

ВІСНИК

АКАДЕМІЇ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ

№ 4 (55)

Заснований у 1993 році



Харків
2008

ISSN 1993-0909

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

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

Видавець — Академія правових наук України

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

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

© Академія правових наук
України, 2008
© «Право», 2008

ЗАГАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОЇ НАУКИ

П. Рабінович, член-кореспондент
АПРН України

Загальносоціальна («природна») правова система: поняття і структура

Вступні зауваження. Що являє собою правова система?

Якими б різноманітними сьогодні не були відповіді на це запитання, проте переважній більшості з них притаманна така риса: поняттям правової системи прагнуть відобразити, охопити *усі без винятку* (або принаймні майже усі) *правові явища* соціуму. Проте такий, здавалося б, цілком підставний підхід неминуче генерує низку серйозних проблем.

Перша з них полягає у тому, що кваліфікація, оцінка тих чи інших явищ як саме «правових» (а отже, й інтерпретація феномену правової системи) безпосередньо зумовлюється загальним *праворозумінням*, є похідним від нього. А йому, як відомо, і раніше, і зараз (та, вважаємо, й у майбутньому) властива нездоланна плюралістичність¹. З огляду на це, навряд чи варто очікувати на формування уніфікованого однозначного розуміння правової системи. Скільки існуватиме різновидів праворозумінь, стільки ж буде різномістовних інтерпретацій терміно-поняття «правова система»².

Друга проблема вбачається в тому, що коли характеризується структура правової системи, виценовуються її складники, то серед останніх таке явище, як *«природні»*, основоположні права людини (а тим більше — інших суб'єктів соціуму) називаються вкрай рідко³. Якщо ж

¹ Докладніше див.: Право України. — 2007. — № 9 — С. 5–6.

² Ось чому, перш ніж пропонувати й обстоювати те чи інше визначення цього поняття, слід попередньо хоча б задекларувати (якщо й не обґрунтувати), який саме смисл вкладається у терміно-поняття «право». Без цього методологічно орієнтуючого кроку можливості «різночитання» будь-якої дефініції поняття правової системи залишатимуться вкрай широкими.

³ Див., напр.: Правові системи сучасності: Глобалізація. Демократизм. Розвиток. — К., 2006. — С. 27, 61.

означене явище залишається поза межами правової системи, тоді або розуміння останньої втрачає загальний (загальнотеоретичний) характер, або за цим явищем не визнається статус *правового*.

І, нарешті, третя проблема полягає в тому, що навіть у тих випадках, коли «природні» права і згадуються у складі елементів правової системи, остання все одно найчастіше інтерпретується як феномен здебільше державно-вольового походження, тобто з позицій легістсько-позитивістського праворозуміння¹. А воно, як відомо, є загалом принципово нетотожним – у певному сенсі можна сказати протилежним – праворозумінню «*природному*».

Аби позбутися цієї суперечності, неузгодженості і теоретично неправдати поєднання, «сумування» в єдиному цілісному феномені (та й відображення в одному терміно-понятті) двох якісно різнорідних явищ, деколи пропонують сформулювати й обґрунтувати «інтегроване», комплексне, а сказати точніше, механічно-об'єднане – «природно-легістське» праворозуміння. І хоча такі спроби мали місце², вони, гадаємо, не виявились результативними, не привели до помітного евристичного результату.

Отож, пошук розв'язання означених проблем має спиратись, як видається, передовсім на досить чітке *розуміння сутності праворозуміння* (просимо читача не вважати останній вислів ані тавтологією, ані каламбуром...). Цей сюжет і становитиме предмет наступного викладу.

Загальне поняття праворозуміння. Нам уже доводилось обґрунтовувати дефініцію, згідно з якою **праворозуміння** — це *відображення у людській свідомості за посередництвом поняття, позначуваного терміном «право» (чи будь-яким іншим однозначним з ним словом або символом) того явища, яке оцінюється як корисне для задоволення потреб існування й розвитку певного суб'єкта або такого ж відображення самих потреб*. Інакше кажучи, це роз'яснення (інтерпретація) того, які саме зі згаданих вище явищ відображаються поняттями, позначеними словом «право» (або ж іншим однозначним з ним терміном чи знаком). Можна стисло висловитися ще й так: праворозуміння — це інтерпретація того, *що*?, власне, відбиває поняття, назване словом «пра-

¹ Втім, останнім часом з'являються ґрунтовні праці, в яких означена проблема досліджується з інших позицій. Див., напр.: *Мальцев Г. В.* Социальные основания права. – М., 2007.

² Див., напр.: *Шафиров В. М.* Естественно-позитивное право: Введение в теорию. – Красноярск, 2004.

во». До таких явищ найчастіше належали й нині належать, як нам уже доводилося зазначати, певні можливості (свободи) людей, їхніх груп; суспільні відносини з певними властивостями (наприклад, з такою властивістю, як їхня систематична повторюваність¹); людські інтереси (потреби); дії, спрямовані на задоволення людських інтересів, потреб; а також самі по собі відображення цих явищ у психіці людей (поняття, правила поведінки, ідеї тощо).

Спеціального вивчення потребує питання про те, чи можна вважати *праворозумінням* таке відображення у свідомості корисної для суб'єкта значущості певних явищ, що здійснюється за посередництвом не інтелектуальних, а суто ірраціональних феноменів (скажімо, почуттів, емоцій, інтуїції, підсвідомості), котрі при цьому, можливо, в якихось випадках не позначаються словом (зокрема «право») чи якимось однозначущим з ним знаком.

У наведеній вище дефініції інтегровано, як видається, формальні (семіотичні, знакові) і змістовні (соціально-сутнісні) властивості *праворозуміння*. Тільки в їх єдності, цілісності останнє становить самостійне, якісно визначене духовне явище.

З усього викладеного випливає ще один вельми важливий методологічний висновок: треба чітко розрізнити такі два самостійні феномени: перший — це *правоявища* (тобто ті явища, котрі у людській свідомості відображаються поняттями, які позначаються словом «право» чи спільнокореневим з ним словом, або ж іншим словом чи знаком, однозначущим із вказаним терміном); а другий — це *правоназви* (тобто ті слова або ж інші знаки, що використовуються для називання, «маркування» таких понять).

Між означеними феноменами існує безпосередня взаємна залежність. З одного боку, оскільки *праворозуміння* становить пізнавально-оцінювальне відображення тих чи інших явищ з притаманними їм певними властивостями, — явищ, існуючих ще до цього відображення, — то воно є щодо них вторинним, похідним утворенням. З другого ж боку, ці явища конституюються як, власне, правові, — тобто як *правоявища*, внаслідок позначення результату їх оцінювального пізнання терміном «право» (або ж іншим однозначущим символом); і в такому аспекті вони

¹ Див.: Цвік М. В. Фундаментальні проблеми теорії права // Антологія української юридичної думки. Т. 10: Юридична думка незалежної України. — К., 2005. — С. 49–52. Така повторюваність, як слушно зазначає автор, об'єктивно зумовлюється насамперед необхідністю постійно відтворювати акти виробництва, обміну й розподілу життєво необхідних для людей матеріальних та інших благ.

самі стають начеби вторинними, зумовленими саме таким їх позначуванням. Отже, правоявища й правоназви взаємно пов'язані двосторонньою залежністю й утворюють, можна сказати, діалектичну єдність «протилежностей».

Плюралістичність праворозуміння: випадковість чи закономірність? Йдеться, вочевидь, про *причини* неоднозначної відповіді на питання: *що* є правом? Тобто про обставини, які – від початків людської цивілізації й донині – зумовлювали та зумовлюють розмаїті інтерпретації терміно-поняття «право».

У чому ці причини полягають? Є вони випадковими чи, навпаки, закономірними? Чи можна їх взагалі усунути? Чи, можливо, вони колись зникнуть самі?

Інакше кажучи, з чого виходять — свідомо чи несвідомо — ті, хто обирають лише *певний* варіант праворозуміння?

Відповіді на усі ці запитання відзначаються неабиякою строкастістю.

Не претендуючи на абсолютність, беззаперечність викладених нижче тверджень, запропонуємо тут прийнятне, як на наш погляд, пояснення *основних* причин плюралізму праворозуміння.

Такі причини (які, взагалі кажучи, мають *соціальний* характер) можна розподілити, гадаємо, на дві групи факторів: *гносеологічні* та *потребові*.

Перша з них полягає у тому, що яке б явище не вважалось правом, воно, зазвичай, є вельми складним, системним, багаторівневим, багатограним феноменом. І тому при його пізнанні майже неможливо охопити відразу й одночасно усі його сторони, грані, прояви. Найчастіше дослідник зосереджується лише на частині «правоявища» і до того ж нерідко перебільшує, гіперболізує її значення, не помічаючи його інших елементів. Наслідком такої пізнавальної ситуації стає вирізнення лише *окремих* проявів правоявища, які, однак, і проголошуються «правом» у цілому, в усій його повноті та цілісності.

До цієї ж групи обставин належить також і *розвиток* суспільних та інших наук, внаслідок чого виникають нові методи пізнання. Використання таких методів дозволяє отримати додаткові знання щодо правоявищ, і це теж може привести до появи оновлених чи навіть нових варіантів праворозуміння.

У літературі вже висловлювалась думка про те, що головна, визначальна причина плюралізму праворозуміння полягає у тому, що останнє стосується «не різних проявів того самого явища», а саме *різних* явищ. У результаті «предметом дослідження стає не одне реально існуюче со-

ціальне явище, а різні явища, причому не тільки реальні, а й ідеальні»¹. І ця думка, з огляду на викладене вище, видається загалом слушною.

Та у зв'язку з цим виникають ще два запитання: 1) чим же пояснити, що з різноманітних явищ, які можуть бути відображені (й насправді відображаються!) терміно-поняттям «право», теоретик чи будь-яка інша людина *обирає* саме таке явище (а не якесь інше) і 2) чим пояснити, що для інтелектуального відображення й позначення обраного явища знову ж таки *обирається* саме зазначене терміно-поняття (а не якесь інше)?

У пошуках відповіді на ці запитання виявляємо й другу групу основних причин плюралізму праворозуміння.

До неї, гадаємо, належать ті фактори, які коріняться у соціальній неоднорідності суспільства, тобто у закономірному його поділі на різноманітні частини — нації, класи, професійні верстви, ідеологічні угруповання тощо. Дається взнаки, ясна річ, і біологічний поділ людей (віковий, статевий). А такі соціальні й біологічні групи (спільноти чи об'єднання їхніх учасників) мають — поряд із однаковими, загальносуспільними потребами й інтересами — також і свої специфічні, неоднакові потреби та інтереси. І цілком природним є те, що кожна соціальна чи біологічна група (в особі її індивідуальних чи колективних представників) схильна вважати *правом* насамперед таке явище, яке полегшує, а не ускладнює її існування, життєдіяльність і розвиток, яке сприяє, а не перешкоджає задоволенню її потреб та інтересів. І такі — «потребові» — причини нерідко стають ще більш впливовими, дієвими, ніж обставини першої групи.

Що ж стосується «футурологічного» питання про те, чи вдасться *колись* досягти однозначного праворозуміння, то відповіді у науковців зустрічаємо протилежні, взаємовиключні. Одні теоретики схильні відповісти на це питання ствердно (особливо прихильники так званого інтегративного (інтегрального) праворозуміння)², інші ж — заперечливо³.

¹ Див.: Толстик В. А. От плюрализма правопонимания к борьбе за содержание права // Государство и право. — 2004. — № 9. — С. 14.

Згаданий автор безпідставно зазначає: «Кожен окремий вчений досліджує те, що йому хочеться, і називає це правом. А потім починається спір: «це право, а це не право». Методологічно це патова ситуація. Оскільки дійти згоди ніколи не вдається.

Див. також: Боброва Н. А. О понятии права, его назначении в категориальном аппарате правоведения // Сов. государство и право. — 1981. — № 11. — С. 46.

² Див., напр.: Оль П. А. Правопонимание: от плюрализма к двуединству. — С. 45–46, 209–215.

³ Див., напр., Шемшученко Ю. С. Що є право? // Антологія української юридичної думки. Т. 10: Юридична думка незалежної України. — К., 2005. — С. 46.

Ми поділяємо другий підхід. І ось чому.

Оскільки існування будь-якого людського суспільства супроводжують (і, цілком ймовірно, завжди супроводжуватимуть) усі зазначені вище фактори, то плюралізм праворозуміння й надалі буде постійно притаманним будь-чій та будь-якій правовій свідомості, у тому числі правовим поглядам представників юридичної науки. І хоча у ній — особливо останнім часом — і робляться спроби сконструювати уніфіковане, «інтегральне» праворозуміння, однак і серед самих авторів таких спроб воно не стає загально визнаним та однозначним, внаслідок чого на сьогодні чітко простежується, можна сказати, плюралізм інтегральності¹.

Отже, *змістовна плюралістичність загального праворозуміння була, є і, гадаємо, завжди залишатиметься його неусуванною, нездоланною властивістю.*

Принаймні два здавна відомі «класичні» типи праворозуміння — юснатуралістичний і позитивістський — існуватимуть, вважаємо, завжди (як діалектична єдність протилежностей). Зокрема, позитивістсько-легістське праворозуміння, вочевидь, ніколи не зникне насамперед з огляду на «невмирущість» державно-регулятивної практики, щодо якої постійно існуватимуть певні соціальні групи й організації (у тому числі, безперечно, і сама держава), зацікавлені у тому, аби цю практику обґрунтовувати, виправдовувати, рекламувати саме як «справедливу», «праведну», «правильну» — одне слово, як «правову». У цьому можна вбачати основну причину життєспроможності, принципової непереможності цього різновиду праворозуміння.

Що ж до його, так би мовити, невід'ємної «тіні» — праворозуміння юснатуралістичного, то основна причина життєздатності, засадничої неусуваності останнього полягає, на наш погляд, у необхідності постійного існування у соціально неоднорідному суспільстві якогось ідеального орієнтира, протестного «критика» стосовно державно-вольового (юридичного) регулювання у соціально неоднорідному суспільстві. Адже у такому суспільстві теж завжди існуватимуть окремі соціальні спільноти, верстви, групи, які так чи інакше не вдоволені означеним регулюванням (принаймні у певній його частині).

А втім, коли навіть у межах позитивістсько-легістського праворозуміння згадане терміно-поняття застосовується саме для виправдовування державно-юридичного регулювання (а не задля його критики), то

¹ Див. напр.: *Петришин О.* Право як соціально-юридичне явище // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2007. – № 4. – С. 9–18.

й тоді – здавалося б, парадоксально – використовується саме позапозитивістський ідеальний «еталон», духовний конструкт природно-правового гатунку!

Ще одну вагому об'єктивну соціальну причину невмирущості природного праворозуміння можна вбачати у закономірному розвитку людського суспільства в цілому, внаслідок чого, зокрема, виникають нові потреби, задоволення яких вже не може бути забезпечено існуючими державно-юридичним інструментами. І тоді для критики останніх доводиться подекуди вдаватись і до аргументації природно-правової.

При цьому, ясна річ, ступінь, «доза» поширюваності, впливовості, застосовуваності кожного з двох класичних різновидів праворозуміння, форми і способи їх взаємовідносин (конкуренція, «інтегрування», толерантне співіснування тощо) будуть, вочевидь, неоднаковими у різних суспільствах і за різних конкретно-історичних умов.

З огляду на викладене, видається слухною думка сучасного російського теоретика Г. В. Мальцева про те, що «...загальносвітове розуміння й визначення права практично неможливі...» (хоча у межах кожної окремої держави можливість досягнення уніфікованого праворозуміння він визнає)¹. Таку позицію в основному поділяє інший відомий вчений М. М. Марченко. При цьому стосовно проблеми розрізнення права і закону (або, в іншому формулюванні, – розрізнення закону правового і закону неправового) він зауважує, що «...її задовільне вирішення можливе лише на принципово новій методологічній та світоглядній основі й є справою віддаленого майбутнього»².

Загальносоціальна правова система. Як відомо, за наявності чи відсутності залежності праворозуміння від регулятивної діяльності держави, її органів розрізняють: *загальносоціальне*, зокрема так зване «природне» (точніше – соціально-природне), коли правом визнаються суспільні явища (можливості, тобто свободи), обов'язки, соціальні норми поведінки, відносини та ін.) недержавного походження і функціонування; та *спеціально-соціальне* — державно-вольове або, умовно кажучи, «юридичне» (право як результат виключно державно-вольової діяльності).

Протягом п'ятнадцяти років нам вже доводилося обґрунтовувати — з тими чи іншими уточненнями — положення про те, що *загальносоціальне право* — це насамперед *певні можливості учасників суспіль-*

¹ Мальцев Г. В. Понимание права: подходы и проблемы. – М., 1999. – С. 4.

² Марченко М. Н. Проблемы общей теории государства и права: Учебник: В 2 т. Т. 2: Право. – 2-е изд., перераб. и доп. – М., 2007. – С. 17, 35.

ного життя, які є необхідними для задоволення їхніх біологічно й соціально обґрунтованих — за певних історичних умов — потреб, об'єктивно визначаються досягнутим рівнем розвитку суспільства і забезпечені кожному з усіх одновидових суб'єктів відповідними обов'язками інших суб'єктів і суспільства в цілому та збалансовані з потребами останніх.

Отже, саме соціальні можливості (свободи) й обов'язки суб'єктів якраз і становлять буттєву (онтичну) сутність загальносоціального права.

Вони є суб'єктивними загальносоціальними (соціально-природними) правами та обов'язками. Залежно від того, кому саме (суб'єкту якого виду) належать ці можливості, тобто хто є їх носіями, розрізняють: 1) право індивідуальне — права людини (індивіда); 2) право колективне — права людських угруповань. Це розрізнення стосується й соціально-природних обов'язків.

До другого різновиду загальносоціального права належать:

- права окремих соціальних чи біологічних спільнот (націй; класів; статевих вікових, територіальних та інших груп населення; зрештою, усього певного суспільства);
- права соціальних об'єднань (сімей, громадських організацій тощо);
- права усього людства (населення Землі).

Усі означені права (можливості) й обов'язки («необхідності» поведінки) зазвичай відображаються в індивідуальній та колективній свідомості, а згодом — й у тих чи інших соціальних нормах і принципах. Оці свідомість, норми та принципи, отже, теж входять до структури загальносоціального права як його елементи, похідні від прав і обов'язків. Такі норми і принципи, а також колективну свідомість можна вважати *об'єктивною* (стосовно окремих суб'єктів) частиною загальносоціального права. Норми і принципи такого ґатунку фіксуються зазвичай у міжнародних актах про права й обов'язки людини, певних соціальних, вікових чи статевих людських спільнот. А та частина свідомості про соціально-природні права й обов'язки, яка набуває раціоналізованого, систематизованого, логічно аргументованого, концептуалізованого характеру, конституюється на концепцію, доктрину (вчення) «природного» права, стрижнем якої є *«природне» праворозуміння*.

Загальносоціальні (соціально-природні) правові можливості (свободи) й обов'язки, а також природно-правова свідомість і природно-правові норми, котрі їх відображають, складають, так чи інакше, онтично само-

стійну цілісність, єдність – одне слово, *систему*. Назвати її можна чи то соціально-природною правовою, чи то загальносоціальною правовою системою.

Ясна річ, за неминуче *відмінних* конкретно-історичних умов змістові й кількісні («обсягові») показники основоположних прав (можливостей) суб'єктів навіть одного й того ж виду зазвичай не збігаються. Проте у межах *певних* (однакових) конкретно-історичних умов усі основоположні права є — за такими показниками — взаємообумовленими, взаємозалежними, непротиставленими. У цьому й полягає їх системність.

Ось ця властивість основоположних прав одновидових суб'єктів у разі її адекватного відображення в «природно»-правовій свідомості та у конструйованих нею «природно»-правових принципах і нормах поведінки якраз і надає усім трьом означеним вище соціально-природним явищам (можливостям, свідомості, нормам) системного характеру.

Необхідними елементами означеної правової системи є також ті соціальні інститути (установи, організації, об'єднання, формування), котрі призначені сприяти поважанню та здійсненню, охороні й захисту соціально-природних прав та виконанню соціально-природних обов'язків (скажімо, державні та громадські міжнародні організації, їхні структури й органи).

Що ж стосується спеціально-соціального (а саме державно-вольового, умовно кажучи, *юридичного*) права, то відповідно до легістсько-позитивістського праворозуміння ним, як відомо, вважають *систему формально-обов'язкових принципів і загальних правил (норм) фізичної поведінки, які встановлені чи санкціоновані державою, виражають загальносоціальні інтереси, а також інтереси насамперед домінуючої частини соціально неоднорідного суспільства, спрямовані на регулювання суспільних відносин та забезпечуються організаційною, ідеологічною й, у разі необхідності, примусовою діяльністю держави та зумовлюваних такими принципами і нормами можливостей суб'єктів*. Отже, у наведений дефініції відображено як об'єктивне, так і похідне від нього суб'єктивне юридичне (державно-вольове) право. Вони, як відомо, становлять серцевину державно-юридичної (державно-правової) системи.

Та, можливо, і перша, і друга системи, будучи обидві *правовими*, складають начеби підсистеми більш «об'ємного» системного феномену – права в цілому?

Ствердна відповідь на це запитання була би прийнятною, якби у природно- й у позитивно-правовій системах вдалося виявити спільні *змістовні* властивості, що якраз і служать носіями, виразниками «право-

вості» відповідних явищ. Однак якщо такі властивості й існують, скажімо, справедливість чи відповідність моралі, то, по-перше, в індивідуальній чи колективній свідомості вони зазвичай будуть вважатися приаманними лише *частині* кожної з означених правових систем (так, навряд чи *усі* закони певної національної правової системи будь-ким визнаються справедливими); по-друге, оскільки судження про соціально-змістовні властивості позитивної правової системи мають оціночний характер, то такі властивості у соціально неоднорідному суспільстві не кваліфікуються всіма однозначно. А по-третє, те, що в означених правових системах є справді однопорядковим (зокрема, такі їхні структурні елементи, як можливості й «необхідності» (поведінки), свідомість щодо них і відповідні соціальні норми), має суто структурно-формальний, а не змістовний характер.

А чому все ж таки одним і тим же словом «право» позначались і позначаються онтично нетотожні системні явища, – відповідь на це запитання більш детально обґрунтовувалась нами бодай чверть століття тому...¹

Так чи інакше, чітке розрізнення соціально-природної (загально-соціальної) правової системи і правової системи державно-вольової (спеціально-соціальної) сприятиме, як видається, уникненню чи розв'язанню тих зазначених на початку даної статті проблем, які зазвичай породжуються поширеними у теоретичній літературі положеннями про визначення поняття і про склад правової системи.

І наостанок зауважимо, що у кожному випадку використання в літературі — чи то навчальній, чи то науковій — терміно-поняття «право» варто застерігати, в якому, власне, сенсі його вжито. Це зауваження стосується й усіх похідних від нього прикметників: «правова» (дійсність, реальність, сфера, система, свідомість, норма тощо), «правовий» (порядок, акт, факт тощо), «правове» (життя, почуття тощо), «правові» (явища, відносини, джерела, форми, договори тощо). Воно, безумовно, є слушним і щодо вживання терміносполучення «правова система».

¹ Див. напр.: Рабинович П. М. О понимании и определениях права // Изв. высш. учеб. заведений. Правоведение. 1982. — № 4; Він же. Социалистическое право как ценность. — Львов, 1985. — С. 27–37.

С. Погребняк, доцент Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Про ознаки права

Визначення природи права, формулювання його поняття — одне з одвічних питань юриспруденції, яка не втрачає надії відкрити «таємницю права», знайти свій «філософський камінь». На нашу думку, дослідження ознак права є одним із кроків, що наближає до вирішення цього завдання.

Характеризуючи право, слід насамперед підкреслити, що воно є *загальнообов'язковим соціальним регулятором*. Це означає, що всі особи, яких стосуються вимоги права (в тому числі і держава), зобов'язані їх неухильно дотримуватися або виконувати; ніхто не може знаходитися поза правом. У такому сенсі можна говорити про право як про універсальну соціальну граматику, головне призначення якої полягає у створенні умов можливості спільного життя людей, тобто умов функціонування людської спільноти¹. Саме право здатне забезпечити загальний *соціальний порядок*, тобто регулярність і передбачуваність дій людей на основі взаємності².

Макрофункцією права як суспільного регулятора охоплюється ціла низка його більш конкретних функцій, що здійснюються комплексно, одночасно і внаслідок цього організують і стабілізують суспільство. Так, праву притаманні функція компромісу, функція розв'язання конфліктів, функція соціальної стабілізації, функція організації, відновлювально-компенсаційна функція, функція засобу соціальної відплати та ін.³

Водночас ідея права пропонує існування *загальних правил, що забезпечують свободу*, як альтернативи заснованому на пристрастях індивідуальному свавілля та насильству. Іншими словами, людське життя може вільно розгортатися лише в межах законів, встановлених самими людьми для себе, законів, визнаних всіма і обов'язкових для всіх⁴. Саме

¹ Див.: Гьофе О. Демократія в епоху глобалізації: Пер. з нім. — К., 2007. — С. 50.

² Див.: Капустин Б. Г. Моральный выбор в политике. — М., 2004. — С. 103.

³ Докладніше про ці функції див.: Бурлай Є. До питання про функції права // Вісн. Акад. прав. наук України. — 2005. — № 3 (42). — С. 36–42.

⁴ Див.: Баумгартнер Х. М. Свобода и человеческое достоинство как цели государства // Политическая философия в Германии: Сб. ст. Изензее Й. и др.: Пер. с нем. — М., 2005. — С. 18.

право за допомогою загальних правил дозволяє узгодити свободу особи зі свободами інших і таким чином забезпечити свободу в кантівському розумінні, тобто незалежність від чужого свавілля, що примушує¹. Свобода без права є анархією, а значить — знищенням свободи². Класичне пояснення цієї функції права належить Дж. Локку. «Свобода людей, які мають над собою уряд, — зазначав видатний англійський філософ, — полягає в тому, щоб жити за постійними правилами, загальними для всіх у цьому суспільстві й установленими законодавчою владою, в ньому створеною; це — свобода чинити за власною волею в усіх діях, коли це не заборонено правилами, і не підкорятися непостійній, непевній, невідомій, деспотичній волі іншої людини...»³. Зрозуміло, що інтенція щодо свободи від насильства та свавілля, яка загалом властива праву, може бути більш чи менш розвиненою у конкретних історичних умовах, що свідчить про ступінь його досконалості⁴.

Обов'язковість права підтримується різними засобами, серед яких зазвичай звертають увагу на авторитет та примус⁵. Іншими словами,

¹ Див.: Кант І. Метафізика нравов // Критика практического разума. — Изд. 3-е, стереотип. — СПб., 2007. — С. 291.

² Див.: Ратцингер Й. (Бенедикт XVI). Ценности в эпоху перемен. О соответствии вызовам времени: Пер. с нем. — М., 2007. — С. 32.

³ Локк Дж. Два трактата про врядування: Пер. з англ. — К., 2001. — С. 142.

⁴ Див.: Гюффе О. Демократія в епоху глобалізації. — С. 52.

⁵ Зрозуміло, що існує значно більша кількість причин того, чому люди підкоряються правилам. Так, люди можуть підкорятися через те, що не мають іншого вибору за такої ситуації (*примус*); або можуть не замислюватися чи майже не замислюватися над ситуацією і робити так, як звикли (*традиція*); або вони не зацікавлені у певних наслідках і тому залишаються байдужими (*apatія*); або, навіть якщо й не до вподоби ситуація, що склалася (вона не є задовільною та зовсім не відповідає їх ідеалам), все одно погоджуються — як зі своєю долею, оскільки не можуть уявити іншого стану справ (*прагматична згода*); або вони не задоволені існуючим станом справ, але погоджуються з ним для того, щоб отримати певний результат — дають мовчазну згоду на існування цієї незадовільної ситуації, тому що згодом вона зможе принести їм певну користь (*інструментальне прийняття чи умовна згода*); або за конкретних обставин і за наявності певної інформації, яка є у їх розпорядженні на момент виникнення цих обставин, люди починають вирішувати, що є «правильним», «безпомилковим», «належним» для них як індивідів чи членів колективу, або це те, що вони справді повинні робити (*практична нормативна згода*); або нарешті те, що погодилися б робити люди за ідеальних умов — наприклад, за наявності усіх знань, які б хотіли мати, та усіх можливостей, необхідних для з'ясування становища і вимог решти людей (*ідеальна нормативна згода*) (див.: Гелд Д. Демократія та глобальний устрій: Пер. з англ. — К., 2005. — С. 187–188.

підкреслюється, що право має бути одночасно і авторитетним, і сильним¹.

Як відомо, авторитет є підтипом влади, при якому люди з готовністю підкоряються наказам, оскільки вважають здійснення влади легітимним². Тому сприйняття права як *авторитетного (легітимного) регулятора* породжує впевненість людей у необхідності додержання права. Історія доводить, що влада права не може здійснюватись ефективно без згоди з боку тих, хто їй підкоряється. Тому право може бути дієвим лише в тій мірі, в якій йому вдається отримати соціальне визнання (хоча б мовчазне чи часткове).

Одне з найважливіших питань юриспруденції традиційно стосується джерела авторитетності позитивного права. В історії філософії права сформувалися два головні напрями, які дають відповідь на це запитання. Згідно з традицією природного права, авторитет права врешті-решт неминуче спирається на зв'язок права з мораллю³. Сучасний юридичний позитивізм зазвичай пов'язує обов'язковість позитивного права з так званим «правилом визнання»⁴. Це правило визначає умови, які слід виконати, щоб певну норму можна було вважати частиною права суспільства⁵.

Сьогодні можна звернути увагу на два важливі шляхи легітимації сучасного права. По-перше, *легітимація за змістом*, коли авторитет права забезпечується його сприйняттям як справедливого і корисного регулятора. Сьогодні на легітимність мають право претендувати ті і тільки ті правила, які могли би бути схвалені всіма можливими зацікавленими особами як учасниками раціонального дискурсу⁶. В іншому ви-

¹ Подібне поєднання також характерне щодо державної влади. У цьому випадку можна згадати відомий вислів святого Апостола Павла про обов'язок кожної людини коритися вищій владі, бо немає влади, як не від Бога. «Хочеш не боятися влади? Роби добро, і матимеш похвалу від неї, бо володар Божий слуга, тобі на добро. А як чиниш ти зло, то бійся, бо дарма він носить меча, він бо Божий слуга, месник у гніві злочинцеві! Тому треба коритися не тільки ради страху кари, але й ради сумління» (Рим. 13:1, 3–5).

² Див.: Аберкромби Н., Хилл С., Тернер Б. С. Социологический словарь: Пер. с англ. – 2-е изд., перераб. и доп. – М., 2004. – С. 20.

³ Філософія права / За ред. Д. Фейнберга, Д. Коулмена: Пер. з англ. – К., 2007. – С. 12.

⁴ Харт Х. Л. А. Концепція права: Пер. з англ. – К., 1998. – С. 97.

⁵ Докладніше про природно-правову і позитивістську версії обґрунтування авторитетності права див.: Погребняк С. Про засоби забезпечення обов'язковості права // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2008. – № 2 (53). – С. 36–46.

⁶ Див.: Хабермас Ю. Вовлечение другого. Очерки политической теории: Пер. с нем. – СПб., 2001. – С. 409.

падку (тобто за умов відсутності щодо змісту правил вільної і чесної дискусії між автономними та відповідальними громадянами) право фактично б пропонувало вибір між послухом і покаранням — вибір, який зазвичай пропонують гангстери або терористи¹. По-друге, суспільство вдається також до *легітимації права за допомогою процедур*. Правила вважаються авторитетними через те, що вони є породженням певної системи, яка функціонує організованим чином. Правові норми повинні мати «родовід», тобто суспільству слід показати, що вони йдуть від якогось офіційного джерела².

