92,1

¹ Для уточнення даних використовувалися відомості, що містяться у формі № 1, яка має назву «Єдиний звіт про злочинність на території України за 12 місяців...року», і характеризують кількість зареєстрованих за кожною статтею КК України злочинів.

оскільки жодна з двох сторін, які беруть участь у ньому, не зацікавлена у викритті своїх злочинних дій. У нових політичних умовах нашої країни є неприйнятним такий стан, коли не втілюється у життя принцип невідворотності покарання, а норми кримінального закону застосовуються вибірково.

Злочинність завдає суспільству великої моральної і матеріальної шкоди. Однак сучасна кримінальна статистика веде вельми обмежений облік потерпілих. У табл. 11 наведено дані про кількість потерпілих за останні чотири роки.

Ці дані свідчать про те, що є деяка тенденція до зменшення кількості потерпілих, але, на жаль, у 2007 р. відбулося збільшення кількості потерпілих і загиблих унаслідок умисних тяжких тілесних ушкоджень. До 2004 р. у статистичній звітності окремо не наводилися дані про кількість осіб, які загинули в результаті ДТП. З наведених даних видно, що під час ДТП гине більше осіб, ніж унаслідок убивств. Незважаючи на посилення боротьби з ДТП, за три місяці 2008 р. ця негативна тенденція збереглася і на дорогах загинуло на 25 % осіб більше, ніж від умисних убивств.

Шкода, завдана насильницькими злочинами, включає не тільки кількість летальних наслідків, а й настання інвалідності, оплату лікарняних листків, витрати на лікування. На жаль, ці збитки вітчизняна кримінально-правова статистика не підраховує, і в статистичній звітності відомості про них відсутні.

У табл. 12 наведено дані про потерпілих фізичних осіб. У кримінально-правовій статистиці окремо виді-

ляються найбільш віктимні верстви населення.

Ці дані свідчать про те, що значну кількість серед потерпілих становлять неповнолітні особи, і останніми роками вона збільшується.

Кримінально-правова статистика обліковує серед потерпілих лише фізичних осіб, хоча шкода завдається і юридичним особам.

Важливий показник — це матеріальна шкода від злочинів. Систематично кримінально-правова статистика наводить дані про шкоду за кримінальними справами, які порушені у сфері економіки (табл. 13).

Наведені цифри показують, що за останні два роки зменшується розмір матеріальної шкоди за порушеними кримінальними справами. Треба враховувати і те, що сума завданої шкоди за вироками суду завжди менше, ніж за статистичними даними, які наводяться органами МВС.

Розмір моральної шкоди визначається потерпілим залежно від завданої шкоди і витрат, пов'язаних з усуненням несприятливих наслідків злочину. Ці дані в офіційній статистиці відсутні.

За даними ООН, яка проводила комплексні дослідження злочинності у 64 країнах світу, збитки від злочинності становлять у розвинутих країнах 5 % ВВП, у країнах, що розвиваються, — 14 %.

Аналізуючи офіційну кримінально-правову статистику, слід пам'ятати, що вона тільки частково відображає дійсний стан злочинності. Однак проблема неадекватності офіційних статистичних даних реальному стану не вирішена і в інших країнах світу.

Зростання або зменшення зареєстрованих злочинів певного виду може

Таблиця 11

Дані про кількість осіб, потерпілих від злочинів в Україні

		Кількість осіб, потерпілих від злочинів				Кількість осіб, які загинули внаслідок злочинів			
		2004	2005	2006	2007	2004	2005	2006	2007
Рік		2004	2005	2006	2007	2004	2005	2006	2007
Всього осіб		328570	309208	255122	230468	9773	9795	9568	9800
Коефіцієнт на 10 тис. населення		69,0	65,2	54,2	48,9	2,1	2,1	2,0	2,1
У т о м у ч и с л і в ід	тяжких та особливо тяжких злочинів	184620	159077	122922	104118	9061	9126	8858	9029
	умисних убивств (та замахів)	3984	3529	3377	3064	3475	3025	2931	2639
	З них двоох або більше осіб	–	237	204	228	–	189	171	178
	зґвалтувань (та замахів)	948	901	960	846	–	–	–	–
	умисних тяжких тілесних ушкоджень	5855	5715	5235	5451	1870	1872	1696	1862
	розбоїв	5781	7006	6678	5951	–	–	–	–
	грабежів	40601	47360	41847	32305	–	–	–	–
	вимагань	1350	1080	912	659	–	–	–	–
	крадіжок	186175	153758	110433	97623	–	–	–	–
	торгівля людьми	255	446	393	366	–	–	–	–
ДТП	11117	15138	15082	16553	2336	4005	3961	4320	

Таблиця 12

Дані про потерпілих осіб

Особи, тис.	2003 р.	2004 р.	2005 р.	2006 р.	2007 р.
Неповнолітні	8,6	9,7	13,5	13,2	12,0
Жінки	113,7	107,0	98,5	77,4	66,1
Пенсіонери	41,6	34,6	26,9	16,6	13,4

Таблиця 13

Дані про матеріальні збитки

Рік	2003	2004	2005	2006	2007
Сума збитків, млн грн	988,0	927,0	1057,0	717,0	583,5

свідчити про ефективність або неефективність роботи правоохоронних органів. У першому випадку краща робота характеризується більш ретельним виявленням злочинів, у другому — навпаки, приховуванням і відсутністю офіційної реакції на протиправні дії чи бездіяльність. Тому дослідження злочинності мають доповнюватися вивченням функціонування системи кримінальної юстиції.

В Україні реєструється приблизно чверть злочинів від загальної кількості повідомлень про злочини, що свідчить, на наш погляд, про серйозні проблеми на стадії реєстрації злочинів, а також латентизацію злочинності.

Потрібні щорічні опитування населення стосовно того, чи були громадяни жертвами злочинів. Без цього неможливо об'єктивно дослідити реальні тенденції динаміки злочинності. Такі опитування є обов'язковими у більшості демократичних країн світу, зокрема в країнах-членах Європейського Союзу. Вони вважаються альтернатив-

ним джерелом інформації щодо стану злочинності.

Що стосується злочинів, які умовно можна назвати «злочинами без жертви» (злочини у сфері господарської діяльності, злочини проти довіри, у сфері службової діяльності тощо), то у цьому випадку важко застосувати дану методикку. Тут необхідно використовувати такі методи, як експертні оцінки, контент-аналіз, економічний аналіз, аналіз ризиків учинення злочину.

Основні тенденції злочинності, як уже відзначалося, формуються під впливом різноманітних суспільно-політичних явищ. Саме тому гармонізація соціальних, політичних, економічних, психологічних, правових відносин в Україні є нагальним пріоритетом громадянського суспільства і держави.

Опубліковано: Правова система України: історія, стан та перспективи : у 5 т. – Х. : Право, 2008. – Т. 5: Кримінально-правові науки. Актуальні проблеми боротьби зі злочинністю в Україні. – С. 27–46.

Концептуальні основи формування інноваційної кримінально-процесуальної політики України

1. Вихідні положення. У правовій науці, як і в практичній діяльності правоохоронних органів, проблеми політики держави у сфері боротьби зі злочинністю завжди вважалися актуальними. І це зрозуміло, оскільки йдеться, з одного боку, про захист населення країни від злочинних посягань, а з другого — про соціально виправдані засоби державного апарату з обмеження прав і законних інтересів тих осіб, щодо яких названі засоби застосовуються. Законність, обґрунтованість, справедливність зазначених засобів багато в чому залежать від сутності виду політики, що розглядається, адекватності засобів, що використовуються в процесі її здійснення, специфіки її зв'язку з іншими видами політики держави, здійснюваними в країні. Зазначеним обумовлюються завдання не тільки практичної, а й теоретико-прикладної діяльності у сфері боротьби зі злочинністю.

Багатогранність завдань держави у розглядуваній сфері сама по собі передбачає внесення до предмета дослідження цілком конкретної визначеності знань, зокрема у ті види її політичної діяльності, що виділяються як відносно самостійні, але так чи інакше взаємозалежні і тому досить важливі для суспільства.

У літературі найчастіше йдеться про правову політику, яка нерідко зводиться до нормотворчої діяльності у конкретних сферах життєдіяльності держави. Це стосується характеристики і кримінально-процесуальної політики, оскільки остання завжди базується на цілком конкретних нормативних актах, але відразу зазначимо, що до їх кількості (або сукупності останніх) не зводиться. Річ у тому, що кримінальний процес завжди був, є і буде певним видом практичної діяльності держави у сфері боротьби зі злочинністю. Тому при характеристиці цього виду політики треба завжди мати на увазі її

діяльнісно-практичний аспект. Але такими є і кримінологічна політика¹, і політика у сфері виконання кримінальних покарань², і, нарешті, оперативно-розшукова політика, про яку досить часто стали говорити і писати в останнє десятиліття³.

У літературі невиправдано рідко звертають увагу на діяльнісний аспект кримінальної політики, але від цього її прикладне значення зменшити неможливо, оскільки, поперше, він реалізується у структурі кримінально-процесуальної діяльності, а по-друге, саме кримінально-правовим аспектом насичені всі інші види політики, що реалізуються у сфері боротьби зі злочинністю. Більш того, кримінальна політика завжди була вихідною правовстановлюючою межею реалізації інших видів політики у сфері боротьби зі злочинністю, у зв'язку з чим останні цілком слушно розглядаються як похідні від першої. Невипадково саме кримінальній політиці присвячено переважну більшість науково-

дослідницьких робіт⁴. Хоча змістовна характеристика цієї політики виходить за межі даного дослідження, зупинимось на аналізі його термінологічного позначення, що так чи інакше виявляється у назві кримінально-процесуальної політики.

Термін «кримінальна політика» існує більше 200 років. І хоча невідомо, хто його сформулював та увів у науковий обіг, але вірогідно встановлено, що вже у 1804 р. Людвіг Фейєрбах використовував його як стійке реально існуюче поняття. Звертаючи увагу на цю обставину, відомий російський учений М. П. Чубинський використовував у назвах багатьох своїх праць саме дане тер-

¹ Див.: Бабаєв М. М. О соотношении уголовной и криминологической политики / М. М. Бабаєв // Проблемы социологии уголовного права. – М., 1982.

² Див.: Стручков Н. А. Советская исправительно-трудовая политика и ее роль в борьбе с преступностью / Н. А. Стручков. – Саратов, 1970.

³ Див.: Хомколов В. П. Организация управления оперативно-розыскной деятельностью: системный подход / В. П. Хомколов. – М., 1999. – С. 33–61; Федоров А. В. К вопросу о разработке научных основ национальной оперативно-розыскной политики / А. В. Федоров // Оперативник (сыщик). – 2005. – № 4 (5); Горяинов К. К. Теория оперативно-розыскной деятельности / К. К. Горяинов, В. С. Овчинский Г. К. Синилов. – М., 2006.

⁴ Малько А. В. Современная российская правовая политика и правовая жизнь / А. В. Малько // Правовая политика и правовая жизнь. – 2000, № 11. – С. 15; Уголовная политика и ее реализация органами внутренних дел : учебник / под ред. Л. И. Беляевой. – М. : Акад. Упр. МВД России, 2002; Бажанов С. В. Уголовно-процессуальная политика, экономика и право : монография / С. В. Бажанов. – Владимир : Изд. ВиЮИ: Минюст России, 2003; Алексеев А. И. Должна ли уголовная политика быть либеральной? / А. И. Алексеев // «Черные дыры» в рос. законодательстве. – 2003. – № 1; Побегайло Э. Ф. К вопросу о криминологическом обосновании современной российской уголовной политики / Э. Ф. Побегайло // Криминолог. журн. – 2004. – № 1; Малышев О. А. К вопросу о понятии «уголовная политика» / О. А. Малышев // Рос. следователь. – 2005. – № 9; Нудель С. Л. О содержании понятия «уголовная политика» / С. Л. Нудель // Уголовная политика Российской Федерации в сфере противодействия наркотизации общества : материалы междунар. науч.-практ. конф., посвящ. 130-летию Белгород. гос. ун-та Белгороде, 17–18 нояб. 2006 г. – Белгород : Изд-во БГУ, 2006. – С. 202–207.

мінологічне позначення¹. Доречно відзначити, що зі 140 вивчених нами праць, спеціально присвячених цій тематиці, 53 містять у своєму найменуванні зазначену термінологію, а решта використовують її у різній інтерпретації у власному змісті. Викладене, однак, не свідчить про безперечний характер розглядуваної термінології, що підтверджується наявністю критичних зауважень стосовно правомірності такого позначення даного виду політики. На думку П. Л. Фріса, буквальна інтерпретація цієї термінології може дати підстави розуміти під кримінальною політикою таку, яка спрямована на розвиток злочинності, що, природно, не відповідає тому змісту, який у неї вкладається². При такому позначенні можна уявити, що йдеться про політику кримінального світу, тобто тих злочинних елементів, що зацікавлені у розвитку своєї злочинної діяльності. Проте це не так, оскільки держава зацікавлена не тільки в обмеженні, а й в усуненні злочинності. Протидіючи цьому антисоціальному явищу, вона не тільки декларує, а й проводить на практиці антикримінальну політику. В цьому зв'язку М. І. Мельник ще у 2001 р.