Другий засіб підтримання обов'язковості права, на який зазвичай вказують в юридичній літературі, — *можливість застосування державного примусу*. На думку багатьох фахівців, цей особливий засіб забезпечення відрізняє право від інших суспільних регуляторів, що дозволяє характеризувати останнє як *«примусовий порядок»*³. Проте слід зазначити, що не всі правознавці визнають державний примус як засіб підтримання обов'язковості права. Так, на думку Нгуена Куока Діня, «застосування санкцій є умовою ефективності права, а не умовою його існування»⁴.

Тим не менше, слід погодитись з тим, що сучасна ідея права передбачає, з одного боку, легітимність самого правила, яка має створювати можливість додержання норм через повагу до них, з другого — легальність поведінки в сенсі середньостатистичного виконання норм, якого, якщо необхідно, досягають за допомогою санкцій, гарантованих державою⁵.

Останній момент (*легальність поведінки*) є дуже важливим для права, тому на ньому слід зупинитися докладніше. У сучасному розумінні право сприймається не лише як легітимні правила, викладені в певних авторитетних джерелах, але також як *«гарантоване право»*, тобто право, дії якого можна з високою ймовірністю добитися⁶.

¹ Див.: Аллан Т. Р. С. Конституційна справедливість. Ліберальна теорія верховенства права: Пер. з англ. — К., 2008. — С. 113.

² Познер Р. А. Проблеми юриспруденції: Пер. з англ. — Х., 2004. — С. 36.

³ Див.: Кельзен Г. Чисте правознавство: Проблема справедливості: Пер. з нім. — К., 2004. — С. 45.

⁴ Нгуен Куок Динь, Дайє П., Пелле А. Международное публичное право: В 2 т.: Пер. с франц. — К., 2000. — Т. 1: Кн. 1: Формирование международного права. Кн. 2: Международное сообщество. — С. 46.

⁵ Див.: Хабермас Ю. Вовлечение другого. Очерки политической теории. — С. 403.

⁶ Див.: Циппеліус Р. Філософія права: Пер. з нім. — К., 2000. — С. 33.

Образ права багато в чому залежить від того, як його здійснюють, тобто як і наскільки його буде виконано, дотримано, а отже, воно залежить від реальності. Як влучно зауважував Б. Кардозо, «якщо норми не працюють, вони хворі»¹. Про право як справжній соціальний регулятор можна говорити лише тоді, коли його норми дійсно мотивують поведінку членів суспільства², його норм зазвичай дотримуються і коли їх виконання іншою особою можна добитися засобами права. Саме тому вислів «ubi jus ibi remedium» (де право, там і захист) є далеко не простою тавтологією³.

Одним із важливіших засобів такого захисту є *інститут звернення з правовою претензією до суду*. Цей інститут має певну — процесуальну — форму, яка завершується винесенням обов'язкового рішення. На думку Ж. Карбоньє, процес і рішення є психосоціологічними феноменами, які настільки чужі всім соціальним неправовим явищам і настільки специфічні для права, що обрати саме їх як критерії юридичного є найбільш правильним. Як тільки відносини між двома особами стають об'єктом розгляду з боку третьої особи, яка вирішує спірні питання, це означає, що дані відносини перейшли в царину права⁴.

«Якщо право, як воно проголошене через законодавчий орган чи кристалізоване у звичаї, — зазначав Х. Лаутерпахт, — не підтверджується авторитетним шляхом через суд, саме існування права піддають сумніву»⁵. На цю ж обставину звертав увагу П. Сандевуар. На його думку, право, яке в кінцевому підсумку не може бути передане на розгляд і на вирішення суду, виглядає як право незавершене, недосконале і не здатне встановити необхідний соціальний баланс⁶. У свою чергу суд часто-густо іменують правом, що промовляє⁷. При цьому такий захист має бути нада-

¹ Цит. за: Познер Р. Проблеми юриспруденції. — С. 36.

² Див.: Циппеліус Р. Юридична методологія: Пер. з нім. — К., 2004. — С. 17.

³ Див.: Дайси А. В. Основы государственного права Англии. Введение въ изучение английской конституции: Пер., доп. по 6-му англ. изд. — Изд. 2-е. — М., 1907. — С. 226.

⁴ Див.: Карбоньє Ж. Юридическая социология: Пер. с фр. — М., 1986. — С. 171.

⁵ Цит. за: Каламкарян Р. А. Философия международного права. — М., 2006. — С. 39.

⁶ Сандевуар П. Введение в право [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.vuzlib.net/beta3/html/1/16269>

⁷ Коріння такої метафори можна побачити ще в римській юридичній термінології. Як відомо, тісно пов'язане із судовою системою поняття «юрисдикція» (iurisdictio) походить від ius dicere, яке означає «проголошувати чи говорити те, що є правом» щодо конкретного спору. Див.: Гарсія Гаррідо М. Х. Римское частное право: Казусы, иски, институты: Пер. с испан. — М., 2005. — С. 159.

ний у розумні строки: як відомо, час «вбиває», «знецінює» право; через несвоєчасне (неквапливе) судочинство право втрачає своє значення, розчиняється в нескінченості, стає неприродним, фальшивим, ілюзорним¹. Тому зрозуміло, що в межах правової системи завжди існує інтерес у найшвидшому вирішенні спору в суді (*interest reipublicae ut sit finis litium*).

Отже, можливості, що надаються правом, мають бути конкретними і справжніми (реальними), практично здійсненими², а не теоретичними та ілюзорними. Право за цих умов має розглядатися не просто як належне, а як *вкорінене в практику належне*, що перебуває в процесі становлення, стає частиною реальності³. Така сама ідея гарантованості зустрічається у Г. Кельзена, який наголошує на «дієвості» права. На думку австрійського правознавця, норми правового порядку є чинними поки цей правопорядок взагалі є дієвим (тобто його фактично дотримуються і застосовують)⁴. Втрата дієвості по суті означає знищення правопорядку.

Характеризуючи право, ми не можемо залишити поза увагою питання про взаємозв'язок права і держави. На нашу думку, *державу* слід розглядати як *інституцію, яка забезпечує ефективну дію права*.

Як зазначалося вище, ідея права пропонує існування загальних правил, що забезпечують свободу. Встановлення таких правил передбачає справедливий трансцендентальний обмін свободою, який відбувається між членами суспільства: обмеження свободи приносить її забезпечення. Право у цьому випадку, перефразуючи Х. М. Баумгартнера, являє собою необхідний продукт самообмеження свободи в ім'я свободи⁵. Люди надають собі права на свободу, відмовляючись від «дикой» свободи. Іншими словами, людські права та обов'язки не падають із неба і не надаються державою; люди — це ті, хто надає собі й іншим права та визнає себе вільним і рівним суб'єктом⁶.

Така первинна правова угода між людьми може бути спрямована насамперед на встановлення загальних засад (*принципів*) права, основополож-

¹ Див.: Сандевуар П. Введение в право.

² Див.: Рабінович П. Верховенство права (за матеріалами практики Страсбурзького Суду та Конституційного Суду України) // Вісн. Акад. прав. наук України. — 2006. — № 2 (45). — С. 5.

³ Див.: Петришин О. В. Право як соціально-юридичне явище: до постановки питання // Вісн. Акад. прав. наук України. — 2007. — № 4 (51). — С. 15.

⁴ Див.: Кельзен Г. Чисте правознавство. — С. 239.

⁵ Баумгартнер Х. М. Свобода и человеческое достоинство как цели государства. — С. 18.

⁶ Див. з цього приводу: Гьофе О. Демократія в епоху глобалізації. — С. 50–52, 57–58, 60.

них прав людини. Вона знаходить своє безпосереднє практичне втілення в конституції. Таке розуміння добре узгоджується з ідеєю, відповідно до якої конституція є безпосереднім правовим актом реалізації суверенітету народу і не є актом держави в строго юридичному значенні. Отже, загальні для всіх правові норми беруть свій початок від самодіяльної правотворчості індивідуума, яка здійснюється ним разом з іншими, і мають тому свою основу в автономії, у здатності встановлювати закони самому собі¹.

Водночас зрозуміло, що регулювання спільного життя має бути *більш чітким*. Так, перед суспільством постають проблеми визначення і формального закріплення точних несуперечливих правил (тобто створення системи позитивного права), вирішення конфліктів, пов'язаних з реалізацією та інтерпретацією цих правил (тобто створення судової системи).

Крім того, поза всяким сумнівом, існує необхідність *контролю* за їх дотриманням. Як відомо з теорії ігор, всі досягають більшої вигоди, якщо всі грають за встановленими правилами, проте кожному окремо вигідно порушувати правила (так звана «дилема в'язня» — prisoners' dilemma)². Тому перед будь-якою системою правил постає так звана проблема «пасажира, який не має квитка» (free-rider). Людина, яка порушує правила і таким чином безоплатно користується тим, що інші люди їх дотримуються, поступає так само нечесно, як і людина, яка їде автобусом, але при цьому не сплачує за проїзд. Ця проблема стає особливо помітною на рівні суспільства в цілому — через «дилему великих чисел» (чим більше група, тим сильніше бажання окремого її члена анонімно і за рахунок усіх інших порушити встановлені правила³). Як відомо, у малих групах дотримання норм не є важкою справою — кож-

¹ Баумгартнер Х. М. Свобода и человеческое достоинство как цели государства. — С. 17.

² Докладніше про цю дилему див., напр.: Аберкромби Н., Хилл С., Тернер Б. С. Социологический словарь. — С. 152–153.

³ Вважається, що проблема «пасажира, який не має квитка», як перешкода для кооперативних рішень, має більш гострий характер у великих групах, ніж у малих, тому що у великій групі асоціальна поведінка «пасажира, який не має квитка», не здійснює суттєвого впливу на виграш для групи і а fortiori на його власний. Отже, бути «пасажиром, який не має квитка», для нього вигідно. Водночас у малій групі він більше відчуває вплив своєї антисоціальної поведінки на груповий виграш і свою частку в ньому. Див.: Олсон М. Логіка колективної дії. Суспільні блага і теорія груп: Пер. з англ. — К., 2004. — С. 12–13, 42–43.

Крім того, зазначається, що в малих групах поведінка кожного члена є більш помітною. Тому моральне засудження, солідарність і ганьба має менше шансів на те, щоб впливати на поведінку людей, які загубилися в масі. Див.: Ясаи Э. де. Государство: Пер. с англ. — М., 2008. — С. 304.

ний контрольний поведінку іншого. У великих групах дотримання правил є значно складнішим. Кожний окремих член групи не здатний проконтролювати поведінку всіх інших і боїться, що він один додержується встановлених правил, тоді як інші за його рахунок порушують їх. Отже, виникає необхідність у спеціальній інституції, яка б здійснювала загальний контроль за дотриманням існуючих правил¹.

Ефективне вирішення всіх цих проблем стає можливим за допомоги нейтральної (неупередженої) і кваліфікованої особи — *спільної публічної влади*. Відповідно до західної традиції виконання цієї функції покладається на *державу* як представника всього суспільства, що має для цього необхідні організаційні та інтелектуальні ресурси². Держава бере на себе відповідальність за підтримання нормативного порядку в суспільстві і це у свою чергу легітимує її існування³. Саме вона на підставі отриманої від суспільства «генеральної ліцензії» здійснює *адміністрування правової системи*: держава уповноважується людьми на правотворчість, тобто створення норм позитивного права, які конкретизують фундаментальні принципи права, забезпечують основоположні права людини і зазвичай враховують правила, що склалися, викристалізувалися внаслідок повторення суспільних відносин⁴; держава також отримує повноваження на офіційну інтерпретацію норм, контроль за їх дотриманням і здійснення судочинства⁵. З цієї точки зору держава сама обмежена правом і не здатна

¹ Див. з цього приводу: Козловски П. Общество и государство: неизбежный дуализм: Пер. с нем. — М., 1998. — С. 164, 226.

² У незахідних правових системах ця функція може ефективно виконуватися не лише державою, а й іншими спільнотами. Цей аспект складає одну з головних особливостей релігійних і традиційних правових систем.

³ Парсонс Т. Система современных обществ: Пер. с англ. — М., 1998. — С. 37.

⁴ На цій обставині слушно наголошує М. Цвік, підкреслюючи, що юридичні нормативи часто-густо складаються внаслідок постійного повторення суспільних відносин. У свою чергу держава визнає і захищає ці відносини, і, продовжуючи процес правоутворення, формулює необхідні деталі правового регулювання і належні процедури. Див. з цього приводу: Цвік М. Про сучасне праворозуміння // Вісн. Акад. прав. наук України. — 2001. — № 4 (27). — С. 4–5.

⁵ При цьому слід враховувати, що здійснення судочинства не обмежується лише простим застосуванням права. Як зазначав Ф. Гаєк, особа, яка має вирішити спір, часто-густо зіштовхується з необхідністю сформулювати і таким чином зробити більш точними правила, з приводу яких виникли суперечності, а у випадку, якщо жодне з установлених правил не підходить, вона інколи вимушена формулювати нові. Див.: Хайек Ф. А. фон. Право, законодательство и свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики: Пер. с англ. — М., 2006. — С. 118. Методологічно питання застосування права досить часто пов'язане з потребою так званої «добудови» права. Див.: Ципеліус Р. Юридична методологія. — С. 19.

Отже, правосуддя ніби завершує роботу, розпочату суб'єктом правотворчості щодо формування позитивного права.

робити більше, ніж гарантувати його ефективну дію в суспільстві. Подібне розуміння взаємозв'язку між правом і державою має на меті попередити появу такого позитивного права, яке саме по собі є свавіллям — проти-природного, несправедливого, антигуманного позитивного права¹.

Характеризуючи право, слід виходити також з того, що воно є *нормативним і системним явищем*.

Перша риса обумовлюється нормативністю його основних складових: норм права і принципів права². Нормативність означає, що норми і принципи права мають загальний характер, який виявляється в їх неперсоніфікованості і невичерпності³. *Неперсоніфікованість*, тобто відсутність вказівки на конкретного адресата, дозволяє нормам і принципам адресуватися не одній якійсь особі, а відразу багатьом, поіменно не перерахованим. *Невичерпність* норми і принципу означає можливість їх багаторазової реалізації. Іншими словами, норма (принцип) встановлює правило (стандарт) для невідомої (потенційно нескінченної) кількості випадків певного виду і невідомої кількості осіб певної категорії.

Системність права виявляється зокрема в тому, що право є об'єднанням норм і принципів права, які лише разом спроможні забезпечити загальний соціальний порядок. Ці елементи пов'язані між собою ієрархічно, генетично та функціонально і об'єднані у певні структурні підрозділи — галузі, підгалузі та інститути права. Для сучасної системи права України важливим є також поділ на публічне і приватне право, матеріальне і процесуальне право.

Отже, право можна визначити як загальнообов'язковий соціальний регулятор (систему норм та принципів), спрямований на забезпечення свободи, ефективна дія якого гарантується державою.

¹ Див.: Баумейстер А. Філософія права. — Вінниця, 2007. — С. 146.

² Водночас слід враховувати, що право не завжди є нормативним. Див. з цього приводу, напр.: Ручкин Е. Б. К вопросу о нормативности права // Проблемы законности: Республ. міжвід. наук. зб. — Х., 2001. — Вип. 46. — С. 3–9.

³ Ці ознаки нормативності визнаються як пострадянською, так і західною юриспруденцією. Див., наприклад: Алексеев С. С. Восхождение к праву. Поиски и решения. — М., 2001. — С. 49; Хайек Ф. А. фон. Право, законодательство и свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики. — С. 182, 545.

До речі, ці ознаки фігурують ще в Дигестах Юстиніана: «Lex est commune praescriptum» — «Закон є загальним (для всіх) приписом» (Дигести, I. 3. 1); «Iura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur» — «Права встановлюються не для окремих осіб, а загальним чином» (Дигести, I. 3. 8); «Ex his, quae forte uno aliquo casu accidere possunt, iura non constituuntur» — «Права не встановлюються виходячи з того, що може відбутися в одиничному випадку» (Дигести, I. 3. 4). Див.: Дигесты Юстиниана: Пер. с лат. / Отв. ред. Л. Л. Кофанов. — М., 2002. — Т. 1. Кн. I–IV. — С. 106–109.

В. Андрейцев, академік Академії правових наук України

Аксіологічні¹ аспекти кодифікації законодавства про наукові школи вчених

Кодифікація (від лат. *codificatio*, *codex* — книга; *ficatio* — робити, творити) за Н. М. Оніщенко — спосіб упорядкування законодавства, забезпечення його системності та узгодженості або одна із форм систематизації, в процесі якої до проекту створюваного акта включаються чинні і нові норми, які вносять зміни в регулювання певної сфери суспільних відносин². Досить поширеним в юридичній літературі є визначення категорії «кодифікація» як сфери діяльності, пов'язаної із вдосконаленням чинного законодавства, пристосуванням його приписів та реалій життя з метою узгодження та урегулювання відповідних суспільних правовідносин, що є логічним процесом творення правової держави та забезпечення принципу верховенства права і пріоритету закону.

Аксіологічна орієнтація у процесі проведення кодифікації законодавства про наукові школи — практично не досліджена проблема теорії права, не кажучи про специфічність її у конкретній сфері правовідносин. Використання аксіологічних, тобто ціннісних чинників у процесі кодифікації законодавства у сфері діяльності наукових шкіл дозволяє передбачити у прогнозованому законі систему соціально-правових обставин, умов, гарантій як ціннісних принципів мотивованої діяльності вчених щодо створення наукових творчих формувань та здійснення науково-дослідних функцій вченими цих творчих колективів.

Аксіологічні аспекти кодифікації законодавства про наукові школи передбачають:

а) виявлення ціннісних чинників формування наукових шкіл, що продукують вдосконалення правового статусу вчених, які здійснюють фундаментальні та прикладні наукові дослідження, організують проведення колективних досліджень актуальних проблем сучасної науки, досягають наукових результатів, що поповнюють і розвивають інтелектуальний потенціал країни;

¹ «Аксіологія» — від гр. *axía* — цінність та *logos* — вчення, тобто вчення про цінність. Філософська теорія загальнозначущих принципів, що визначають напрями людської діяльності і мотивацію поведінки людини // Сучасний тлумачний словник української мови / За ред. проф. В. В. Дубічинського. — Х., 2006. — С. 22.

² Великий енциклопедичний юридичний словник. — К., 2007. — С. 361.

б) визначення основних параметрів діяльності наукових шкіл, що підлягають законодавчому опосередкуванню, особливо в частині визнання їх самостійними суб'єктами наукової і науково-технічної діяльності, юридичного оформлення їх правового становища як форми організації наукових досліджень, формування потенціалу науковців на правах самоорганізуючих структур, добровільного об'єднання вчених у відповідній сфері галузевої науки для оперативного та якісного отримання наукових результатів як об'єктів права інтелектуальної власності;

в) кодифікацію законодавства, яка має спрямовуватися на поширення відповідних правових норм та встановлення належного позитивного правопорядку у сфері реалізації правосуб'єктності вчених щодо об'єднання в наукові творчі колективи для здійснення наукової і науково-технічної діяльності шляхом проведення фундаментальних і прикладних наукових досліджень, а тому виступає до певної міри засобом реалізації як загальнолюдських, так і особливих соціальних цінностей, у даному випадку значного соціального прошарку вчених, який у процесі свого об'єднання в науковий творчий колектив, заснування і розвитку наукової школи на засадах самоорганізації, саморегуляції і самоурядування передбачає в той же час його персональну наукову творчу свободу і професійний вибір дослідницької діяльності, втілення творчих наукових обдарувань, таланту та інших природних і професійних задатків у примноження колективних наукових досліджень фундаментального та прикладного спрямування, що, в свою чергу, вимагає його автономізації та закріплення у правовий, законодавчий спосіб відповідного правового статусу вченого та правового становища відповідних наукових шкіл.

Отже, йдеться про посилення у сфері наукової і науково-технічної діяльності правосуб'єктності як самих вчених, так і створюваних ними наукових творчих об'єднань, здатних генерувати сучасні прогресивні наукові ідеї у різні концепції, програми, законопроекти, які, легалізуючись, набувають важливого соціального і економічного значення в їх подальшому розвитку.

Безумовно, ця соціальна цінність в сучасних умовах набуває особливого звучання та подальшого задоволення потреб цієї категорії учасників наукової і науково-технічної діяльності, а отже, обумовлює створення правових можливостей, умов і гарантій відправлення зазначеної соціальної функції, визнання її досягнень та наукових здобутків через право і законодавство, здатних забезпечити реалізацію та захист зазначених суб'єктів, а тому набувають вирішального засобу гарантування реалізації їх спеціальної правосуб'єктності і виступають, відповідно, як

певні соціальні блага і цінності, що утверджують соціальний прогрес у здійсненні наукової і науково-технічної діяльності, розвитку науки взагалі;

г) реалізацію вченими та створюваними ними науковими творчими колективами центрального принципу наукової діяльності вченого — свободи наукової творчості як одного із важливих надбань науковця. Свобода наукової творчості вимагає нових юридичних підходів та гарантій її забезпечення для вченого наукової школи, оскільки дозволяє розкритися його таланту, природному обдаруванню, об'єктивному висвітленню подій та явищ, що надають змогу отримати найбільш повною мірою нові елементи нових знань, як пріоритетне завдання будь-якого фундаментального або прикладного дослідження.

Кодифікація законодавства в цій сфері допоможе законодавчо закріпити гарантії реалізації свободи наукової творчості вченого та створюваного ним наукового творчого колективу, а відтак, піднести на якісно новий демократичний рівень дослідницькі можливості кожного вченого у процесі здійснення колективної наукової і науково-технічної діяльності. Ціннісне значення гарантування свободи наукової творчості важко переоцінити з позицій самовираження свого наукового світогляду, гуманістичних ідеалів наукового пізнання оточуючого світу, розширення правових можливостей щодо вибору наукового підходу, відповідної методології та дослідницького інструментарію, що спрощують науковий пошук, висунення робочих гіпотез, аналітичної оцінки певних результатів, їх узагальнення та формулювання відповідних наукових висновків.

Гарантіями реалізації свободи наукової творчості можуть стати правові моделі і приписи, які обмежують або забороняють будь-яким особам втручатися чи перешкоджати науковому творчому процесу вчених наукового творчого колективу, впливати у будь-який спосіб чи примушувати формулювати відповідні наукові результати, що не базуються на матеріалах та даних наукового дослідження, встановлення суворої відповідальності за порушення цього законодавства і, особливо, дифаматії досягнутих наукових результатів колективного наукового дослідження.

Як зазначалося свого часу в юридичній літературі, поняття свободи характеризує спектр юридичних можливостей особи, способів реалізації інтересів та її намірів, часового виміру та обставин відповідної дії, що складають генезу її поведінки¹.

¹ Див.: Кудрявцев В. Н. Закон. Поступок. Ответственность. — М., 1986. — С. 69.

Іншими словами, це є міра можливої та усвідомленої поведінки, що не порушує юридичні можливості іншої рівноправної особи, в даному випадку вчених наукового творчого колективу, як квінтесенції розкриття його наукового таланту. Тому важливо, щоб кодифікаційний процес сприяв виробленню відповідних приписів, які забезпечували б ціннісну мотивацію діяльності вченого відповідної наукової школи на справедливих засадах рівноправності з вченими державних наукових установ, центрів, вищих навчальних закладів III–IV рівня акредитації в усіх сферах соціального захисту і забезпечення без будь-яких законодавчих обмежень їх правосуб'єктності. Саме в цьому полягає найважливіший момент ціннісної орієнтації кодифікації законодавства про наукові школи вчених;

д) забезпечення отримання якісного і безпечного наукового результату — відповідної наукової доробки, яка вносить певний вклад у розвиток науки, поліпшення стану відповідної суспільної практики, що має вирішальне ціннісне значення у правовідносинах на виконання науково-дослідних робіт, а тому великі надії покладаються саме на створення майбутнім законодавчим актом обов'язкового виконання умов, закладених у договорі на виконання науково-дослідних робіт, без будь-якого амністування його виконавців-учених або їх об'єднань у наукові творчі колективи у формі наукових, науково-правничих шкіл.

Як справедливо зазначалося в деяких наукових публікаціях цивільно-правового спрямування, на сьогодні цивільний закон допускає амністування виконавця у разі неможливості досягнення ним договірною результату, з покладанням обов'язків на замовника щодо компенсації відповідних витрат на їх проведення¹ (власне, за саме виконання науково-дослідних робіт).

Йдеться, зокрема, про ст. 899 ЦК України, яка допускає у зазначених правовідносинах неможливість досягнення результату внаслідок обставин, що не залежать від виконавця, яка реально визначає підстави безрезультатного наукового дослідження через невизначені законодавством обставини, внаслідок чого втрачається сенс мотиваційної компенсації виконуваних робіт замовником.

Тому, вважаю за доцільне, щоби запропонований законопроект виключав саму можливість недосягнення договірною наукового результату, оскільки договір за своєю сутністю є реальним і передбачає отриман-

¹ Див.: *Андрейцев В.* Зміст договірних правовідносин у сфері виконання науково-дослідних робіт // Вісн. Акад. прав. наук України. — 2008. — № 2. — С. 159.

ня внаслідок виконання науково-дослідних робіт відповідного наукового результату — наукового твору у формі монографії, колективної наукової праці, відповідної стратегії (доктрини) чи програми, проекту, наукового звіту тощо. Адже це не тільки мета будь-якого наукового дослідження, але й інтелектуальне надбання, цінність як для виконавця — вченого або колективу вчених, замовника цього наукового результату і, безперечно, для, власне, відповідної науки, яка збагачується новими знаннями. Отже, науковий результат має не лише персоніфіковану, але й у цілому соціальну цінність для розвитку і збагачення науки, прискорення наукового технічного прогресу.

Отже, аксіологічна орієнтація законопроекту в цій частині сприятиме реальному проведенню фундаментальних чи прикладних наукових досліджень, тобто отримання нових наукових знань як об'єкта права інтелектуальної власності.

Саме завершення виконання науково-дослідницької роботи вченим, науковим творчим колективом як самостійними суб'єктами правовідносин щодо виконання зазначених робіт стає тим юридично значущим фактом, що породжує виникнення нових прав у виконавців та замовників цих робіт на досягнутий науковий результат як об'єкт нових прав інтелектуальної власності. І саме зазначений законопроект має за логікою свого соціального призначення передбачити приписи, які б унеможливили проведення безрезультатних наукових досліджень вченими або науковими творчими колективами і передбачали підвищену їх відповідальність за отримання високоякісного і конкурентоспроможного результату.

Адже ціннісним у цих правовідносинах є не лише сам процес здійснення науково-дослідних робіт, а його кінцевий, до того ж результативний і продуктивний наслідок наукової творчості вчених.

Тому ціннісна орієнтація кодифікації в цій частині може справити позитивний вплив на вдосконалення не лише в частині регламентації правовідносин, пов'язаних із заснуванням, легалізацією, визнанням наукових шкіл вчених, але й норм матеріального і процесуального права, зокрема, поліпшення змісту відповідних норм ЦК України в частині регулювання договірних правовідносин на виконання науково-дослідних робіт науковими творчими колективами у формі наукових, науково-правничих шкіл.

Слід зазначити, що кодифікація — найпоширеніша правнича проблема будь-яких наукових досліджень у сфері правознавства, і тому може розглядатися у широкому та вузькому значенні цього терміна. По-

перше, як будь-яка форма поліпшення систематизації чинного законодавства. По-друге, як процес створення виключно законодавчих засад регулювання відповідної сфери суспільного життя та визначення правових зв'язків, які виникають між різними суб'єктами правовідносин.

Отже, в основі кодифікації має досягатися головна мета — урегулювання на рівні закону відповідних правовідносин, створення правового порядку, режиму законності для найсприятливішої реалізації сторонами своєї правосуб'єктності в конкретних правовідносинах, захисту їх прав, у даному випадку у сфері наукової і науково-технічної діяльності.

Це безпосередньо стосується цього дослідження, адже йдеться про створення законодавчих засад реалізації спеціальної правосуб'єктності вчених як основних суб'єктів наукової і науково-технічної діяльності шляхом інтеграції інтелектуальних можливостей у наукові школи щодо створення колективною працею нових знань, як результату фундаментальних або прикладних досліджень.

В основі такої діяльності реалізується головний принцип правової можливості вченого — свобода наукової творчості у наукових колективах як форми самоорганізації наукової творчої солідарної співпраці вчених.

Проведений до цього творчий аналіз правового регулювання в означеній сфері засвідчив наявність серйозних прогалин у правовому регулюванні як на рівні законів, так і на рівні підзаконного нормативно-правового регулювання, висловлені з цього приводу конкретні пропозиції щодо вдосконалення механізму правового регулювання в цій сфері, що дозволить підняти рівень правових засад та посилити коефіцієнт корисної дії та ефективності законодавства в науковій і науково-технічній сфері.

Однак висловлені міркування і пропозиції, на мою думку, це той мінімальний паліатив, що дозволить мінімізувати прорахунки і недоліки сучасного правового регулювання у сфері створення, визнання і функціонування наукових, науково-правничих шкіл.

Реалії нашого буття — найсуворіший оцінювач ефективності правового регулювання, що обумовлюють у сучасних умовах здійснення найвищої форми кодифікації — розробки та прийняття спеціального законодавчого акта у формі Закону України про наукові школи, або дещо ширшого за змістом Закону України про заснування (утворення), легалізацію, визнання і функціонування наукових шкіл вчених. У той же час розробка пропонованого законопроекту має свої особливості, зокрема на стадії його апробації та розгляду в Парламенті держави.

По-перше, є недостатнім потенціал кваліфікованих експертів у цій сфері, оскільки розуміння наукової школи, як вже не раз мною підкреслювалося, допоки і здебільшого є спрощеним, неформалізованим, із заниженою ціннісною оцінкою критеріїв та істотних ознак, що характеризують цю категорію, та зводиться інколи до наявності у вищих навчальних закладах та наукових установах лише відповідних правничих наукових або науково-освітніх підрозділів, які деякий час очолюються відповідними адміністративними посадовцями. Особливо це стало поширюватися у зв'язку зі зростанням вищих навчальних закладів правничого профілю та бажанням їх керівництва заручитися наявністю наукових шкіл, хоча формально-юридичних підстав для такого визнання в силу об'єктивних причин допоки бракує. Відтак, апробація законопроекту, особливо норм дефінітивного спрямування, може стати проблематичною у процесі законотворення, що не виключає суттєвого спрощення за змістом його норм та приписів.

По-друге, не виключаються складнощі визнання правового становища наукової школи як відповідної автономної самоурядної, самоорганізуючої і саморегулюючої системи (підсистеми), що дозволяє вільно брати участь у конкурсах, тендерах на закупівлю виконання науково-дослідних робіт, здійснення іншої наукової діяльності, пов'язаної із підготовкою науково-педагогічних, наукових фахівців у відповідній галузі знань, набуття відповідних прав інтелектуальної власності на завершені наукові розробки, внаслідок набуття та визнання їх суб'єктами наукової і науково-технічної діяльності, а встановивши режим неприбуткової наукової самоурядної, самоорганізуючої і саморегулюючої структури, основу якої складають вчені як основні суб'єкти наукової, науково-технічної діяльності та легітимації таких наукових угруповань, на правах постійних наукових об'єднань і, як виняток, тимчасових творчих колективів.

По-третє, усвідомлення того юридичного факту, що наукові творчі колективи — це унікальна організаційно-правова форма здійснення наукових досліджень, добровільне об'єднання вчених для виконання відповідної наукової програми, проекту, науково-дослідних робіт, що реалізують суб'єктивне право кожного вченого виступати самостійно у правовідносинах щодо виконання науково-дослідної діяльності, що впливає із правового статусу вченого та основного принципу — свободи наукової творчості.