¹ Див., напр.: Чубинский М. П. Очерки уголовной политики (понятие, история и основные проблемы уголовной политики, как составного элемента науки уголовного права) / М. П. Чубинский. – Харьков : Тип. «Печ. дело» в кн. К. Н. Гагарина. – 1905. – С. 64; Він же, Курс уголовной политики / М. П. Чубинский. – СПб. : Тип. «Обществ. польза», 1912 та ін.

² Фріс П. Л. Кримінально-правова політика Української держави: теоретичні, історичні та правові проблеми / П. Л. Фріс. – К. : Атіка, 2005. – С. 5.

запропонував назвати даний вид політики антикриміногенним³. Розглядувана проблема є настільки істотною, що зумовила підвищення до неї інтересу не тільки правників, а й також політологів і навіть філософів. Г. В. Гребеньков, зокрема, пише, що сучасним «філософам-методологам наукового знання відомо, що одна з особливостей нормативних дефініцій, до яких ми відносимо і поняття “кримінально-правова політика”, полягає в тому, що воно (тобто поняття) повинне увібрати у свій зміст усі істотні (сутнісні) ознаки об'єкта, що описує. Якщо це правило не виконується, то категорія втрачає не тільки науковий статус, але і не виконує вимоги прагматики — не має регулятивного характеру, що виключає додаткові тлумачення⁴».

На нашу думку, на сьогодні ми можемо констатувати відсутність у понятті «кримінально-правова політика» семантичного статусу, загальноприйнятого і такого, що однозначно розуміється професіоналами-теоретиками і, головне, практиками-юристами розуміється неоднозначно. У літературі дослідницького характеру ми виявляємо різні контексти поняття «кримінально-правова політика», які часом не збігаються ні за обсягом ознак, що включаються

³ Мельник Н. І. Антикриміногенна політика / Н. І. Мельник // Енциклопедія сучасної України. Т. 1. – К., 2001.

⁴ Гребеньков Г. В. Понятие «уголовно-правовая политика» как предмет лингвосемантического анализа (философский аспект проблемы) / Г. В. Гребеньков // Кримінально-правова політика держави: теоретичні та практичні аспекти проблеми: матеріали міжнар. наук. конф., 17–18 листоп. 2006 р. – Донецьк, 2006. – С. 22–23.

до його змісту, ні за самим терміном, що позначає цей феномен. Так, терміни «уголовно-правовая політика» і «кримінально-правова політика» не автентичні ні у лінгвістичному, ні у семантичному вимірах. Українська калька «кримінальний» (рос. — «уголовный») не є автентичною тільки тому, що російська семантика «уголовный» означає «запретный», «наказуемый», «осуждаемый», у той час як український варіант використання «кримінальний» несе в собі семантику «злочинний» (англ. crime — злочин). Тому говорити про автентичність зазначених (семантичних) контекстів не можна. Вірніше говорити про «антиуголовну політику», але аж ніяк не про «антикримінальну політику», як це пропонують деякі вітчизняні правники¹.

Нам теж доводилось торкатися цього аспекту обговорюваної проблеми. Погоджуючись із більшістю викладених вище доводів, хотілося б звернути увагу на те, що використання наведеного термінологічного позначення зумовлено неадекватною назвою основного законодавчого акта, який встановлює злочинний характер і кримінальну караність діянь, а саме — Кримінальний кодекс України, а також відповідної галузі права — кримінальне право. Оскільки у дійсності все те, що пов'язане з протидією злочинності,

спрямовано насамперед проти тих фізичних осіб або їх об'єднань, які ці злочини вчиняють, то має йтися не про кримінальну, а про антикримінальну політику.

З метою усунення правових підстав неадекватного позначення політики боротьби зі злочинністю, що здійснюється в Україні, видається доцільним змінити назву Кримінального кодексу України на таке найменування, що адекватно відобразило б його політичну і змістовну спрямованість. Такий нормативний акт можна було б іменувати Законом України «Про кримінальні злочини і відповідальність за їх учинення». Не виключена можливість використовувати для позначення розглядуваних тут явищ, так само як і відповідних нормативних актів, інших найменувань; головне, щоб вони адекватно відображали антикримінальну спрямованість політики Української держави і відповідних видів діяльності правоохоронних і судових органів. Такою за своєю сутністю і є кримінально-процесуальна політика України. З метою вилучення з її позначення неадекватної термінології достатньо говорити про процесуальну політику держави у сфері боротьби зі злочинністю. Але й у цій частині деякі дослідники вбачають певні недоліки, бо вважають, що у широко використовуваній парадигмі «боротьба зі злочинністю» неадекватно відображене ставлення держави до названого антисоціального явища². Висловлені пропозиції вести

¹ Гребеньков Г. В. Понятие «уголовно-правовая политика» как предмет лингвосо-семантического анализа (философский аспект проблемы) / Г. В. Гребеньков // Кримінально-правова політика держави: теоретичні та практичні аспекти проблеми: матеріали міжнар. наук. конф., 17–18 листоп. 2006 р. — Донецьк, 2006. — С. 22–23.

² Див.: Босхолов С. С. Основы уголовной политики / С. С. Босхолов. — М.: ЮрИнфоР, 1999. — С. 38–41.

мову про політику протидії¹ або стримування злочинності², справляти на неї державний вплив³ і навіть про захист від неї⁴. Уявляється, що пропонувані позначення розглядуваного виду політики є досить далекими від істини, оскільки ні концепції протистояння або стримування злочинності, ні вчення про вплив на злочинність не відображають характер дійсного ставлення держави до цього явища, що постійно орієнтує всі ор-

¹ Див. Нудель С. Л. О содержании понятия «уголовная политика» / С. Л. Нудель // Уголовная политика Российской Федерации в сфере противодействия наркотизации общества : материалы междунар. науч.-практ. конф., посвящ. 130-летию Белгород. гос. ун-та, 17–18 нояб. 2006 г. Белгород, 2006. – С. 206; Медведько А. И. Захист від злочинності та корупції – державний пріоритет / А. И. Медведько // Уряд. кур'єр. – 2007. – 25 верес. (№ 175).

² Див.: Алексеев А. А. Насильственная преступность и карательная практика: дис. ... канд. юрид. наук / А. А. Алексеев. – Омск, 1998. – С. 105–120; Красуцких Л. В. Понятие карательной практики и ее роль в сдерживании преступности / Л. В. Красуцких // Актуальные проблемы права России и стран СНГ: материалы VI междунар. науч.-практ. конф., 1–2 апр. 2004 г. : в 2 ч. – Челябинск : Изд-во Южно-Урал. гос. ун-та, 2004.

³ Див.: Литвак О. М. Державний вплив на злочинність. Кримінологічно-правове дослідження / О. М. Литвак. – К. : Атіка, 2000; Він же. Держава і злочинність / О. М. Литвак. – К. : Атіка, 2004; Фріс П. Л. Кримінально-правова політика у системі правової політики у сфері боротьби зі злочинністю / П. Л. Фріс // Кримінально-правова політика держави: теоретичні та практичні аспекти: матеріали міжнар. наук. конф., 17–18 листоп. 2006 р. – Донецьк. – С. 13.

⁴ Див.: Медведько А. И. Захист від злочинності та корупції – державний пріоритет / А. И. Медведько // Уряд. кур'єр. – 2007. – 25 верес. (№ 175). – С. 5.

гани кримінальної юстиції на рішучу боротьбу зі злочинністю з метою ефективного захисту суспільства від злочинних посягань. Тому злочинність треба не стримувати або якимсь чином на неї впливати, а планомірно боротися з нею і, до того ж, не на життя, а на смерть тих, хто вчиняє особливо тяжкі (а за формою і наслідками — вражаючі) злочини проти особи і суспільства. У зв'язку з цим було б цілком справедливо відновити цей вид покарання і застосувати у повній відповідності до закону, з урахуванням особи злочинця і тяжкості наслідків, що настали від учиненого діяння. Такий підхід повною мірою відповідатиме всім вимогам науково обґрунтованої кримінальної, кримінологічної, процесуальної та пенітенціарної політики, а головне — буде рішуче підтриманий більшістю громадян України.

Будь-яка політика, у тому числі кримінально-процесуальна, не зводиться до декларативного проголошення соціальної доцільності боротьби зі злочинністю. Остання проходить певний процес свого послідовного формування, а потім і реалізації. На доцільність формування нової кримінально-правової і кримінально-процесуальної політики неодноразово звертали увагу Президент України і Рада національної безпеки та оборони України (в українській транскрипції ця абревіатура може позначатися як РНБО України.) Якщо в основі відповідних рішень РНБО України лежить усвідомлення факту виникнення в країні кризи поточної політики у сфері боротьби зі злочинністю і доцільнос-

ті її корегування, то в основі процесу формування нової політики в розглядуваній сфері лежить відповідне рішення РНБО України з даного питання.

Для розв'язання проблеми, що виникла, Президент України або безпосередньо РНБО України створюють із представників відповідних державних органів, установ і підприємств, наукових підрозділів визначених відомств спеціальну комісію з досить широкими правовими повноваженнями. У даний час такий орган іменується Національною комісією із зміцнення демократії та утвердження верховенства права. Саме ця комісія на основі вивчення чинного законодавства і практики його застосування, виявлення ефективності і недоліків діяльності всіх органів кримінальної юстиції розробляє проект Концепції державної політики у сфері кримінальної юстиції і забезпечення правопорядку в Україні і після багаторазових коректувань та обговорень бере проект цієї Концепції за основу і надсилає його до РНБО України для вивчення і затвердження. Нині чинну Концепцію державної політики у сфері кримінальної юстиції і забезпечення правопорядку в Україні прийнято на пленарному засіданні Національної комісії із зміцнення демократії та утвердження верховенства права, що відбулося 24 квітня 2007 р. Відповідно до цього документа метою Концепції є формування в Україні нової системи кримінальної юстиції та органів правопорядку, які б функціонували на основі верховенства права відповідно до європейських стандартів, та створення гарантій

додержання прав і основних свобод людини і громадянина. Для досягнення цієї мети Концепція орієнтує на розв'язання такого комплексу першочергових завдань:

1) окреслити шляхи і послідовність реформування системи кримінальної юстиції та органів правопорядку на науково обґрунтованій методологічній основі;

2) здійснити гуманізацію кримінального законодавства, зокрема шляхом декриміналізації значної кількості кримінально караних діянь, передбачивши відмежування злочинів від кримінальних проступків, а також пом'якшення передбачених у законі покарань;

3) забезпечити справедливе кримінальне судочинство;

4) гарантувати процесуальну рівність учасників провадження у справах про кримінальні правопорушення, виходячи з принципів змагальності і диспозитивності;

5) уніфікувати (наскільки це дозволяє специфіка кримінального процесу) процедури судового розгляду справ про кримінальні правопорушення з цивільним і адміністративним судочинством;

6) реформувати процедуру та організацію досудового розслідування кримінальних правопорушень;

7) організувати систему органів досудового розслідування згідно з новими процедурами його проведення у повній відповідності з п. 9 Перехідних положень Конституції України;

8) ввести процедуру пробації і розширити застосування процедур примирення обвинуваченого з потерпілим;

9) удосконалити процедури ювенальної юстиції;

10) здійснити інші необхідні інституціональні зміни в системі кримінальної юстиції та органів правопорядку.

Який же зміст розглядуваного виду діяльності держави, або (що те ж саме) яка *характеристика змістовних елементів кримінально-процесуальної політики*?

Будь-який вид політики є індивідуальним. Але всі її види, будучи політикою, мають щось спільне. Про них і йтиметься далі.

Насамперед відзначимо: якщо кримінально-процесуальна політика є одним із самостійних видів державної політики України, то, природно, що їй притаманні власна специфіка, а відтак, і функціональна спрямованість, яка може бути виявлена через аналіз *цілей*, що відповідають її призначенню. Останні досягаються в процесі розв'язання конкретних *політико-правових завдань* у названій сфері життєдіяльності суспільства, тобто у сфері боротьби зі злочинністю. Оскільки будь-які завдання вирішуються у ході цілеспрямованої діяльності спеціально уповноважених на те органів з використанням адекватних, тобто таких, що відповідають функціональному призначенню, засобів, то ці органи і засоби їх діяльності мають бути предметом самостійного аналізу, а отже, і характеристики. Нарешті, будь-яка політика здійснюється й у кінцевому результаті реалізується у повній відповідності з особливими принципами, що додають даному виду політики тільки їй притаманну визначеність.

Будь-яка мета — це уявне передбачення того, що потрібно досягти або «те, що уявляється у свідомості й очікується в результаті певним чином спрямованих дій»¹. Для конкретних органів досягнення цих цілей формулюються як основні практичні завдання, які в цьому зв'язку цілком слушно іменуються цільовими. Відповідно до Концепції державної політики у сфері кримінальної юстиції і забезпечення правопорядку в Україні її генеральною метою є формування в Україні нової системи кримінальної юстиції, яка діє на основі верховенства права, європейських стандартів, що забезпечують безумовне додержання прав і основних свобод людини і громадянина. Саме із специфіки названих цільових завдань випливають і основні напрямки реформування кримінальної юстиції та органів правопорядку.

У зв'язку з тим, що в цій статті йдеться про кримінально-процесуальну політику, як домінуючі слід виділити два напрямки, котрі передбачають реорганізацію, з одного боку, всього кримінального процесу, а з другого — всієї існуючої системи кримінальної юстиції, передусім судочинства.

Оскільки кримінальний процес в Україні організований і функціонує на основі чинного КПК України, прийнятого 28 грудня 1960 р., то реорганізація існуючої процесуальної системи передбачає прийняття нового КПК. Невипадково другу частину третього розділу Концепції державної політики у сфері кримінальної

¹ Кондаков Н. И. Логический словарь-справочник / Н. И. Кондаков. – М. : Наука, 1975. – С. 662.

юстиції і забезпечення правопорядку в Україні присвячено характеристиці концептуальних положень нового КПК України. Відповідно до цих положень кримінальний процес в Україні має бути реформований на засадах:

- забезпечення процесуальної рівноправності обвинувачення і захисту;

- чіткого розмежування завдань і процедур досудового та судового провадження;

- уведення нової, позбавленої обвинувального ухилу процедури досудового провадження, під час якої збиратимуться фактичні дані щодо кримінальних проваджень та осіб, які їх учинили;

- адекватності процедур досудового і судового провадження меті та завданням кримінальної юстиції;

- розширення сфери застосування відновних медіаційних (примирних) процедур;

- удосконалення судового контролю під час досудового провадження;

- перетворення прокурорського нагляду на прокурорський контроль у вигляді процесуального керівництва досудовим розслідуванням;

- зосередження судового розгляду всіх справ у першій інстанції в місцевих судах;

- створення процедур, які дозволять досягти мети покарання винних осіб, не порушуючи їх прав і основоположних свобод людини і громадянина.

Концепція встановлює, що досудове провадження буде позбавлене зайвої формалізації. Нинішні дізнан-

ня і слідство будуть об'єднані в єдину за своїм змістом процедуру досудового розслідування.

КПК передбачатиме відмінні одне від одного провадження щодо злочинів та кримінальних проступків. Розслідування кримінальних проступків, зокрема, визначатиме наперед прискорені процедури без застосування запобіжного заходу у виді тримання особи під вартою.

Досудове провадження полягатиме у різноманітному (гласному і негласному) збиранні та фіксації фактичних даних про обставини діяння, необхідних для доведення обвинувачення в суді. Визнання зібраних фактичних даних доказами у справі здійснюватиметься виключно судом у присутності і за безпосередньої участі сторін обвинувачення та захисту.

Забезпечення процесуальної рівноправності сторін здійснюватиметься з огляду насамперед на принципи змагальності та диспозитивності. Для цього необхідно вдосконалити процесуальну регламентацію різних способів збирання і подання суду інформації сторонами захисту та обвинувачення. Одночасно слід передбачити механізми для попередження зловживання наданими процесуальними правами, такими як повідомлення недостовірної інформації, затягування провадження та ін.

Потребує спрощення процедура початку досудового провадження, яке здійснюватиметься виключно за фактом, що містить ознаки кримінально караного діяння. Початком досудового провадження вважатиметься звернення фізичної

чи юридичної особи до компетентних органів або одержання цими органами інформації в інший спосіб. На відповідних службових осіб покладатиметься обов'язок розпочати досудове провадження негайно після одержання такого звернення або інформації. З моменту початку кримінального провадження можуть проводитися всі процесуальні дії, які не потребують дозволу суду.

Роль прокурора в досудовому розслідуванні полягатиме у здійсненні контролю за додержанням законності під час такого розслідування відповідно до моделі контрольних функцій прокуратури у країнах Європи. Прокурор повинен оцінювати та спрямовувати хід розслідування з огляду на свою майбутню позицію у суді при підтриманні державного обвинувачення. Отже, прокурор здійснюватиме процесуальне керівництво досудовим розслідуванням.

Згідно з Концепцією до компетенції прокурора будуть віднесені такі повноваження в межах кримінального процесу:

- контроль за додержанням законів при проведенні досудового розслідування через процесуальне керівництво конкретним провадженням (прийняття рішення щодо продовження або закінчення досудового розслідування тощо);

- кримінальне переслідування особи, в тому числі висунення обвинувачення та складання підсумкового обвинувального акта;

- підтримання державного обвинувачення в суді.

У новому КПК України має бути чітко визначено юридичний статус

потерпілого, підозрюваного та обвинуваченого; встановлені вичерпний перелік запобіжних заходів, їх тривалість та процедура застосування; порядок їх оскарження і перегляду відповідно до вимог Конституції України та Європейської конвенції про права людини.

Слід законодавчо передбачити, що граничний строк затримання особи без рішення суду (72 години), визначений Конституцією України, є допустимим лише у виключних випадках. При цьому має бути запроваджено порядок, відповідно до якого подальше затримання особи після перших 24 годин буде можливим лише з дозволу суду. Такий порядок відповідатиме ст. 9 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права 1966 р. та ст. 5 Європейської конвенції про права людини.

За загальним правилом свідчення особи матимуть доказове значення за умови надання відповідної інформації безпосередньо суду. Сторони захисту та обвинувачення будуть зобов'язані повідомити і надати одна одній можливість ознайомитися з усією наявною в них фактичною інформацією про вчинене кримінальне діяння. Ознайомлення з відповідною інформацією відбуватиметься впродовж розумного строку до початку судового провадження.

Захисник підозрюваного і обвинуваченого, а також представник потерпілого повинні обиратися зацікавленою особою серед адвокатів. Органи досудового розслідування, прокурор і суд мають бути позбавлені процесуальних можливостей

втручатися у вибір захисника та перешкоджати його участі у справі. Слід забезпечити процесуальні гарантії конфіденційності спілкування захисника (представника) з підозрюваним, обвинуваченим, потерпілим.

Згідно з Концепцією формування системи безоплатної правової допомоги в Україні, схваленої Указом Президента України від 9 червня 2006 р. № 509/2000, КПК України має встановити належну процедуру одержання безоплатної правової допомоги особами, які є потерпілими від посягань, та підозрюваними (обвинуваченими) у вчиненні кримінального правопорушення.

Обвинувачений, як правило, має знаходитися на волі до винесення вироку судом. Він може перебувати під вартою тільки у разі неможливості забезпечити досягнення цілей правосуддя іншими засобами. У разі тримання обвинуваченого під вартою йому надаються додаткові гарантії захисту його інтересів, зокрема право на обов'язкову участь захисника, а за наявності підстав — законного представника.

Сторони кримінального процесу мають одержати рівний доступ до експертних послуг. Вибір експертів залежатиме виключно від сторони.

Подальшого вдосконалення потребують процедури *судового контролю під час досудового провадження*. Тільки з дозволу судді буде можливим тимчасове обмеження конституційних прав людини та її основних свобод. Суддя здійснюватиме:

– надання дозволу на проведення спеціальних слідчих дій (зняття

інформації з каналів зв'язку, встановлення засобів негласного спостереження за місцем чи особою, огляд і виїмка кореспонденції тощо);

– обрання запобіжного заходу (тримання під вартою, застава, підписка про невиїзд тощо) та надання дозволу на застосування інших заходів процесуального примусу, пов'язаних з тимчасовим обмеженням особистих і майнових прав особи (арешт майна, відсторонення від посади, тимчасове обмеження у здійсненні підприємницької діяльності). Питання про застосування заходів процесуального примусу вирішуватиметься під час судового засідання з додержанням принципів рівності і змагальності за обов'язкової участі сторін обвинувачення та захисту;

– закріплення інформації як доказів в окремих випадках (наприклад, допит під час досудового розслідування тяжко хворого свідка або свідка, життя і здоров'я якого перебувають у небезпеці);

– розгляд скарг на дії слідчого, прокурора під час досудового провадження тощо.

Суддя, який брав участь у досудовому провадженні, не матиме права розглядати кримінальну справу під час основного судового провадження.

Другий головний напрямок у реорганізації кримінальної юстиції стосується кардинальних змін у судочинстві. Останні передбачені Концепцією вдосконалення судівництва та затвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів, схваленою Указом Президента України від 10 травня 2006 р.

№ 361. Метою кримінально-процесуальної політики у цій сфері є забезпечення впровадження та функціонування справедливого суду в державі відповідно до європейських стандартів, становлення в Україні судівництва як єдиної системи судового устрою та судочинства, що функціонує на засадах верховенства права згідно з європейськими стандартами і гарантує право особи на справедливий суд.

До завдань кримінально-процесуальної політики в Україні в Концепції віднесено:

– створення цілеспрямованої, науково обґрунтованої методологічної основи розвитку правосуддя в Україні на найближчі десять років;

– визначення шляхів удосконалення законодавства у цій сфері;

– усунення негативних тенденцій, що мають місце внаслідок непослідовності здійснення попередньої (малої) судової реформи;

– забезпечення доступного та справедливого судочинства, прозорості в діяльності судів, оптимізації системи судів загальної юрисдикції;

– посилення гарантій незалежності суддів;

– якісне підвищення фахового рівня суддівського корпусу;

– підвищення соціального статусу суддів у суспільстві;

– істотне поліпшення умов професійної діяльності суддів;

– радикальне поліпшення стану виконання судових рішень;

– створення можливостей для розвитку альтернативних (позасудових) способів розв'язання спорів.

У Концепції вдосконалення судівництва глибоко проаналізовано ті чинники, що свідчать про кризу кримінально-правової політики у сфері судівництва і потребу її заміни новою кримінально-процесуальною політикою. До них віднесено:

1) відсутність системного і узгодженого бачення подальшого здійснення судової реформи;

2) невідповідність системи судів загальної юрисдикції вимогам Конституції України, видам та стадіям судочинства;

3) незавершеність реформи процесуального права;

4) переважаність судів справами та недостатня прозорість їх діяльності.

З огляду на ці причини завданнями подальшого розвитку правосуддя є реальне утвердження верховенства права у суспільстві і забезпечення кожному громадянину права на справедливий судовий розгляд у незалежному та неупередженому суді. Згідно з новою кримінально-процесуальною політикою подальший розвиток правосуддя в Україні має бути спрямовано на утвердження верховенства права через забезпечення:

– доступності правосуддя;

– розроблення та реалізації справедливої судової процедури розгляду кримінальних справ;

– незалежності, безсторонності та професіоналізму судів;

– юридичної визначеності, однаковості судової практики і відкритості судових рішень;

– ефективності судового захисту.

Для втілення названих положень кримінально-процесуальної політики

в юридичну практику істотно значення мають ті їх інтерпретації, які даються їм у самому Указі Президента України.

Слід особливо підкреслити, що правильно організована система судів є однією з гарантій справедливого та ефективного судочинства. Існуюча система судів загальної юрисдикції потребує вдосконалення з метою реалізації засад, визначених Конституцією України, вимог ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основних свобод щодо забезпечення права на судовий захист та положень нового процесуального законодавства.

Система судів загальної юрисдикції повинна будуватися на принципах:

- спеціалізації — суди мають бути організовані з урахуванням особливостей предмета судових справ за відповідною юрисдикцією та зумовленого цими особливостями виду судочинства;

- територіальності — суди мають бути утворені так, щоб їх юрисдикція охоплювала певну територію держави, виходячи з потреби наближення судочинства до людини;

- інстанційності — суди мають бути організовані так, щоб забезпечити право на перегляд судового рішення у суді вищого рівня.

У структурі кримінально-правової політики особливу роль виконує правова регламентація судочинства.

Правила судової процедури мають слугувати прийняттю правосудного рішення у справі та забезпечувати рівні гарантії учасникам процесу щодо судового захисту їх прав.

Судочинство як найдієвіший інститут забезпечення верховенства

права має ґрунтуватися, зокрема, на таких загальних принципах:

- законність, що вимагає від суду здійснювати судочинство, керуючись Конституцією та законами з урахуванням їх цілей та надаючи при цьому найсправедливіше тлумачення для кожного випадку;

- рівність учасників процесу, яка означає рівні можливості у судовому процесі, що відповідає процесуальному статусу учасника процесу;

- диспозитивність, відповідно до якої сторони можуть вільно розпоряджатися своїми правами щодо предмета спору;

- змагальність, що покладає на сторони обов'язок доводити перед судом ті обставини, щодо яких існує спір і які мають значення для справедливого вирішення справи;

- розумні строки розгляду справ, що зобов'язують суд вирішувати справи без невинуватих зволікань або ж уникати поспішності, що завдає шкоди справедливому судочинству;

- гласність, що ставить вимогу забезпечити всім особам, які мають інтерес у результатах вирішення справи, можливість брати участь у судовому процесі;

- відкритість, що означає вільний доступ громадськості до судового розгляду і рішень суду; такий доступ може бути обмежений законом і лише з легітимною метою та з легітимних підстав;

- обов'язковість рішень суду, що зобов'язує державу забезпечити повне, своєчасне та ефективне виконання судових рішень під контролем з боку суду.

Особливості реалізації перелічених засад у кожному виді судочин-

ства повинні бути зумовлені специфікою предмета судової справи і завданням суду в її вирішенні. Тільки в такому разі кримінально-процесуальна політика може бути дійсно новою, відповідати міжнародним стандартам, мати підтримку не тільки відповідних державних інституцій, а й усього суспільства.

Як видно з викладеного, запропонована для втілення в практику Концепція нової кримінально-процесуальної політики становить радикальну реорганізацію існуючих організаційно-функціональних засад боротьби зі злочинністю з метою успішного вирішення всього комплексу правових, кримінологічних, кадрових і навіть виховних завдань у розглядуваній сфері життєдіяльності суспільства.

3. Принципи сучасної кримінально-процесуальної політики України. Питання принципів кримінально-процесуальної політики ще не були предметом самостійного дослідження. Такий стан не можна виправдати тим, що і вказана політика теж ніколи не досліджувалася, хоча з огляду на її соціальний статус цілком заслуговує глибшої теоретико-прикладної уваги.