Звісно, це потребує не лише нових підходів у вченні про правосуб'єктність, але й визначення її спеціальної юридичної природи

стосовно здійснення наукової і науково-технічної діяльності, що усуває формалізм у наукових дослідженнях, сприятиме формуванню наукових творчих колективів як бази для становлення і формування наукових шкіл з метою виконання наукових завдань адекватно характеру та рівню фундаментальних і прикладних наукових досліджень.

По-четверте, законопроект має посилити організаційно-правовий статус лідера наукової школи, тобто основоположника, наукового організатора і керівника відповідного наукового творчого колективу. Тому закон має передбачити додаткові гарантії (матеріальні, процесуальні, інтелектуальні тощо) поряд із тими, що встановлені для вчених Законом про наукову і науково-технічну діяльність, які б були спрямовані на забезпечення автономії, самоорганізації та оперативного управління творчим колективом, реалізації свободи творчості та колективної наукової співпраці у реалізації завдання наукових досліджень та досягнення результатів виконання науково-дослідних робіт, впровадження їх у практику з найвищим коефіцієнтом корисної дії у відповідній сфері діяльності, базуючись на науково-правовій доктрині — теорії творчого лідера (керівника).

Особливо це стосується наукових лідерів творчих колективів наукових, науково-педагогічних працівників, що заснували наукові школи при відповідних наукових установах, вищих навчальних закладах III–IV рівня акредитації, інноваційних структурах, в яких пересікаються різні рівні управлінських повноважень, організаційної підпорядкованості з тим, щоб забезпечити їх реалізацію та співвідношення, не порушуючи основні принципи самоурядування та самоорганізації наукових творчих колективів, виключення невинного адміністрування з боку цих установ та закладів у частині виконання науково-дослідних робіт, безперешкодної реалізації творчого потенціалу вчених наукових творчих колективів.

По-п'яте, запропонований закон має урівняти в правових можливостях вченого, задіяного в наукових творчих колективах, як юридично сформованих, легалізованих та визнаних наукових школах незалежно від організаційно-правових форм створення і організаційного підпорядкування, форм права власності їх функціонування (державної, приватної, комунальної, колективної тощо), наукових громадських організацій і формувань вчених як з точки зору прав і обов'язків у процесі їх утворення і здійснення діяльності, доступу до реалізації наукової правосуб'єктності, доступу до загальнопоширеної та спеціальної некомерційної інформації, правосуддя, використання юридичних можли-

востей матеріального стимулювання творчої наукової інтелектуальної праці, засобів морального заохочення і державного та громадського визнання наукових заслуг вченого наукових шкіл, прирівняння у соціальному захисті і пенсійному забезпеченні на рівні вчених атестованих та зареєстрованих державних наукових установ, що отримують матеріальну підтримку держави, і національних науково-освітніх закладів III–IV рівня акредитації.

Останнє особливо важливо гарантувати, оскільки діюча система соціального, зокрема пенсійного забезпечення в частині визначення підстав та механізму нарахування, перерахування пенсій, є дискримінаційною стосовно вчених наукових шкіл громадських наукових та інших недержавних наукових об'єднань і організацій, що є несумісним із конституційним принципом верховенства права держави, що визнана Конституцією у формі правової.

По-шосте, в аксіологічному аспекті важливо порівняти та використати за аналогією закону¹ подібні правові явища, оцінити їх ефективність та можливість застосування у механізмі правового опосередкування наукових, зокрема науково-правничих шкіл.

Термін «аналогічний» від гр. *analogon* означає «за відповідністю, відповідно», частіше — у значенні «подібний», тобто складає аналогію до чого-небудь і є подібним².

В юридичному плані категорія «аналогія закону» переважно інтерпретується як можливість вирішення справи на основі закону, що регламентує аналогічні відносини³, тобто застосування закону за аналогією до відносин, які не врегульовані спеціальним законом, що допускається у правозастосовній практиці дії сфери цивільного та деяких інших галузей законодавства.

Отже, аналогія закону пов'язується переважно і традиційно із правозастосовною практикою у діяльності судових та інших юрисдикційних органів, що, звісно, звужує межі застосування аналогії закону як позитивної ідеї та засобу подолання прогалин чинного законодавства.

Тому, на моє переконання, аналогія закону має невичерпні можливості щодо її застосування у процесі кодифікації, зокрема законодавства у сфері функціонування та діяльності наукових шкіл. Адже наявність подібного законодавства, що поширюється на певну сферу правовідно-

¹ Сучасний тлумачний словник української мови. – Х., 2006. – С. 28.

² Там само.

³ Великий енциклопедичний юридичний словник. – К., 2007. – С. 31.

син, створює простоту, зручність проведення аналогії закону до правовідносин та його використання у процесі кодифікаційних робіт стосовно аналогічних правовідносин, не опосередкованих відповідним законом.

У цьому плані певний науковий інтерес для цього дослідження має чинний Закон України про професійних творчих працівників та творчі спілки від 7 жовтня 1997 р.¹

Характерним для цього Закону є вступний глосарій, який, зокрема визначає поняття професійного творчого працівника як фізичної особи, творча діяльність якої становить її основне заняття, що завершується створенням і оприлюдненням творів або їх інтерпретацію в галузі культури та мистецтва і є головним джерелом її доходів, незалежно від того, має вона чи ні будь-які трудові відносини. При цьому творча діяльність розглядається як індивідуальна чи колективна творчість професійних творчих колективів, результатом якої є твір чи його інтерпретація, що має культурно-мистецьку цінність.

Із викладеного стає очевидним, що характерними ознаками творчого працівника можна визнати:

- 1) творчу діяльність фізичної особи як відповідну форму її інтелектуальної праці;
- 2) творчу діяльність як основне професійне заняття та основне джерело її доходів;
- 3) результатом творчої, тобто інтелектуальної праці визнається відповідний твір або його інтерпретація в галузі культури і мистецтва;
- 4) незалежність творчої діяльності щодо створення об'єктів інтелектуальної власності від будь-яких трудових відносин творчого працівника.

Виходячи із характеру творчої діяльності, можна додати й таку рису, як культурно-мистецька цінність створюваних творів або їх інтерпретацій у формі індивідуальної або колективної творчості.

З цих позицій вважаю за доцільне провести певну аналогію професійного творчого працівника і вченого, якому притаманні деякі ознаки професійного творчого працівника.

По-перше, вчений, як і професійний творчий працівник, — це, насамперед, фізична особа, тобто громадянин України, іноземець або особа без громадянства, яка здійснює творчу діяльність: наукову або

¹ Збірник законодавчих актів України з питань легалізації об'єднань громадян та реєстрації інших громадських формувань. — К., 2001. — С. 74–86; Відом. Верхов. Ради України. — 1998. — № 52. — Ст. 312.

науково-педагогічну, тобто інтелектуальну працю у формі фундаментальних або прикладних наукових досліджень, тоді як професійний творчий працівник здійснює творчим шляхом інтелектуальну працю, результатом якої є твір або його інтерпретація в галузі культури і мистецтва. Отже, відмінність останнього виявляється у сфері його творчої діяльності, тобто в галузі і характері діяльності — культури і мистецтва, яка не пов'язана безпосередньо зі сферою науки. За таких умов є всі підстави вважати такого творчого працівника відповідним професійним творчим працівником, якщо його діяльність не базується на трудових відносинах. Здійснення наукових досліджень (фундаментальних чи прикладних) за трудовим договором (контрактом) із науковою установою дає підстави вважати такого працівника науковим працівником.

Таким чином, є всі підстави стверджувати, що кожний вчений за логікою чинного законодавства є в той же час творчим працівником, беручи до уваги, що в епіцентрі його занять (діяльності) закладена саме інтелектуальна наукова творча праця, основу якої складає процес пізнання, що базується на вивченні, аналізі, синтезі, порівнянні, систематизації та диференціації відповідних знань (наукових, практичних тощо). Разом з тим не кожний професійний творчий працівник вважається вченим, оскільки сфера його професійної діяльності обмежується професійними знаннями у сфері культури і мистецтва, що дозволяють йому створювати відповідні твори або їх інтерпретувати (аранжувати, виконувати тощо).

Проте очевидним є той юридичний факт, що творча діяльність є характерною для вченого і професійного творчого працівника, хоча методологія такої діяльності за своєю спрямованістю і змістом є різною, оскільки базується на відмінних методах творчої діяльності.

По-друге, творча науково-дослідна діяльність, відповідно, для вченого, і професійна — для творчого працівника в галузі культури і мистецтва складають квінтесенцію їх основного професійного заняття з тією різницею, що для вчених Законом про наукову і науково-технічну діяльність на цьому не акцентується увага. Хоча зрозуміло, що для вченого його наукова діяльність складає основне його професійне кредо і матеріальну основу його життєдіяльності, реалізуючи яку він отримує винагороду, при цьому не лише за сам процес наукової роботи, але й за досягнуті результати такої діяльності, що відбивається у відповідному договорі на виконання наукової, зокрема науково-дослідної роботи, договору на наукове керівництво або консультування аспірантів, пошуку-

вачів та докторантів, незалежно від форми її реалізації відповідно до індивідуальної або колективної творчості.

При цьому колективна творчість вченого реалізується, як правило, у діяльності наукових творчих колективів, часто пов'язаної з його участю у складі наукових, науково-правничих шкіл. До того ж саме наукова колективна творчість має найвищий науковий результат, що дозволяє оперативно вирішувати проблеми фундаментальних та прикладних наукових досліджень, особливо в частині виконання пріоритетних науково-дослідних розробок, у яких з найбільшою ефективністю реалізується принцип свободи наукової творчості вченого. До цього додам, що для наукового працівника, діяльність якого реалізується виключно на підставі трудового договору, колективна наукова праця не завжди залежить від дослідницького наукового результату, оскільки обумовлюється виключно результатом оплати праці відповідно до займаної посади науковця або науково-педагогічного працівника.

Останній аспект має не лише науково-прикладне, оціночне, але й, особливо, ціннісне значення, оскільки характеризує результативність творчої діяльності та її мотиваційні чинники стимулятивного чи дестимулятивного спрямування. Звісно, що поєднання процесу науково-дослідної роботи, наукового дослідження із якістю досягнутого результату суттєво спрямовує внутрішню мотивацію вченого, творчий колектив вчених чи професійних творчих працівників. Таким чином, правова норма набуває ціннісно-мотиваційного значення творчої праці, спрямованої на досягнення якісного результату наукового дослідження у формі відповідного наукового або художнього, музичного тощо твору і обумовлює відповідальність вченого або об'єднання вчених і відповідну наукову школу за результат своєї наукової діяльності.

По-третє, особливе ціннісно-правове значення має правова установка щодо векторності творчої діяльності на отримання результату творчості: для вчених та їх наукових творчих об'єднань на отримання нових знань у формі відповідного наукового твору, для професійних творчих працівників — відповідного твору або його інтерпретації, що мають прикладний характер та збагачують сферу культури і мистецтва або мають культурно-мистецьку цінність.

Очевидна й різниця у сучасному правовому регулюванні творчої діяльності наукових творчих колективів у формі наукової школи і професійних творчих працівників, оскільки для перших характерним є отримання нових наукових знань, що, звісно, доповнюють та збагачують

відповідну науку, тобто вносять науковий вклад у наукову творчу скарбницю, в той час як творча діяльність професійних творчих працівників передбачає отримання твору або його інтерпретації, що мають *культурно-мистецьку цінність* (виділено мною. — В. А.) відповідно до вимог Закону України про професійних творчих працівників та творчі спілки від 7 жовтня 1997 р.

Зазначене законодавче положення, що підкреслює ціннісне значення створюваних творів професійними творчими працівниками або відповідним творчим колективом, має надзвичайно важливу аксіологічно-кодифікаційну спрямованість у процесі подальшої кодифікації законодавства про наукові школи.

Отже, важливо, щоби запропонований до розробки та прийняття кодифікований Закон про наукові школи, як і Закон про наукову і науково-технічну діяльність містив приписи щодо визначення вчених науково-правничих шкіл у частині *«отримання нових знань, що мають важливу наукову і суспільну цінність та вносять вклад у розвиток відповідної науки і можуть стати юридичною підставою для визнання та підвищення наукової кваліфікації вченого відповідної наукової школи»* (виділено мною. — В. А.).

Підкреслене положення є надзвичайно цінним і мотиваційно-стимулюючим чинником поповнення сучасної, зокрема правової науки, талановитою та обдарованою творчою молоддю. Справа у тому, що чи не єдиним юридичним фактом і процедурою визнання наукової кваліфікації вченого є написання та прилюдний захист кандидатської або докторської дисертації у встановленому законодавством порядку. Цьому, як правило, передує, зокрема захист кандидатської дисертації, складання кандидатських мінімумів (іспитів) перед комісією вищого навчального закладу III–IV рівня акредитації або наукової установи з філософії, іноземної мови та наукової дисципліни за спеціальністю кандидатської дисертації відповідно до Порядку присудження наукових ступенів і присвоєння вченого звання старшого наукового співробітника, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 7 березня 2007 р. № 423¹ (постанова про затвердження Порядку присудження наукових ступенів і присвоєння вчених звань від 20 травня 1992 р. № 257 втратила чинність на підставі вказаної постанови Кабінету Міністрів України від 7 березня 2007 р. № 423) та Положення про підготовку науково-педагогічних і наукових кадрів, затверджених постановою Кабінету Міністрів Украї-

¹ Офіц. вісн. України. – 2007. – № 18. – Ст. 731.

ни від 1 березня 1999 р. № 309¹. Такий порядок було запроваджено ще з періоду радянської доби, а з утворенням незалежних республік цей порядок було привнесено у законодавство України і, очевидно, він так органічно вписався у бюрократичну систему управління наукою, що ніхто і досі не збирається його змінювати.

Проте і сьогодні ніхто із вчених не може логічно і зрозуміло пояснити необхідність складання іспитів з філософії та іноземної мови і заліку з основ інформатики та який вони мають вплив на формування світогляду вченого, який, ще навчаючись у вищому навчальному закладі, складав заліки або іспити з цих предметів, які входять, до речі, до основних нормативних (обов'язкових) курсів навчання².

Однак при цьому майже зовсім не береться до уваги дійсний науково-творчий доробок вченого з дослідження ним особисто або у складі наукових творчих колективів наукових проблем, їх розв'язання і формулювання наукових положень та висновків, що і має надзвичайне наукове значення для поглиблення відповідної науки та примноження її фундаментальних і прикладних досягнень, визнаних науковою спільнотою як таких, що вносять неоціненний вклад у її розвиток та збагачують відповідну практику.

Досить важливо і те, що результати науково-дослідної роботи, оформлені у вигляді відповідного наукового твору — монографії, колективної наукової праці, наукового (анотованого чи аналітичного) звіту, підготовленої наукової доктрини, концепції, законопроекту, проекту державної чи регіональної програми тощо мають цінне науково-правниче значення, що підлягають державній реєстрації і можуть вважатися і захищатися за відповідними правовими процедурами як об'єкти права інтелектуальної, промислової або змішаної власності, що само по собі становить духовну або матеріальну цінність для вчених-розробників та замовників такої наукової продукції, незалежно від того, ким виступають, відповідно, держава, органи місцевого самоврядування (територіальна громада, державні чи комунальні інституції, наукові установи, засновані на різних формах права власності, громадські, в тому числі наукові організації) або фізичні особи.

¹ Офіц. вісн. України. – 1999. – № 9. – С. 71.

² Парадокс цієї ситуації в тому, що пошукувачі кандидатських ступенів з філософії, іноземних мов, що складали відповідні предмети навчального курсу, випускні іспити, змушені втретє, а то й вчетверте перекладати їх, щоб отримати відповідне свідоцтво про наявний кваліфікаційний рівень знань, а точніше, «складання» цих предметів.

Інколи такі наукові дослідження за участю молодих вчених сягають національного і навіть світового рівня, але це зовсім не позначається, принаймні формально-юридично, на рівні кваліфікації вченого, що бере участь у наукових дослідженнях у складі наукових, науково-правничих шкіл світового рівня, оскільки вимога щодо написання наукової праці у формі кандидатської чи докторської дисертації залишається незмінною, з чим навряд чи можна погодитися, а відтак, у процесі кодифікації законодавства про наукові школи відзначені аспекти мають знайти своє позитивне вирішення. Тим більше, що визначальною ознакою вченого є не просто участь у проведенні фундаментальних досліджень, а обов'язково й отримання наукового результату за умови, що він (результат) має науково-теоретичну або науково-прикладну цінність і сприяє подальшому розвитку відповідної науки.

Отже, ціннісний аспект отриманого наукового результату вченого має бути законодавчо поєднаним із проведенням фундаментальних або прикладних наукових досліджень, що умотивовує якісну та результативну інтелектуальну творчу діяльність не лише окремого вченого, але й наукових творчих колективів, визнаних науковими школами світового, національного або регіонального рівня.

Передбачивши у процесі кодифікації зазначені ціннісні аспекти, законодавець тим самим законодавчо формалізує мотиваційно-стимулюючу інтелектуальну творчу ознаку вченого, піднесе на новий науковий рівень їх роль та значення у колективній творчій співпраці відповідних наукових шкіл.

По-четверте, характерною ознакою, що об'єднує у правовому статусі вченого і професійного творчого працівника в галузі культури і мистецтва, доцільно визнати *незалежність здійснення їх, відповідно, наукової та професійної творчої діяльності від будь-яких юридично оформлених трудових правовідносин* (виділено мною. — В. А.).

Це є визначальним юридично значущим чинником вільного вибору форм і методів, відповідно, наукової і професійної творчої діяльності працівників у галузі науки і мистецтва, що дає їм вільний вибір організаційно-правових форм здійснення колективної творчої праці шляхом об'єднання творчих зусиль у наукових творчих постійних або тимчасових колективах, групах, формування наукових, науково-правничих шкіл, утворення наукових творчих і професійно-творчих громадських організацій та творчих об'єднань.

Т. Дідич, кандидат юридичних наук,
доцент кафедри теорії та історії держави і права Київського університету
права НАН України

Концептуалізація нормопроєктування в контексті модернізації правотворчості (теоретико-правовий аспект)

Проведення реформування законодавчої бази в Україні вимагає не лише предметної практичної діяльності по оновленню законодавства, а й активізації наукових досліджень теоретичних підвалин явища нормопроєктування, що становить підґрунтя для формування нових, більш досконалих моделей (шляхів) проведення нормопроєктної роботи та націлене на забезпечення системності і комплексності розвитку системи нормативно-правових актів. У сучасній юридичній літературі в контексті вдосконалення нормопроєктної роботи неодноразово ставилося питання щодо підвищення якості проєктів нормативно-правових актів, оскільки хаотичний процес розробки проєктів юридичних документів негативно впливає на стан законодавчої бази держави, породжуючи її безсистемний розвиток. На вказаних проблемах сучасного законодавства України зосереджує увагу Ю. С. Шемшученко, серед яких вчений виокремлює такі характерні аспекти: безсистемний розвиток законодавства, його суперечність; неврегульованість багатьох сфер суспільних відносин; наявність диспропорції у співвідношенні між законами і підзаконними актами на користь останніх; недостатній рівень наукової обґрунтованості, перебільшена декларативність та безадресність діючих законодавчих актів, а також відсутність ефективних механізмів реалізації правових приписів¹. Такий стан розвитку законодавства вимагає негайного комплексного вдосконалення процесу правотворчості.

Поліпшення механізму правотворчого і нормопроєктного процесу, як правило, пов'язується вченими із розвитком інститутів уніфікації нормопроєктної діяльності, створенням модельних проєктів нормативно-правових актів, вдосконаленням інститутів правової експертизи та юридичної техніки, із втіленням концептуальних засад побудови про-

¹ Див.: Шемшученко Ю. С. Теоретичні засади концепції розвитку законодавства України // Концепція розвитку законодавства України: матеріали наук.-практ. конф. / За ред. В. Ф. Опришка. – К., 1996. – С. 40–42.

ектів нормативно-правових актів, а саме, із запровадженням обов'язкового інституту розробки концепції проекту нормативно-правового акта, що виконує роль системоутворюючого (гарантуючого) фактора, а також із заснованістю нормопроєктування на концептуальних положеннях, що розроблені юридичною наукою.

У юридичній літературі майже відсутні наукові дослідження феномену концепції проекту нормативно-правового акта, лише деякі сучасні наукові джерела містять окремі згадки про позитивний вплив попереднього затвердження концепції законопроектів з метою забезпечення тісного взаємозв'язку між волевиявленням правотворця та втіленням його волі у змісті юридичного документа за допомогою діяльності суб'єкта нормопроєктування. Тим самим на концепцію проекту нормативно-правового акта покладається завдання забезпечити створення чіткого та структурованого тексту «належної та вираженої нормативної щільності, що містив би лише усі необхідні норми»¹. А. А. Соколова окремо звертає увагу на той факт, що сам «законодавець повинен здійснювати ретельний аналіз соціальних факторів (відносин), на які буде націлене правове регулювання, та попередньо розробляти наукову концепцію нормативно-правового акта»². Вченим підкреслюється визначальне значення законотворця як одного з основних суб'єктів, що здійснює аналіз специфіки суспільного розвитку та потреб у правовому регулюванні тих або інших суспільних відносин та приймає рішення про розробку проектів відповідних нормативно-правових актів, основою для чого є затверджена ним «наукова концепція нормативно-правового акта». За своєю сутністю концепція проекту нормативно-правового акта має документальну форму закріплення та надає певний план майбутнього нормативно-правового акта³. На думку І. Ф. Казьміна, розробка концепції проекту нормативно-правового акта передбачає визначення загальної задумки та основних ідей правотворця, а також надання загальної характеристики та плану майбутнього акта⁴. Враховуючи вказані підходи до розуміння сутності концепції проекту юридичного документа, на нашу думку, концепція проекту нормативно-правового акта визначає основну ідею змі-

¹ Ковальський В. С., Козинцев І. П. Правотворчість: теоретичні та логічні засади. – К., 2005. – С. 90.

² Соколова А. А. Социальные аспекты правообразования: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – Мн., 2003. – С. 12.

³ Основы теории права и государства в вопросах и ответах: Учеб. пособие. – Х., 2002. – С. 176.

⁴ Казьмин И. Ф. Подготовка научной концепции законопроекта (Методологические вопросы) // Сов. государство и право. – 1985. – № 3. – С. 28.

ни правового регулювання, що має бути втілена у змісті проекту нормативно-правового акта в тій або іншій формі, а завданням нормопроєктувальника є забезпечення найбільш повного юридичного оформлення (закріплення) волі правотворця, шляхом моделювання найбільш оптимальної форми поведінки суб'єктів суспільних відносин та її (форми) закріплення у змісті проекту акта.

Проаналізовані нами юридичні наукові джерела, які присвячені проблематиці правоутворення, правотворчості та нормопроєктування, не містять окремі комплексні дослідження проблем сутності та порядку застосування концепцій проектів нормативно-правових актів. У загальному вигляді поняття «концепція» визначається в літературі як виклад фахівцями провідної ідеї, точки зору, що стосується того чи іншого правового явища¹. Енциклопедичні видання окремо категорію «концепція проекту нормативно-правового акта» не виділяють, однак містять визначення поняття «концепція правова» (лат. *conceptio* — сукупність, система), яка характеризується як певна провідна ідея, точка зору на те або інше правове явище². Трансформуючи надане визначення поняття «концепція правова» на феномен концепції проекту нормативно-правового акта, можна зробити висновок, що концепція проекту юридичного документа за своєю природою являє собою певну вихідну ідею (точку зору) законодавця (правотворця) щодо зміни правового регулювання суспільних відносин, яке набуває певної форми у вигляді проекту нормативно-правового акта. Чинне законодавство, що регламентує правотворчий процес в Україні, взагалі не виокремлює інститут концепції проекту юридичного документа. Відповідно до останніх змін Тимчасового регламенту Кабінету Міністрів України законодавство відходить від поняття «концепції нормативно-правового акта» та вводить таку категорію, як «концептуальні засади формування державної політики», змістом якої є певна сукупність вичерпної інформації для прийняття оптимального варіанту розв'язання проблеми (стратегії дій, підходу) у відповідній сфері суспільного життя та удосконалення нормативно-правової бази у цій сфері³.

¹ Див.: Ковальський В. С., Козинцев І. П. Правотворчість: теоретичні та логічні засади. — К., 2005. — С. 90.

² Юридична енциклопедія: в 6 т. / Ред. кол.: Ю. С. Шемшученко (голова ред. кол.) та ін. — К., 2001. — Т. 3. — С. 339.

³ Тимчасовий регламент Кабінету Міністрів України, затверджений Постановою Кабінету Міністрів України «Про затвердження Тимчасового регламенту Кабінету Міністрів України» від 5 червня 2000 р. № 915 // Офіц. вісн. України. — 2000. — № 24. — Ст. 994.

У юридичній літературі аргументується думка, що правотворчість бере свій початок саме з моменту розробки концепції проекту нормативно-правового акта, що являє собою «визначений спосіб розуміння, тлумачення будь-якого явища; певна точка зору або керівна ідея чи конструктивний принцип». Саме перед тим, як розпочати роботу по підготовці законопроекту, необхідно розробити його концепцію у вигляді «сукупності основних конструктивних принципів цього явища, за допомогою яких здійснюється певна реалізація «задумки» з розробки закону»¹. Враховуючи вищезазначене, процес розробки концепції проекту нормативно-правового акта має знайти своє місце серед основних стадій правотворчості взагалі та серед стадій нормопроєктування зокрема. Визначення місця стадії концептуального забезпечення розробки проекту нормативно-правового акта надасть змогу встановити специфіку цього явища та сприяти ефективному застосуванню концепцій проєктів з метою підвищення їх якості та забезпечення системного розвитку законодавчої бази.

На нашу думку, процес розробки концепції проекту нормативно-правового акта, а також і затвердження концепції характеризується як окремий етап (стадія) нормопроєктування, оскільки є діяльністю процедурною та має результативний характер — наявність розробленої та затвердженої концепції проекту юридичного документа. Вказана стадія розробки і затвердження концепції проекту нормативно-правового акта починається з моменту усвідомлення правотворцем необхідності зміни правового регулювання у формі прийняття рішення про розробку проєкту нормативно-правового акта та характеризується процесом узагальнення отриманих знань нормопроєктувальниками і суб'єктами правотворчості або суб'єктами правотворчої ініціативи щодо визначення основних засад правового регулювання у вигляді певного проєкту юридичного документа(ів). За змістом концепція нормативно-правового акта складається з вимог, що висуваються до проєкту нормативно-правового акта та до діяльності нормопроєктувальника. Концепція проєкту нормативно-правового акта є формальною підставою для проведення безпосередньої розробки тексту проєкту, а також є специфічним критерієм для визначення якості нормопроєктної діяльності і проєкту нормативно-правового акта на предмет його відповідності початковому волевиявленню правотворця. Саме концепція нормативно-правового

¹ Основы теории права и государства в вопросах и ответах: Учеб. пособие. — Харьков, 2002. — С. 175.

акта є тим критерієм, якому має відповідати проект нормативно-правового акта, що розробляється. Зміст концепції проекту юридичного документа має базуватися на інформації, що була отримана нормопроектувальниками і правотворцем на попередніх стадіях.

Завершенням цієї стадії є прийняття самої концепції та доведення її змісту до відома суб'єкта нормопроектування, а також включення її до супровідної документації проекту нормативно-правового акта. Сама концепція проекту нормативно-правового акта являє собою певний специфічний документ, що має внутрішній характер та є обов'язковим для суб'єктів нормопроектування, також містить наступні елементи:

- наявність чітко визначеної мети, яку заплановано досягти в результаті розробки і прийняття нормативно-правового акта;
- визначення наслідків розробки, прийняття і подальшого введення в дію юридичного документа;
- визначення виду нормативно-правового акта, проект якого має бути розроблений нормопроектувальниками, та місце майбутнього юридичного документа в системі законодавства;
- загальне визначення фактичного стану та тенденцій правового регулювання відповідної сфери суспільних відносин, а також фіксацію результатів аналізу ефективності діючого законодавства із вказівкою на його недоліки;
- визначення певних побажань щодо змісту проекту нормативно-правового акта та альтернативних проектів.

Слід погодитись із тими вченими, які визначають принциповий характер розробки та затвердження концепцій проектів юридичних документів для підвищення їх якісних показників. При цьому зауважимо, що правове регулювання процесу розробки та затвердження концепцій проектів юридичних документів на сьогодні майже відсутнє. Чинне законодавство України не висуває обов'язкової вимоги затвердження концепції проекту нормативно-правового акта навіть на законотворчому рівні. Справедливим є зауваження вчених про те, що «усунення прогалів у правовому регулюванні процесу розробки концепцій юридичних документів дозволить більш ефективно використовувати її потенційні можливості, забезпечить якісне складання тексту проекту...»¹. На жаль, сьогодні розробка концепцій проектів юридичних документів має лише факультативне значення та може бути застосова-

¹ Вишнеvский А. Ф., Дмитрук В. Н. Теория и практика подготовки проекта нормативного правового акта. – Мн., 2005. – С. 95.

на суб'єктом правотворчості або правотворчої ініціативи з метою подальшого лобіювання проекту під час його обговорення та прийняття. Переважно вказана практика застосовується саме при проведенні законопроектної роботи.

Інститут концепції проектів нормативно-правових актів є перспективним напрямом у системі засобів удосконалення нормопроектного процесу, оскільки надає змогу, з одного боку, спростити та упорядкувати нормопроектну роботу, а з другого — забезпечити системний розвиток усього масиву нормативно-правових актів, причому основою для юридичного закріплення та розширення сфери використання концепцій проектів нормативно-правових актів мають стати результати наукових досліджень даного феномену та розроблені методичні вказівки щодо порядку розробки та затвердження наукових концепцій проектів юридичних документів.

Окрім того, заснованість нормопроектування на концептуальних засадах юридичної науки, що визначають порядок та зміст здійснення нормопроектної діяльності, є тією необхідною умовою забезпечення принципу наукової обґрунтованості як нормопроектування, так і правотворчості в цілому. Реформуючи інститут нормопроектування, необхідно враховувати й загальні тенденції його розвитку, що мають як особливості міжнародного характеру, так і відображають специфіку становлення політичної системи, тим самим становлять основу для вироблення єдиних концептуальних засад нормопроектування. Практика розвитку нормопроектного процесу в країнах «пострадянського простору» показує, що на сьогодні сформувався ряд стійких тенденцій, а саме:

1) політизація нормопроектного процесу, що пов'язана із впливом політичних сил (їхньої боротьби) на етапі нормопроектного процесу щодо створення проектів юридичних документів, у яких відображатимуться політичні волевиявлення правлячої або опозиційної політичної сили. Причому однією з форм цього політичного протистояння є можливість формування базового проекту юридичного документа, альтернативного проекту, внесення поправок, пропозицій, блокування роботи робочих груп тощо;

2) поширення практико-прикладного, корпоративного характеру нормопроектування, що стає засобом в руках правлячої сили (політичної, корпоративної, фінансової та ін.) щодо лобіювання інтересів за допомогою розробки відповідного проекту документа (пакета проектів у рамках інституту пакетного нормопроектування), його обґрунтування за допомогою аналітичних висновків, наукових експертиз і погоджень

з метою подальшої реалізації на законодавчому рівні тих або інших лобістських інтересів;

3) подальша централізація нормопроєктної діяльності шляхом її здійснення або самим правотворчим органом, або його структурним підрозділом, що у свою чергу веде до «поглинання» нормопроєктного етапу загальною діяльністю з прийняття нормативно-правового акта;

4) інтеграційний характер нормопроєктування, що пов'язаний з необхідністю враховувати тенденції розвитку міжнародного права, положення чинних міжнародних договорів, модельних документів, котрі мають як загальнообов'язковий, так і факультативний характер, що підкріплено авторитетом «світових держав», міжнародних організацій тощо;

5) координаційно-програмний характер нормопроєктного процесу, що виявляється в необхідності вироблення єдиної програми розвитку законодавчих баз різних держав у тій або іншій сфері суспільних відносин, які мають значення для розвитку міждержавних інтересів (у сфері оподаткування, митних режимів, міграційної політики тощо);

6) концептуалізація нормопроєктування, що передбачає проведення нормопроєктної роботи на основі єдиних принципів і правил з метою формування системності законодавчої бази та забезпечення комплексності правового регулювання.