Зазвичай під принципами розуміють найбільш загальні правові положення, які визначають організацію і функціонування конкретних правових систем. Таке уявлення про принципи можна було б визнати цілком прийнятним і для характеристики принципів кримінально-процесуальної політики, за винятком вказівок на їх правове закріплення. Так коли-небудь воно і трапиться, а зараз, виходячи із зазначеного уявлен-

ня про принципи, розглянемо найважливіші вихідні положення щодо принципів сучасної кримінально-процесуальної політики.

Принцип територіальної масштабності й змістовної цілісності політики.

Злочинність — явище багатоаспектне. Нею охоплено до певної міри всі сторони життєдіяльності суспільства. Саме межі поширеності злочинності визначають масштабність боротьби суспільства з цим антисоціальним явищем. Для забезпечення ефективності розглядуваної боротьби зусилля суспільства мають бути спрямовані на всі об'єкти, що певною мірою уражені злочинністю, з метою обмеження і ліквідації її негативного впливу на суспільство. Політична лінія держави, що орієнтує відповідні правоохоронні й судові органи, усе суспільство на всебічне й повне охоплення всієї території країни заходами щодо припинення, попередження і ліквідації злочинності, становить зміст територіального аспекту розглядуваного принципу.

Другий аспект даного принципу відображає змістовну цілісність кримінально-процесуальної політики. Україна як специфічне державне утворення має єдину внутрішню політику, складовою якої є політика боротьби зі злочинністю з усіма її кримінально-процесуальними елементами. Оскільки державний суверенітет країни поширюється на всю територію України, то в цих же межах реалізується її внутрішня політика, у тому числі й кримінально-процесуальна. Остання має бути загальною і єдиною, як за змістом,

так і за формою для всіх органів і для всього населення країни. У тих випадках, коли специфіка яких-небудь регіонів держави вимагає планування і запровадження в життя додаткових заходів боротьби зі злочинністю, такі корективи можуть реалізовуватися у межах регіональної політики відповідних областей країни, які, проте, не можуть суперечити загальній кримінально-процесуальній політиці держави. Інакше кажучи, регіональна політика боротьби зі злочинністю перебуває у відношенні додатковості до загальної кримінально-правової політики держави й не може суперечити її функціональному призначенню.

Принцип багатовекторності й функціональної предметності. Злочинність усюдисуща й різноманітна. Вона вразила всі сторони життєдіяльності суспільства, загрожуючи його стабільності й нормальному функціонуванню. Держава змушена вести боротьбу із цим антисоціальним явищем, витрачаючи при цьому колосальні матеріальні, технічні, грошові, кадрові та інші ресурси. Для забезпечення успіху цієї боротьби держава повинна мати чітке уявлення про найбільш важливі напрями своєї діяльності, ті кошти, засоби і методи, які повинні застосовуватися з метою вирішення глобальних завдань боротьби зі злочинністю. У своїй єдності вони становлять головний зміст кримінально-процесуальної політики держави. У загальній структурі цієї політики виділяють основні напрями її формування й розвитку, які у своїй єдності визначають головний соціально-правовий вектор кримінально-проце-

суальної політики¹, інші — розвивають ті чи інші аспекти² головних напрямів цієї політики, забезпечуючи успіхи державної діяльності у сфері боротьби зі злочинністю³.

Для забезпечення визначеності у розвитку вказаних напрямів діяльності всі вони мають належно висвітлюватися у відповідній Концепції сучасної кримінально-процесуальної політики України і тих нормативно-правових актах, що регламентують цю політику.

Особливої правової регламентації потребує особистісний вектор кримінально-процесуальної політики. Мається на увазі все, що пов'язане зі становищем будь-якої особи у кримінальному процесі. Зрозуміло, все зазначене має бути викладене у відповідній концепції. Якщо, наприклад, ідеться про правове становище свідка, то немає потреби детально регламентувати у КПК усі аспекти, що характеризують її недоторканність. Останнє очевидно із загальної правової регламентації такої особи в Конституції і КПК. Що ж стосується правового становища обвину-

¹ Вектор – основний напрям, розвиток будь-якого процесу або явища (див.: Современный толковый словарь русского языка. – М. : Ридерз Дайджест, 2004. – С. 68).

² Аспект (лат. – *aspectus*) – один який-небудь бік конкретного предмета, явища; одне яке-небудь відношення або одна яка-небудь форма зв'язку його з іншими предметами, явищами (див.: Кондаков Н. И. Логический словарь-справочник / Н. И. Кондаков. – М. : Наука, 1974. – С. 54).

³ Сфера (грец. *sphaira* – куля) – простір, у межах дії чого-небудь; межі поширення чого-небудь; галузь фізичного і духовного життя, діяльності (див.: Современный толковый словарь русского языка. – М. : Ридерз Дайджест, 2004. – С. 813).

вачуваного (підсудного або навіть засудженого), то відносно таких осіб усе, що стосується їх волі й недоторканності, так само, як і випадків їхнього обмеження, має бути детально регламентоване у відповідних нормах КПК. Інакше кажучи, правова регламентація означених питань має бути в усіх випадках предметно-змістовною, за винятком, з одного боку, її надмірності, а з другого — недостатності, тобто викладена у відповідних нормативно-правових актах у міру соціально-правової необхідності.

Таким чином, політичні орієнтири Концепції так само, як і відповідні положення кримінально-процесуальної політики, завжди мають бути предметно-змістовними, інакше реальна кримінально-процесуальна політика буде невизначеною, а отже, і неефективною. Це означає, що для успішного вирішення завдань, наприклад, забезпечення свободи особи, що проголошена Конституцією чи яким-небудь іншим нормативним актом, потрібно в Концепції або у відповідному законодавчому акті вказати не тільки, як саме передбачена законом воля буде забезпечуватися, але й найголовніше — чітко перелічити випадки можливого її обмеження. Інакше кажучи, будь-які винятки із загального правила мають бути описані у Концепції, а також у нормативно-правових актах, що визначають кримінально-процесуальну політику саме як виняткові, які не допускають, з одного боку, двозначного їх тлумачення, а з другого — помилкового застосування на практиці.

Принцип законності. Питання про законність кримінально-проце-

суальної політики також не було предметом самостійного дослідження. У спеціальній літературі зазвичай ідеться про законність практичної діяльності з реалізації вже прийнятої політики. Що ж стосується її формування, то тут держава може діяти так, як вважає за необхідне. Це, як вбачають прихильники такої точки зору, впливає із самої суті політики, що являє собою специфічний вид мистецтва. Втім такий підхід навряд чи можна визнати коректним. Річ у тім, що мистецтво також являє собою особливий вид діяльності, що, як і будь-яка інша діяльність, не має суперечити закону. Крім того, політика є різновидом управлінської діяльності, до якої, як відомо, також ставляться вимоги законності й обґрунтованості. Не викликає сумніву, що таким вимогам мають відповідати не тільки вже існуюча політика, а й ті процеси, які пов'язані з формуванням нової політики, зокрема кримінально-процесуальної. Таким чином, незаконність вказаних процесів, природно, обумовить у тій або іншій частині незаконність самої кримінально-процесуальної політики. Тому вихідним фактором законності будь-якої політики є законність усіх дій, пов'язаних з її формуванням і прийняттям у встановленому законом порядку. Як відомо, формування політики здійснюється на основі відповідних Концепцій, про які вже зазначалося. Оскільки згадані концепції затверджуються указами Президента або приймаються спеціально створюваними для таких цілей органами, наприклад Національною комісією зі зміцнення демократії й утвердження верховенства

права в Україні, то виникає питання про можливість оскарження тих чи інших рішень у разі їх незаконності. На наш погляд, домогтися такої мети можна шляхом звернення заінтересованих суб'єктів до Конституційного Суду України.

Принцип обґрунтованості. Існуюча в державі кримінально-процесуальна політика не може змінюватися довільно, за бажанням яких-небудь відомств, урядів і навіть Президентів. Водночас політика у сфері боротьби зі злочинністю не є ефективною, якщо вона не забезпечує вирішення відповідних завдань в інтересах суспільства. Інакше кажучи, заміна однієї політики іншою у всіх випадках обумовлюється конкретними факторами. Їх може бути кілька. Втім головною, домінуючою серед інших завжди є реально існуюча криза кримінально-процесуальної політики. Її наявність, з одного боку, обумовлює необхідність заміни сучасної політики новою більше прогресивною, що відповідає сформованій криміногенній і правовій ситуації, а з другого боку, є підставою для розробки нової кримінально-правової політики. На цю обставину справедливо звертають увагу в спеціальній літературі¹. Не що інше, як криза кримінально-процесуальної політики характеризує такий її стан, що за своєю якісною визначеністю не відповідає ні рівню злочинності, ні тим вимогам, які пред'являються

суспільством до боротьби із указаним антисоціальним явищем з метою його обмеження й ліквідації. Саме ця обставина ініціює розробку нових концепцій боротьби зі злочинністю, нової кримінально-процесуальної політики, проведення системи організаційно-правових заходів щодо їх реалізації. По суті положення розділу другого проекту нової Концепції, що констатує «Стан сфери кримінальної юстиції та органів правопорядку» проекту нової «Концепції державної політики в сфері кримінальної юстиції та забезпечення правопорядку в Україні» від 24 квітня 2007 р., і є як обґрунтуванням специфіки реально існуючої політико-правової кризи, так і спробою його дозволу запропонованими у Концепції засобами.

Принцип соціальної доцільності. Прикладний аспект цього принципу відображає соціальну цінність тих цілей, які ставить перед суспільством нова кримінально-процесуальна політика. Із зазначеного випливає, що оскільки ця політика відображає потреби суспільства в підвищенні ефективності боротьби зі злочинністю, то, природно, вона становить для суспільства деяку цінність. У цьому зв'язку її оптимальне функціонування має підтримуватися всіма наявними в державі ресурсами, як соціально доцільне явище або політико-правове утворення.

Принцип прикладної реальності. Реальним є щось дійсно існуюче в конкретних просторово-часових межах, що дозволяє його індивідуалізувати й оцінити як реально існуючу річ або предмет. У сучасній філософії прийнято розрізняти два

¹ Див.: Босхолов С. С. Основы уголовной политики / С. С. Босхолов. – М. : Юринформ, 1999. – С. 11–27; Алексеев А. И. Российская уголовная политика: преодоление кризиса / А. И. Алексеев, В. С. Овчинский, Э. Ф. Побегайло. – М. : НОРМА, 2006.

види реальності: об'єктивну реальність у вигляді матеріалізованих у навколишню нас дійсність предметів, речей, об'єктів, і суб'єктивну реальність, тобто те, що відбито в нашій свідомості, але не матеріалізувалося у навколишню дійсність у вигляді індивідуально визначеного предмета або речі¹. Стосовно предмета нашого дослідження наведено означає, що розроблені уявлення про передбачувану кримінально-процесуальну політику є суб'єктивною реальністю допоки вони не втілені в юридичну практику. Останнє можливо лише після прийняття щодо цього спеціального рішення. У нашому випадку Указу Президента про затвердження відповідної Концепції або аналогічного акта, прийнятого Національною комісією зі зміцнення демократії й затвердження верховенства права. Після втілення положень зазначених Концепцій у юридичну практику всі вони трансформуються в конкретно виражену об'єктивну реальність. Остання використовується з практичною метою і тому має назву прикладної реальності. Тільки в такому випадку розглянуті нами Концепції втілюються в реальну дійсність і саме в такий спосіб вони забезпечують формування й затвердження нової кримінально-процесуальної політики. Але принцип правової реальності має ще один аспект, що пов'язаний з його здійснюваністю або реалізацією. З історії нам відомо чимало політичних настанов (від завершення побудови комунізму в середині ХХ ст. до по-

вної ліквідації злочинності), що, як відомо, виявилися утопічними, тобто нереальними, і тому не були реалізовані. Мені можуть заперечити, що ці настанови стосуються минулого. Втім у наш час орієнтація на те, що в «самостійній та незалежній Україні всі бандити мають сидіти в тюрмі», є науково необґрунтованою декларацією і насправді нездійсненою мрією. Підтвердженням тому є фактичний стан злочинності: бандити перебувають на волі, а злочинність продовжує функціонувати за своїми антисоціальними законами. Таким чином, до структури кримінально-політичних настанов повинне включатися лише те, що реально може бути використано, втілено у практику боротьби зі злочинністю.

Принцип правового гуманізму. У сучасній лінгвістиці слово «гуманний» інтерпретується як людський². Таке значення розглядуваного терміна є цілком прийнятним для характеристики досліджуваних нами проблем. Справді, оскільки йдеться про кримінально-процесуальну політику, яка по суті є соціальною, то остання не може не заперечувати гуманістичного характеру ставлення суспільства до будь-кого з його членів, так чи інакше залученого в орбіту кримінально-процесуальної діяльності. Отже, гуманізм іманентно властивий кримінально-процесуальній політиці й тій кримінально-процесуальній діяльності, у структурі якої вона практично реалізується. Тут, однак, виникає запитання: стосовно

¹ Див.: Кондаков Н. И. Логический словарь-справочник / Н. И. Кондаков. – М. : Наука, 1974.

² Див.: Современный толковый словарь русского языка. – М. : Ридз Дайджест, 2004. – С. 146.