Підбиваючи підсумки, можна зазначити, що необхідно вдосконалити рівень теоретико-наукової бази, що характеризує інститут нормопроєктування. Це надасть можливість конструктивніше підійти до проблем розвитку правового регулювання тих або інших сфер суспільних відносин, розробки проектів нормативно-правових актів, проведення їх правової експертизи, подальшого розгляду, прийняття, введення в дію та реалізації закріплених правових норм.

В. Скрипнюк, кандидат юридичних наук, доцент кафедри державно-правових дисциплін Національного університету «Острозька академія»

Демократизація державної влади і проблеми становлення системи місцевого самоврядування в Україні

Цілком очевидно, що питання, пов'язані з визначенням поняття, місця та ролі органів місцевого самоврядування в процесі реалізації державної влади, є одними з центральних, що об'єктивно постали сьогодні як перед зарубіжною, так і перед вітчизняною юридичною наукою. При цьому значна кількість змістовних наукових розробок, що з'явилися в Україні останнім часом з приводу тих чи інших проблем місцевого самоврядування, авторами яких є насамперед провідні українські фахівці в галузі конституційного права, свідчать не лише про тимчасову актуальність цієї теми, але й про реальну необхідність її дослідження в контексті здійснюваної в Україні державно-правової реформи. Фактично проблема науково-теоретичного дослідження процесів становлення системи місцевого самоврядування пов'язана принаймні з двома питаннями, які часто досліджуються окремо одне від одного. З одного боку, це формування в Україні демократичної системи державної влади, оскільки як таке місцеве самоврядування є «укоріненим і суттєвим елементом всіх без винятку демократичних систем урядування»¹, а з другого боку — становлення громадянського суспільства. Це пояснюється тим, як зазначає І. Дробуш, що місцеве самоврядування одночасно містить в собі елементи як державної влади, так і громадського утворення².

По суті, подібне специфічне положення місцевого самоврядування, яке дозволяє створити механізм оптимального сполучення інтересів і прав людини і громадянина та місцевих, регіональних і загальнодержавних інтересів³, відбито вже на рівні його понятійного визначення.

¹ Ткачук А., Агранофф Р., Браун Т. Місцеве самоврядування: світовий та український досвід. — К., 1997. — С. 8.

² Дробуш І. В. Поняття функцій представницьких органів місцевого самоврядування в Україні // Держава і право. — 2001. — Вип. 9. — С. 178.

³ Див.: Прієшкіна О. В. Місцеве самоврядування в Україні та проблеми розвитку його правової бази // Держава і право. — 2001. — Вип. 9. — С. 168.

Так, наприклад, на думку Ю. Тихомирова, місцеве самоврядування — це перспективна форма демократизації та формування нової «публічності», коли органічно поєднуються інтереси особистості, колективу та суспільства, і якій властиві ознаки: а) формування населенням на основі виборів; б) самостійної, але в межах закону діяльності та в) включення в загальну систему державного управління шляхом субординації діяльності органів місцевого самоврядування з представниками урядової влади¹. У визначенні І. Видріна та А. Кокотова місцеве самоврядування тлумачиться як процес управління територіальними спільнотами, який засновано на принципах: сполучення представницьких інститутів та інститутів безпосередньої демократії, надання всім суб'єктам територіальних громад широких можливостей щодо реалізації власних інтересів та політико-правової зв'язаності діяльності органів місцевого самоврядування з інтересами мешканців відповідної території².

Проте, досліджуючи політико-правову сутність і зміст поняття місцевого самоврядування, слід звернутися не лише до тих чи інших дефініцій, але й до тих методологічних підходів, які дозволяють всебічно уявити розглядуване нами поняття і продемонструвати його зв'язок з теорією демократичної організації влади, державного управління, громадянського суспільства тощо.

Так, одним з найбільш цікавих і методологічно обґрунтованих підходів до розуміння сутності місцевого самоврядування в контексті розбудови системи демократичної державної влади є його тлумачення через поняття демократичної децентралізації, під якою, як зазначає М. Корнієнко, розуміють «деволюцію» частини державної виконавчої влади на рівень населення відповідних адміністративно-територіальних одиниць: територіальних громад, територіальних колективів та тих органів, які воно обирає³. При цьому він пропонує розмежовувати такі поняття, як «демократична децентралізація» та «децентралізація адміністративна», коли на місцях створюються спеціальні урядові органи, що наділяються повноваженнями здійснення виконавчої влади⁴. Таку саму думку, хоча й дещо в іншій термінології, висловлює А. Осавелюк, який пропонує чітко відмежовувати поняття «місцевого врядування»: управлінська ді-

¹ Тихомиров Ю. А. Публичное право. — М., 1995. — С. 121–125.

² Видрин И. В., Кокотов А. Н. Муниципальное право России. — М., 1999. — С. 33.

³ Конституційне право України // За ред. В. Я. Тація, В. Ф. Погорілка, Ю. М. Тодики. — К., 1999. — С. 351.

⁴ Там само. — С. 641.

яльність на рівні місцевих територіальних одиниць, яка здійснюється центральною владою чи адміністрацією вищестоящего територіального рівня управління та «місцевого самоврядування», діяльність самого населення чи територіального колективу та його виборних органів щодо управління власними справами¹. У визначенні, яке пропонують П. Біленчук та В. Кравченко, це фіксується через співвідношення понять «місцевого самоврядування» та «місцевого управління», причому останнє розуміється як управлінська діяльність в адміністративно-територіальній одиниці, яка здійснюється через адміністрацію, що призначається центральними або іншими вищими органами державної влади².

Так саме, виходячи з проблеми взаємозв'язку між органами місцевого самоврядування та державою, зміст цього поняття визначають Б. Ольховський та В. Єрмолаєв, на думку яких ключовим питанням теорії місцевого самоврядування є встановлення балансу взаємодії держави та органів місцевого самоврядування. Зокрема, запропонована ними схема може бути подана таким чином: місцеве самоврядування володіє власною компетенцією і діє самостійно в її межах, але на державному рівні законодавчо визначаються рамкові обмеження здійснення самоврядування, хоча органи державної влади не мають права втручатися в діяльність місцевого самоврядування, якщо вона здійснюється відповідно до чинного законодавства³.

Схожої позиції щодо визначення процесів функціонування систем місцевого самоврядування дотримується і М. Баглай. Місцеве самоврядування він визначає як «систему створюваних громадянами органів для вирішення питань місцевого значення»⁴. Зокрема, порівнюючи типи взаємодії між місцевими органами влади та органами державної виконавчої влади, він пропонує виділяти три основні організаційні моделі систем самоврядування: а) ті, в яких муніципальні органи в межах своєї компетенції вирішують усі питання; б) ті, в яких законодавчо припускається можливість втручання центральних органів державної влади в діяльність органів місцевого самоврядування чи то через спеціальних

¹ Конституционное (государственное) право зарубежных стран / Ред. Б. А. Страшун. – М., 1995. – Т. 1–2. – С. 697–698.

² Біленчук П. Д., Кравченко В. В., Підмогильний М. В. Місцеве самоврядування в Україні. – К., 2000. – С. 12–13.

³ Ольховський Б. І., Єрмолаєв В. М. Місцеве самоврядування в Україні. – Х., 1998. – С. 4.

⁴ Баглай М. В. Конституционное право Российской Федерации. – М., 1997. – С. 709.

представників, чи то в інших формах; в) ті, в яких органи місцевого самоврядування діють за дорученням державної влади, а територіальні громади самостійно вирішують проблеми відповідно до законів. Хоч, по суті, подібна класифікаційна модель, на нашу думку, лише відтворює розподіл на три основних типи систем місцевого самоврядування, які сформувалися на сьогоднішній день і які реалізовано в різних політико-правових системах. Мається на увазі англосаксонська, французька та німецька моделі, чи інтегровані системи місцевого самоврядування: регіональні і місцеві органи влади контролюються представником центру на кшталт префекта, який відповідає за надання місцевих послуг; протиположним йому є виборні чиновники органів місцевого самоврядування, але вони обмежені у своїх повноваженнях, оскільки є зв'язаними з державною політикою, яку проводить префект, дуальні системи: у цій системі місцеве самоврядування здійснюється комітетами, а відповідальність за урядування несе виборна рада в цілому та системи межованої ієрархії: місцеві та регіональні органи мають значну автономію, а виборні мери і ради несуть колективну відповідальність; водночас центральна влада може мати значний юридичний та фінансовий вплив на місцеві органи¹.

Та сама проблема взаємодії органів місцевого самоврядування та держави, але розглянута в більш широкому контексті визначення статусу органів місцевого самоврядування, дозволяє сформулювати принаймні дві концепції розуміння місцевого самоврядування, які можна умовно визначити як «державницьку» та «громадівську»², хоча деякі дослідники висловлюють думку щодо доречності виділення третьої — «державницько-громадівської» концепції. Відповідно до першої з них, територіальні громади мають виконувати функції державного управління шляхом набуття частини функцій та повноважень державної влади. Зрозуміло, що у цьому випадку місцеве самоврядування розглядається як найнижча ланка в системі державного управління, яка є цілком інтегрованою в структуру державної влади і складає один з елементів виконавчої вертикалі. З критикою подібного розуміння сутності місцевого самоврядування виступає В. Графський, який досить переконливо наголошує, що «злиття» інститутів місцевого самоврядування з державною машиною призводить до загальної деградації принципу самоврядування і посту-

¹ Див.: Андресюк Б. П. Місцеве самоврядування в сучасній Україні: проблеми і перспективи. — К., 1997. — С. 216–217.

² Колодій А. М., Олійник А. Ю. Державне будівництво і місцеве самоврядування. — К., 2000. — С. 5–6.

пового знищення цієї системи¹. На відміну від цього, громадівська (чи громадська) концепція місцевого самоврядування передбачає закріплення за територіальними колективами та їхніми органами спеціальних владних повноважень, які дозволяють розглядати їх як незалежну від держави і самостійну гілку влади. Не вдаючись до обговорення критичних аргументів щодо цієї концепції, слід зауважити лише те, що і з приводу неї висловлюється чимало зауважень як суто методологічного і теоретичного, так і практичного характеру.

Дещо інший підхід до тлумачення змісту поняття місцевого самоврядування пропонує відома українська дослідниця О. Скакун, яка виділяє цілий ряд характерних властивостей, що і становлять зміст поняття місцевого самоврядування. На її думку, до цих рис слід відносити таке: а) здійснюючи публічну владу, місцеве самоврядування тим не менш не є складовою частиною державного управління в країні; б) місцеве самоврядування поєднує в собі начала інституту громадянського суспільства та державної влади, причому органи місцевого самоврядування можуть наділятися окремими повноваженнями органів виконавчої влади та брати участь у здійсненні державних функцій; в) воно є однією з найважливіших форм народовладдя; г) є самостійним; д) підлягає різноманітним формам контролю з боку населення; е) має свій специфічний суб'єкт — населення, що проживає на певній території, та об'єкт управління — питання місцевого значення².

Ще одним способом розкриття змісту поняття місцевого самоврядування є його розгляд у контексті проблеми розподілу державної влади. У цьому сенсі не визнаючи за органами місцевого самоврядування статус елементу чи складової частини системи державних органів, до речі, відповідно до чинного українського законодавства, на що звертає увагу О. Дяченко³, службовці органів місцевого самоврядування не є формально-юридично державними службовцями, Є. Козлова та О. Кутафін, тим не менш визначають їх як одну з форм реалізації публічної влади, що наділяє ці органи такими властивостями органів державної влади, як наявність владних повноважень та обов'язковість їх рішень⁴. Хоч, на думку

¹ Графский В. Г., Ефремова Н. Н., Карпец В. И. Институты самоуправления: историко-правовое исследование. — М., 1995. — С. 5.

² Скакун О. Ф. Теория государства и права. — Харьков, 2000. — С. 113.

³ Дяченко О. Адміністративна відповідальність державних службовців та деяких інших категорій осіб // Вісн. Акад. прав. наук України. — 2000. — № 3 (22). — С. 72.

⁴ Козлова Е. И., Кутафин О. Е. Конституционное право Российской Федерации. — М., 1995. — С. 455–456.

того ж О. Кутафіна, найбільш адекватно зміст поняття місцевого самоврядування може бути відображено лише в тому випадку, якщо воно одночасно розглядатиметься у трьох аспектах: як основа конституційного ладу, як форма народовладдя та як право населення на самостійне вирішення питань місцевого значення¹. При цьому незалежно від того, в якому саме безпосередньому значенні використовується це поняття, основними принципами місцевого самоврядування в демократичній системі організації влади мають залишатися: самостійність населення у вирішенні питань місцевого значення; відокремлення місцевого самоврядування та його органів у системі державного управління; відповідність фінансових та матеріальних ресурсів місцевого самоврядування його повноваженням; відповідальність органів і посадових осіб місцевого самоврядування перед населенням; розмаїття організаційних форм здійснення місцевого самоврядування; дотримання прав і свобод людини і громадянина; законність в організації та діяльності місцевого самоврядування; гласність; державні гарантії місцевого самоврядування². Разом з тим, якщо для О. Кутафіна всі ці принципи мають, так би мовити, «рівнопорядкове» значення, то інші дослідники намагаються визначити серед них найбільш важливі. Так, зокрема, В. Куйбіда акцентує увагу на принципі самостійності, який він пропонує визначати через поняття потрібної автономії: правової — наявність у органів місцевого самоврядування власних повноважень, організаційної — можливість визначати власну внутрішню структуру та фінансової — право на володіння і розпорядження власними коштами³.

Проте, крім щойно згаданих науково-теоретичних дефініцій місцевого самоврядування, не можна не зазначити, що як таке воно набуло свого юридичного тлумачення і в багатьох нормативно-правових актах.

Так, скажімо, у переважній більшості сучасних конституцій проблемам самоврядування присвячені або окремі статті, або цілі розділи та глави. Причому це стосується не лише, так би мовити, «класичних демократій». У Конституції Франції це є статті 72–75 розд. XI, у Консти-

¹ Кутафин О. Е., Фадеев В. И. Муниципальное право Российской Федерации. — М., 1997. — С. 83.

² Там само. — С. 91–92.

³ Куйбіда В. Міське самоврядування і управління територіальним розвитком: історичні аспекти, сучасні реалії і проблеми удосконалення. — Львів, 1999. — С. 6. Також див.: Перспективи розвитку місцевого самоврядування: досвід України та Швеції. Аналітичний бюлетень. — К., 1998. — С. 13–14.

туції Іспанії — статті 140–158 розд. VIII, у Конституції Італії — статті 114–133 гл. V, у Конституції Бельгії — статті 115–140 гл. IV і т. д. Це також стосується нових держав Східної Європи та держав-учасниць СНД. Так, наприклад, у Конституції Естонії проблемам організації та діяльності органів місцевого самоврядування присвячено гл. 14 (ст. 154–160), у Конституції Литви — гл. 10 (ст. 119–124), Вірменії — гл. 7 (ст. 104–110), Азербайджану — гл. 9 (ст. 142–146), Туркменістану — розд. 4 (ст. 85–88), Білорусі — розд. 5 (ст. 117–124), Болгарії — гл. 7 (ст. 135–146), Македонії — гл. 5 (ст. 114–117), Польщі — гл. 5 (ст. 70–75), Словенії — ч. 5 (ст. 138–145), Угорщини — гл. 9 (ст. 41–44с) і т. д. При цьому повноваження органів місцевого самоврядування можуть бути закріплені або в загальному вигляді, як це сформульовано, скажімо, у ст. 154 Конституції Естонії: «органи місцевого самоврядування займаються вирішенням усіх питань місцевого життя та його устроєм», або може бути надано їх детальний перелік, що можна побачити у ст. 44а Конституції Угорщини: «органи місцевого самоврядування: незалежно регулюють і керують муніципальними справами; здійснюють право власності щодо муніципального майна, незалежно використовують прибутки муніципалітету та мають право вступати в ділові відносини на власний розсуд; наділяються правом мати свій власний прибуток; визначають види і розмір місцевих податків; утворюють свою власну організацію і визначають порядок її функціонування; мають право створювати символіку місцевого характеру та встановлювати місцеві нагороди та звання; мають право виступати з ініціативами щодо справ місцевої общини; мають право об'єднуватися з іншими органами місцевого самоврядування для спільного вирішення справ у межах своєї компетенції».

Звертаючись до системи міжнародного права, варто зауважити, що важливим кроком, який було здійснено на міжнародному рівні щодо закріплення поняття та основних принципів місцевого самоврядування, стало прийняття Всесвітньої декларації місцевого самоврядування та Європейської хартії місцевого самоврядування, від імені України її було підписано 6 листопада 1996 р. і ратифіковано у 1997 р. Законом України «Про ратифікацію Європейської хартії місцевого самоврядування». Зокрема, у ст. 3 Хартії місцеве самоврядування було визначено як право та реальну можливість органів місцевого самоврядування — це ради чи збори, які складаються з членів, яких було обрано шляхом вільного, таємного, рівного та загального голосування, — регламентувати значну частину державних справ та управляти ними, діючи в межах закону, на свою відповідальність та в інтересах місцевого населення.

При цьому окремими статтями Хартії було визначено: а) сферу компетенції місцевого самоврядування — органи місцевого самоврядування в межах, що встановлені законом, користуються повною свободою дій для здійснення власних ініціатив щодо будь-яких питань, не виключених з їх компетенції та не віднесених до компетенції інших органів влади; повноваження органів місцевого самоврядування можуть бути обмежені центральними чи регіональними органами влади лише у встановлених законом межах; б) принцип відповідності адміністративних структур цілям органів місцевого самоврядування — місцеві органи влади повинні мати можливість, не порушуючи більш загальних правових норм, самі визначати свої внутрішні адміністративні структури з тим, щоб вони відповідали місцевим потребам та забезпечували ефективне управління; в) умови реалізації повноважень на місцевому рівні — статус органів місцевого самоврядування має забезпечувати їм вільне здійснення повноважень та дозволяти отримувати відповідну матеріальну компенсацію збитків, понесених у зв'язку із здійсненням функцій місцевого самоврядування; г) принципи адміністративного контролю за діяльністю органів місцевого самоврядування — будь-який адміністративний контроль за діяльністю органів місцевого самоврядування може бути призначеним лише з метою забезпечення законності та конституційних принципів, хоч він і може включати в себе контроль вищестоящих органів влади за виконанням органами місцевого самоврядування делегованих їм повноважень; д) джерела фінансування органів місцевого самоврядування — фінансові засоби органів місцевого самоврядування — мають відповідати їх повноваженням і принаймні частина цих фінансових засобів має поступати за рахунок місцевих податків та зборів, ставки яких встановлюються в межах, визначених законом, самими органами місцевого самоврядування.

Стосовно ж системи українського законодавства, яка становить правову основу реалізації функцій місцевого самоврядування в нашій державі, то тут, безумовно, необхідно згадати Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні», ст. 4 якого закріпила такі базові принципи місцевого самоврядування в Україні, як принцип: народовладдя; законності; гласності; колегіальності; поєднання місцевих і державних інтересів; виборності; правової, організаційної та матеріально-фінансової самостійності в межах законодавчо визначених повноважень; підзвітності та відповідальності перед територіальними громадами їх органів та посадових осіб; державної підтримки та гарантії місцевого самоврядування; судового захисту прав місцевого самоврядування.

Втім як така правова основа діяльності органів місцевого самоврядування в Україні далеко не обмежується лише щойно згаданим Законом. Чи, як зазначає Б. Руснак, це, безумовно, базовий, але не єдиний законодавчий акт у цій сфері¹. У цьому сенсі слід обов'язково згадати розд. XI Конституції України (ст. 140–146) та такі закони України, як: «Про вибори депутатів місцевих рад та сільських, селищних, міських голів», «Про столицю України — місто-герой Київ», «Про всеукраїнський та місцеві референдуми», «Про статус депутатів місцевих Рад народних депутатів», «Про порядок висвітлення діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування в Україні засобами масової інформації» та ін.

Зокрема, у ст. 140 Конституції України місцеве самоврядування визначається як «право територіальної громади — жителів села чи добровільного об'єднання у сільську громаду жителів кількох сіл, селища та міста — самостійно вирішувати питання місцевого значення в межах Конституції і законів України». Що ж до перелічених законів, то, наприклад, ст. 1 Закону України «Про вибори депутатів місцевих рад та сільських, селищних, міських голів» встановлюється така важлива демократична норма, згідно з якою виборчий процес до органів місцевого самоврядування здійснюється на засадах: вільного і рівноправного висування кандидатів; рівності можливостей для всіх кандидатів у проведенні виборчої кампанії; неупередженості до кандидатів з боку органів державної влади, органів місцевого самоврядування та посадових і службових осіб цих органів; контролю за джерелами фінансування та витратами на виборчу кампанію; гласності й відкритості виборчої кампанії; свободи агітації. Не менш важливі юридичні норми, які регулюють питання статусу депутатів місцевих Рад, містяться в Законі України «Про статус депутатів місцевих Рад народних депутатів», де у ст. 10 перелічено такі права депутатів місцевих Рад, як: 1) право обирати і бути обраним до органів відповідної Ради; 2) пропонувати питання для розгляду Радою та її органами; 3) право вносити пропозиції і зауваження щодо порядку денного засідання Ради та її органів, порядку розгляду обговорюваних питань та їх суті; 4) право вносити для розгляду проекти рішень, інших документів, що приймаються Радою або її органами, поправки до них; 5) право висловлювати думку щодо персонального складу утворюваних Радою органів і кандидатур посадових осіб, які

¹ Руснак Б. Координаційні ради – шлях до успіху // Місцеве самоврядування в Україні. Закон, практика, проблеми. – К., 2000. – С. 11.

обираються, призначаються або затверджуються Радою; 6) право порушувати питання про недовіру органам, утвореним Радою, особам, які входять до їх складу, а також особам, яких обрано, призначено або затверджено Радою; 7) право брати участь у дебатах, звертатися із запитами, ставити запитання доповідачам, співдоповідачам, головуючому на засіданні; 8) право вносити пропозиції про заслуховування на пленарному засіданні Ради звіту чи інформації будь-якого органу або посадової особи, підзвітних чи підконтрольних Раді, а також з питань, що входять до компетенції відповідної Ради, інших органів і посадових осіб, які діють на її території; 9) право виступати з обґрунтуванням своїх пропозицій та з мотивів голосування, давати довідки; 10) право оголошувати на засіданнях Ради та її органів у встановленому Радою порядку тексти звернень, заяв, резолюцій, петицій громадян чи їх об'єднань, якщо вони мають суспільне значення.

Хоч, безумовно, процеси розвитку правової основи місцевого самоврядування в Україні не можна обмежувати виключно нині чинним законодавством. Адже як такі питання місцевого самоврядування фактично ніколи не залишались поза процесом реалізації правотворчої діяльності. Так, скажімо в Конституційному Договорі між Верховною Радою України та Президентом України «Про основні засади організації функціонування державної влади і місцевого самоврядування в Україні на період до прийняття нової Конституції України» весь розд. VII було присвячено організації та діяльності місцевих органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування. Зокрема, у ст. 49 до компетенції органів місцевого самоврядування було віднесено: розробку, затвердження і виконання бюджетів відповідних адміністративно-територіальних одиниць згідно з чинним законодавством; встановлення передбачених законом місцевих податків і зборів; розпорядження комунальною власністю; організацію та проведення місцевих референдумів; сприяння додержанню Конституції та законів України, указів і розпоряджень Президента України, постанов і розпоряджень Уряду України; здійснення інших повноважень, встановлених законодавством.

Так саме питання визначення змісту та сутності місцевого самоврядування, організації та повноважень органів місцевого самоврядування ставали предметом серйозних обговорень під час розробки різних проектів Конституції України. На жаль, зараз часто забувають про те, що в перших проектах Конституції було висунуто цілий ряд важливих положень щодо організації системи місцевого самоврядування.

Разом з тим процес правового забезпечення діяльності органів місцевого самоврядування відзначився й значною активністю з боку виконавчої влади та глави держави. Так, серед нормативно-правових актів, що були прийняті Кабінетом Міністрів України, варто згадати хоча б постанови «Про фінансове забезпечення діяльності органів місцевого самоврядування», «Про умови оплати праці працівників органів місцевого самоврядування та їх виконавчих органів», «Про затвердження Положення про реєстрацію асоціацій та інших добровільних об'єднань органів місцевого самоврядування». Що ж до інституту глави держави, то тут не можна оминати увагою Укази Президента «Про зміцнення економічних основ самоврядування міст України», «Про положення про Фонд сприяння місцевому самоврядуванню України та склад його правління», «Про Координаційну раду з питань місцевого самоврядування», «Про заходи щодо підтримки українсько-шведського проекту розвитку місцевого самоврядування в місті Ірпіні», «Про впорядкування внутрішніх та зовнішніх запозичень, що проводяться органами місцевого самоврядування» тощо. Так, наприклад, у Положенні про робочу групу з проведення реформи місцевих органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування та державної служби, затвердженому Указом Президента України від 10 вересня 1998 р., серед основних завдань робочої групи було названо: визначення першочергових заходів та організаційно-правових засад проведення реформи органів місцевого самоврядування; організація та координація підготовки органами виконавчої влади проектів нормативно-правових актів з питань реформування органів місцевого самоврядування; розроблення механізму впровадження реформи органів місцевого самоврядування, аналіз ходу й визначення строків її впровадження та контроль за їх додержанням; організація підготовки експертних оцінок та попередній розгляд проектів нормативно-правових актів з питань реформи органів місцевого самоврядування; інформування Державної комісії з проведення в Україні адміністративної реформи про хід реалізації заходів щодо впровадження положень Концепції адміністративної реформи в Україні в частині проведення реформи органів місцевого самоврядування; внесення Державній комісії з проведення в Україні адміністративної реформи пропозицій щодо прийняття в установленому порядку нормативно-правових актів, необхідних для проведення реформи органів місцевого самоврядування та державної служби; розгляд пропозицій органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування щодо підвищення ефективності проведення реформи органів місцевого самоврядування; сприяння

проведенню аналітичної та науково-методичної роботи в наукових установах, спрямованій на відстеження процесів проведення реформи органів місцевого самоврядування; організація розробки проектів програм наукового, матеріально-технічного, фінансового та кадрового забезпечення проведення реформи органів місцевого самоврядування.

Таким чином, узагальнюючи здобуті у дослідженні результати процесів правового забезпечення діяльності систем місцевого самоврядування в контексті проблеми формування демократичної державної влади можна сформулювати наступні положення. По-перше, правове закріплення поняття та основних принципів здійснення повноважень місцевого самоврядування далеко не завжди означає наявність єдиного погляду щодо змісту та сутності цього терміна. Більше того, різноманітні організаційні форми здійснення органами місцевого самоврядування своїх повноважень свідчать про відсутність єдиної та універсальної — так би мовити, на всі випадки — моделі місцевого самоврядування. У цьому сенсі на процеси становлення і розвитку системи місцевого самоврядування в тій чи іншій державі впливають такі чинники, як рівень політичної структурованості суспільства¹, рівень політичної активності населення та ступінь розвитку правової культури, характер взаємодії між органами місцевого самоврядування та органами державної влади і т. д.

По-друге, однією із загальних тенденцій, яка властива інститутам місцевого самоврядування в розвинутих демократичних країнах, і яка зараз запроваджується в українській політико-правовій практиці, є те, що А. Автономов пропонує визначати «принципом субсидіарності»². Тобто ведучи мову про встановлення механізмів взаємодії між органами місцевого самоврядування та центральними органами державної влади, вже не йдеться про визначення того, які з них мають займати пріоритетне чи домінуюче становище в системі управління. Фактично мається на увазі створення такої моделі управління, коли розподіл повноважень дозволяє вирішувати два основні завдання: ефективне вирішення суспільних проблем: правового, політичного, економічного, соціального характеру та забезпечення прав людини і громадянина. У цьому сенсі, справжня проблема, з якою стикається сьогодні Україна, полягає не стільки в тому, щоб вирішити, що більше відповідає конституційно проголошеним цілям державотворення: централізація влади чи її децентра-

¹ Кампо В. М. Місцеве самоврядування в Україні. — К., 1997. — С. 32.

² Автономов А. С. Правовая антология политики: к построению системы категорий. — М., 1999. — С. 337.

лізація, скільки в тому, яким чином ці два принципи мають реалізовуватися в процесі здійснення державної влади, оскільки як централізація, так і децентралізація влади, за словами М. Чумаченка, є необхідними складовими елементами системи управління¹. Щодо політико-правового досвіду надмірної централізації, то тут, очевидно, одразу має бути згадана радянська практика управління. Але, зараз Україні не варто вдаватися до безоглядної децентралізації, оскільки, як і будь-яка абсолютизація, вона може призвести до цілого ряду негативних наслідків: руйнації системи демократичного врядування, різкого падіння координації та ефективності управління, посилення територіального сепаратизму, нехтування загальнодержавними інтересами, боротьби місцевих політичних еліт за державну владу і т. д.

Таким чином, ставлячи за мету розбудову в Україні системи демократичної державної влади і виділяючи розвиток системи місцевого самоврядування як однієї з найважливіших складових цього процесу, слід постійно зважати на два аспекти цієї проблеми. З одного боку — це питання правового забезпечення діяльності органів місцевого самоврядування, у цьому сенсі мають бути доведені до свого логічного завершення ті законодавчі дії, що вже були запроваджені в Україні, та прийняті закони «Про службу в органах місцевого самоврядування», «Про територіальний устрій України», «Про планування територій», «Про фінансове вирівнювання територій». А з другого боку — проблеми науково-теоретичного забезпечення цієї законодавчої діяльності, оскільки фактично має бути остаточно обрана певна модель місцевого самоврядування та його організації, реалізацію якої і забезпечуватимуть державні закони. Винайдення такого теоретичного консенсусу дозволить зняти нашарування зайвої політизації в питаннях правового забезпечення становлення і розвитку системи місцевого самоврядування в Україні та перейти від загальних політичних дебатів до безпосередніх правових дій.

¹ Чумаченко Н. Г., Биренберг Б. М., Вожжик Л. М. Самоуправление и самофинансирование регионов: теория и практика. — К., 1994. — С. 7.

ПИТАННЯ ФІЛОСОФІЇ

ПРАВА

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

Проблема оцінки реального стану правосвідомості і правової культури у транзитивних умовах

Визначені в Конституції України завдання щодо створення демократичної, соціальної, правової держави не можуть бути вирішені без певного рівня правосвідомості і правової культури суспільства. Адже відомо, що саме правосвідомість і правова культура є найважливішими чинниками, які сприяють становленню правової системи держави і демократичних засад суспільства, впливають на регулювання всього спектра соціальних відносин у ньому, підтримують і закріплюють його цілісність, стабільний правопорядок.