яких осіб, що беруть участь у кримінальному процесі, принцип гуманізму реалізується. Зазвичай прийнято говорити про обвинувачуваного, який у кримінальному процесі найбільше і найчастіше зазнає усякого роду обмежень. Одні з них, як відомо, застосовуються відповідно до закону, інші нерідко настають усупереч закону, тобто в процесі неадекватної правозастосовної діяльності. Втім у справі, як відомо, є й такі особи, які зазнали шкоди від учиненого стосовно них злочину¹. Отже, до останніх також має бути гуманістичне ставлення, інакше гуманне ставлення до одних і негуманне ставлення до інших буде виявлятися як явна, нічим не виправдана несправедливість. Утім у справі є й інші суб'єкти, наприклад, цивільні позивачі й відповідачі, свідки й поняті, законні представники неповнолітніх учасників процесу, і було б незрозуміло, якби ставлення до таких осіб базувалося б на інших, негуманістичних засадах. Таким чином, за своїм змістом принцип гуманізму є багатоаспектним, що відображає людяне (тобто гуманне) ставлення до всіх і кожного, хто залучений в орбіту кримінального процесу. Тільки в такому випадку розглядувані положення може кваліфікуватися як принцип сучасної кримінально-процесуальної політики.

Принцип предметної конкретності. Кримінально-процесуальна політика у будь-якому разі має бути змістовною. І така її якісна визна-

ченість обумовлена тим предметом діяльності, який вона регулює. У нашому випадку йдеться про організацію й діяльність органів, що ведуть боротьбу зі злочинністю. Звідси правомірно говорити про предметний характер цієї політики, інакше вона буде беззмістовною, а отже, і невизначеною. Конкретність змісту політики обумовлена її істинністю, а істина, як відомо, завжди є конкретною². Вимога предметної конкретності, що ставиться до політики, орієнтує її творців на об'єктивний, змістовний, вдумливий підхід до розробки й формулювання відповідних політико-правових положень, які за їх доброякісного викладення у відповідних нормативних актах або концепціях забезпечують їх реальне втілення у практику боротьби зі злочинністю. Навпаки, абстрактні, розпливчасті виражені політико-правові положення, роблять кримінально-процесуальну політику невизначеною, двозначною, а значить, і неповноцінною, що обумовлює виникнення таких же недоліків у безпосередньо практичній діяльності, що дискредитують зрештою як кримінально-процесуальну політику, так і практику боротьби зі злочинністю.

Принцип прогресивності. Формування нової кримінально-процесуальної політики є способом вимушеного реагування на кризу поточної (застарілої), такої, що не відповідає новим реаліям суспільства, політики. Із цієї констатації випливає, що нова кримінально-процесуальна політика має бути кращою, досконалішою,

¹ Див.: Баулин Ю. В. Причинение вреда с согласия «потерпевшего», как обстоятельство, исключающее преступность деяния / Ю. В. Баулин. – Харьков : Кроссрод, 2007.

² Див.: Кондаков Н. И. Логический словарь-справочник / Н. И. Кондаков. – М. : Наука, 1974. – С. 218–219.

доброякіснішою за сучасну політику. Властивості політики, що забезпечують її відповідність перспективним потребам суспільства, можна назвати прогресозабезпечувальними, а саму політику прогресивною. Політика такої якості забезпечує державі й суспільству планований успіх у боротьбі зі злочинністю, у захисті прав і законних інтересів громадян, у їх русі до оволодіння тими стандартами в зазначеній боротьбі, які є загальноєвропейськими або світовими. Така характеристика нової політики повністю узгоджується із сучасним розумінням прогресу, відповідно до якого «прогрес (від лат. *progressio* — рух уперед, успіх) інтерпретується в сучасній філософії як розвиток від нижчого до вищого; перехід на більш високий ступінь розвитку; рух уперед до нового, передового, сучаснішого»¹, а значить, прогресивного. Формування політики такої якості передбачає своєчасне виявлення негативних явищ, що виникають у теперішній політиці, вживання заходів щодо їх локалізації з метою подальшого усунення на основі розробки нової кримінально-процесуальної політики, що забезпечує успіхи суспільства у боротьбі зі злочинністю.

Принцип науковості. Формування нової кримінально-процесуальної політики має здійснюватися на основі спеціально розробленої для цієї мети Концепції. Як показує практика, ця Концепція являє собою досить об'ємний і багатоаспектний документ, у якому передбачається дозвіл

¹ Кондаков Н. И. Логический словарь-справочник / Н. И. Кондаков. – М. : Наука, 1975. – С. 481.

великого комплексу питань різної галузевої належності, правильне розуміння й дозвіл яких вимагає знань великого кола фахівців, у тому числі й учених. Участь останніх у розробці Концепції нової кримінальної політики є обов'язковою, тому що тільки вони здатні забезпечити її розробку й подальше втілення у практику боротьби зі злочинністю на справді науковій основі. Концепція має враховувати не тільки нове законодавство і практику його застосування у різних сферах боротьби зі злочинністю, але й останні досягнення науки у цих сферах. Це очевидно, тому що тільки в такому випадку розглянута Концепція відповідатиме вимогам принципу науковості. Незрозумілим є інше: чому підготовлені на практиці документи, у тому числі й розроблений проект Концепції нової кримінально-процесуальної політики жодного разу не піддавалися кримінологічній експертизі. Втім таку експертизу мають проходити якщо не всі законодавчі акти, то у всякому разі ті з них, які визначають основні (головні) напрями життєдіяльності суспільства, і, звичайно, також ті з них, які формують і регламентують політику держави у сфері боротьби зі злочинністю. Не випадково на це звертається увага в спеціальній літературі не лише в Україні, а й у Росії. «Треба сказати, що стосовно проекту КК РФ 1996 р. спробу проведення такої експертизи за розпорядженням Генерального прокурора РФ здійснено Російською кримінологічною асоціацією. Висновок експертів-криміналістів, що містить серйозні критичні зауваження з представленого

проекту, надійшов до Державної Думи. Втім... результати експертизи розроблювачами КК РФ фактично не були враховані»¹.

В Україні розробку правових засад та організаційно-методичних засобів впровадження кримінологічної експертизи проектів законодавчих актів було доручено Академії правових наук України розпорядженням Президента України від 10.02.1995 р. № 35/95-рп (п. 11).

На виконання цього завдання Бюро Президії АПрН України (постанова № 7-11/б від 6.03.1996 р.) створило при Науково-дослідному інституті вивчення проблем злочинності тимчасовий творчий колектив під керівництвом доктора юридичних наук, академіка А. П. Закалюка. Протягом 1996–1997 рр. науковці розробили: проект Закону «Про кримінологічну експертизу»; проект Ухвали Кабінету Міністрів України «Про організацію кримінологічної експертизи в Україні»; проект Положення про порядок проведення кримінологічної експертизи та методик кримінологічної експертизи².

На жаль, можливості провадження незалежної науково обґрунтованої експертизи в Україні дотепер не використовувалися. Не проводилося експертне дослідження ні зазначеної Концепції, ні тих нормативних актів,

¹ Алексеев А. И. Российская уголовная политика: преодоление кризиса / А. И. Алексеев, В. С. Овчинский, Э. Ф. Побегайло. – М. : НОРМА, 2006. – С. 16.

² Див.: Про правове регулювання та порядок проведення кримінологічної експертизи проектів законодавчих актів // Питання боротьби зі злочинністю : зб. наук. пр. Наук.-дослід. ін-ту вивчення проблем злочинності. – 1998. – Вип. 2. – С. 96.

які входять до структури сучасної кримінально-процесуальної політики України.

Принцип стабільності характеризує кримінально-процесуальну політику з огляду на її стабільність, сталість, функціонування у певних просторово-часових межах. Ця ознака політики не є випадковою і, звичайно ж, не надуманою. Річ у тім, що злочинність — явище не тільки складне, що існує довгостроково, а й специфічно розвивається. Для того щоб вплив суспільства на злочинність із метою її обмеження й усунення був ефективним, потрібна певна сталість у самому підході до боротьби із цим явищем, а цього можна досягти тільки при постійності, стабільності застосовуваної з цією метою політики. Вимога стабільності, що ставиться до політики, має орієнтовне (а значить, і управлінське) значення, оскільки за наявності ознак дестабілізації політики, що виражається у відході від напрямів і правил діяльності, обумовлюють розробку її позитивного розвитку. Технологію, яку забезпечує стійке функціонування кримінально-процесуальної політики, ми називаємо стабілізацією політико-правових процесів.

Принцип доброякісності. Будь-яке явище має певну якість. Не існує явищ, предметів або процесів, які б такою властивістю не володіли. Отже, така властивість притаманна й політиці, зокрема кримінально-процесуальній. Інша річ, що політика однієї якісної визначеності може виконувати покладені на неї функції, забезпечувати успіх боротьби зі злочинністю. Політика іншої якості може не забезпечити

досягнення таких успіхів. З урахуванням викладеного перший вид політики можна йменувати доброякісною, а другий — недоброякісною. Є очевидним, що суспільство може бути задоволено тільки першим видом політики, адже тільки доброякісна політика має властивість функціональної стабільності, робить її практично раціональною, забезпечує вирішення відповідних

завдань у ході боротьби зі злочинністю. На цій обставині важливо наголосити, оскільки із ознакою доброякісності пов'язане буття, тобто існування політики. Інакше кажучи, недоброякісна політика не має права на існування й повинна бути замінена іншою, доброякісною політикою.

Опубліковано: Питання боротьби зі злочинністю. – 2008. – № 15.

Кримінологічна політика в Україні: деякі теоретико-прикладні проблеми

Наукових праць, присвячених теоретично-прикладним засадам саме кримінологічної політики в Україні немає. Найчастіше словосполучення «кримінологічна політика» в працях вітчизняних і зарубіжних учених минулого та сучасності вживається при визначенні кримінальної (кримінально-правової) політики або більш широкого поняття «політика у сфері боротьби зі злочинністю», іноді «загальна теорія боротьби зі злочинністю», як їх складова частина¹ або, говорячи словами М. П. Чу-

бинського, як «превентивна політика»².

Разом з тим були поодинокі висловлення вчених про те, що кримінально-правової (а тим більше кримінальної) політики, як суто самостійних напрямків боротьби зі злочинністю засобами репресії, у державі не повинно бути, оскільки кримінальна політика несумісна із справжньою демократією і правами людини. Планомірна протидія злочинності пов'язується з кримінологічною політикою. При цьому одні вчені вважають, що кримінологічна політика — це науково обґрунтована стратегія і тактика запобігання злочинності за допомогою системи заходів спеціально-кримінологічного характеру, а також шляхом відвернення конкретних злочинів і покладення їм краю. На відміну від кримінальної, кримінологічна політика не передбачає видання і застосуван-

¹ Даньшин І. Кримінологічна політика: за і проти / І. Даньшин // Право України. — 1992. — № 8. — С. 30; Коробеев А. Н. Уголовно-правовая политика: тенденции и перспективы / А. Н. Коробеев, А. В. Усс, Ю. В. Голик. — Красноярск, 1991. — С. 7; Зеленецкий В. С. Общая теория борьбы с преступностью. 1. Концептуальные основы / В. С. Зеленецкий. — Х., 1994. — С. 100 — 101; Босхолов С. С. Основы уголовной политики. Криминологический, уголовно-правовой и информационный аспект / С. С. Босхолов. — М., 1999. — С. 32; Литвак О. М. Державний вплив на злочинність. Кримінально-правове дослідження / О. М. Литвак. — К., 2000. — С. 54; Фріс П. Л. Нарис історії кримінально-правової політики України / П. Л. Фріс. — К., 2005. — С. 8–9 та ін.

² Чубинский М. П. Очерки уголовной политики: понятие, история и основные проблемы уголовной политики как составного элемента науки уголовного права / М. П. Чубинский. — М., 2008. — С. 78.

ня кримінальних законів. Запобігання завжди має активний, наступальний характер, але орієнтується не на репресію, а на скорочення сфери застосування примусових заходів. Політика профілактики злочинів реалізується на основі кримінологічного прогнозування і планування з урахуванням соціальної та економічної ситуації, що постійно змінюється¹. Інші уявляють кримінологічну політику як систему, що припиняє зв'язки а) формування і функціонування криміногенних процесів у суспільстві; б) між цими процесами і формуваннями особистості; в) між особистістю й ситуацією вчинення злочину².

Означені висловлювання стосовно відстоювання реальності кримінологічної політики не викликають у цілому заперечень, хоча змістовно вони носять характер, так би мовити, постановки проблеми. Однак слід усе ж зауважити, що, по-перше, кримінально-правова політика завжди існувала в будь-якій державі й існує, про що свідчить правотворчість у сфері кримінального законодавства, реформування правоохоронних органів тощо. Не втратив своєї актуальності вислів видатного німецького криміналіста ХХ ст. Франса фон Ліста, що найкраща кримінальна політика — це найкраща соціальна політика, тобто репресивний напрям протидії злочинності не є головним. Отже, по-друге, невід'ємною части-

ною кримінально-правової політики у демократичній, правовій державі повинна бути кримінологічна політика. Вона, якщо мовити словами Ш. Монтеск'є і Ф. Ліста, є духом соціальної політики держави, яка вміло поєднує репресивні та нерепресивні заходи протидії злочинності. По-третє, кримінологічна політика, як вважається, є поняттям більш широким, ніж теорія запобігання злочинності. Кримінологічна політика є своєрідною ідеологією, під впливом якої, з одного боку, розробляються форми, завдання, зміст, принципи діяльності держави у сфері нерепресивного напряму боротьби зі злочинністю, а з другого, — використовується найбільш обґрунтована з соціально-політичних позицій наявна або розробляється відповідно їй нова теорія запобігання злочинності. Наприклад, антропологічна теорія протидії злочинності в Італії часів 20–40-х років і теорія диференційованої асоціації (Сатерленд) у США, основні положення якої використовуються в країні і зараз.

Отже, кримінологічна політика — це складова частина державної соціальної політики, яка на основі Конституції України й інтегрованих кримінологічною наукою знань визначає основні методологічні засади та шляхи, котрими керується держава та її інституції при здійсненні нерепресивної протидії злочинності та її проявам. Тим самим кримінологічна політика виступає, як єдність:

– державної концепції протидії злочинності, яка виражається у відповідних директивних актах (законах, указах Президента України, постановах Кабінету Міністрів України, планах, програмах);

¹ Зелінський А. Ф. Кримінальна політика: за і проти / А. Ф. Зелінський // Право України. — 1992. — № 8. — С. 34.

² Теоретические основы предупреждения преступности : монография / отв. ред. В. К. Звирбуль, В. В. Клочков, М. Г. Миньковский. — М. : Юрид. лит., 1977. — С. 31.

– наукової кримінологічної теорії загальносоціального і спеціально-кримінологічного запобігання злочинності, яка є пануючою у сучасній українській кримінології;

– особливого виду діяльності держави, її органів, громадськості, спрямованої на ефективне здійснення загального концептуального замислу протидії злочинності як соціального явища, притаманного суспільству, і як окремим її різновидам і проявам.

Кримінологічна політика, таким чином, є не тільки сукупністю упорядкованих заходів, але й, образно кажучи, ідеологічним генератором, який підвищує запобіжну «напругу» в суспільстві, формує в ньому соціальну толерантність і повагу до соціальних цінностей, сприяє накопиченню в суспільних відносинах так званого «соціального капіталу» (громадський правопорядок, довіра, чесність, порядність тощо). За словами проф. М. М. Бабаєва, якщо кримінальна політика бореться зі злом, караючи за зло, то кримінологічна політика — запроваджує добро, навчаючи добро¹.

1. «Концепція» перекладається як система поглядів, уявлень про ті чи інші явища; засіб розгляду будь-яких явищ, розуміння чогось; керівний теоретичний принцип або нормативна формула². Концепція — це власна доктрина, в якій прозоро і чіт-

ко викладені політична воля держави на розглядувану проблему, її наміри і рішучі дії. Влада — основний, організаційний, регулятивно-контролюючий початок політики. Влада, безсумнівно, являє собою засіб здійснення політики³. Тому концепція нерепресивної протидії злочинності повинна виходити як директивний акт від вищих владних структур, яким керуються всі органи влади, управління, самоуправління зверху і донизу. Так, наприклад, провідну роль у формуванні кримінально-правової і кримінологічної політики у Великій Британії відіграють основні політичні партії і Кабінет Міністрів, який ним утворюється, де ключову позицію займає Міністерство внутрішніх справ. Саме на нього покладається функція запобігання злочинності. Ще у 60—70-х роках минулого століття в системі МВС країни були створені спеціальні підрозділи, які постійно займаються питаннями запобігання злочинності, зокрема, Стаффордський поліцейський центр по запобіганню злочинності, в якому відбуваються публічні обговорення цієї проблеми, участь ЗМІ, широкої громадськості тощо⁴. Тобто здійснення кримінологічної політики — це складова частина ідейно-політичної і економічної доктрини уряду, за виконання якої він несе політичну відповідальність.

¹ Бабаев М. М. О соотношении уголовной и криминологической политики / М. М. Бабаев // Проблемы социологии уголовного права : сб. науч. трудов. — М. — 1982. — С. 12.

² Словарь иностранных слов / под ред. И. В. Лехина, С. М. Локшиной и др. — 6-е изд., перераб. и доп. — М. : Совет. энцикл., 1964. — С. 225, 331.

³ Социология. Наука об обществе : учеб. пособие / под общ. ред. проф. В. П. Андрущенко, проф. Н. И. Горлача. — 2-е изд. — Х., 1997. — С. 264.

⁴ Ведерникова О. Н. Теория и практика борьбы с преступностью в Великобритании / О. Н. Ведерникова. — М. : Российская криминолог. ассоциация, 2001. — С. 246–251.

У нас за останні 15 років було прийнято 4 комплексних програм запобігання злочинності в країні (називались вони по-різному), але ні разу ніде ніхто не звітував про результати їх виконання.

Зміст Концепції кримінологічної політики (окремим актом чи складовою частиною загальної державної доктрини боротьби зі злочинністю) може бути різним, але, як уявляється, необхідно дотримуватися певної структури тексту, що дозволить викласти основні положення, наміри влади, заходи і засоби досягнення цілей, ресурсне забезпечення тощо.

Обов'язковими розділами Концепції кримінологічної політики (якщо вона створюється як окремий директивний акт) повинні бути такі.

Визначення проблеми, на розв'язання якої спрямована концепція. Цей важливий розділ мусить бути змістовно максимально соціально відвертим у розумінні природи злочинності, соціальної деструктивності людини, наявності у державі сприяючих кримінальним проявам умов, реальність досягнення позитивних цілей, готовність суспільства протидіяти негативним явищам і «платити» за це певну ціну та ін.

Аналіз причин виникнення проблеми та обґрунтування необхідності прийняття даної концепції для її розв'язання. Бажано чесно перерахувати основні причини й умови певних тенденцій злочинності і тих негативних явищ, які активно сприяють проявам кримінологічного потенціалу членів суспільства. Сукупність різних злочинів — це лише прояви злочинності. Сама ж злочин-

ність — це такий стан людської свідомості, який характеризується рівнем рішучості членів суспільства задовольнити свої потреби протиправним шляхом, і в суспільстві для цього створенні (або існують) сприяючі умови. Прояви злочинності — злочини, лише приблизний кількісно-якісний показник зазначеного рівня.

Мета концепції. Метою Концепції є створення правової бази та визначення науково обґрунтованих комплексів, організаційно-управлінських шляхів щодо розвитку існуючих та запровадження додаткових заходів протидії злочинності, що дозволять, скажімо, продовжити тенденцію скорочення злочинності в Україні й у перспективі суттєво зменшити рівень, послабити структуру і характер як усієї злочинності, так і окремих її проявів, підвищити безпеку громадян, захист їх свобод, прав та законних інтересів, а також перебороти їх страх перед злочинністю.

Визначення оптимального варіанта розв'язання проблеми на основі порівняльного аналізу запропонованих можливих варіантів. У цій частині Концепції може йтися про вдосконалення існуючої системи нерепресивної протидії злочинності, управління і координації нею або про їх реформування в напрямку принципового оновлення підходів до запобіжного впливу на злочинність. Із існуючих концептуальних варіантів перевага надається тому з них, виконання якого держава, її інститути, суспільство має змогу забезпечити. У міжнародних документах відзначається, що запобігання злочинності слід розглядати не як ізольовані

проблеми, які вирішуються спрощено і непослідовними методами, а скоріше як широкі і складні напрями діяльності, які потребують відповідних стратегій і підходів, що ураховують, зокрема: соціально-економічні, політичні і культурні умови суспільства, в якому вони здійснюються; ступінь розвитку суспільства з особливим акцентом на зміни, які відбуваються нині і, можливо, відбудуться у майбутньому; відповідні традиції і звичаї при максимальному й ефективному використанні можливостей місцевого значення¹. Боротьба зі злочинністю, особливо її запобігання, не може носити кон'юктурний волюнтаристський характер чи створювати імітаційний образ такої боротьби — таке вже було і є зараз.

Принципи, стратегії та методи розв'язання проблеми. У кримінологічній літературі до принципів кримінологічної політики відносять такі, як: планування та чітка координація боротьби зі злочинністю на різних рівнях; пріоритетне значення кримінально-запобіжної діяльності; активна участь у боротьбі зі злочинністю громадськості; поєднання заходів державного і громадського впливу; гуманізм². Серед принципів щодо організації і управління процесом запобігання злочинності, а також вимог до самих запобіжних заходів називають: демократизм, гуманізм, законність, відповідність

кримінологічної політики іншим складовим політики у сфері боротьби зі злочинністю, перевага профілактичних засобів кримінальним ситуаціям, обґрунтованість, економічна доцільність, радикальність, науковість і прогресивність, комплексність і диференціація, реальність і конкретність³.

Навряд чи зазначені принципи стосуються лише кримінологічної політики. Слід зауважити, що чисельність керівних ідей послабляє їх значення. У Концепції необхідно виділити такі принципи, які, поперше, відображають справжню природу кримінологічної політики, її завдання та призначення (функції); по-друге, слугуватимуть «наскрізними» орієнтирами організації, функціонування, розвитку нерепресивної системи протидії злочинності, концентроване відбиття її сукупності⁴. На наш погляд, такими принципами є: спеціалізація, тобто здійснення концептуальних засад нерепресивної протидії злочинності потребує спеціальних знань і професійної підготовки посадових осіб, для яких ця діяльність стане основною; реальність — принцип, який гарантує дійсність і здійсненність заходів; ресурсне забезпечення — це принцип будь-якої позитивної практичної ді-

¹ Руководящие принципы в области предупреждения преступности и уголовного правосудия в контексте развития и нового международного экономического порядка // Советская юстиция. — 1992. — № 13–14. — С. 39–40.

² Даньшин І. М. Кримінальна політика: за і проти / І. М. Даньшин // Право України. — 1992. — № 8. — С. 30.

³ Кримінологія: Загальна та Особлива частини : підручник / за заг. ред. проф. І. М. Даньшина. — Х. : Право, 2003. — С. 123; Медичкий І. Б. Вплив соціальних факторів на злочинність в умовах становлення незалежної української держави : монографія / І. Б. Медичкий. — 2007. — С. 109–110.

⁴ Исмаилов И. Ф. Преступность и уголовная политика (актуальные проблемы борьбы с преступностью) / И. Ф. Исмаилов. — Баку, 1990. — С. 142.

яльності, а тим більше складної запобіжної діяльності, яку неможливо ефективно здійснити без належного фінансового, кадрового, інформаційного, наукового, матеріально-технічного та іншого інвестування та постачання. Ігнорування цього принципу на практиці найкращу концепцію перетворить у гучні наміри без наслідків¹.

Стратегія — це засоби досягнення цілей, мистецтво ведення боротьби зі злочинністю або її окремими проявами, вибір вирішального напрямку для досягнення заздалегідь накреслених цілей². У більш розгорнутому концептуальному вигляді стратегія запобігання злочинності може бути визначена як галузь державної діяльності, в якій реалізуються концептуальні питання теорії і практики організації, перспективного програмування, планування, здійснення запобіжних заходів, дослідження закономірностей превентивної діяльності, оцінки її ефективності і наступного довгострокового кримінологічного прогнозування³. При створенні конкретних стратегій слід виходити з кримінологічної обстановки, стану злочинності, рівня криміногенного потенціалу суспільства, розробки теорії запобігання

злочинності, зі ступеня ресурсного забезпечення та ін.

Стрижнем кримінологічних досліджень є методи запобіжного впливу, під якими розуміються науково сформульовані способи руйнівного запобіжного впливу на криміногенні явища (об'єкти). Власне кажучи, метод стратегії є своєрідною спробою, науково обґрунтованим, реальним, законним, конкретним підходом, навіть винаходом щодо досягнення цілей стратегії. Методи за своїм походженням можуть мати соціальний, правовий, комунікативний, психогенний та інший характер⁴.

Очікувані результати впровадження концептуальних положень і стратегій кримінологічної політики та їх оцінка. У перспективі може розглядатися декілька варіантів результатів здійснення стратегій і оцінки кримінологічної політики: концептуальні положення і стратегії залишилися взагалі не впровадженими; цілі реалізованих стратегій і положень кримінологічної політики повністю не досягнуті внаслідок об'єктивних чи суб'єктивних причин й умов, але шляхи та методи розв'язання проблем вибрані правильно; прогнозовані цілі планування досягнуті, суттєво зменшились і послабились кількісно-якісні прояви злочинності, підвищилась безпека громадян тощо. Спираючись на досягнуті і публічно обговорені результати, з урахуванням динаміки кримінологічної обстановки в рес-

¹ Миньковский Г. М. Концепция проекта федерального закона «Об основах предупреждения преступности» / Г. М. Миньковский, В. П. Ревин, Л. В. Барина // Государство и право. — 1998. — № 3. — С. 48.

² Бородин С. В. Борьба с преступностью: теоретическая модель комплексной программы / С. В. Бородин. — М., 1990. — С. 13.

³ Современные проблемы и стратегия борьбы с преступностью / науч. ред. В. Н. Бураков, Б. В. Волженкин. — СПб., 2005. — С. 477.

⁴ Голина В. В. Научные подходы к деятельности по предупреждению преступности / В. В. Голина // Проблемы законности : респ. междувед. науч. сб. / отв. ред. В. Я. Таций. — Харьков, 1991. — Вып. 31. — С. 127–136.

публіці, територіальному розрізі розробляється і впроваджується наступна концепція і стратегії кримінологічної політики.