Тому не випадково, що останнім часом різноманітні аспекти формування правосвідомості і правової культури перебувають у центрі уваги багатьох дослідників. Окремим проблемам правосвідомості і правової культури юристів, студентів, учнівської молоді і громадян демократичного суспільства в цілому присвячені праці таких наукових працівників, як О. Аграновська, Ю. Битяк, В. Бурмістров, А. Волощенко, О. Ганзенко, В. Головченко, І. Голосніченко, Ю. Калиновський, Д. Колесніченко, М. Козюбра, О. Косаревська, Т. Кушнірова, З. Легуша, М. Матузов, О. Менюк, І. Невважай, І. Осика, І. Підкуркова, Р. Подберезський, О. Пометун, В. Сальніков, О. Семітко, А. Скуратівський, В. Тацій, Ю. Тодика, Н. Удод, В. Чорней, І. Яковюк та ін.¹ Втім, як показує аналіз

¹ Бурмістров В. А. Роль правової культури в формуванні соціалістического правового государства: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. – Харьков, 1990. – 194 с.; Волощенко А. В. Правовий нігілізм у пострадянському суспільстві: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. – Х., 2001. – 19 с.; Ганзенко О. О. Конституційні засади формування правової культури особи // Держава і право: 36. наук. пр. Юрид. і політ. науки. – К., 2001. – Вип. 12. – С. 170–174; Головченко В., Черней В. Правова та політична культура в українському суспільстві //

юридичної літератури, незважаючи на активізацію досліджень у сфері правової свідомості і правової культури, проблеми їхнього реального стану в перехідному суспільстві, а також специфіка формування правосвідомості і правової культури в транзитивний період залишаються поки недостатньо розробленими. Дійсність же є такою, що не проходить і дня, щоб засоби масової інформації не вказували б на правовий нігілізм, юридичний безлад і правову безкультурність, що процвітають у транзитивних суспільствах.

Тому одним з найважливіших завдань транзитивного періоду є створення нових демократичних політико-правових інститутів, які повинні займатися формуванням правової культури населення цих країн. Для того, аби діяльність цих інститутів з формування правосвідомості і правової культури була цілеспрямованою та ефективною, необхідний постійний моніторинг і об'єктивна оцінка цих складних феноменів. На жаль, проблема оцінки реального стану правосвідомості і правової культури населення або певних соціальних груп та шарів у сучасній науковій літературі розроблена недостатньо.

Найбільш інформативними, на наш погляд, показниками стану рівня правосвідомості і правової культури в конкретній країні є дані про злочинність, якісна і динамічна її характеристики, кількість громадян, засуджених

Юрид. вісн. України. – 2002. – 2–8 берез. (№ 9). – С. 6–7; *Голосніченко І.* Правосвідомість і правова культура у розбудові Української держави // *Право України.* – 2005. – № 4. – С. 24–25; *Калиновський Ю. Ю.* Правосвідомість українського суспільства: генеза та сучасність: Монографія. – Х. – 288 с.; *Косарева О. В.* Формирование правовой культуры детей и молодежи как актуальная проблема национального воспитания // *Закон і підліток.* – Донецьк, 2001. – С. 74–78; *Менюк О.* Правова культура в умовах розбудови незалежної України: поняття, структура // *Право України.* – 2001. – № 4. – С. 21–23; *Невважай І. Д.* Типи правової культури і форми правосознання // *Изв. вузов. Правоведение.* – 2000. – № 2. – С. 23–31; *Осика І. В.* Правова культура у формуванні правової, соціальної держави: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. – К., 2004. – 19 с.; *Правова культура в умовах становлення громадянського суспільства: Монографія / За ред. Ю. П. Битяка та І. В. Яковюка.* – Х., 2007. – 248 с.; *Семитко А. П.* Развитие правовой культуры как правовой прогресс. – Екатеринбург, 1996. – 313 с.; *Скурятівський А.* Правова культура в контексті особливостей розвитку соціального буття українського суспільства та національного характеру українців // *Вісн. Укр. акад. держ. упр. при Президентів України.* – 2002. – № 1. – С. 415–425; *Тацій В., Тодика Ю.* Конституція України і правосвідомість юристів // *Вісн. Акад. прав. наук України.* – 1998. – № 4 (15). – С. 44–54; *Тодика Ю. Н.* Конституционные основы формирования правовой культуры: Монография. – Харьков, 2001. – 160 с.

за серйозні правопорушення, а також рівень корупції в країні. Для нас особливий інтерес становить рівень правосвідомості і правової культури в Україні, тому у статті широко використовуватимуться дані державних органів України і міжнародних організацій із вказаної проблематики.

Почнемо аналіз правосвідомості і правової культури населення транзитивних країн з абсолютних цифр. Так, за даними Генеральної прокуратури України, у 2007 р. на території країни вчинено 401,3 тис. злочинів¹. Усього у 2007 р. зареєстровано понад 2 млн 851 тис. заяв громадян України про злочини, які вже скоєні або готуються, що перевищує показники 2006 р. на 9,2 %². Крім того, за даними МВС України, тільки працівниками міліції у 2007 р. складено 9,4 млн протоколів про адміністративні правопорушення, що майже на 24 % більше ніж у 2006 р. Прокуратурою зафіксовано зростання таких видів злочинів, як нанесення умисних тяжких тілесних ушкоджень (на 3,8 %); незаконний обіг зброї (на 6,1 %); ДТП зі смертельними наслідками (на 9,6 %), незаконне позбавлення волі або викрадання людини (на 9,9 %). За станом на 1.01.2008 р. залишилися нерозкритими понад 133 тис. злочинів, тобто кожен третій вчинений у країні злочин³. Для порівняння, у Російській Федерації у 2007 р. зафіксовано 3 млн 583 тис. злочинів, що більш ніж у 2001 р. на 20,7 %. За відомостями ж Уповноваженого з прав людини в Російській Федерації за останні роки кожен четвертий росіянин став жертвою злочину, а 500 тис. російських жінок продані в рабство⁴.

За даними Державного департаменту України з питань виконання покарань, на 1 січня 2008 р. у пенітенціарних закладах України перебувало понад 160 тис. засуджених. Під наглядом дільничних міліціонерів перебувають ще понад 700 тис. рецидивістів, що звільнилися з місць позбавлення волі, а також особи, що знаходяться під адміністративним наглядом⁵. Всього ж на 100 тис. населення в Україні припадає 340 осуджених, які перебувають у пенітенціарних закладах. Не кращою є ситуація з кількіс-

¹ Про стан законності в державі у 2007 році (відповідно до ст. 2 Закону України «Про прокуратуру») // <http://www.gpu.gov.ua/>

² Прес-реліз МВС України про найбільш резонансні злочини та події на 01.01.2008 р. // <http://mvs.gov.ua/mvs/control/main/uk/publish/article/156222>

³ Про стан законності в державі у 2007 році (відповідно до ст. 2 Закону України «Про прокуратуру») // <http://www.gpu.gov.ua/>

⁴ Доклад Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации за 2007 год // <http://www.rg.ru/2007/04/13/upolnomochennyj-doklad-dok.html>

⁵ Звіт про чисельність спецконтингенту в установах Департаменту станом на 01.01.2008 року // http://www.kvs.gov.ua/punish/control/uk/publish/article?art_id=59087&cat_id=45688

тю засуджених і в інших посттоталітарних країнах. Понад 500 осуджених на 100 тис. населення країни перебувають у пенітенціарних установах Білорусі (505) і Казахстану (598); від 300 до 500 — в Естонії, Латвії, Азербайджані, Киргизстані; від 200 до 300 осіб на сто тисяч перебувають у в'язницях Угорщини, Румунії, Чеської Республіки, Польщі, Вірменії, Молдови, Литви, Грузії. Проте найбільша кількість осуджених на душу населення в Росії. На сто тисяч росіян припадає 605 ув'язнених¹. Підрахунки фахівців показують, що майже восьма частина всього тюремного населення на Землі перебуває в російських пенітенціарних закладах. І це при тому, що росіяни складають лише сорокову частину людства. Кожен же четвертий дорослий чоловік у Росії — колишній ув'язнений.

Якщо звернутися до коефіцієнта злочинності (кількості правопорушень щодо чисельності населення), то у 2007 р. на кожні 100 тис. населення України припадало 853 злочини. По суті щорічно трохи менше 1 % населення нашої країни вчиняють злочини. Це значно більше, ніж у Радянському Союзі, в якому в 1978 р. коефіцієнт злочинності складав 503, а до 1985 р. він перевищив 700. Втім, є чимало транзитивних країн, де ситуація є набагато гіршою. Наприклад, у процесі трансформації коефіцієнт злочинності іноді досягав: у Росії — 1756, у Польщі — 2351, в Угорщині — 3789².

Проте, аналізуючи ці цифри злочинності в трансформаційних країнах, не треба забувати, що йдеться про дані офіційної статистики. Адже є ще й так звана латентна злочинність, яка не має офіційної фіксації. Вважається, що останніми роками в Росії та інших пострадянських країнах латентна злочинність складає приблизно 4 : 1, тобто на один зареєстрований злочин припадає чотири незареєстрованих. Рівень латентної злочинності істотно розрізняється за окремими видами правопорушень. Проведені кримінологами дослідження свідчать, що, наприклад, по вбивствах він складає 2 : 1, по зґвалтуваннях — 6 : 1, а по крадіжках — 73 : 1. Найвищий показник по хабарництву (понад 2 900 випадків на 1 зареєстрований) і злидству (рекети) — понад 17000 : 1³. Усі ці дані красномовно свідчать про рівень правової культури пересічних громадян у посттоталітарних країнах.

¹ Постсоветские страны сажают своих граждан и сажают много // <http://www.kriminal.lv/ru/bez-razдела/vdova-avtoriteta-maruta-goylo.html>

² Вуликова Т., Латов Ю. Особенности преступности в СССР и в постсоветской России // <http://www.krugosvet.ru/articles/124/1012411/1012411a3.htm>

³ Там само

На жаль, у сфері правової культури не є прикладом і посадовці, державні урядовці, керівники підприємств різних видів власності і профілів, від яких багато в чому залежить рівень правосвідомості і правової культури перехідного суспільства. Наприклад, тільки у 2004 р. до Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини за захистом своїх конституційних прав через всі канали зв'язку (письмові звернення, особистий прийом, телефони «гарячої лінії», електронна пошта) звернулися 169,0 тис., у 2005 р. — 170,4 тис. громадян України, іноземців та осіб без громадянства. Усього за час діяльності Уповноваженого станом на 1 січня 2006 р. надійшли звернення від 677 409 осіб у зв'язку з порушенням їхніх прав і свобод.

Аналіз найбільш проблемних питань у сфері прав людини, з якими громадяни звертаються до Уповноваженого, показує, що майже 52 відсотки всього обігу стосуються порушень громадянських прав, насамперед права на судовий захист, а 35 відсотків — порушень соціальних, політичних і економічних прав, у першу чергу права на працю, отримання винагороди за неї, надання житла, пенсій, порушень права власності на землю¹. Співвідношення порушених прав громадян України у 2004–2005 рр. за видами та їхня динаміка подані на рис. 1–2.

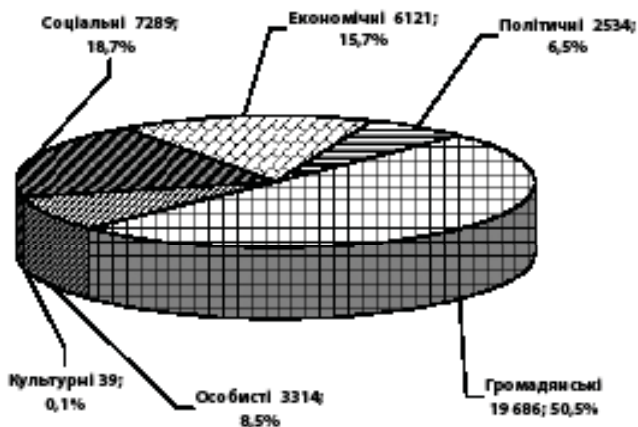


Рис. 1. Кількість повідомлень за видами порушених справ у 2004 р.

¹ Доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини // www.ombudsman.kiev.ua/dopovid

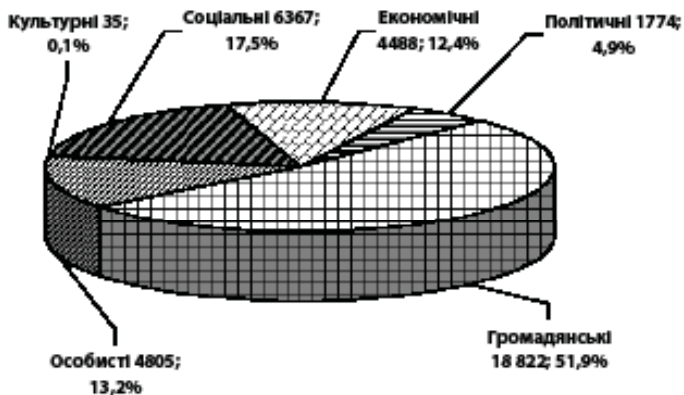


Рис. 2. Кількість повідомлень за видами порушених справ у 2005 р.¹

Останніми роками в Україні значно зросла кількість порушень особистих конституційних прав громадян, зокрема права на захист гідності, честі, а також застосування слідчими органами недозволених методів ведення слідства тощо. Тільки в 2007 р. органами прокуратури України у зв'язку з цим було відкрито понад 15 тис. кримінальних справ, з яких 11 тис. направлено до суду, за актами прокурорського реагування притягнуто до відповідальності 118 тис. посадовців і відшкодовано державі і громадянам майже 2,6 млрд гривень².

Одним з основних критеріїв рівня правосвідомості і правової культури транзитивного суспільства є забезпечення державними органами влади захисту прав людини на інформацію, свободу думки, на вільний прояв своїх поглядів, адже свобода інформації — це основне право людини і критерій її основних свобод. За даними, наведеними в доповіді «Права людини в сучасному світі» (2008)³, підготовленій Міжнародною організацією Amnesty International, професія журналіста в посттоталі-

¹ Доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини // www.ombudsman.kiev.ua/dopovid

² Про стан законності в державі у 2007 році (відповідно до ст. 2 Закону України «Про прокуратуру») // <http://www.gpu.gov.ua/>

³ Права человека в современном мире // www.google.com.ua/search?hl=uk&q=Amnesty+International

тарних країнах залишається однією з найнебезпечніших. У більшості з цих країн існує цензура, яка набуває найрізноманітніших форм: починаючи від адміністративного та економічного тиску і закінчуючи прямим застосуванням насильства проти журналістів. Масовими в пост-тоталітарних країнах є також побиття, шантаж, залякування журналістів, блокування рахунків видань і видавництв, вилучення і викрадання тиражів газет і журналів, тенденція до монополізації засобів масової інформації.

Проте свобода слова має й інший бік, інші вимір і форму впливу на правову культуру перехідного суспільства. У засобах масової інформації посттоталітарних країн дедалі частіше з'являються матеріали, що пропагують насильство, всюдозволеність, аморальність, зневагу до громадянських обов'язків, моральних принципів, зневажливе ставлення до представників державної влади, особливо силових структур. Сильніше впливати на засоби масової інформації починає організована злочинність. У громадськості цих країн та їхніх громадян дедалі більше обурення викликає пропаганда жорстокості, розпусти, «героїзація» злочинності і злочинців, які завдають великої шкоди етичним і духовним цінностям народу, травмують психіку молоді, породжують небачену за своєю жорстокістю злочинність і чинять найбільший негативний вплив на правосвідомість і правову культуру суспільства¹.

Найважливішим показником правосвідомості і правової культури транзитивного суспільства є можливість реалізації громадянами прав на судовий захист і забезпечення їхніх основних прав і свобод. З цього питання до Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини надходить більше третини всіх звернень громадян. І це не може не викликати занепокоєння, оскільки саме суди є основною ланкою національної системи захисту прав людини. Найбільше скарг надходить на необґрунтованість вироків і рішень судів, невчасний і неналежний розгляд справ та дій суддів. Дійсно, у судовій практиці нерідкими є випадки, коли внаслідок неякісного розгляду справ помилково ухвалюються вирoki щодо безвинних людей. У 2006 р. таких вироків було винесено 185, у 2007 — 173. Всього ж за поданнями державних обвинувачів у 2007 р. переглянуто і визнано неправосудними вирoki судів щодо 7607 осіб. Якщо у 2006 р. Генеральна прокуратура України ініціювала перед Вищою радою юстиції внесення подань про звільнення з посад 4 суддів за

¹ Данильян О. Г. Специфіка формування правової культури в транзитивному суспільстві // Наук. зап. ХВУ. Соціальна філософія, психологія. — Х., 2006. — Вип. 2 (26). — С. 3–9.

допущені ними порушення закону під час розгляду справ, то в 2007 р. ця цифра сягнула 41.

Провідне місце в структурі органів державної влади, на які покладено забезпечення прав і свобод громадян пострадянських країн, зокрема України, займає МВС. Більшість співробітників правоохоронних органів — це чесні і мужні люди, які сумлінно виконують свій конституційний обов'язок із забезпечення спокою і безпеки громадян нашої держави. Тим більше викликають серйозне занепокоєння грубі порушення деякими працівниками правоохоронних органів цих країн невід'ємних прав громадян на життя, недоторканність та захист честі і гідності. Наприклад, здійснюючи нагляд за додержанням законів, прокуратура України тільки в 2007 р. скасувала понад 91 тис. незаконних постанов, зокрема: органів внутрішніх справ — 86,7 тис., слідчих прокуратури — 2,5 тис., служби безпеки — 226, податкової міліції — 1404, органів дізнання Прикордонної служби України — 40, митних органів — 25, органів дізнання Міністерства надзвичайних ситуацій — 20, Міністерства оборони та інших військових формувань — 120¹.

Всього ж за наслідками розгляду подань і постанов прокурорів про порушення дисциплінарного впровадження у 2007 р. притягнуто до дисциплінарної відповідальності 24,1 тис. працівників органів внутрішніх справ, 253 — служби безпеки, 1832 — податкової міліції, 212 — органів дізнання Прикордонної служби України. До кримінальної відповідальності притягнуто 330 працівників органів внутрішніх справ, 31 — податкової міліції, 23 — митних органів, 7 — органів дізнання МНС².

Неналежний рівень характеризує правову свідомість і правову культуру посадовців посттоталітарних країн у сфері економіки та фінансів. За даними Генеральної прокуратури України, останніми роками в країні зросла кількість економічних, зокрема посадових злочинів, у бюджетній, паливно-енергетичній, кредитно-фінансовій галузях економіки, зовнішньоекономічній діяльності, на стратегічних об'єктах, агропромисловому комплексі. Наприклад, тільки за 2007 р. було вчинено 42,6 тис. злочинів у сфері економіки, з яких 54 % є тяжкими та особливо тяжкими. У тому ж році виявлено і знешкоджено 441 організоване злочинне угруповання, діяльність третини з яких має економічну спрямованість³.

¹ Про стан законності в державі у 2007 році (відповідно до ст. 2 Закону України «Про прокуратуру») // <http://www.gpu.gov.ua/>

² Там само.

³ Там само.

Не кращою є ситуація зі злочинністю у сфері економіки, фінансів, а також із рівнем правової культури посадовців і в інших перехідних державах. Наприклад, за даними МВС Росії, у країні вже з середини 90-х рр. XX ст. активно діяло понад 200 тис. крупних кримінальних угруповань. Підкуплені урядовці сприяли злочинній діяльності практично кожній сьомої банди. За оперативними даними, злочинні угруповання за останнє десятиліття контролювали в Росії 35–40 тис. підприємств. До цього переліку входило понад 400 банків і 47 бірж. Кількість же злочинів економічної спрямованості, виявлених органами внутрішніх справ Росії за 2007 р., склала майже 500 тис., а 59 % російських компаній за останні два роки стали жертвами економічних злочинів¹.

За даними фахівців, у транзитивних країнах, де порівняно нещодавно сформувався ринок, корупційні процеси набувають загрозливих масштабів, навіть більше того — системного характеру, що активно обговорюється в суспільстві. Наприклад, якщо у 2002 р. валовий обсяг (масштаб) корупції в Росії незалежними експертами оцінювався в 33,5 млрд доларів, то в 2005 р. — вже приблизно у 319 млрд доларів. Згідно з іншими розрахунками, росіяни щорічно витрачають тільки на хабарі понад 30 млрд доларів, тобто майже половину держбюджету своєї країни².

Ці далеко не повні статистичні дані підтверджують висновок, що в перехідному суспільстві серед державних урядовців різного рівня, працівників правоохоронних органів, а також посадовців у сфері економіки та фінансів рівень правової культури дуже низький. Невипадково, що в посттоталітарних країнах рівень корупції є одним з найвищих у світі. Про це свідчать результати дослідження корумпованості країн світу Міжнародної суспільної організації з протидії корупції Transparency International³. Наприклад, Україна посідає 118 місце зі 180 країн світу за індексом сприйняття рівня корупції. Індекс сприйняття рівня корупції України складає 2,7 пункти з 10. Як зазначено у звіті організації, така ситуація з корупцією в Україні пов'язана з відсутніс-

¹ В России резко выросло число экономических преступлений // <http://www.lenta.ru/news/2008/01/19/crimes/>

² Коррупция в Казахстане: нарастающие проблемы в экономике // <http://www.zakon.kz/our/news/news.asp?>

³ Згідно з методологією дослідження Transparency International, бал індексу сприйняття корупції відображає сприйняття рівня корупції підприємцями і аналітиками і оцінює його за шкалою від 10 (корупція майже відсутня) до 0 (дуже високий рівень корупції).

то прозорості в процесі впровадження антикорупційних заходів, а також з вибірковістю в боротьбі з корупцією. Як наголошується у звіті, більшість судових справ за корупційні дії в Україні порушується, як правило, проти дрібних чиновників або політичних опонентів владної більшості.

Серед країн колишнього СРСР ще нижчий рівень сприйняття корупції ніж Україна, мають, зокрема, Білорусь (2,1), Азербайджан (2,1), Росія (2,3), Таджикистан (2,1), Туркменістан — 2,0. Вірменія знаходиться на 99-му місці серед країн за сприйняттям рівня корупції (показник 3,0), Грузія — на 79 місці (3,4 пункти), Латвія — на 51 з показником 4,8¹. Такими є невітніші дані, що характеризують рівень правосвідомості і правової культури у посттоталітарних країнах.

Особливу небезпеку для правосвідомості і правової культури становить криміналізація політики в перехідних країнах або, як її ще часто називають, — політична корупція. Не випадково, що цій проблемі присвячено ряд серйозних досліджень². Автори цих робіт переконливо доводять, що політична корупція руйнує правосвідомість і правову культуру, підриває довіру до інститутів державної влади, перешкоджає консолідації соціуму, оскільки громадяни переконуються в ілюзорності демократичності виборів.

Політична корупція на пострадянському просторі стала звичним і загально визнаним фактором повсякденного життя. Природно, за таких умов навряд чи можна говорити про політико-правову активність громадян, легітимність державної влади, її авторитет. Таке явище негативно впливає на динаміку економічних процесів, деформує ринкові відносини, веде до дискредитації реформ, що проводяться в державі, до зниження політичної довіри виборців до влади і політичних партій, до розчарування населення в так званих «демократичних» перетвореннях тощо.

Такі висновки переконливо підтверджують результати дослідження «Українське суспільство в 1992–2007 роках. Динаміка змін», проведеного фахівцями Інституту світової економіки і міжнародних відносин

¹ Індекс корупції Transparency International: Україна – №118 // <http://www.ukrtudprom.ua/news/>

² Політична корупція перехідної доби: Пер. з англ. / За ред. С. Коткіна та Шайо. – К., 2004. – XX, 440 с.; Мілер В., Гределанд О., Кошечкіна Т. Звичаєва корупція? Громадяни та уряд у посткомуністичній Європі: Пер. з англ. – К., 2004. – 328 с.; Тодыка О. Ю. Народовластие в условиях глобализации: Монография / Под ред. А. В. Петришина. – Харьков, 2005. – 336 с. та ін.

НАН України¹. Згідно з цими дослідженнями, більшість громадян України вважають, що «сьогодні» в країні жити гірше, ніж у радянському «вчора» (табл. 1, 2). У першій таблиці досліджується питання про те, які відчуття посилилися за останній рік в українському суспільстві, у другій — те, як оцінює українська молодь нинішні результати України порівняно з нещодавнім «радянським» минулим.

Таблиця 1

Відчуття	Негативи	
	2006 р.	2007 р.
Розчарування	60,5	71,9
Незадоволеність	41,7	51
Розгубленість	32,9	38,7
Страх	20,1	27,7
Песимізм	17,4	20,8
	Позитиви	
Перспективи	9,1	6,8
Оптимізм	8	7,3
Гордість за країну	7,8	6,1
Відчуття гідності	4,6	3,6
Відчуття радості	4,2	2
Доброзичливість	3,8	3,4
Задоволеність	2,8	1,3

Таблиця 2

Соціальні цінності	Зараз краще	Зараз гірше
Благополуччя	3,8	60
Житло	33,7	24,3
Соціальна захищеність	10,9	68,2
Стабільність життя	10,4	73,2
Здоров'я	10,7	51,9
Безпека	8,7	68,2
Можливість побачити світ	39,5	36,7
Харчування	19,2	54,5
Відносини з людьми	9,9	53,2
Можливість знайти роботу (хорошу)	11,7	70,1

¹ Пахомов Ю. Законы Ньютона и украинское общество // Время. – 2008. – 23 окт.

А ось ще ряд цікавих даних: 78,4 % населення України вважають, що в країні взагалі немає демократії, оскільки влада ігнорує волю народу; 69,5 % опитаних оцінюють вибори як нечесні, 86,3 % переконані, що в країні відсутня ситуація рівних можливостей.

Про стан правової свідомості українського суспільства свідчить також те, що 67,3 % українців здатні на нечесний вчинок заради вигоди. І це при тому, що потреба боротьби з корупцією (61,4 %) превалює навіть над протестами проти поганої медицини (53,6 %) і високих цін на продукти (30,3 %).

Таким чином, проблема реального стану правової свідомості і правової культури в транзитивному суспільстві є дуже не простою і потребує серйозної уваги як юристів-теоретиків, так і юристів-практиків.

Д. Прокопов, кандидат філософських наук, доцент, магістр права Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Теоретико-методологічні основи аналізу поняття природного права у Г. Гроція

Пройшовши у своєму розвитку чимало стадій та змінивши ряд наукових інтерпретацій, теорія природного права не лише існує у сучасній юридичній науці, але й може бути визначена як одна з найвпливовіших в обґрунтуванні як самого поняття права, так і його генези у відношенні до моралі і позитивного законодавства. У зв'язку з чим набуває особливої актуальності аналіз тих ключових етапів розвитку теорії природного права, які в цілому визначили найважливіші елементи у науковому тлумаченні феномену права, а також зумовили специфіку та зміст того, що нині описується поняттям природного права. На думку багатьох дослідників, одна з найважливіших сторінок історії природного права пов'язана з іменем видатного голландського мислителя і юриста Гуго Гроція (Huig de Groot, 1583–1645).

Визначаючи віхи розвитку теорії природного права в історії правової думки, П. Новгородцев писав, що серед тих, хто «відродив» природне право для ХХ ст., слід назвати насамперед Р. Штамллера, а для тих, хто сформулював його основні положення для доби Нового часу, першим має бути названий Г. Гроцій¹. Про значний внесок Г. Гроція в розвиток теорії природного права писав К. Неволін, який називав Г. Гроція не лише першим теоретиком, який систематично виклав основи природного права, але й засновником всієї «нової науки права»². Не менш визнаний юрист кінця ХІХ — початку ХХ ст. М. Коркунов зазначав, що саме в теорії права Г. Гроція відбувся перехід від гуманізму доби Відродження до наукового обґрунтування поняття природного права та формування школи природного права, засновником якої абсолютно справедливо вважають Г. Гроція³. Подібну оцінку внеску Г. Гроція в розвиток теорії

¹ *Новгородцев П. И.* Современное положение теории естественного права // Юрид. вестн. — 1913. — № 1. — С. 22.

² *Неволін К. А.* Энциклопедия законоведения. История философии законодательства. — СПб., 1997. — С. 202.

³ *Коркунов Н. М.* Международное право: Лекции, читанные в Военно-юридической академии. — СПб., 1886. — С. 29.

природного права знаходимо й у іншій праці М. Коркунова «Лекції з загальної теорії права», де він називає Г. Гроція одним з перших «вчителів природного права»¹. На думку Є. Трубецького, Г. Гроцій істотно оновив і систематизував основи теорії природного права, поклавши в її основу тлумачення природного права як внутрішнього самовизначення розумної і вільної людини². Так саме непересічну роль Г. Гроція у поширенні та обґрунтуванні ідей природного права визнавав Л. Тихомиров, який вважав, що лише на початку XVII ст. ідея природного права набула свого теоретичного оформлення та загального визнання³.

Схожі оцінки ми знаходимо й у дослідженнях сучасних юристів. Зокрема, у своїй праці, присвяченій правовій думці XVII ст., Л. Батієв характеризує Г. Гроція як засновника науки природного права. Хоча і визнає, що заслуга великого голландця полягає не стільки в тому, що він надав вичерпну відповідь на запитання про сутність права, скільки в тому, що він чітко визначив цю проблему, а також запропонував шляхи її розв'язання⁴. Для К. Халіна Г. Гроцій — це засновник школи природного права, який вперше чітко визначив критерії розподілу на два види права: природне та встановлене волею людини⁵. Р. Мухаєв характеризує Г. Гроція як «творця нової раціоналістичної теорії права і держави, яка засновується на теорії природного права»⁶. Цікаву оцінку Г. Гроція знаходимо у О. Лейста. На його думку, ідеї природного права існували та розвивались у правовій думці задовго до появи праць Г. Гроція. Але саме йому вдалося вперше науково аргументувати поняття природного права, що дозволяє вважати його одним з найвизначніших теоретиків школи природного права⁷. Серед вітчизняних дослідників про роль внеску Г. Гроція у розвиток теорії природного права пише В. Скрипнюк, яка, порівнюючи його позицію з поглядами Й. Альтузія та Ж. Бодена, доходить висновку, що під впливом поглядів Г. Гроція на природне право та його співвідношення з позитивним правом

¹ Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. — СПб., 2004. — С. 125.

² Трубецкой Е. Н. Труды по философии права. — СПб., 2001. — С. 185.

³ Тихомиров Л. А. Монархическая государственность. — М., 1998. — С. 400.

⁴ Батиев Л. В. Политические и правовые учения XVII века. — СПб., 2006. — С. 74.

⁵ Халин К. Е. История политических и правовых учений. — М., 2006. — С. 41.

⁶ Мухаев Р. Т. История политических и правовых учений: Учеб. для студентов вузов. — М., 2005. — С. 184.

⁷ История политических и правовых учений: Учеб. для вузов / Под ред. О. Э. Лейста. — М., 2004. — С. 198.

сформувалася ціла традиція в дослідженнях процесів розвитку як права, так і держави та державної влади¹.

Не вдаючись зараз до аналізу інших оцінок внеску Г. Гроція в розвиток теорії права, зазначимо тільки те, що попри наявність як позитивних, так і негативних оцінок його творчості (зокрема, згадуваний вище П. Новгородцев писав, що багато в чому правова теорія Г. Гроція була переоцінена його німецькими учнями), не можна піддавати сумніву те, що в його дослідженнях було сформовано найважливіші теоретичні положення, які надали не лише нового звучання класичній ідеї природного права, але й заклали на декілька століть ґрунт для подальшого розвитку теорії природного права. За цієї причини, звертаючись сьогодні до аналізу різноманітних теорій природного права («природне право зі змінюваним змістом», «відроджене природне право» тощо), ми з необхідністю маємо висвітлити і той історико-правовий контекст, у якому формувалась класична теорія природного права. Щодо цього звернення до правової теорії Г. Гроція є не лише актуальним, але й необхідним завданням сучасної теорії та історії права.

Ставлячи на меті визначити зміст поняття природного права, як його розуміє Г. Гроцій, ми повинні розв'язати такі дослідницькі завдання: а) охарактеризувати методологічні основи вчення про право Г. Гроція у світлі визначення основних типів права і законів; б) дослідити специфіку співвідношення між природним і волевстановленим правом; в) виявити зміст поняття природного права, а також його роль у формуванні загального вчення про право і державу.