2. Науковою базою кримінологічної політики є теорія запобігання злочинності, яка базується на розумінні і поясненні її причин й умов. Сучасна українська кримінологія виходить із того, що злочинна поведінка обумовлена врескті-решт комплексом різних за природою, силою впливу, знаходженням тощо негативних соціальних явищ, які породжують або сприяють злочинності в цілому, а також її проявам. Отже, теорія запобігання злочинності формується на уявленнях, що поступове витиснення негативних явищ, випередження появи нових, обмеження, усунення їх дій, захист матеріальних цінностей, життя та свобод громадян, подолання страху перед злочинністю і набуття почуття захисту, а також своєчасне відвернення і припинення злочинів, може бути здійснення державою і суспільством на загальносоціальному, спеціально-кримінологічному та індивідуальному рівнях. Вихідні положення цієї теорії викладені у багатьох наукових публікаціях¹.

У межах кримінологічної політики в залежності від кримінологічної обстановки в країні першорядне значення може надаватися тому чи

іншому рівню запобігання злочинності, його окремим напрямом, сукупності заходів та ін.

Розробці теорії запобігання злочинності слугує Концепція розвитку кримінологічної науки України на початок ХХІ ст.² Теорія запобігання злочинності — квінтесенція, продукт розвитку всієї української кримінологічної науки. Тому кримінологічна політика України повинна враховувати останні сучасні українські і зарубіжні її досягнення.

3. Особливості діяльності держави, її органів, соціальних груп, посадових осіб, громадськості щодо запобігання злочинності полягає у такому.

По-перше, це довготривала, складна, наполеглива, професійна протидія всіх соціальних систем держави і суспільства тим явищам, які створюють криміногенний потенціал у суспільстві, породжують злочинність та її окремі прояви. Враховуючи необхідність вироблення послідовного і виваженого підходу до вирішення кримінологічного напрямку протидії злочинності, Кабінету Міністрів України створити спеціально уповноважений орган виконавчої влади з питань державної кримінологічної політики, надавши йому відповідні функції її формування, забезпечення реалізації, узагальнення практики застосування, координації, неухильного додержання вимог законодавства про протидію злочинності посадовими і службовими особами виконавчої влади та ін.

² Концепція розвитку кримінологічної науки в Україні на початку ХХІ ст.: Інформаційний бюлетень № 9. — К.: Академія правових наук України. Координаційне бюро з кримінології, 2007. — С. 4–29.

¹ Див., наприклад: Теоретические основы предупреждения преступности. — М., 1977; Голина В. В. Кримінологіческая профилактика, предотвращение и пресечение преступлений / В. В. Голина. — Киев, 1989; Закалюк А. П. Курс сучасної української кримінології / А. П. Закалюк : у 3-х кн. Кн. 1. Теоретичні засади та теорія української кримінологічної науки. — К., 2007 та ін.

По-друге, криміногенні детермінанти злочинності криються у самому суспільстві, в людях, тому йдеться про своєрідне самолікування, очищення. Держава, суспільство, керівники вищих щаблів влади, «мудрі законодавці» повинні це осмислити і додержуватися таких підходів до внутрішньої і зовнішньої політики, які б виключали або зменшували криміногенний потенціал у суспільстві. Покладати це завдання виключно на силові правоохоронні і правозастосовні органи безглуздо. Вони є елементами державної системи. Ось чому здійснення кримінологічної політики полягає не у формальному декларуванні її загальних положень, а у жорсткому контролі вищих органів влади зверху донизу за дійсним постійним втіленням її концептуальних ідей, стратегій, принципів у практичній запобіжній діяльності з певним результатами.

По-третє, особливість діяльності щодо нерепресивної протидії злочинності пов'язана з відкиданням поспішності, з перетворенням її у короткочасні кампанії, гучні обіцянки, фальсифікації статистики тощо. Зміна владних структур не повинна впливати на виконання запобіжних заходів, якщо вони відповідають принципам кримінологічної політики. Перманентність здійснення — засада кримінологічної політики.

По-четверте, у злочинного світу діяльність щодо посилення запобігання злочинності оптимізму не викликає. На жаль, не зацікавленими у здійсненні кримінологічної політики є пересічні громадяни, посадовці і службові особи, спосіб життя і дій яких далекі від законослужняності. Тому необхідний жорсткий контроль щодо виконання директивних положень кримінологічної політики. Український лібералізм, що відкидає ефективний соціально-правовий контроль (через острах докору в авторитарних прагненнях)¹, у даному разі недоречний.

По-п'яте, до того часу, доки не буде установлений реальний ефект від впровадження і належного ресурсного забезпечення (до речі, воно повинно нарощуватися) запобігання злочинності, неможливо визначити дійсні досягнення чи невдачі здійснення кримінологічної політики. Це — аксіоматичне положення кримінологічної політики. У нас ця справа не прозора.

Є інші особливості діяльності у руслі концепції кримінологічної політики в Україні.

І на завершення. Було б корисним для держави і цікавим для науки подальше обговорення зазначеної проблеми.

Опубліковано: Вісн. Акад. прав. наук України. – 2008. – № 2(53). – С. 182–190.

¹ Курило В. І. Кримінологія: Загальна частина : курс лекцій / В. І. Курило, О. Є. Михайлов, О. С. Яра. – К. : Кондор, 2006. – С. 173.

Сучасний стан та тенденції криміналістики в її прагматичному аспекті

Криміналістика є самостійною галуззю наукового знання, яка привертає до себе увагу перш за все тим, що допомагає встановити істину, проникнути у невідоме. Існувала навіть думка про те, що криміналістика є наукою про судові докази — наукою доказового права (С. М. Потапов). Криміналістика — це діалектика кримінального процесу, це процедура в динаміці, в розвитку; передбачає використання творчого підходу, ситуаційної зумовленості, наявності альтернативи в обранні певних шляхів, методів, прийомів.

Становлення та розвиток криміналістики завжди супроводжувалися гострими дискусіями та суперечностями. На сьогодні в юридичній літературі існують різні визначення предмета криміналістики: наука про розслідування злочинів; наука про розкриття злочинів; наука про сукупність технічних засобів, тактичних прийомів і методичних рекомендацій. Однак усі ці визначення звужують реальний предмет криміна-

лістики і закономірності, що вона вивчає. З іншого боку, визначення, що пропонуються, підкреслюють її забезпечувальний характер у боротьбі зі злочинністю.

Питання про предмет криміналістики тривалий час залишалося дискусійним (наприклад, дискусія про предмет криміналістики 50-х або 70-х рр. ХХ ст.). Це пов'язано зі складністю об'єкта пізнання (вивчення злочинної діяльності і діяльності щодо протидії злочинності). У 1967–1968 рр. Р. С. Белкін сформулював нове визначення предмета криміналістики, яке стало панівним: наука про закономірності виникнення, збирання, дослідження, оцінки й використання доказів і заснованих на пізнанні цих закономірностей засобах і методах судового дослідження і попередження злочинів¹. Ця дефініція враховувала головний зміст предмета криміналістики.

¹ Белкин Р. С. Общая теория советской криминалистики / Р. С. Белкин. — Саратов : Изд-во Саратов. ун-та, 1986. — С. 20.

У сучасній криміналістиці розглядають двоєдиний об'єкт пізнання — злочинну діяльність, злочинну поведінку і діяльність щодо їх розкриття, розслідування, встановлення істини у справі. Тому мали місце такі пропозиції щодо формулювання криміналістики: криміналістика — це наука про закономірності злочинної діяльності та її відображення в джерелах інформації, які служать основою для розробки засобів, прийомів і методів збирання, дослідження, оцінки і використання доказів з метою розкриття, розслідування, судового розгляду та попередження злочинів¹. Пропоноване визначення підкреслює її прагматичний характер, спрямованість на створення наукового «продукту» для практики боротьби зі злочинністю.

Розвиток криміналістики характеризується формуванням загальної та окремих теорій, розробленням і впровадженням науково-технічних засобів та інформаційних технологій у практику боротьби зі злочинністю, удосконаленням прийомів криміналістичної тактики, пропонуванням окремих методик розслідування нових видів злочинів. Накопичення наукового знання час від часу призводить до зміни наукової парадигми криміналістики (змінення системи пануючих ідей). Криміналістика — це наука, що розвивається, змінюються її межі, сфери впливу, виникають нові напрями і теорії.

У криміналістичній літературі зверталася увага на те, що криміна-

лістика вийшла за межі досудового слідства. Криміналістичні знання знаходять своє застосування й під час судового розгляду. Виникають ідеї про розширення кола об'єктів криміналістичної науки, з урахуванням можливостей розробки нею проблем цивільного, господарського та адміністративного процесу².

На сьогодні у літературних джерелах з криміналістики містяться пропозиції щодо змінення її системи. У цьому плані деякі позиції викликають заперечення і не відповідають об'єктивному положенню. Так, С. В. Лаврухін проповідує нову модель криміналістики і, зокрема, вважає за можливе обмежити криміналістичну тактику алгоритмами слідчих дій. За нашим переконанням, тактика не може бути обмежена рамками алгоритмів і програм. Вона не завжди є готовою схемою, вона динамічна, ситуаційно залежна, індивідуальна в кожному конкретному випадку. Тактика не повинна бути зведена тільки до шаблонів.

Справедливо критикувалися і нетрадиційні погляди на систему криміналістики — «криміналістику обвинувачення» і «криміналістику захисту» (О. Я. Баєв) або «господарську», «банківську» (Г. О. Зорин) та інші модифікації криміналістики. М. П. Яблоков та О. Ю. Головін правильно підкреслюють, що криміналістика є цілісною наукою, а будь-які спроби необ'єктивного та недостатньо обґрунтованого розширення об'єктно-

² Див.: Волчецкая Т. С. Развитие криминалистической науки и предмет криминалистики / Т. С. Волчецкая // 50 лет в криминалистике. К 80-летию со дня рождения Р. С. Белкина : материалы междунар. науч. конф. — Воронеж : Воронеж, гос ун-т, 2002. — С. 63.

¹ Шепітько В. Ю. Криміналістична тактика (системно-структурний аналіз) : монографія / В. Ю. Шепітько. — Х. : Харків юрид., 2007. — С. 718.

предметної галузі криміналістики, змінення її системи, призначення має стати предметом обґрунтованої критики з боку криміналістичної наукової спільноти¹.

Тенденції криміналістики виявляються у декількох напрямках. Важливим напрямом є розробка та впровадження в діяльність правоохоронних органів новітніх прийомів, методів та засобів (інновацій). Так, необхідність впровадження інновацій у діяльність слідчого обумовлена вирішенням значної кількості завдань у відносно стислі строки (дефіцитом часу); недостатністю технічних засобів, що є на озброєнні правоохоронних органів; складнощами у взаємодії зі спеціалістами і оперативно-розшуковими співробітниками; недостатністю інформації про розслідувану подію (дефіцитом інформації); відсутністю надійних джерел отримання інформації; протидією розслідування з боку зацікавлених осіб. Впровадження інновацій сприяє оптимізації розслідування та усуненню (зменшенню) слідчих помилок.

Впровадження інновацій у слідчу діяльність може здійснюватись за такими напрямками: 1) розробка та використання нових науково-технічних засобів для виявлення, збирання і попереднього дослідження доказів; 2) пропонування новітніх інформаційних технологій та їх використання в роботі слідчого; 3) створення (розробка) і пропонування до застосування нових прийомів, методів, методик проведення слідчих дій і розслідування злочинів у цілому.

¹ Яблоков Н. П. Криминалистика: природа и система / Н. П. Яблоков, А. Ю. Головин. – М. : Юристъ, 2005. – С. 107.

В. Г. Гончаренко вказує, що у практичному аспекті розвиток криміналістики завжди характеризувався постійним залученням, удосконаленням або пристосуванням для своїх потреб досягнень природничих і технічних наук². У цьому плані криміналістична техніка є розділом криміналістики, який виник унаслідок впровадження досягнень природничих і технічних наук з метою виявлення слідів злочину та отримання іншої криміналістично значущої інформації.

Поповнення арсеналу науково-технічних засобів, що застосовуються у боротьбі зі злочинністю при здійсненні кримінально-процесуальної процедури, ставить питання про необхідність перевірки їх науковості, заборону використання антинаукових прийомів та таких, що не відповідають принципу демократичності кримінального судочинства.

Для того щоб використання науково-технічних засобів при розслідуванні злочинів сприяло підвищенню ефективності праці слідчого, необхідно широко використовувати допомогу спеціалістів (ст. 128¹ КПК України). Але негативною тенденцією на сьогодні є протиставляння слідчого та спеціаліста, відмежування слідчого від застосування науково-технічних засобів, виконання спеціалістом діяльності на свій розсуд, а не надання допомоги слідчому.

У сучасних умовах слідча діяльність потребує свого технічного

² Гончаренко В. Г. Использование данных естественных и технических наук в уголовном судопроизводстве (методологические вопросы) : монография / В. Г. Гончаренко. – Киев : Вища школа, 1980. – С. 75, 76.

переоснащення (і у цьому плані свою роль має відіграти криміналістика). Про це свідчать результати анкетування слідчих прокуратури та МВС України. Зокрема, слідчі зазначили, що при розслідуванні злочинів вони стикаються з певними складнощами 95 % практичних працівників. Причому, на їх думку, такі складнощі полягають: у неналежній організації праці — 22 % респондентів; у відсутності типових методик розслідування — 16,5 %; у неналежному забезпеченні технічними засобами — 50 %; у відсутності спеціальної криміналістичної літератури — 5,5 %. Проанкетовані вважають, що слідчий повинен використовувати науково-технічні засоби під час проведення слідчих дій — зазначили 36 % опитаних; повинен, але за допомогою спеціаліста — 58 %; тільки у разі необхідності — 5 %.

Останнім часом в Україні здійснено спроби до розробки і впровадження в діяльність органів досудового слідства комбінованих комплектів науково-технічних засобів: а) уніфікований комплект слідчого; б) комплекти вузької спрямованості: комплект пошукових засобів слідчого (набір — «пошук»); комплект науково-технічних засобів для огляду місця пожежі (набір — «пожежа»); комплект науково-технічних засобів для огляду вибухових пристроїв і місця вибуху (набір — «вибух»); комплект науково-технічних засобів для роботи з мікрооб'єктами (набір «мікро» або «молекула»); комплект для роботи зі слідами рук (дактилоскопічний набір); набір слідчого для огляду документів та ін.

Найбільш важливим напрямом оптимізації слідчої діяльності ви-

ступає її комп'ютеризація. Результати анкетування слідчих прокуратури та МВС України свідчать, що вони намагаються використовувати у своєму арсеналі інформаційні технології (зазначили 58 % респондентів). Це зокрема: інформаційні бази даних — 46 %, бази законодавства — 53 %, автоматизоване робоче місце слідчого — 8 %, електронні довідники — 20 %, інше — 6 %. На сучасному етапі цивілізації слідчий не може здійснювати свою діяльність без створення інтегрованих баз даних, банків знань, інформаційних систем, які можуть у багато разів спростити пошук, аналіз, передачу й обробку інформації. У діяльності правоохоронних органів і експертних установ знаходять своє застосування такі інформаційні системи: автоматизовані, експертні, консультаційні системи штучного інтелекту, інформаційно-аналітичні, системи обробки статистичної інформації тощо.

Реалізація сучасних інформаційних технологій може здійснюватись за допомогою розробки і впровадження автоматизованого робочого місця слідчого («АРМ слідчого»). АРМ слідчого має охоплювати: а) інформаційно-довідкові; б) інформаційно-пошукові; в) інформаційно-консультаційні системи. Головне завдання АРМ слідчого — забезпечення підтримки прийняття рішень.

Досить позитивним моментом у цьому напрямі є створення в мережі Інтернет АРМ слідчого «Інсайт», яке за своєю структурою складається з таких блоків: система «Законодавство» (нормативно-правові акти, що регулюють діяльність слідчого); система «Документ» (зразки про-

цесуальних документів); система «Слідчі дії» (процесуальна регламентація і тактика слідчих дій); система «Науково-технічні засоби» (техніко-криміналістичне забезпечення органів досудового слідства); система «Судові експертизи» (підготовка матеріалів для призначення судових експертиз, типові питання); система «Криміналістичні методики» (методики розслідування окремих видів злочинів); система «Словник термінів» (словник термінів з криміналістики); система «Правоохоронні органи та експертні установи» (основні відомості та адреси); система «Навчання» (програми-тренажери); система «Бібліографія».

За останні десятиріччя відбулися суттєві зміни в предметі криміналістичної тактики. Становлення криміналістичної тактики відрізняється нерівномірністю розвитку, гіперболізацією окремих її частин і напрямів. У різні періоди часу відбувалось захоплення тактикою злочинної діяльності, вивченням особи і типу злочинця, а потім крен відбувся в бік слідчої тактики, розробки прийомів слідчої діяльності.

У літературних джерелах звернено увагу на певні тенденції криміналістичної тактики. Зокрема, Р. С. Белкін називає такі: 1) уточнення змісту і меж криміналістичної тактики, її зв'язків з криміналістичною технікою і методикою; 2) розширення меж застосування в криміналістичній тактиці даних інших наук, у тому числі і нових галузей знань; 3) удосконалення тактичних прийомів і тактико-криміналістичних рекомендацій; 4) розробка нових тактичних прийомів і тактики нових

слідчих дій в цілому; 5) підвищення ефективності тактичних прийомів і рекомендацій щодо використання можливостей оперативно-розшукових апаратів органів внутрішніх справ; 6) розробка тактики судового слідства¹.

Криміналістичне забезпечення діяльності органів досудового слідства передбачає пропонування та впровадження найбільш оптимальних тактичних прийомів проведення окремих слідчих дій, їх систем (або тактичних комбінацій), типових тактичних комплексів та тактичних операцій.

Сучасний стан криміналістичної теорії дозволяє поставити питання про необхідність розробки і застосування систем тактичних прийомів, які виступають оптимальним засобом виявлення доказової інформації та її використання у судовій та слідчій практиці². Р. С. Белкін зазначає, що розробка тактики слідчої дії передбачає систематизацію застосовуваних при її провадженні тактичних прийомів, типізацію їх систем у межах цієї слідчої дії³.

Достатньо новою проблемою в криміналістиці є розробка найбільш доцільних комплексів слідчих дій, оперативно-розшукових та організаційних (чи організаційно-технічних)

¹ Белкин Р. С. Курс криминалистики : учеб. пособие для вузов / Р. С. Белкин. – 3-е изд., доп. – М. : ЮНИТИ-ДАНА, Закон и право, 2001. – С. 198, 199.

² Див.: Шепітько В. Ю. Криміналістична тактика (системно-структурний аналіз) : монографія / В. Ю. Шепітько. – Х. : Харків юрид., 2007. – С. 112.

³ Белкин Р. С. Очерк криминалистической тактики : учеб. пособие / Р. С. Белкин. – Волгоград : ВСШ МВД РФ, 1993. – С. 119.

заходів стосовно завдань розслідування-тактичних операцій. Необхідність розробки та застосування тактичних операцій підтверджується слідчою практикою. Зокрема, за результатами емпіричних досліджень І. М. Комарова, всі опитані співробітники органів слідства і дізнання заявили, що застосовують криміналістичні операції у своїй практичній діяльності, а 75 % вказали на особливу необхідність у цьому криміналістичному способі при розкритті, розслідуванні і попередженні складних злочинів¹.

Певну синтезуючу роль у криміналістиці виконує криміналістична методика (методика розслідування окремих видів злочинів) як поєднання рекомендацій криміналістичної техніки та тактики відносно видової своєрідності злочинів. Методика розслідування окремих видів і груп злочинів є структурною частиною криміналістики, в якій на основі загальних принципових положень розглядаються методи та засоби, що застосовуються в розкритті і розслідуванні конкретних видів і груп злочинів із урахуванням їх криміналістичної характеристики і типових слідчих ситуацій².

В. А. Журавель зазначає, що вдосконалення криміналістичної методики як системи знань і самостійного розділу криміналістики має

¹ Комаров И. М. Криминалистические операции в досудебном производстве : монография / И. М. Комаров. – Барнаул : Изд-во Алт. гос. ун-та, 2002. – С. 33.

² Див.: Герасимов И. Ф. Общие положения методики расследования преступлений // Криминалистика : учебник / И. Ф. Герасимов; под ред. И. Ф. Герасимова, Л. Я. Драпкина. – М. : Высшая школа, 1994. – С. 325.

здійснюватися через узагальнення та теоретичне пояснення накопиченого емпіричного матеріалу і пізнання наукових фактів, що належать як до сфери вчинення злочинів, так і до сфери їх розкриття, розслідування та попередження. З огляду на це перед науковцями постають такі завдання: уніфікувати сучасні погляди на криміналістичну методику як наукову категорію, її структуру, мету, завдання; модернізувати існуючі і розробити нові методичні рекомендації з розслідування тих чи інших категорій злочинів (ідеться, насамперед, про нові злочини або ті, що істотно видозмінилися) на основі запровадження універсальної, «базової» моделі розслідування злочинів, ситуаційного підходу і більш широкого застосування таких наукових категорій, як криміналістична класифікація злочинів, їх криміналістична характеристика, типові версії тощо; викласти відповідні методичні рекомендації у найбільш доступній для сприйняття формі, в тому числі у вигляді певних алгоритмічних схем, котрі реалізуються на базі сучасних комп'ютерних технологій³.

Необхідно погодитися з автором у тому, що методичні рекомендації мають бути «доступними для сприйняття» слідчим, тобто вони повинні бути адресовані представникам органів досудового слідства. У криміналістичній літературі мали місце пропозиції, які належали до про-

³ Журавель В. А. Сучасні концепції формування окремих криміналістичних методик розслідування злочинів / В. А. Журавель // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2007. – Вип. 2 (49). – С. 177, 178.

грамування та алгоритмізації процесу розслідування, створення доцільних програм дій слідчого. В. О. Коновалова пише, що перспективним є впровадження певних алгоритмічних схем (програм) дій слідчого в тих чи інших ситуаціях розслідування¹.

Останнім часом у криміналістиці спостерігається певна тенденція, що характеризується захопленням різного роду типовими рекомендаціями, схемами, характеристиками та ін. Пропонуються типові слідчі ситуації, типові версії, типові тактичні прийоми, криміналістичні характеристики певних видів злочинів, типові обставини, що підлягають встановленню та ін. Ці «матриці» криміналістики виконують не тільки позитивну, але й негативну роль. Необхідно нагадати, що кожний злочин є індивідуальним і неповторним. Тому й процес виконання слідчої діяльності також є індивідуальним. Будь-яка типізація — це завжди процес спрощення, схематизації, абстрагування.

Застосування окремих криміналістичних методик залежить також від виду самої методики та її змістового наповнення. Зокрема, в криміналістиці здійснюється розробка різних криміналістичних методик. В. А. Журавель пише, що з'ясування цієї проблеми залежить насамперед від наявності єдиної, загальноновизнаної і несуперечливої класифікації методик розслідування злочинів, оскільки до різних класифікаційних рівнів цих методик можуть бути за-

пропоновані різні технологічні підходи щодо їх утворення (розбудови). На сьогодні найбільш усталеною є чотирирівнева структура, що включає такі елементи: 1) міжвидові (групові) окремі криміналістичні методики розслідування; 2) видові окремі криміналістичні методики розслідування; 3) підвидові окремі криміналістичні методики розслідування; 4) комплексні окремі криміналістичні методики розслідування².

Таким чином, розвиток криміналістики в її прагматичному аспекті виявляється у декількох напрямках: 1) техніко-криміналістичному (розробка і впровадження новітніх науково-технічних засобів, техніко-криміналістичних прийомів, інформаційних технологій тощо); 2) організаційно-тактичному (розробка ефективної тактики слідчих дій, впровадження нових тактичних прийомів та їх систем, а також тактичних операцій); 3) методичному (формування і впровадження окремих криміналістичних методик). Системне криміналістичне забезпечення органів досудового слідства дозволяє оптимізувати процес розкриття та розслідування злочинів, здійснювати боротьбу зі злочинністю на підставі наукових рекомендацій і відповідно до вимог наукової організації праці.

Опубліковано: Вісн. Акад. прокуратури України. – 2008. – Вип. 12. – С. 68–73.

¹ Коновалова В. О. Алгоритмізація в теорії криміналістики / В. О. Коновалова // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2007. – Вип. 1 (48). – С. 169–174.

² Журавель В. А. Сучасні концепції формування окремих криміналістичних методик розслідування злочинів / В. А. Журавель // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2007. – Вип. 2 (49). – С. 184.

**Вимоги до публікації
у «Щорічнику українського права»**

У «Щорічнику українського права» публікуються найкращі статті з юридичної тематики академіків, членів-кореспондентів Академії правових наук України та інших науковців, які працюють в установах АПрН України та інших провідних наукових і навчальних закладах України.

Відбір статей проводять відділення АПрН України: теорії та історії держави і права (академік-секретар М. В. Цвік), державно-правових наук і міжнародного права (академік-секретар Ю. П. Битяк), цивільно-правових наук (академік-секретар Н. С. Кузнецова), екологічного, господарського та аграрного права (академік-секретар Ю. С. Шемшученко), кримінально-правових наук (академік-секретар В. В. Сташис).

Кожне відділення рекомендує до опублікування по 5 статей, які вже були надруковані у вітчизняних та зарубіжних виданнях протягом останнього року.

Обсяг статті не повинен перевищувати 1 друкарського аркуша через 1,5 інтервали, шрифт Times New Roman, розмір 14.

Статті у збірнику друкуються українською мовою.

Посилання на використані джерела мають відповідати загальним вимогам ДСТУ ГОСТ 7.1:2006, їх розміщують унизу відповідної сторінки, нумерація посилань на кожній сторінці розпочинається з цифри 1.

До статті обов'язково додається інформаційна довідка про автора: прізвище, ім'я, по батькові, науковий ступінь, вчене звання, місце роботи і посада, поштова адреса, контактний телефон, електронна пошта.

Стаття надається в письмовому та електронному вигляді з посиланням на джерело, де вона була вперше опублікована.

Збірник наукових праць

Щорічник українського права

№ 1/2009

Відповідальний за випуск *О. В. Петришин*

Редактор *С. А. Пашинська*

Технічні редактори: *В. М. Зеленько, О. І. Лагоза*

Коректори: *М. М. Поточняк, Ю. В. Статкевич*

Підписано до друку з оригінал-макета 11.12.2009.
Формат 70x100 ¹/₁₆. Папір офсетний. Гарнітура Times.
Ум. друк. арк. 23,2. Обл.-вид. арк. 17,5. Вид. № 452.
Тираж 300 прим.

Видавництво «Право» Академії правових наук України
Україна 61002, м. 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.

Виготовлено у друкарні СПДФО Білетченко
8 (057) 758-35-98