Наразі ми цілком свідомо вказали першим завданням визначення методологічних основ дослідження права у вченні Г. Гроція, адже на думку багатьох дослідників, саме у сфері методології аналізу права Г. Гроцієм було зроблено істотний крок у розвитку правової науки. Одним із перших на цей момент вказав П. Новгородцев². Серед сучасних авторів варто назвати М. Абдулаєва, який вважає, що саме завдяки застосуванню нового (порівняно із попередньою античною і середньовічною традиціями) методу Г. Гроцію вдалося не лише обґрунтувати поняття природного права, але й вказати чіткі підстави для розмежування позитивного та природного права як з погляду їх генези, так і з по-

¹ Скрипнюк В. М. Проблема визначення поняття державної влади та її ознак у концепції Г. Гроція // Держава і право: Зб. наук. пр. Юрид. і політ. науки. – К., 2000. – Вип. 8. – С. 131–138.

² Новгородцев П. И. Сочинения. – М., 1995. – С. 119.

гляду їх теоретичного осмислення¹. Цим новим методом став апіорний метод пізнання права. Звісно, це не означає, що як такий апіорний метод був невідомий раніше. Про можливість застосування цього методу в процесі пізнання писав ще Тома Аквінський, який зазначав: «Слід сказати, що строге доведення буває двох типів. Перше — через причину: воно зветься «апіорним» і є безумовним. Інше — через наслідок: воно зветься «апостеріорним» і виходить з того, що є першим для нас, адже оскільки, той чи інший наслідок може бути для нас більш очевидним, ніж його причина, то через пізнання наслідків ми приходимо й до пізнання причин. Спираючись на знання будь-яких наслідків, можна довести існування їх власних причин (якщо ми знаємо наслідки краще за причини), оскільки знаючи, що наслідок залежить від причини, його наявність засвідчує вихідне існування причини»². Утім, саме Г. Гроцію належить першість у застосуванні цього апіорного методу стосовно права.

Річ у тім, що формулюючи запитання про те, чим є право, він від самого початку пропонує розрізняти два шляхи, на яких можна знайти відповідь на це запитання. Перший з них — це апостеріорний або суто фактологічний шлях. У такому разі ми маємо аналізувати все емпіричне розмаїття існуючих у різних народів, у різні часи та в різних країнах юридичних норм і законів. Такий шлях, як пише Г. Гроцій, є корисним і необхідним, однак він несе в собі певну небезпеку, суть якої полягає у тому, що тоді ми відмовляємося не лише від ідеї універсальності та аподиктичності правових норм, але й піддаємо сумніву ідею зв'язку права і справедливості. У найбільш завершеній формі наслідки, з якими стикається дослідник на цьому шляху, можна побачити у вченні про право Карнеада, який через заперечення універсальних властивостей права, прийшов до заперечення не лише природного права, але й справедливості як критерію права, назвавши її дурістю та вигадкою для легковірних людей³. Інший шлях у вивченні права — апіорний. У його основу кладеться апіорний метод дослідження права. У такому випадку ми прагнемо віднайти поняття права не у зовнішніх проявах правового життя індивідів, а у їх внутрішніх властивостях, які визначають людину не стільки як члена того чи іншого суспільства, що живе у певних історичних і географічних умовах, скільки як розумну істоту, якій

¹ Абдулаев М. И. Права человека и закон: Историко-теоретические аспекты. — СПб., 2004. — С. 42–43.

² Фома Аквинский. Сумма теологии. — М., 2006. — Ч. 1. — С. 23–24.

³ Гроций Г. О праве войны и мира. — М., 1994. — С. 45.

властиві чіткі родові ознаки. У разі якщо з-поміж цих родових ознак не вдається знайти жодних основ для поняття права, то тоді, як каже Г. Гроцій, апріорний метод пізнання права можна відкинути. Але доки ми не отримали цього негативного результату, ми не можемо віддавати перевагу апостеріорному методу пізнання права.

Отже, чи справді, апріорний метод пізнання права надає нам лише негативний результат? Відповідь Г. Гроція є негативною, оскільки вже перше звернення до визначення сутнісних властивостей людини дає нам можливість вказати на ті джерела та на ті ознаки, з якими корелює виникнення феномену права та його розвиток як регулятора суспільних відносин.

До таких вихідних властивостей людини Г. Гроцій відносить насамперед потяг до спілкування та розумність: «що ж стосується людини дорослої, здатної діяти подібним чином за однакових обставин, то поряд з властивою їй схильністю до спілкування... слід визнати властиву їй здатність до пізнання та діяльності у відповідності до загальних правил»¹. Взаємодія цих двох природних властивостей людини призводить до виникнення права як такого, або, як пише Г. Гроцій — права в загальному значенні. Це право являє собою не що інше, як дотримання правил спільного існування з іншими людьми. Його специфікою є те, що воно не потребує будь-яких зовнішніх санкцій або будь-якого зовнішнього авторитету. За цієї причини таке право не є формалізованим, а постає виключно у вигляді сукупності правил, які виводяться людським розумом безпосередньо з ідеї спільного існування. Як приклад Г. Гроцій наводить такі правила: утримання від привласнення чужого майна, повернення власникові його майна, дотримання угод та обіцянок, покарання за провину, компенсація завданої шкоди тощо.

Хоча, говорячи про це значення поняття права, Г. Гроцій робить одне важливе уточнення. Річ у тім, що взаємодія природних властивостей людини в такому випадку є частковою або неповною, оскільки розум лише відображає ті умови і правила, які уможливають спільне існування людей, але ще не виступає причиною, яка б спонукала людину діяти відповідно до цих правил. У цьому і полягає відмінність між поняттям права в загальному значенні та нормативним поняттям права, коли воно виступає не просто наслідком усвідомлення необхідних для спільного існування правил, але й є об'єктивним фактором впливу на людську поведінку. За своїм змістом право у другому значенні мало чим

¹ Гроций Г. О праве войны и мира. — М., 1994. — С. 46.

відрізняється від загального значення поняття права: адже і в першому, і в другому випадку ми маємо справу фактично з тими самими приписами: непорушення угод, незазіхання на чуже майно, утримання від навмисного завдання шкоди іншим тощо. Головна відмінність між ними корениться саме в способі, яким вони діють на людину. У першому випадку — це не більш як порада здорового глузду, у другому — це норма, яка вимагає від людини безумовного слідування їй, навіть у тих випадках, коли під загрозою страху, спокуси або пристрасті людина радше схильється до протилежних вчинків.

У подальшому своєму викладі Г. Гроцій звертатиметься виключно до другого — спеціального або нормативного поняття права. Тому, пропонуючи власну класифікацію форм права (фактично це дві пов'язані між собою моделі, одна з яких розподіляє все право на природне та волевстановлене, а інша — на природне, внутрішньодержавне та зовнішнє чи міжнародне), він завжди веде мову про певні імперативні норми, які можуть забезпечуватись чи виключно людською природою, чи людською природою і державним примусом, чи самим тільки державним примусом. Специфікою природного права є те, що розглянуте саме по собі воно спирається виключно на людський розум як природну властивість людини. Щодо цього звертає на себе увагу ідея Г. Гроція про те, що джерелом природного права є виключно розумова природа людини та її вроджена схильність до спілкування, тоді як джерелом внутрішньодержавного права є обов'язок, який накладається на людину в силу взаємної угоди¹. Тобто природне право може бути визначене як додержавне право в тому сенсі, що для свого виникнення та розвитку воно не потребує наявності державних інститутів. Однак було б істотною помилкою намагатися розмежувати природне і позитивне (державне) право через протиставлення таких атрибутів, як «додержавне» і «державне» право. Насправді, між природним і державним правом є безпосередній зв'язок у частині їхнього змісту, оскільки, як пише Г. Гроцій, державне право — це те саме природне право, до якого долучено ще й міркування користі. Саме потреба спільного задоволення потреб (отримання користі від спільної діяльності), які окремо взяті індивіди досягти не в змозі, за Г. Гроцієм, і виступила тим стимулом, який змусив людей укласти своєрідну угоду і взяти на себе зобов'язання, які після утворення держави були формалізовані у вигляді позитивних законів. Зважаючи на те, що внутрішньодержавне право пов'язано з формаліза-

¹ Гроций Г. О праве войны и мира. – М., 1994. – С. 48.

цією відносин між індивідами і закріпленням певних обов'язків щодо один одного (коли вони спільно діють з метою отримання певної користі), його реалізація забезпечується не лише внутрішнім добровільним примусом людини, але й зовнішнім примусом з боку держави.

У цьому контексті Г. Гроцій робить ще одне надзвичайно цікаве з методологічного погляду зауваження. Ми маємо на увазі його відповідь на запитання про те, чи буде дієвим позитивне право у разі якщо воно не супроводжуватиметься силовими гарантіями державної влади. На думку Г. Гроція, державне право є цілком дієвим навіть тоді, коли за ним немає сили державних санкцій за його порушення, оскільки тоді джерелом його сили є його відповідність природному праву. Тому необхідно чітко розуміти цілі державних санкцій. Їх призначення, як доводить Г. Гроцій, полягає не в тому, щоби забезпечувати дію позитивних законів, а в тому, щоби убезпечити людей від несправедливості. Зазначена небезпека постає тоді, коли в тій чи іншій людині голос розуму за певних причин так би мовити «приглушується» голосом спокуси чи пристрасті, або ж тоді, коли людина вже не слідує настановам розуму і здорового глузду. В таких випадках, за словами Г. Гроція, головна вимога справедливості полягає в тому, щоби припинити несправедливі вчинки. У результаті чого «силовий супровід» державною владою позитивних законів є умовою, яка дозволяє ліквідувати «надзвичайні обставини», тоді як у нормальному стані (коли людина слідує велінням здорового глузду та розуму) в застосуванні державою сили для підтримки дії позитивних законів немає істотної потреби. Що ж до міждержавних законів (міжнародне право), то в правовій теорії Г. Гроція його генеза багато в чому нагадує розвиток внутрішньодержавного права з тією лише відмінністю, що угода та пов'язані з нею взаємні зобов'язання укладається не між індивідами, а між державами.

Утім, залишаючи осторонь проблему співвідношення природного, внутрішньодержавного та міжнародного права, звернемося більш докладно до тієї класифікації права, яка обґрунтовується Г. Гроцієм на самому початку книги першої з «Трьох книг про право війни та миру». Фактично ця класифікація Г. Гроція відтворює ту, що була обґрунтована Арістотелем і пізніше вдосконалена у працях стоїків та Цицерона. Йдеться про розподіл всього права на дві сфери: природне право та волевстановлене право. Водночас слід зауважити, що теза про повну рецепцію Г. Гроцієм більш ранніх теорій природного права є некоректною. Річ у тім, що і в Арістотеля, і у Цицерона термін «природне» не мав чіткої реляції до терміна «розумне». Адже, скажімо, Цицерон у своєму трак-

таті «Про обов'язки» вказував на те, що певні дії можуть бути цілком розумними, але такими, що суперечать людській природі. Як приклад він наводив факт можливого заподіяння шкоди іншим індивідам заради власної вигоди. Для Цицерона такий вчинок хоча і може видаватись розумним, але за своєю суттю він суперечить природному праву, оскільки він не узгоджується з істинною природою людини¹. На відміну від цього Г. Гроцій вважав, що поняття «істинної природи людини» не є достатньо чітким. Тому він повністю ототожнив такі поняття, як «істинна природа людини» та «розумна природа людини». Це означало, що природне право набуло свого чіткого обґрунтування в розумі, а отже, саме розум виявився головним критерієм того, що є природним правом, а що є його протилежністю. Зазначене положення є важливим з огляду на те, що в історико-правових дослідженнях часто можна зустріти думку про те, що теорія природного права Г. Гроція є лише етапом розвитку класичної антично-середньовічної теорії права. Насправді такий підхід до правової теорії Г. Гроція не враховує цілий ряд важливих відмінностей, які дають підстави вважати Г. Гроція засновником новочасної школи природного права.

Отже, наголошуючи на відмінності між двома типами права, Г. Гроцій наводить таке визначення природного права: «Право природне є приписом розуму, яким та чи інша дія, залежно від її відповідності або невідповідності самій розумовій природі, визначається морально ганебною чи морально необхідною; а отже, така дія або заборонена, або встановлена Богом, Творцем природи»². В історії права з цією дефініцією було пов'язано чимало плутанини, спричиненої його останньою частиною, в якій Г. Гроцій згадує Бога. Це дозволило одним зробити висновок про його надто тісний зв'язок із середньовічним тлумаченням природного права, а іншим — вказати на суперечливість наукових позицій Г. Гроція, який одночасно визнавав природне право пов'язаним з божественним правом, та твердив про його автономність щодо позитивного і божественного права. Але обидві наведені інтерпретації теорії природного права Г. Гроція є помилковими. Вище ми вже вказали, що за своїм змістом позитивне право багато в чому наслідує природному праву, але із врахуванням специфіки тих чи інших країн і народів. Схожий тип відносин характеризує й співвідношення природного і божественного права. Відмінність між ними лежить не у сфері їхнього змісту (як зауважував Г. Гроцій, було б дивним, якби Бог заклау у природу людини щось

¹ Цицерон. Об обязанностях // Соч. — М., 1999. — С. 375–376.

² Гроций Г. О праве войны и мира. — М., 1994. — С. 71.

таке, що суперечить його власній волі, встановленим ним законам та його справедливості), а в частині форми їхнього впливу на людину. Недаремно і позитивне, і божественне право Г. Гроцій відносив до однієї групи — до волевстановленого права, яке діє на людину ззовні. У цьому сенсі божественне і позитивне право мають однаковий механізм впливу на людину: вони дозволяють або забороняють дещо, не тому що це дещо є поганим або добрим за своєю природою, а тому, що це дещо є предметом їхньої заборони.

Втім, говорячи про відмінність між природним та волевстановленим правом, доцільно зробити одне уточнення. Часто можна зустріти думку про те, що Г. Гроцій настільки високо підносив природне право, що вважав його вищим за божественне. При цьому робиться посилання на відоме положення Г. Гроція, коли він зазначав наступне: «Природне право, з другого боку, настільки незмінне, що не може бути змінено навіть самим Богом. Хоча божественна всемогутність і є незмірною, але можна знайти дещо таке, на що вона не розповсюджується... Дійсно, подібно до того як Бог не може зробити так, щоб два помножити на два не дорівнювало чотирьом, він не може зробити й так, щоб зло за своїм внутрішнім сенсом перетворилось на добро»¹. На наше переконання, подібне протиставлення божественного права і природного, як такого, що не може бути змінено навіть самим Богом, не є до кінця коректним. Річ у тім, що надаючи відповідь на запитання: «Чи може Бог змінити природне право?» — Г. Гроцій надає практично таку саму відповідь, яку надав Р. Декарт, відповідаючи на запитання: «Чи може Бог змінити встановлені ним закони природи?» Нагадаємо, що відповідь Р. Декарта звучала так: «Вже ні». Це означає, що один раз надавши визначеності тій чи іншій природі (чи то законам природи, чи то природному праву), Бог вже не втручається в те, що він уже зробив якнайкраще. Адже, якщо припустити, що Бог здатен змінювати природне право, то тоді ми маємо погодитися з тим, що від самого початку природа людини (з якої і постає природне право) була створена чи визначена Богом не зовсім правильно, що породжує потребу в її зміні. Саме у такому значенні необхідно розуміти специфіку співвідношення між божественним і природним правом. Тобто Бог не змінює природне право не тому, що він цього зробити не може, а тому, що робити це немає потреби. Щодо цього божественне право, за Г. Гроцієм, є основою природного рівно настільки, наскільки воля Бога лежала в основі створення людської природи. Це означає, що

¹ Гроций Г. О праве войны и мира. — М., 1994. — С. 72.

між божественним правом і природним правом не може виникати будь-якої суперечності, за винятком тих випадків, коли Бог спеціально вимагає від людини вчинити неправовий вчинок (наприклад, як це сталося з Авраамом, коли Бог, випробовуючи його, звелів принести в жертву Ісаака).

Незважаючи на подібність волевстановленої форми, між божественним та позитивним правом у їх відношенні до природного права все ж таки існує своя специфіка. Г. Гроцій вважав, що волевстановлене позитивне право є не тільки наслідком активності самої людини, але й розповсюджується тільки на ті відносини, на які безпосередньо спрямована людська воля. Натомість природне право поширюється й на всі ті наслідки, які випливають з активів людської волі. Як приклад Г. Гроцій наводить такий неправомірний вчинок, як крадіжка. Позитивне право завжди визначає, що саме вкрадено, хто є крадієм, за яких обставин відбулася крадіжка тощо. Тобто йдеться про все те, що воля людини може безпосередньо контролювати, і що може бути встановлено у кожному конкретному випадку того чи іншого вольового акту. На противагу цьому, природне право встановлює неприпустимість порушення права власності як такого, не враховуючи те, скільки вкрадено, за яких обставин викрадено тощо. Саме в цьому сенсі Г. Гроцій пропонує розуміти сентенції давньоримського юриста Ульпіана, який казав про крадіжку як про дещо, що є ганебним за природою, а не через волевстановлення законодавця. Як контраргумент цьому положенню Г. Гроцій вказує на випадки «удаваної зміни» природного права відповідно до фактичних обставин. Спростовуючи цей контраргумент, він зазначає, що насправді зміни природного права не відбувається, оскільки змінюється сама річ чи предмет правовідносин. Як приклад він розглядає ситуацію, коли боржник, хоча і залишається винним кредитору, тим не менш не повертає свій борг за причини відмови кредитора його приймати. Як доводить Г. Гроцій, цю ситуацію не можна тлумачити як зміну природного права, оскільки саме природне право, суть якого полягає у поверненні боргів та виконанні договорів, не змінюється. Змінюється лише предмет правовідносин, а саме — зникає борг, який за певних причин вже не визнається кредитором як такий (чи через те, що він забув про нього, чи за будь-яких інших причин).

У цьому контексті слід звернути увагу на цікаву ідею Г. Гроція про можливість зміни змісту природного права. Звісно, цей крок не можна тлумачити в термінах «природного права зі змінюваним змістом» Р. Штамmlера, але він все ж таки дозволив Г. Гроцію уникнути пробле-

ми адаптації природного права до змінюваних соціальних обставин. Говорячи про можливість зміни змісту природного права, Г. Гроцій відзначає, що за своєю суттю природне право формулюється в найбільш загальних поняттях. Причому, як правило, без закріплення форми реалізації цих прав. Скажімо, право власності є природним правом. Але із розвитком суспільних відносин серед людей можуть існувати різні форми власності. Первісним суспільствам притаманне колективне володіння власністю, тоді як на пізніших етапах починає домінувати приватна власність. Як доводить Г. Гроцій, саме природне право власності не змінюється, а тільки адаптується до того чи іншого встановленого суспільного порядку.

Загалом проблема формально-юридичного «виведення» позитивного права з природного права практично не цікавила Г. Гроція. Він вказував тільки на те, що поза збереженням зв'язку між волевстановленим позитивним правом і природним правом перше з них втрачатиме свою силу і у жодної держави не вистачить владних ресурсів для того, щоб змусити людину тривалий час коритися несправедливим і невідповідним природному праву законам. Більше того, необхідність збереження цього зв'язку впливає з самого поняття держави, яку Г. Гроцій характеризував як «досконалий союз вільних людей, утворений з метою дотримання права та отримання користі»¹. У результаті чого природне право, за Г. Гроцієм, лежить в основі не лише системи позитивного права, але й в основі державного союзу як такого.

Таким чином, можемо зробити висновок, що в правовій теорії Г. Гроція було обґрунтовано не лише нові методологічні основи дослідження природного права, але й запропоновано новий спосіб визначення його сутності щодо інших видів права. Разом з тим ідея природного права успішно застосовувалась Г. Гроцієм для пояснення зв'язку позитивного права з принципами справедливості, а також для обґрунтування генези держави і державної влади.

¹ Гроций Г. О праве войны и мира. – М., 1994. – С. 74.

ПИТАННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА

В. Бринцев, суддя Конституційного
Суду України

Доктринальне тлумачення норм права у конституційному судочинстві

Доктринальне тлумачення — теоретичний, науковий різновид неофіційного тлумачення, що є роз'ясненням змісту правових приписів.
С. В. Бобровник. Юридична енциклопедія

Конституції більшості держав Європи функцію офіційного тлумачення правових норм відносять до повноважень органів конституційного контролю. Відповідно до ч. 2 ст. 147 Конституції України Конституційний Суд України як єдиний орган конституційної юрисдикції дає офіційне тлумачення Конституції та законів України.

Як зазначають учені-конституціоналісти, важливою ознакою офіційного тлумачення, окрім закріплення його механізмів на конституційному та законодавчому рівні, є його обов'язковість для всіх правозастосувачів. Тлумачення уповноваженого суб'єкта закріплюється у спеціальному акті, воно є юридично значущим і породжує правові наслідки.

Найбільш повно сутність тлумачення розкривається вченими, які фундаментально займалися цією проблематикою, — Є. В. Васьковським, А. С. Піголкіним, О. Ф. Черданцевим, Т. Я. Хабрієвою, Ю. М. Тодікою.

Так, Ю. М. Тодика, погоджуючись з О. Ф. Черданцевим, зазначав, що суб'єктивний аспект тлумачення зумовлює його творчий характер, тому що у процесі тлумачення досягаються нові знання, які відображають зміст правової норми. Якщо б тлумачення не давало нових знань, то воно було б непотрібним ні з практичної, ні з теоретичної точок зору¹.

¹ *Тодыка Ю. Н.* Толкование Конституции и законов Украины: теория и практика: Монография. — Х., 2003. — С. 24–95.

У цій монографії Ю. М. Тодикою дається визначення і наводяться відмінності у декількох видах неофіційного тлумачення, з поділом його на звичайне і компетентне, а компетентного у свою чергу — на професійне, неофіційне, доктринальне. При цьому зазначається, що доктринальне тлумачення — це наукове роз'яснення правових актів, змісту і цілей правових норм, яке надається внаслідок творчих пошуків і наукового аналізу права та здійснюється, як правило, вченими-юристами з використанням досягнень науки у статтях, монографіях, коментарях, експертних висновках, рекомендаціях наукових установ.

Цей відомий учений-конституціоналіст визнавав право конституційних суддів на доктринальне тлумачення у формі наукових статей (коментарів з певними застереженнями і обмеженнями) та під час навчального процесу. Але при цьому вважав окрему думку суддів Конституційного Суду України — «тлумаченням, близьким до доктринального тому, що це, передусім, є компетентним (професійним) тлумаченням, тісно переплутаним з доктринальною інтерпретацією проаналізованих норм і положень Конституції»¹.

Сучасними дослідниками з'ясовано історичний шлях інституту окремої думки в судах, починаючи з «Учреждения для управления губерний» (1775 р.) і до 2008 р. При цьому звертається увага на стабільність протягом тривалого часу головних ознак цього індивідуального суддівського акта і незмінність трьох основних принципів: небажаність і ненормальність самого факту наявності окремої думки, збереження окремої думки в таємниці від сторін (учасників судового процесу), користь окремої думки для перегляду рішень судами вищого рівня².

Свого часу кримінально-процесуальним і цивільно-процесуальним законодавством УРСР було передбачено, що окрема думка судді надходила до голови обласного суду, який мав право на її підставі в порядку нагляду внести протест про скасування або зміну судових постанов до президії обласного суду³.

¹ Тодыка Ю. Н. Толкование Конституции и законов Украины: теория и практика. — С. 201.

² Див.: *Верецагин А.* Особые мнения в российских судах // Сравнительное конституционное обозрение. — 2006. — № 4 (57). — С. 165–166.

³ Як цілком слушно зазначають досвідчені судді, нині в загальному судочинстві це втратило будь-який сенс, тому що під час «малої» судово-правової реформи інститут перегляду справ у порядку судового нагляду був остаточно скасований і з 2001 р. процесуальним законодавством не передбачається можливості офіційного реагування на окремі думки суддів у кримінальних чи цивільних справах. Див.: *Шаренко С. Л.* Процесуальний статус окремої думки // Вісн. Верхов. Суду України. — 2006. — № 11. — С. 36.

Інститут окремої думки в конституційному судочинстві передбачений, зокрема, законодавством Азербайджанської Республіки, Республіки Албанія, Республіки Білорусь, Грузії, Естонської Республіки, Республіки Казахстан, Киргизької Республіки, Республіки Молдова, Російської Федерації, Латвійської Республіки, Федеративної Республіки Німеччина, Республіки Польща, Словацької Республіки, Республіки Словенія та ін.

Разом з тим жодна з відповідних норм законів про конституційне судочинство у цих державах не містить визначення «статусу» окремої думки судді. У більшості з наведених законів підкреслюється, що лише у разі *незгоди* з рішенням Суду суддя має право письмово викласти свою думку. Законодавство Грузії і України не містить жодних обмежень щодо права судді на окрему думку¹.

За механізмом правового регулювання усі ці норми є однотипними і подібними до унормування цього інституту в Україні. Так, ст. 64 Закону України «Про Конституційний Суд України» передбачається, що окрема думка судді Конституційного Суду України, який підписав рішення чи висновок, викладається суддею у письмовій формі і додається до рішення чи висновку Конституційного Суду України.

Таке законодавче визначення не дає однозначної відповіді на цілу низку запитань. Для чого ця окрема думка додається до рішення? Чи є, і якщо є, то для чого виникають якісь правові наслідки від наявності такого документа?

У зв'язку з тим, що рішення конституційних судів є остаточним і ніким не може бути скасоване, відсутні будь-які процесуальні важелі реагування на окремі думки суддів конституційної юрисдикції.

Більшість самих конституційних суддів сходяться в тому, що окрема думка судді віддзеркалює особисте ставлення судді до конституційно-правової проблеми, яка була предметом розгляду органом конституційної юрисдикції, її наявність свідчить про незбіг думки судді з позицією більшості як стосовно суті прийнятого рішення, так і його обґрунтування; публікація окремої думки не надає їй ні офіційності, ні обов'язковості².

¹ Дещо по-іншому закріплено право на окрему думку в Німеччині. У відповідній нормі йдеться про те, що суддя викладає окрему думку в разі, якщо вона не збігається з прийнятим рішенням (§ 30 Закону про Федеральний конституційний суд), а Регламентом Федерального конституційного суду передбачено, що окрема думка «підлягає зачитуванню головою сенату під час проголошення рішення» (§ 56 Регламенту Федерального конституційного суду).

² Див.: Скомороха В. Є. Конституційна юрисдикція в Україні: проблеми теорії методології і практики. – К., 2007. – С. 427–428.

Однак при цьому суддя у відставці, екс-Голова Конституційного Суду України В. Є. Скомороха погоджується з російськими колегами, які зазначають, що суддя конституційного суду, викладаючи окрему думку, дистанціюється від рішення суду в конкретній справі, що надає його (особистому) тлумаченню конституційних та інших правових норм якості доктринального, авторитет якого у порівнянні з тлумаченням, що дається іншими вченими-правознавцями, підвищується опублікуванням разом з рішенням конституційного суду¹. Відповідно до точки зору І. Д. Сліденко, природа окремої думки як явища пов'язана з різним сприйняттям і аналізом інтерпретованого матеріалу, викликаного різницею у науковому світогляді суддів, їхнім розумінням основних кардинальних питань як права взагалі, так і теорії інтерпретації².

Багатьма науковцями Західної Європи поділяється точка зору, згідно з якою «вимога до суду говорити «в один голос» надає чіткості заявам з питань конституційного права. Одностайність може посилити авторитет Суду. Втім, дозвіл членам Суду публікувати окремі думки може продемонструвати широкий спектр юридичної аргументації, який можна розглядати як одну з демократичних рис конституційної юрисдикції. Це також може сприяти науковим дискусіям з питань конституції, допоможе виявити суперечності в аргументації»³.

Відомий російський теоретик конституційного права Т. Я. Хабрієва удосконалює визначення окремої думки судді щодо тлумачення Конституції як умовно-доктринального, зазначаючи, що тлумачення Конституції в окремій думці судді близьке до доктринального, тому що воно має відкритий характер, залучається до конкретної справи і може бути опублікованим, але підстави для визнання його обов'язковим відсутні⁴.

Однак при цьому автором не наведено жодних підстав щодо неможливості визнати окрему думку судді доктринальним тлумаченням без будь-яких застережень.

Інший авторитетний російський фахівець Т. М. Пряхіна висловлює застереження щодо позитивного значення окремих думок, звертаючи

¹ У даному випадку цитується: *Лучин В. О.* Конституция Российской Федерации. Проблемы реализации. – М., 2002 – С. 541.

² *Сліденко І. Д.* Тлумачення Конституції: питання теорії і практики в контексті світового досвіду. – Одеса, 2003. – С. 118.

³ *Штайнбергер Г.* Модели конституционной юрисдикции: Доклад / Европейская комиссия «За демократию через право». – Страсбург, 1994 – С. 43.

⁴ *Хабриева Т. Я.* Толкование Конституции Российской Федерации: теория и практика. – М., 1998. – С. 117.

увагу на те, що головне призначення рішення Конституційного Суду Російської Федерації полягає в тому, щоб вичерпати спір щодо конституційності, а окремі думки суддів залишають підґрунтя для сумнівів у правильності винесеного вердикту¹. Ця позиція поділяється деякими суддями Конституційного Суду як України, так і Росії, і саме цим вони пояснюють свою принципову позицію щодо недоречності висловлення позицій суддів всупереч прийнятому рішення.

Статистичні дані стосовно персонального складу суддів, які висловили окремі думки в Україні і Російській Федерації, підтверджують існування одного з неписаних правил у Конституційному Суді Російської Федерації щодо некоректності формулювання особистої позиції Головою Суду, тоді як в Україні це правило не застосовується, і голови судів особисто активно займаються доктринальним тлумаченням у справах.

В Україні зберігається дискусійність з питань щодо можливості викладення окремої думки судді у випадках голосування ним за рішення (висновок) як додаткове (авторсько-індивідуальне) обґрунтування мотивів прийнятого рішення². Підстави для такої дискусії закладені у самому змісті норми ст. 64 Закону України «Про Конституційний Суд України», якою не встановлюється, в яких саме випадках суддя Конституційного Суду України викладає свою окрему думку.

Законодавство Російської Федерації унормовує це питання, вводячи, крім інституту «окремої думки», ще й можливість для кожного судді Конституційного Суду Російської Федерації викласти свою «думку» у тих випадках, коли він залишився в меншості, з питань другорядних або у разі незгоди з мотивацією прийнятого за його участю рішення (ч. 2 ст. 76 Закону РФ «Про Конституційний Суд Російської Федерації»).

Таким чином, у Росії діє положення, згідно з яким «окрема думка» викладається у випадках, коли суддя незгоден з резолютивною частиною рішення, а у разі незгоди з мотивувальною частиною у нього є право на «думку», доктринальне значення якої є менш значущим.

¹ *Пряхина Т. М.* Конституционная доктрина современной России. – Саратов, 2002. – С. 89.

² Незважаючи на це, за період 2001–2008 рр. суддями Конституційного Суду України викладено 6 таких окремих думок. Так, в окремій думці у справі № 1-31/2008 від 10 вересня 2008 р., яким надано висновок про відповідність статтям 157 і 158 законопроекту про внесення змін до Конституції України (справа щодо обмеження депутатської недоторканності), автором запропоновано власний варіант конституційного забезпечення інституту депутатського імунітету. Див. окрему думку судді В. Д. Бринцева від 15 вересня 2008 р., додаток до рішення № 1-31/2008.

Статути міжнародних судів містять гнучке унормування механізмів викладення окремої думки суддів. Так, ст. 57 Статуту Міжнародного Суду ООН надає судді право викласти свою особисту думку, якщо рішення в цілому або в якійсь частині не відображає його позицію. А згідно з п. 2 ст. 74 Регламенту судді можуть заявляти особисту думку щодо суті рішення, яка має статус «окремої думки», і індивідуальну думку (у випадках незгоди з мотивами), які повинні бути надані до другого читання проекту рішення.

Суддя Європейського суду з прав людини, який брав участь у розгляді справи, має право як додаток до постанови викласти свою окрему думку, яка різниться чи збігається з офіційною позицією Суду, або лише зазначити про наявність окремої думки.

Статус додатку до офіційної постанови зумовлює форму викладення окремої думки судді Європейського суду. Як правило, вона починається з висловлювання «жалю» з приводу необхідності заперечувати прийняте рішення і не містить ні вступної, ні описової частин, а відразу наводиться обґрунтування порушень, допущених судом¹.

На відміну від конституційних судів більшості держав Європи, сталою у Євросуді є практика приєднання інших судів до окремої думки, сформульованої іншими суддями, а також «написання» спільних окремих думок².

Слід зазначити, що у суддів міжнародних судів існуюча процедура викладення окремих думок фактично не викликає заперечень, про що свідчить відсутність широкої дискусії з цього приводу.

Лаконічність викладення ст. 64 Закону України «Про Конституційний Суд України» і відсутність у Законі родового визначення терміна «рішення» породила неоднозначність позицій суддів щодо можливості викладення окремої думки у справах, розгляд яких завершився відмовою у відкритті провадження, або припинення провадження, що зумовило внесення пропозицій стосовно змін до Регламенту Конституційного Суду України³.

¹ Див., наприклад, окремі думки суддів: Вільямсона, Де Мейє, Фойгеля у справі «Бенхем проти Сполученого Королівства» від 24 травня 1996 р. У зб.: Вибрані справи Європейського Суду з прав людини. – К., 2007. – Вип. 5. – С. 29–31.

² Як, наприклад, спільна думка 7 суддів, що частково не збігається з позицією більшості у справі «Джон Мюррей проти Сполученого Королівства» від 25 січня 1996 р. Зб.: Вибрані справи Європейського Суду з прав людини. – К., 2003. – Вип. 1. – С. 110–113.

³ До речі, аналіз статистичних даних за 1997–2005 рр. свідчить про відсутність у суддів першого складу Конституційного Суду України спроб викладення окремих думок у цих випадках. А за період 2006–9 місяців 2008 р. суддями Конституційного Суду України було викладено 12 окремих думок по 9 справах, розгляд яких завершився припиненням провадження.

Аналіз відповідних положень правової бази інших держав, які вивчалися, свідчить про те, що більшість з цих нормативно-правових актів дозволяє застосування інституту окремої думки і в цих випадках.

Тим самим слід визнати, що обов'язковою ознакою передумов для окремої думки судді органу конституційної юрисдикції є завершення конституційного провадження у справі і при цьому не має значення, чи винесено у справі рішення (постанова, висновок), чи одна з остаточних процесуальних ухвал¹.

Як слушно зазначається в літературі, за своєю правовою природою окремі думки суддів Конституційного Суду є симбіозом компетентного (професійного) і доктринального (наукового) тлумачення, що має фундаментальну основу у сфері наукового світогляду. Виходячи з цього, інститут окремої думки має низку позитивних ознак, які свідчать про належність його до джерел доктринального конституційного тлумачення. Є всі підстави погодитись із запропонованим автором обґрунтуванням позитивного значення суто правових (без політичних нашарувань) позицій, висловлених в окремих думках у конституційному судочинстві, тому що це є додатковою гарантією вільного волевиявлення суддів, їх незалежності. Наявність інституту окремої думки сприяє пошуку істини і формуванню всебічних підходів щодо практики офіційного тлумачення; створює передумови для глибокого виявлення проблеми, для формування наукових доктрин.

Співзвучні визначення містять висновки молодшої української дослідниці О. К. Намясенко, яка зазначає, що реалізація права на окрему думку є правовою формою реалізації статусу судді Конституційного Суду України, яка не тільки сприяє зростанню рівня його професіоналізму та відповідальності, а й є однією з форм найсуттєвіших гарантій його незалежності як зовнішньої — від законодавчої та виконавчої влади, так і внутрішньої².

¹ З метою унормування цієї спірної ситуації на локальному рівні суддями Конституційного Суду України були внесені пропозиції щодо доповнення ст. 56 Регламенту Конституційного Суду України про право суддів на викладення окремої думки і у випадках припинення провадження у справі. Однак вони не отримали необхідної кількості голосів. Див.: Стенограма засідань Конституційного Суду України, у тому числі і від 14 жовтня 2008 р., під час якого затверджено нову редакцію Регламенту Конституційного Суду України; Басангов Д. А. Юридическая природа особого мнения судьи Конституционного Суда Российской Федерации // Журн. рос. права. — 2006. — № 2. — С. 24–34.

² Намясенко О. К. Характеристика понятия окремої думки судді Конституційного Суду України // Держава і право: зб. наук. пр.: Юрид. і політ. науки. — К., 2007. — Вип. 37. — С. 187.

На жаль, законодавче унормування цього інституту, незважаючи на наявність багатьох ознак, не дозволяє віднести окрему думку судді до офіційних актів Конституційного Суду України. Тому і на майбутнє продовжують зберігатися підстави для дискусійності щодо його віднесення до того чи іншого виду тлумачення.

Аналіз практики застосування інституту окремої думки суддями Конституційного Суду України за весь період його діяльності дає підстави для висновків про те, що наявність ознак професійного тлумачення жодною мірою не унеможливорює визнання цього інституту доктринальним тлумаченням.

За період діяльності Конституційного Суду України (1997 — 9 місяців 2008 р.) було надано 18 висновків і прийнято 175 рішень. З них з окремими думками суддів — 16 висновків, 54 рішення, 9 ухвал¹.

Наведені дані свідчать про те, що «умовний коефіцієнт» незгоди хоча б одного з суддів з офіційною доктриною, викладеною у рішенні (висновку), становить понад 35 %. Аналіз статистичних даних щодо питомої ваги окремих думок суддів Конституційного Суду Російської Федерації у співвідношенні до кількості прийнятих рішень переконує в тому, що він коливається від 11,4 % у 1999–2004 рр. до 51,3 % — у 1995–1998 рр.²

Правом доктринально-професійного тлумачення у першому складі Конституційного Суду України (1997–2005 рр.) скористалося 12 суддів. Найбільш активно такі судді: В. М. Шаповал (19 разів), В. М. Іващенко та М. Д. Савенко (по 14 разів), В. Є. Скомороха (12 разів).

Непоодинокими є випадки викладення окремої думки суддями-доповідачами. Таким чином висловлювали заперечення щодо ухвалених рішень судді: В. Є. Скомороха — у справі 6-рп/1997; П. Б. Євграфов — у справі 17-рп/1998; В. Д. Вознюк — у справі 9-рп/1997; М. І. Козюбра — у справі 5-рп/2000; В. М. Шаповал — у справі 9-рп/2002; М. Д. Савенко — у справі 6-рп/2003; І. П. Домбровський — у справі 6-рп/2008; В. Д. Бринцев — у справі 14-рп/2008.

Ці обставини є додатковою підставою для всебічного аналізу, адже є загальноновизнаним фактом, що саме судді-доповідачі найглибше за-

¹ Практика викладення окремої думки у справах, за якими провадження за-вершилось прийняттям процесуальної ухвали, у першого складу Конституційного Суду України відсутня, тому що застосовується з 2006 р. і до моменту прийняття 14 жовтня 2008 р. нової редакції Регламенту Конституційного Суду України.

² Див.: *Верещагин А.* Особые мнения в российских судах. — С. 170.

нурені у проблемні питання, пов'язані з розглядом конкретних справ. І якщо не вдалося переконати інших суддів у необхідності підтримки проєктів рішень, розроблених суддями-доповідачами, то тут є підстави для додаткової занепокоєності¹.

У зв'язку з цим напрошується цікава аналогія. Якщо рішення Конституційного Суду України є обов'язковим додатком² до протлумаченої норми конкретного закону (конституційного положення), то чому не визнається як обов'язковий додаток до офіційного акта тлумачення окрема думка одного з його суб'єктів, хоча б у тих випадках, коли вона викладена у разі згоди з прийнятим рішенням і містить лише додаткове обґрунтування на його підтримку.

У цьому контексті, користуючись іншою аналогією, досить широко висловленою в юридичній літературі щодо віднесення окремих думок суддів до умовно-доктринального тлумачення, виникають підстави для пропозицій щодо визнання їх умовно-офіційним тлумаченням.

Проаналізована практика викладення окремої думки суддями Конституційного Суду України дає підстави для висновків про необхідність її законодавчого удосконалення з метою усунення наведених недоліків, а також інших неунормованих проблем. Так, у законі чітко не зазначено, в якій частині провадження офіційно повідомляється про наявність у суддів окремих думок. Залишаються невирішеними питання щодо можливості судді відмовитись від викладення задекларованої (заявленої ним) окремої думки та ін.

Крім того, додаткової законодавчої регламентації потребує сама форма цього специфічного і багатоаспектного документа, щодо якого є всі підстави для визнання його умовно-офіційним. Враховуючи відсутність будь-яких визначених на законодавчому рівні вимог до викладення окремої думки, їх аналіз переконує у повній свободі для авторів як щодо структури, так і форми викладення своєї позиції кожним суддею.

Особливий філософсько-правовий колорит за методологією викладання і яскравістю порівнянь власної позиції з позицією Суду

¹ Ні в якому разі не йдеться про наявність підстав піддавати сумніву відповідне Рішення Суду, а лише про підставність додаткових досліджень проблеми на доктринальному рівні.

² Вагоме положення міститься у ст. 69 Регламенту Конституційного Суду Республіки Білорусь, в якій наголошується на тому, що окрема думка є «невід'ємною частиною рішення».

мають окремі думки судді Конституційного Суду Російської Федерації А. Л. Кононова¹.

Без зайвої риторики, але не менш глибокими і змістовними щодо обґрунтування своєї думки на засадах сучасного конституціоналізму є висновки, сформульовані в окремих думках судді Конституційного Суду України В. М. Шаповала².

Чіткістю структури і вишуканістю логіко-правового аналізу характеризуються окремі думки судді Конституційного Суду Латвійської Республіки Андрія Лепсе³.

Наявний масив окремих думок суддів Конституційного Суду України дає підстави класифікувати їх на 3–4 групи.

З урахуванням загальних засад колегіального судочинства певну критику викликають окремі думки, які містять категоричні формулювання щодо «необґрунтованості», «хибності», «неправильності» прийнятих Конституційним Судом України рішень, які є обов'язковими до виконання на території України, остаточними і які не можуть бути оскаржені (п. 3 ч. 2 ст. 150 Конституції України). Суттєво відрізняються як за змістом, так і за формою викладення окремі думки, які по своїй суті збігаються з рішенням Суду і містять лише додаткові обґрунтування щодо його мотивів. Разом з тим основну групу складають окремі думки, в яких по суті викладено альтернативне рішення з відповідною мотивацією і обґрунтуванням.

У більшості окремих думок за структурою викладення можна виділити: вступну частину, в якій викладається сутність винесеного Судом офіційного рішення, або лише міститься посилання на ст. 64 Закону

¹ Досить навести преамбулу однієї з них: «Право издавна считалось искусством добра и справедливости. Представляется, что моральные основания и этические принципы являются главным и неопровержимым критерием правомерности всякого закона. В данном деле они были безнадежно нарушены». Див.: Особое мнение судьи Конституционного Суда Российской Федерации А. Л. Кононова по делу № 8-п от 28. 06. 2007 // Вестн. Конституц. Суда Рос. Федерации. – 2007. – № 4. – С. 18–21.

² Див.: Вісники Конституційного Суду України за 2000–2005 рр.

³ Див.: Отдельное мнение судьи Конституционного суда Латвийской Республики Андрея Лепсе по делу № 2002-20-0103 «О соответствии части пятой статьи 11 закона «О государственной тайне» и пункта 3 статьи XIV правил Кабинета Министров № 226 от 25 июня 1997 года «Список объектов государственной тайны» статье 92 Конституции Латвийской Республики» от 29. 04. 2003 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: [www. satv. tiesa. gov. lv/upload/2002-20-0103R_atsev_domas_Lepse. rtf](http://www.satv.tiesa.gov.lv/upload/2002-20-0103R_atsev_domas_Lepse.rtf)

України «Про Конституційний Суд України» і право судді на окрему думку; описово-мотивувальну і заключно-резолютивну частини у формі висновків по суті справи і «критики» рішення Суду.

Незважаючи на більш детальне законодавче врегулювання, таким же чином характеризуються і окремі думки (думка) суддів Конституційного Суду Російської Федерації за методологією викладення.

Слід мати на увазі, що процес тлумачення правової норми здійснюється Конституційним Судом України у всіх видах провадження і формулюється у вигляді завершеної правової позиції як безпосередньо під час реалізації п. 2 ч. 2 ст. 150 Конституції України, так і при вирішенні питань про відповідність Конституції України (конституційність) — законів та інших правових актів Верховної Ради України, актів Президента України, актів Кабінету Міністрів України, правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим.

Наведений теоретично-практичний аналіз інституту окремої думки суддів у конституційному судочинстві дає підстави вважати **окрему думку судді органу конституційної юрисдикції самостійним різновидом доктринального тлумачення норм права, поєднаного з компетентним (професійним) тлумаченням, у якому відображається альтернативна точка зору щодо предмета конституційного контролю, яка не збігається з актом Конституційного Суду повністю або в його частині та містить обґрунтування власної (особистої) позиції судді.**

В. Федоренко, директор Департаменту конституційного та адміністративного права Міністерства юстиції України, кандидат юридичних наук, доцент

Верховенство права як основний принцип дієвості системи конституційного права України

Розвиток і вдосконалення вітчизняної теорії конституційного права в контексті сучасного національного державотворення та правотворення сприяє подальшому пошуку шляхів ефективного розв'язання як традиційних, так і нових проблем українського конституціоналізму. Зокрема, останніми роками предметом конституційно-правових досліджень все частіше стають проблеми загальної теорії конституційного права України, результати яких мають визначальний вплив на оптимізацію конституційної правотворчої та правозастосовної діяльності.

На сьогодні стає зрозумілим, що окремі прорахунки конституційних процесів 2006–2008 рр. часто обумовлювалися відсутністю своєчасного та належного теоретико-методологічного обґрунтування цих процесів. До того ж реалізація президентських ініціатив щодо вдосконалення конституційно-правових механізмів регулювання суспільних відносин та діяльність Національної конституційної ради (НКР) й інших суб'єктів щодо формування концептуальних основ оновлення Основного Закону нині, як ніколи раніше, вимагають фундаментального наукового забезпечення.

Останнім часом з-поміж ряду загальнотеоретичних проблем предметом наукових досліджень стали проблеми системи конституційного права України, що дозволило сформулювати українським правознавцям основи концепції відповідної галузевої системи, виходячи з її багатовимірного розуміння. На сьогодні нами виявлено та обґрунтовано, що система конституційного права України — це об'єктивно обумовлена система публічного і приватного; природного та позитивного конституційного права; загальної та особливої частини конституційного права; національного та міжнародного (європейського) конституційного права; матеріального та процесуального конституційного права, що складаються з інститутів і норм конституційного права і регулюють політичні, економічні, соціальні, культурні (духовні), екологічні й інші найважли-

віші суспільні відносини, що є предметом конституційного права¹. Але таке визначення відображує здебільшого об'єктивні нормативні властивості системи конституційного права України.

Нове розуміння сутності та змісту системи конституційного права зумовило подальші дослідження проблем структури цієї системи та юридичних властивостей її основних складових — норм та інститутів конституційного права, а також публічного і приватного, природного та позитивного конституційного права, загальної та особливої частини конституційного права національного та міжнародного (європейського) конституційного права тощо. Разом із тим ряд важливих проблем системи національного конституційного права дотепер не отримали свого конструктивного вирішення. Однією з таких є проблема виявлення сутності та змісту принципів системи конституційного права України.

На перший погляд, найбільш простим шляхом розв'язання проблеми детермінації категорії «принцип системи конституційного права» є виявлення загальних засад дослідження цієї галузевої системи. Адже, як відомо, під принципами системи конституційного права у пострадянській юридичній науці традиційно розуміють, перш за все, методологічні принципи пізнання відповідної галузевої системи.

Така позиція сформувалася ще у радянській державно-правовій науці, яка не досліджувала функціональні інститути конституційного (державного) права як складові відповідної галузевої системи. Зокрема, свого часу К. І. Козлова визначала, що методологія радянського державного права є відправними принципами пізнання та прийомів (методів) досліджень діючих інститутів і конституційно-правових відносин². По-

¹ Див.: Погорілко В. Ф., Федоренко В. Л. Конституційне право України: Підручник / За заг. ред. В. Ф. Погорілка. — К., 2006.; Федоренко В. Л. Поняття та складові елементи системи конституційного права України (методологічні аспекти) // Часопис Київ. ун-ту права. — 2006. — № 2. — С. 77–83; Федоренко В. Л. Теоретичні основи системи конституційного права України // Держава і право: Зб. наук. пр. Юридичні і політичні науки. — К., 2006. — Вип. 34. — С. 177–186.; Федоренко В. Л. Концепція багатовимірної системи конституційного права України — теоретико-методологічна основа вдосконалення системи конституційного законодавства України // Бюл. Мін-ва юстиції України. — 2007. — № 9. — С. 23–42; Федоренко В. Л. Теоретико-методологічні проблеми системи сучасного конституційного права України // Право України. — 2007. — № 2. — С. 21–26.; Федоренко В. Л. Конституційні правовідносини, система конституційного права та система конституційного законодавства України: діалектика взаємозв'язків // Бюл. Мін-ва юстиції України. — 2008. — № 9. — С. 5–26 та ін.

² Советское государственное право: Учебник / Под ред. Е. И. Козловой. — М., 1983. — С. 29.

зиція вченої в цілому відображала основні положення радянської юридичної науки щодо принципів системи і джерел конституційного (державного) права, а також принципів державно-правових відносин.

На нашу думку, тривале ігнорування перспективи поділу конституційного права на загальну та особливу частини, подібно іншим галузям публічного і приватного права, а також відсутність досліджень проблем функціональних інститутів конституційного права (інституту джерел конституційного права, інституту системи конституційного права, інституту конституційно-правових відносин, інституту конституційно-правової відповідальності та інших), призвели до того, що у радянській, а пізніше і у пострадянській конституційно-правовій науці проблеми принципів системи конституційного права, джерел конституційного права, конституційно-правових відносин і конституційно-правової відповідальності якщо і розглядалися, то виключно в аспекті методологічних принципів дослідження відповідних конституційно-правових явищ.

Разом із тим принципи системи конституційного права не можна ототожнювати виключно з методологічними засадами дослідження цієї системи, хоча не можна заперечувати й існування теоретико-методологічної складової (зрізу) досліджуваного явища. Поряд із методологічними принципами дослідження проблем системи конституційного права існують і функціональні та предметно-структурні принципи системи конституційного права. Тому категорія «система конституційного права», будучи складною за своїм змістом, вимагає свого комплексного наукового дослідження.

Як уже зазначалося, постановка питання про принципи системи конституційного права є новою для української та зарубіжної юридичної науки і, на перший погляд, може видаватися штучною, надуманою. Водночас, виходячи з того, що система конституційного права розглядається автором не лише як складне теоретико-методологічне явище конституційно-правового буття, а й як самостійний функціональний інститут загальної частини відповідної галузі права¹, то постановка питання про виявлення принципів, загальних засад системи конституційного права видається виправданою та перспективною.

На користь об'єктивності існування категорії «принципи системи конституційного права України» свідчить те, що, по-перше, в основу будь-якого конституційно-правового явища, у тому числі й в основу

¹ Див.: Федоренко В. Л. Загальна і особлива частини як основні складові системи національного конституційного права // Бюл. Мін-ва юстиції України. – 2006. – № 10. – С. 8.

системи конституційного права, покладаються певні ідеали та ідеї, які характеризують сутність і зміст цього явища; по-друге, кожному, в тому числі й функціональному інституту конституційного права, властиві певні, характерні тільки для цього інституту, принципи (інституційні принципи), які й визначають сутність, зміст і юридичні властивості того чи іншого інституту конституційного права; по-третє, система конституційного права містить у своєму складі принципи конституційного права, об'єктивізовані у відповідних галузевих нормах (так звані, норми-принципи). Таким чином, принципи права одночасно виступають важливою складовою системи конституційного права.

Утім, з огляду на останній із наведених аргументів, категорію «принципи системи конституційного права» слід розмежовувати з категорією «система принципів конституційного права», розуміючи під останньою сукупність загальних і спеціальних (інституційних) керівних засад й ідей, які виражають сутність і зміст як відповідної галузі права в цілому, так і її окремих інститутів. При цьому система загальних і спеціальних принципів конституційного права, будучи складовою системи конституційного права, відображає предметно-структурний рівень принципів цієї галузевої системи.

У сучасній українській і зарубіжній юридичній науці дослідження принципів системи конституційного права ускладнюється неоднозначністю і малодослідженістю самої категорії «принцип права». Навіть існування самостійних монографічних досліджень принципів права¹ не дозволяє нині абсолютно однозначно детермінувати цю категорію. Так, під принципами права сучасні вчені-правознавці розуміють основні вихідні засади, положення, ідеї, що виражають сутність права як специфічний соціальний регулятор²; критерії цінності права для суб'єктів права³; ідеї, думки як продукт суспільної думки про загальне і найбільш суттєве уявлення про право, правовий світогляд, про цінність права⁴; вихідні нормативно-керівні початки (імперативні вимоги), які визначають загальну спрямованість правового регулювання суспільних відно-

¹ Див.: Колодій А. М. Принципи права України: Монографія. – К., 1998.

² Теория государства и права: Учебник / Под ред. Р. А. Ромашева. – СПб., 2005. – С. 189.

³ Див.: Радько Т. Н. Теория государства и права: Учебник. – М., 2005. – С. 387.

⁴ Див.: Малеин Н. С. Правовые принципы, нормы и судебная практика // Государство и право. – 1996. – № 6. – С. 12.

син¹; вихідні, визначальні ідеї, положення, установки, які складають моральну і організаційну основу виникнення, розвитку і функціонування права² тощо. Тобто під принципами права в юридичній науці нині прийнято розуміти керівні положення, основні засади, установки та ідеї, які визначають сутність і зміст права, його соціальне призначення та суспільну цінність.

У найбільш узагальненому вигляді погляди на сутність і зміст принципів права знайшли своє відтворення і у галузевих юридичних науках, у тому числі й у науці конституційного права України. Нині під принципами конституційного права України прийнято розуміти «керівні засади, ідеї, ідеали, які визначають сутність, зміст, спрямованість і форми конституційно-правового регулювання»³. Це визначення певною мірою може бути віднесеним і до принципів системи конституційного права. Водночас сприйняття вище наведеного визначення принципів конституційного права не вирішує проблеми детермінації категорії «принципи системи конституційного права», яка має самостійне значення для теорії національного конституційного права.

На нашу думку, детермінація категорії «принципи системи конституційного права» передбачає визначення поняття цих принципів і виявлення юридичних властивостей досліджуваної категорії, а також класифікацію основних видів (зрізів) принципів системи конституційного права та їх загальну характеристику.

Найбільш важливим, на нашу думку, є саме визначення поняття принципу системи конституційного права. Як відомо, сам термін «принцип» (від лат. *principium* — основа, першопочаток, керівна ідея, основне правило поведінки чи діяльності) позначає «основні вихідні положення якої-небудь наукової системи, теорії, ідеологічного напрямку та ін.»⁴. Слушною є думка російського правознавця В. В. Пиліна, який вважає що принцип є не тільки вихідним положенням певної теорії, вчення, але і керівною ідеєю чи основним правилом діяльності, основою устрою чи

¹ Общая теория государства и права. Академический курс: В 3 т. — Изд. 2-е, перераб. и доп. / Отв. ред. М. Н. Марченко. — М., 2002. — С. 75.

² Основы теории права и государства в вопросах и ответах / Под ред. А. С. Васильева. — Харьков, 2002. — С. 52–53.

³ Погорілко В. Ф., Федоренко В. Л. Конституційне право України: Підручник / За заг. ред. В. Ф. Погорілка. — К., 2006. — С. 16–17.

⁴ Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / Уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. — К.; Ірпінь, 2005. — С. 1125.

діяльності різних механізмів, у тому числі й соціальних¹. Щодо системи конституційного права, то її принципи слід розглядати перш за все як керівні початки, ідеї існування, розвитку і функціонування інститутів і норм конституційного права, а також інших складових цієї системи (національне і міжнародне, матеріальне і процесуальне, природне і позитивне конституційне право та ін.)² у їх системному органічному взаємозв'язку.

Водночас категорія «принципи системи конституційного права» застосовується у декількох аспектах. Під принципами системи конституційного права слід розуміти, по-перше, теоретико-методологічні принципи наукового пізнання системи конституційного права та її властивостей; по-друге, функціональні принципи системи конституційного права України, які визначають існування та дієвість цієї системи в межах національної правової системи; по-третє, предметні принципи системи конституційного права як складова цієї системи представлена нормами-принципами у складі предметних інститутів конституційного права. Отже, говорячи про принципи системи конституційного права, слід мати на увазі теоретико-методологічні, функціональні та предметні принципи цієї системи.

Виходячи з багатоаспектності цієї категорії, під принципами системи конституційного права України слід розуміти керівні засади, ідеї та ідеали, які визначають основи наукового пізнання цієї правової категорії, а також сутність, зміст і форми існування та дієвості системи національного конституційного права та призначення цієї системи у механізмі конституційно-правового регулювання.

Як і будь-яка інша категорія конституційного права, принципи системи конституційного права мають свої кваліфікуючі юридичні ознаки, що розкривають сутність і зміст досліджуваного явища. На нашу думку, теоретико-методологічні, функціональні та предметні принципи системи конституційного права характеризуються такими спільними ознаками, як системність, цілеспрямованість, множинність, багатоаспектність, диференційованість, науковість тощо. Але кожному виду принципів системи конституційного права властиві свої юридичні ознаки.

¹ Пылин В. В. Избирательное и референдумное право Российской Федерации: Учеб.-практ. пос. – М., 2003. – С. 78.

² Див.: Федоренко В. Л. Теоретичні основи системи конституційного права України // Держава і право: 36. наук. пр. Юридичні і політичні науки. – К., 2006. – Вип. 34. – С. 180.

Виходячи з багатоаспектності та множинності принципів системи конституційного права, їх можна класифікувати за певними критеріями. Водночас поширена в українській юридичній науці класифікація принципів конституційного права на загальні та особливі, на наш погляд, є малоприйнятною для класифікації принципів системи конституційного права, а інші класифікації принципів відсутні.

На нашу думку, основними видами принципів системи національного конституційного права слід вважати теоретико-методологічні (методологічні), функціональні та предметні принципи цієї системи. Критерієм для такого розмежування принципів системи конституційного права є правова сфера застосування цієї категорії.

Первинним видом (зрізом) принципів системи конституційного права є теоретична, концептуальна сфера застосування цієї категорії. Це обумовлюється тим, що формування самої категорії «система конституційного права» стало результатом розвитку юридичної науки у ХІХ–ХХ ст. і, зокрема, здобутків теорії конституційного права в останні десятиліття новітнього часу. Безперечно, на емпіричному рівні право диференціювали ще за часів Давнього Риму, виділяючи приватне і публічне право, але до початку минулого століття категорія «система права» залишалася малодослідженою вченими-правознавцями. Витоки сучасних концепцій системи національного конституційного права пов'язані передусім із теоретико-методологічними положеннями радянської юридичної науки про систему радянського державного (конституційного) права.

Можна погодитись із Л. Б. Тиуною, що будь-яка загальнотеоретична концепція має ґрунтуватися, по-перше, на матеріалі, який охоплює весь обсяг предмета дослідження, а по-друге — на аналізі всієї його історії (генезисі)¹, але стрижнем концепції системи конституційного права, на нашу думку, є перш за все принципи методології пізнання цієї галузевої системи.

Дослідження проблем системи конституційного права України та її складових передбачає формування цілісної методології, або ж своєрідної «схеми пояснення в науковому пізнанні»², що, у свою чергу, потребує виявлення ключових ідей, покладених в основу пізнання цієї галузевої системи та її юридичних особливостей і властивостей. Видається, що

¹ Тиунова Л. Б. Системные связи правовой действительности: Методология и теория. — СПб., 1991. — С. 90–91.

² Блауберг И. В., Юдин Э. Г. Становление и сущность системного подхода. — М., 1973. — С. 45.

під ключовими ідеями, які становлять свого роду «шкалу координат» у дослідженні об'єктивно існуючої системи національного конституційного права, слід розуміти теоретико-методологічні принципи дослідження системи конституційного права. Ці принципи становлять основу теоретико-методологічного інструментарію наукового пізнання сутності та змісту системи конституційного права та її юридичних властивостей. До цієї групи принципів системи конституційного права можна віднести принципи сучасної методології дослідження проблем системи конституційного права, зокрема, принципи, покладені в основу загальнофілософських, загальнонаукових і спеціальних правових методів наукового дослідження проблем системи конституційного права України та її складових.

Наприклад, важливим теоретико-методологічним принципом системи конституційного права є принцип науковості пізнання цієї системи. Його зміст полягає в тому, що сутність і зміст системи конституційного права, її юридичні властивості та структура є предметом юридичної науки і можуть бути пізнаними за допомогою юридичного методологічного інструментарію.

Функціональні принципи системи конституційного права визначають керівні початки існування, генезису та дієвості цієї системи, тобто загальні засади основних напрямів і видів розвитку та впливу цієї галузевої системи на суспільні відносини, що є предметом конституційного права. До таких принципів можна віднести принципи об'єктивності, безперервності, активної дієвості системи конституційного права тощо.

Предметні принципи системи конституційного права представлені такою складовою цієї системи, як норми-принципи конституційного права. До складу кожного предметного інституту конституційного права (інститут основ конституційного ладу України, інститут прав і свобод людини та громадянина, інститут форм безпосередньої демократії, інститут органів державної влади, інститут конституційної юстиції, інститут місцевого самоврядування тощо)¹ поряд з установчими, регулятивними та охоронними нормами конституційного права входять зазвичай і норми-принципи, які визначають сутність, зміст і призначення цих інститутів у механізмі конституційно-правового регулювання.

¹ Див.: Федоренко В. Л. Інститути конституційного права України // Наук. вісн. Ужгород. нац. ун-ту. – 2006. – Вип. 5. – С. 97; Погорілко В. Ф., Федоренко В. Л. Конституційне право України: Підручник / За заг. ред. В. Ф. Погорілка. – К., 2006. – С. 30–33 та ін.

Наприклад, основні норми-принципи інституту форм безпосередньої демократії об'єктивізуються у ст. 71 Конституції України, яка визначила, що вибори до органів державної влади та органів місцевого самоврядування є вільними і відбуваються на основі загального, рівного і прямого виборчого права шляхом таємного голосування. Відповідні принципи знайшли свій розвиток і нормативне закріплення у чинному конституційному законодавстві. Зокрема, у Законі України «Про вибори народних депутатів України», Законі України «Про вибори Президента України» зі змінами і доповненнями від 8 грудня 2004 р. і 14 грудня 2004 р., Законі України «Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів» зі змінами від 21 грудня 2005 р., Законі України «Про всеукраїнський та місцеві референдуми» від 3 липня 1991 р., Законі України «Про Центральну виборчу комісію», Конституції Автономної Республіки Крим, висновках і рішеннях Конституційного Суду України, постановах і роз'ясненнях Центральної виборчої комісії та інших нормативно-правових актах.

Таким чином, предметні принципи системи конституційного права України, представлені системою норм-принципів, що входять до складу предметних інститутів конституційного права, визначають ті ідеї та ідеали, які визначають сутність і зміст предметно-структурної основи відповідної галузевої системи.

Виявлені теоретико-методологічні, функціональні та предметні принципи системи конституційного права не вичерпують усі аспекти цієї категорії. Свого часу відомий український радянський правознавець П. О. Недбайло зазначав, що принципи права, з одного боку, відображають його об'єктивні властивості, обумовлені закономірностями розвитку цього суспільства, всією гамою історично властивих йому інтересів, потреб, протиріч і компромісів різноманітних класів, груп і прошарків населення. З другого боку, в принципах права втілюється його суб'єктивне сприйняття членами суспільства: їх моральні та правові погляди, почуття, вимоги, виражені в різних вченнях, теоріях, напрямках праворозуміння. Тому принципи права повинні розглядатися з урахуванням як єдності, так і особливостей обох із зазначених сторін, з позицій сформованого в юридичній і філософській науках загального уявлення про об'єктивне і суб'єктивне у праві¹. На сьогодні в юридичній науці збері-

¹ Недбайло П. Е. Объективное и субъективное в праве (к итогам дискуссии) // Изв. вузов Сер. Правоведение. – 1974. – № 1. – С. 14.

гається тенденція дуалістичного сприйняття принципів права в їх об'єктивному і суб'єктивному значенні. У першому випадку вчені виділяють галузеві, міжгалузеві та інституційні принципи права, а у другому — принципи розуміються як важлива складова внутрішньої мотивації діяльності або поведінки суб'єктів права.

Виходячи з вище наведених теоретичних положень, принципи системи конституційного права також можна розглядати як в об'єктивному, так і в суб'єктивному значенні. Але якщо об'єктивні принципи системи конституційного права, покладені в основу цієї галузевої системи, можна виявляти в теоретико-методологічній, функціональній і предметно-структурній сферах, то суб'єктивні принципи цієї системи слід вбачати у внутрішній мотивації правової поведінки та діяльності учасників конституційного процесу, а саме в тих ідеях і ідеалах, які є керівними для суб'єктів конституційної правотворчої та правозастосовної діяльності. Адже в ідеалі така діяльність має ґрунтуватися на суб'єктивному сприйнятті загальнотеоретичних положень національної теорії системи конституційного права.

Безперечно, проблема виявлення принципів системи конституційного права України та висловлені пропозиції щодо її конструктивного розв'язання мають дискусійний характер і потребують свого подальшого наукового дослідження.

С. Дерев'янка, кандидат історичних наук, доцент, докторант Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника

Формула референдуму: проблеми та перспективи конституційного закріплення

Ймовірний формат очікуваної зміни Основного Закону держави, що відповідає світовим традиціям конституціоналізму, — її прийняття народним голосуванням на всеукраїнському референдумі. На цьому наполягають очільники держави, лідери політичних партій та громадських організацій, до цього спонукають нас і європейські парламентарії. Поза риторикою політиків та засобів масової інформації щодо потреби, глибини й формату змін привертає увагу сформульований Президентом України В. А. Ющенком, на його думку, «демократичний, оптимальний і необхідний країні» такий алгоритм процесу конституційного оновлення: створений Національною конституційною радою проект передбачається винести на обговорення всього українського суспільства, відтак «відповідний законопроект, представлений Президентом, буде розглянутий у конституційному порядку: у Верховній Раді, з висновком Конституційного Суду та з винесенням на всеукраїнський референдум — він надасть Конституції найвищої легітимної політичної і суспільної сили»¹.

Складність його проведення об'єктивується недосконалим, на думку більшості вчених і політиків, законодавством про референдуми. Вивчення вітчизняного та зарубіжного досвіду правового регулювання і практики загальнодержавних/загальнонаціональних референдумів свідчить, що їх результативність суттєво залежить не лише від предмета, активності ініціаторів і противників, діяльності органів державної влади та місцевого самоврядування, безпосередньої участі громадян у голосуванні. Одним із ключових видів референдних процесуальних дій, вважаємо, є визначення, затвердження та забезпечення реалізації формули референдуму.

Про наукову та практичну важливість розробки цієї проблеми свідчить увага до неї авторів (робоча група Національної конституційної

¹ Звернення Президента України Віктора Ющенка з нагоди Дня Конституції України (28.06.2008 р.) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.president.gov.ua/news/10369.html>

ради під керівництвом М. І. Ставніччук) проекту концепції нової Конституції України, у якій пропонують передбачити, зокрема «кількість питань, які можуть бути винесені на один референдум; вимоги до формулювання відповідних питань, виходячи з того, що за Конституцією України результати народного волевиявлення є обов'язковими»¹. Втім, у вже відомих — проект нової Конституції України, створеному групою науковців під керівництвом В. М. Шаповала, офіційно внесеному до Національної конституційної ради фракцією Комуністичної партії у Верховній Раді України проект нової редакції Конституції України, у проекті стосовно змін Конституції України, підготовленому Ю. В. Тимошенко, а також у проекті Закону про внесення змін до Конституції України, внесеному на розгляд парламенту фракцією Партії регіонів у Верховній Раді України, та низці інших, ці ідеї, вважаємо, ще не реалізовані. Натомість конкретні приклади їх втілення дає вивчення конституцій та актів конституційного характеру, законів про референдуми зарубіжних держав, законотворча діяльність українських парламентарів.

До питань, які виносяться на референдум, обов'язково звертаються автори більшості наукових праць із референдної проблематики, підручників та навчальних посібників із конституційного, виборчого та референдного права України і зарубіжних країн. Сутність власне «формули референдуму» найбільш змістовно аналізують українські вчені-правники В. Ф. Погорілко й В. Л. Федоренко, російські — Б. О. Страшун, В. В. Комарова, В. Є. Чиркін та ін.

Метою статті є аналіз підходів до розуміння поняття «формула референдуму» у нормативно-правових актах та референдному праві, з'ясування доцільності і перспектив її закріплення в оновленій Конституції України. Насамперед зауважимо, що конституційні акти України та зарубіжних держав не вживають поняття «формула референдуму». Воно зустрічається здебільшого у навчальній літературі, окремих юридичних енциклопедичних виданнях і словниках. Абстрактність поняття зумовлює неоднозначність його тлумачення й використання. Під формулою референдуму іноді розуміють співвідношення між числом зареєстрованих громадян, які мають право голосу, тих, хто взяв участь у голосуванні, і кількістю поданих голосів. За аналогією — характер формули мають норми частини другої статті 72 Конституції України

¹ Концепція системного оновлення конституційного регулювання суспільних відносин в Україні: Проект // Главред. – 2008. – 24 квіт. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.glavred.info/print.php?article=/archive/2008/04/23/190045-9.html>

щодо проголошення всеукраїнського референдуму за народною ініціативою, тобто встановлене нею співвідношення мінімальної кількості підписів громадян, які мають право голосу, під вимогою проведення референдуму з числом областей та кількістю зібраних підписів у кожній з них.

Однак більш поширеним є підхід, який пов'язує формулу із питаннями референдуму. Пріоритет тут, очевидно, належить відомому російському вченому-конституціоналісту Б. О. Страшуну. В окремому параграфі «Формула референдуму» його підручника (2008 р. вийшло вже 4-те видання) виділено два найбільш поширених їх види, виходячи із того, що питання, які виносяться на народне голосування, можуть формулюватися по-різному. Перший вид — голосуючому ставиться питання про його згоду чи незгоду із пропонованим законопроектом чи його частиною, тим чи іншим рішенням, заходом і т. ін., на яке він повинен відповісти «так» чи «ні». Другий вид — це так званий «народний вибір», тобто пропозиція голосуючому двох чи більше варіантів вирішення питання, один із яких він повинен вибрати, чи все відхилити. Поряд із такою «жорсткою» застосовується і «м'яка» вимога — дозволяється давати позитивну відповідь на два чи більше, і навіть на всі варіанти, а схваленим вважається той, що дістав найбільшу кількість позитивних відповідей (можлива додаткова вимога — підтримка абсолютною більшістю тих, хто голосував)¹. Ця формула конституційно закріплена й широко апробована у Швейцарській Конфедерації. Автори першого вітчизняного навчального посібника з референдного права України — В. Ф. Погорілко та В. Л. Федоренко — розмежовують референдуми за «формулою, тобто конструкцією питань, що виносяться на всенародне голосування», на прості та складні. Прості конструкції питань референдумів передбачають винесення на референдум одного питання з однієї конкретно взятої проблеми. Складні (комбіновані) конструкції питань референдумів передбачають голосування двох і більше питань. При цьому питання можуть стосуватися різного порядку проблем, але, як правило, сукупність питань, винесених на референдум, у комплексі стосуються однієї проблеми². Конкретні приклади застосування таких формул при проведенні референдумів в Україні та окремих зарубіжних державах змістовно аналізує у своєму дисертаційному дослідженні

¹ Конституционное (государственное) право зарубежных стран: Учебник: В 4 т. / Отв. ред. Б. А. Страшун. — М., 1995. — Т. 2. — С. 89.

² Див.: Погорілко В. Ф., Федоренко В. Л. Референдне право України: Навч. посіб. — К., 2006. — С. 116.

(1999) та численних наступних наукових працях, розділах підручників і навчальних посібників В. Л. Федоренко¹.

Поєднавши підходи російських та українських вчених, зауважимо, що саме таку просту формулу мав всеукраїнський референдум 1 грудня 1991 р. Відомо, що на єдине запитання: «Чи підтверджуєте Ви Акт проголошення незалежності України?» відповіли «Так, підтверджую» 90,32 % із 84,18 % зареєстрованих виборців, які взяли участь у голосуванні. Таку ж ствердну відповідь на поставлені чотири самостійних питання, які стосувалися, однак, єдиної проблеми — парламентської реформи, дали учасники, складного за своєю формулою, всеукраїнського референдуму за народною ініціативою 16 квітня 2000 р.

У контексті названого концептуального підходу до питання конституційного закріплення формули референдуму, вважаємо, заслуговують уваги висловлені В. Л. Федоренком ідеї на сторінках нещодавно презентованого тому академічного курсу з конституційного права². Втім, висловимо власні міркування на підставі порівняльно-правового аналізу конституційних актів зарубіжних країн. Ретельний аналіз усього масиву конституцій світу дає підстави твердити, що конституційні норми, які вкладаємо у поняття «формула референдуму», властиві лише конституціям Королівства Данія, Португальської Республіки, Республік Кабо-Верде та Ліберія, Турецької Республіки, Фінляндії, Федеративної Республіки Німеччини та Швейцарської Конфедерації. Характерно, що відповідні норми виписані у спеціальних розділах чи конструктивно містких статтях, здебільшого названих «Референдум». Загалом же норми щодо референдумів у більшості конституцій виписані по всьому тексту. Це характерно і для чинної Конституції України, у якій, крім статей 69, 70, 72, 73, 74 окремого розділу III «Вибори. Референдум» «референдними» є преамбула, статті — 5, 38, 85, 92, 106, 138, 143, 155 та 156³.

Найбільш змістовне, на наш погляд, визначення формули референдуму, яке охоплює всі названі вище її сутнісні ознаки, є у Конституції

¹ Див.: *Федоренко В. Л.* Конституційно-правові основи всеукраїнського референдуму: проблеми теорії та практики: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 1999. — 18 с.; *Погорілко В. Ф., Федоренко В. Л.* Референдуми в Україні: історія та сучасність: Монографія. — К., 2000. — 248 с.; *Вони ж:* Конституційне право України: Підручник / За заг. ред. В. Ф. Погорілка. — К., 2006. — 344 с. та ін.

² Конституційне право України. Академічний курс: Підручник. — У 2 т. / За заг. ред. Ю. С. Шемшученка. — К., 2008. — Т. 2. — С. 219–220.

³ Конституція України: Прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. // Відом. Верхов. Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.

Португальської Республіки: «кожен референдум проводиться тільки з однієї проблеми, причому питання мають бути сформульовані так, щоб на них було дано ясну і точну відповідь «так» або «ні», а максимальна кількість питань повинна закріплюватись у законі, який встановить також решту умов формулювання питань і проведення референдумів» (ч. 6 ст. 115)¹. Таку ж норму, за якою «на референдумі голосування проводиться «за» і «проти» законопроекту», внесено до Конституції Королівства Данія (ч. 5 ст. 42)². «Кожен референдум повинен мати тільки єдине питання як його об'єкт» — передбачає ч. 3 ст. 108 Конституції Республіки Кабо-Верде. При цьому встановлені такі вимоги до його змісту: «Питання, які будуть подані виборцям, повинні бути сформульовані з простотою, об'єктивністю, точністю і ясністю, таким способом, щоб не передбачати безпосередньо чи побіжно будь-якої відповіді. Відповідь повинна бути «так» чи «ні»³ (ч. 9 ст. 108). Натомість, за Конституцією Федеративної Республіки Німеччини «закон може вносити на народне опитування різні пропозиції, однак їх має бути не більше двох» (ч. 5 ст. 29)⁴.

За Конституцією Республіки Ліберія «якщо більше ніж одна запропонована поправка (конституційна. — *С. Д.*) має бути затверджена на референдумі, їх слід подати таким чином, щоб люди могли голосувати за чи проти них окремо» (ст. 92)⁵.

Цікавим є також досвід Турецької Республіки, де проведення референдуму передбачено тільки у випадку внесення змін до Конституції. Відповідно до ч. 8 ст. 175 цієї Конституції «Великі Національні Збори Туреччини при прийнятті законів, які стосуються конституційних по-

¹ Constituição da República Portuguesa, de 2 de Abril de 1976 (VII Revisão Constitucional, 2005) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://www.parlamento.pt/const_leg/crp_port/constpt2005

² Конституция Королевства Дания от 5 июня 1953 г. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://constitution.garant.ru>

³ The Constitution of the Republic of Cape Verde: Came into force 25 September 1992 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://capeverde-islands.com/cvconstitution.html>

⁴ Основной закон Федеративной Республики Германии: Принят 23 мая 1949 г. // Конституции зарубежных государств: Учеб. пособие / Сост. В. В. Маклаков. — 3-е изд., перераб. и доп. — М., 2001. — С. 77–78.

⁵ Constitution of the Republic of Liberia: Approved on July 3, 1984 to a national referendum. On January 6, 1986 came into force [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.if.cx/conlib.html>

правок, повинні вирішити, які положення виносяться на референдум разом, а які — окремо»¹.

Особливою демократичністю відзначаються вимоги до формули референдуму в Конституції Швейцарської Конфедерації, лише поправки до якої, як відомо, 130 разів виносилися на загальносоюзний референдум. Відповідно до ч. 5 ст. 139 цієї Конституції «ініціатива і форма сформульованого проекту передається на голосування народу та кантонів. Федеральний парламент рекомендує її схвалення або її відхилення. Якщо він рекомендує її відхилення, він може передати на розгляд свій контрпроект». І далі «народ та кантони голосують одночасно за ініціативу та контрпроект». Виборці можуть схвалити обидва проекти. Вони можуть визначити, якому проекту вони надають перевагу, якщо обидва будуть схвалені; якщо один із проектів отримає більшість голосів народу, а інший — більшість голосів кантонів, жоден з них не набирає сили» (ч. 6 ст. 139)².

Обов'язковість винесення на референдум альтернативних питань передбачена ч. 1 ст. 53 Конституції Фінляндії: «рішення про проведення чергового дорадчого референдуму приймається шляхом закону, який повинен містити постанову про час проведення референдуму і про альтернативні питання, які пропонуються учасникам референдуму»³.

Отже, наведені фрагменти конституцій зарубіжних держав засвідчують факт конституційного закріплення формули загальнодержавних референдумів. Проведене нами дослідження конституційно-правових засад референдумів дозволяє стверджувати, що цей інститут закріплений у конституціях та інших нормативно-правових актах багатьох держав. Характерним є багаторазове закріплення, частіше подвійне — у конституціях і у чинному законодавстві — за допомогою спеціально прийнятих законів. За нашими підрахунками, прийняття законів, якими визначаються принципи та порядок проведення референдумів, прямо передбачають консти-

¹ Constitution of the Republic of Turkey: accepted by 92 % of the Turkish public in a referendum on November 7, 1982; As amended 1987, 1995, 1999, 2001, 2004 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.byegm.gov.tr/mevzuat/ana-yasa/anayasa-ing.htm>

² Федеральна Конституція Швейцарської Конфедерації: прийнята 18 грудня 1998 р. // Конституції: Повнотекстова корпоративна колекція перекладів нормативно-правових актів зарубіжних країн [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.rada.kiev.ua/LIBRARY/catalog/const3.htm#Конст>.

³ The Constitution of Finland: Adopted on 11 June 1999 (731/1999) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/1999/en19990731.pdf>

туції 73 держав, утім такі закони прийняті і в інших державах, де застосовується ця форма народного волевиявлення. Закони ці, як правило, віднесені до категорії конституційних чи органічних законів, і саме ними встановлюються вимоги до формулювання питань референдуму.

Чинний Закон України «Про всеукраїнський та місцеві референдуми» у диспозиції статей 5 і 6, якими визначаються зміст та обмеження щодо питань референдумів, не містить вимог до формулювання питань референдумів¹. Тому назвемо типові норми окремих законів інших держав. Наприклад, п. 7 ст. 12 Федерального закону «Про основні гарантії виборчих прав і права на участь у референдумі громадян Російської Федерації» вимагає, що «питання референдуму повинно бути сформульоване таким чином, щоби виключалась можливість його множинного тлумачення, тобто щоб на нього можна було дати тільки однозначну відповідь, а також щоб виключалась невизначеність правових наслідків прийнятого на референдумі рішення»². Такі ж вимоги щодо ясності і визначеності питань референдуму федерального рівня встановлені у ч. 7 ст. 6 Федерального конституційного закону «Про референдум Російської Федерації». Більше того, цей Закон передбачає, що «різні ініціативні групи по проведенню референдуму можуть запропонувати для винесення на референдум різні, в тому числі альтернативні питання»³. Два види формули референдуму називає Закон Республіки Польща «Про референдум»⁴: голосуючий дає відповідь на поставлене питання «так» чи «ні» за допомогою певного знаку в бюлетені або вибирає один із запропонованих варіантів вирішення винесеної на голосування проблеми (п. 2 ч. 2 ст. 23).

Конституція Сполученого Королівства Великої Британії та Північної Ірландії не передбачає проведення загальнодержавних референдумів. Такий референдум проводився лише 1975 р. з питання про членство

¹ Про всеукраїнський та місцеві референдуми: Закон України: Прийнятий 3 лип. 1991 р. № 1286–ХІІ // Відом. Верхов. Ради України. – 1991. – № 33. – Ст. 443; остання редакція від 1 жовтня 2007 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua>

² Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации: Федеральный закон от 12 июня 2002 г. № 67-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2002. – № 24. – Ст. 2253.

³ О референдуме Российской Федерации: Федеральный конституционный закон от 28 июня 2004 г. № 5-ФКЗ // Там само. – 2004. – № 27. – Ст. 2710.

⁴ Ustawa z dnia 29 czerwca 1995 r. o referendum: // Dziennik Ustaw. – Nr. 99. – Poz. 487. – S. 2421–2422 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.pkw.gov.pl/katalog/artukul/17943.html>

в ЄЕС на підставі спеціального акта *ad hoc*. У наступні роки проведено сім референдумів в окремих частинах держави. Відомо, що право на проведення референдумів надавалося Великобританією тривалий час її залежним територіям, про що свідчать їх конституційні акти та історія. Вимоги ж до ясності та реальності змісту, процедури формулювання питань референдуму детально виписані у ст. 104 прийнятого у 2000 р. першого британського «референдного» закону «Акта про політичні партії, вибори та референдуми»¹. Цікавим з огляду на предмет дослідження є і проект закону про проведення референдуму у Сполученому Королівстві щодо прийняття єдиної європейської валюти², ідея якого так і не була реалізована, як і проведення референдуму щодо ратифікації Угоди, якою встановлювалась конституція для Європи.

Загалом же вивчення законів про референдуми зарубіжних країн показує, що більшість із них теж не містять вимог щодо формули референдуму. Такі вимоги здебільшого встановлюються в актах про призначення/проголошення референдуму, які приймаються главами держав чи вищими законодавчими органами. Прикладом є відомі акти щодо проголошення всеукраїнських референдумів у 1991 та 2000³. Типовим є рішення Національних Зборів Республіки Сербія «Про проведення референдуму республіки для схвалення нової Конституції Республіки Сербія»⁴.

При підготовці проекту конституційних змін корисним для українських законотворців було б використання рекомендаційного характеру документів авторитетних міжнародних організацій Ради Європи. Серед них, насамперед, «Керівні принципи для конституційних референдумів на національному рівні», ухвалені Венеціанською комісією на 47-й пленарній сесії (Венеція, 6–7 липня 2001 р.). У документі сформульова-

¹ Political Parties, Elections and Referendums Act 2000 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.opsi.gov.uk/Acts/acts2000/ukpga_20000041_en_1

² Single European Currency (Referendum) Act 2003 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.dca.gov.uk/elections/euro/secbill-draft.pdf>

³ Про проведення всеукраїнського референдуму в питанні про проголошення незалежності України: Постанова Верховної Ради України від 11 жовтня 1991 р., № 1660-ХІІ // Відом. Верхов. Ради України. – 1991. – № 48. – Ст. 663; Про проголошення всеукраїнського референдуму за народною ініціативою: Указ Президента України від 15 січня 2000 р. № 65/2000 // Голос України. – 18 січ. – С. 2.

⁴ Decision calling a republic referendum to endorse the new Constitution of the Republic of Serbia: Adopted by the National Assembly of the Republic of Serbia at its first special session held on 30 September 2006 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.parlament.sr.gov.yu/content/eng/akta/ustav/ustav_1.asp

ні, зокрема, вимоги щодо процедурної та предметної придатності текстів, що виносяться на референдум (пункти II. С і II. D), які сутнісно є ознаками його формули. З певною правкою вони включені до розд. III «Кодексу належної практики щодо референдумів», ухваленого Радою за демократичні вибори на 19-й сесії (Венеція, 16 грудня 2006 р.) та Венеціанською комісією на 70-й пленарній сесії (Венеція, 16–17 березня 2007 р.)¹. Вимога, за якою питання референдуму «повинне бути сформульоване так, щоб на нього можна було дати лише однозначну відповідь», включена до ч. 6 ст. 5 модельного закону «Про місцевий референдум»², прийнятого Міжпарламентською Асамблеєю держав-учасниць СНД. Наведені вище норми законів Російської Федерації щодо формули референдуму передбачається включити до модельного закону «Про загальнонаціональний референдум», підготовка якого ведеться МПА СНД вже декілька років.

Ідеї, закладені у названих та інших документах міжнародних організацій, знайшли відображення у проектах так званих «референдних законів», майже два десятки яких за останні п'ятнадцять років зареєстровано у Верховній Раді України³. Наприклад, особливості формування питань всеукраїнського референдуму детально виписані у ст. 7 проекту Закону України «Про всеукраїнський референдум», внесененого народними депутатами України Є. П. Кушнарським та Ю. В. Каракаєм 27 липня 2006 р., реєстр. № 1200. Порівняльний аналіз свідчить про широке використання авторами щодо формули референдуму норм російського законодавства. Натомість у проекті народного депутата України Ю. Б. Ключковського (внесеному 1 лютого 2008 р., реєстр. № 1374-1) структурно і сутнісно використані норми названих вище документів Венеціанської комісії. Формульний характер мають детально виписані положення ст. 23 «Форма питання референдуму», а також вимоги щодо процедурної та предметної придатності питань референдуму, їх оцінки

¹ Європейський демократичний доробок у галузі виборчого права: Матеріали Венеціанської комісії, ОБСЄ/БДПД, ПАРЄ / За ред. Ю. Ключковського. – К., 2008. – С. 186–187, 200.

² О местном референдуме: Модельный закон: Принят на 14 пленарном заседании МПА СНГ (постановление № 14–15 от 16 октября 1999 г.) // Информационный бюллетень МПА СНГ. – М., 1999. – № 23. – С. 193–291 [Електронний ресурс]. – Режим доступа: <http://www.iacis.ru/data/prdoc/092.rar>

³ Тексти проектів законів, подання і пояснювальні записки, порівняльні таблиці, висновки Головного науково-експертного управління розміщені на офіційному web-сайті Верховної Ради України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc2

(статті 24–26). Слід погодитись із Ю. Б. Ключковським, що «на всеукраїнський референдум може виноситися лише одне питання. Питання законодавчого референдуму може допускати не більше двох альтернативних варіантів пропозиції референдуму» (ч. 3 ст. 14). Натомість норма, за якою «в межах одного всеукраїнського референдуму виноситися не більше трьох питань», — пропонується у ст. 24 проекту Закону «Про всеукраїнський референдум», розробленого Центром нормопроєктного забезпечення діяльності Президента України Національного інституту стратегічних досліджень¹. Ці ідеї, вважаємо, слід врахувати у новому Законі України «Про всеукраїнський референдум», оскільки прийнятий 19 вересня 2008 р. Верховною Радою України за основу законопроект (реєстр. № 1374) народного депутата України О. В. Лавриновича обмежується формулюванням, що «на всеукраїнський референдум може виноситися лише одне питання» (п. 3 ст. 6).

Отже, вироблені теорією референдного права підходи до розуміння формули референдуму змістовно різняться: умовність самого терміна й неоднозначність визначення його змісту об'єктивуються існуванням різних конституційних моделей референдуму. Нові види формул породжує і сама практика проведення референдумів. Формула референдуму тісно пов'язана із його предметом, оскільки, відображаючи цілі його ініціаторів, безперечно, впливає на перебіг всіх стадій референдного процесу. Проте поширене змішування понять «предмет» та «формула» референдуму є некоректним.

Враховуючи вітчизняний та світовий досвід конституціоналізму, видається можливим, за умови проведення конституційних змін, доповнити ст. 72 Конституції України частиною третьою такого змісту: «На всеукраїнський референдум може виноситися лише одне питання чи не більше двох альтернативних варіантів проекту закону». Що ж до місцевих референдумів, враховуючи суспільну потребу їх ширшого застосування, а також значну фінансову витратність, можливо не слід жорстко обмежувати кількість питань. Доцільніше, на наш погляд, обмежитись регулюванням питань формули референдуму тільки у законодавчих актах, внісши їх до нових законів України «Про всеукраїнський референдум», «Про місцевий референдум», до Виборчого кодексу (Кодексу України про вибори та референдуми тощо).

¹ Про всеукраїнський референдум: Закон України: Проект [19 черв. 2008 р.] [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.niss.gov.ua/Table/zak_ref/zak_refer.htm

Питання формули матиме принципове значення при ймовірному проведенні конституційного всеукраїнського референдуму: її виважене формулювання істотно визначатиме його результативність. Тому можливі різні її варіанти залежно від глибини та алгоритму конституційних змін, суб'єктів їх ініціювання. У випадку внесення змін до Конституції України Верховною Радою референдум фактично матиме ратифікаційний характер. Історія ініційованих владою референдумів здебільше характеризується прагненням їх організаторів сформулювати питання референдуму так, щоб по можливості заздалегідь визначити і отримати бажану відповідь. Тому з великою вірогідністю прогнозувати можна лише те, що учасникам такого референдуму, незалежно від суб'єкта ініціювання та кількості винесених на голосування питань, буде запропоновано безальтернативне формулювання відповіді. Такий підхід, очевидно, більш адекватно відповідатиме схильній до максималізму ментальності багатьох українців, сприйняттю загалом громадян новітніх правових і політичних реалій, прагненню радикально їх змінити шляхом конституційних змін, сприяти розвитку демократичного правового суспільства.

А. Портнов, співробітник Інституту
законодавства Верховної Ради України

Юридичне оформлення актів конституційного судочинства: сучасний стан та шляхи вдосконалення

Акти конституційного судочинства являють собою важливий інструмент організації і належного здійснення судового конституційного правосуддя у формі певного документа, за допомогою якого провадиться документування (технічне або письмове) процесуальних дій. Крім того, акти конституційного судочинства, прийняті у процесі його відправлення, мають юридичні наслідки, що обумовлює потребу їх аналізу з позицій розгляду сутності відповідної процесуальної форми. Саме тому доцільно проаналізувати акти конституційного судочинства на предмет їх змісту як юридичного документа.

У наукових дослідженнях з конституційного права науковий пошук у зазначеному напрямі практично не провадився. Вчені вивчали в основному процесуальні питання відправлення конституційного судочинства, у контексті яких здійснювали класифікацію актів, що приймає Конституційний Суд України, та їх характеристику¹.

Вивчення актів конституційного судочинства з точки зору їх як юридичних документів передбачає проведення міждисциплінарного дослідження із використанням надбань вчених — представників теорії права, конституційного права, а також фахових робіт із юридичного документознавства.

У загальному значенні документ — це результат відображення фактів, подій, явищ об'єктивної дійсності та розумової діяльності людини

¹ Див.: *Гергелійник В. О.* Правові проблеми становлення та функціонування конституційної юстиції України: Дис. ... канд. юрид. наук: 12. 00. 02. — К., 1999. — 203 с.; *Савчін М. В.* Конституційний Суд України як гарант конституційного ладу: Дис. ... канд. юрид. наук: 12. 00. 02. — К., 2004. — 218 с.; *Тихий В.* Концепція і практика офіційного тлумачення Конституції та законів України // Конституційне судочинство. Американський та український досвід. — К., 1999. — С. 14–30; *Ярускин Р. С.* Система процессуальных форм федерального конституционного контроля в России: современное состояние, перспективы совершенствования: Дис. ... канд. юрид. наук: 12. 00. 02. — М., 2005. — 190 с.; *Назарова И. С.* Конституционное судопроизводство: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2003. — 20 с. та ін.

за допомогою письма, графіки, малюнка, фотографії, звукозапису на спеціальному матеріалі — папері, фотоплівці, магнітній і перфострічці, диску, перфокарті, дискеті тощо. Документи є засобом доказу, свідченням певних фактів і тому мають правове значення¹. Процес складання документів являє собою регламентований процес запису інформації на певному носіїві, що здійснюється за правилами, встановленими правовими актами, чим забезпечує йому юридичну силу. Юридична сила документа означає його властивість, яка надається законодавством, компетенцією органу, що його видав, та встановленим порядком його оформлення. Юридична сила документа забезпечується встановленим для кожного виду документів комплексом реквізитів — обов'язкових елементів укладення документів².

На підставі вищезазначеного доцільно сформулювати загальні вимоги щодо документа:

- є результатом відображення явищ об'єктивної дійсності та розумової діяльності людини;

- це відображення здійснюється за допомогою певних способів фіксування (письмово, графічно, за допомогою певних засобів — електронних, аудіо, відео, фото тощо);

- відображення здійснюється на відповідному способу фіксування носіїві (папері, фотоплівці, дискеті, диску тощо).

Стосовно документів, які мають юридичне значення, ці вимоги мають бути доповнені такими положеннями:

- інформація відображена за нормативно-регламентованими правилами;

- видається уповноваженим органом (посадовою особою);

- може надаватися з метою реалізації конституційних прав;

- мають певні реквізити;

- відображає інформацію, яка має юридичне значення, тобто є засобом доказу, свідченням конкретних фактів, що мають значення для вирішення конкретної справи.

Якщо проаналізувати акти конституційного судочинства на предмет їх відповідності вказаним ознакам, можна зазначити таке.

¹ Див.: *Красницька А. В.* Юридичні документи: техніка складання, оформлення та редагування: Посібник. — 2-ге вид., доп. і переробл. — К., 2006. — 528 с.

² Див.: *Корж А. В.* Документація праводілової форми: лекції та зразки документів / Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН; Нац. акад. внутр. справ України. — К., 2002. — С. 7.

Вимоги до конституційних подань та конституційних звернень містяться у статтях 13, 14, 38, 39, 40, 41, 42, 43 Закону України «Про Конституційний Суд України»¹. Вимоги стосуються таких питань:

- відповідність змісту компетенції Конституційного Суду;
- наявність певних відомостей (щодо органу, посадової особи, яка направляє подання чи звернення; реквізити акта, який оспорується чи потребує тлумачення; джерело опублікування, якщо акт опублікований; обґрунтування тверджень про неконституційність чи потребу тлумачення тощо);
- оформлення акта компетентною особою — відповідним суб'єктом права на конституційне подання чи конституційне звернення.

Їх порівняння із вимогами до документів, які мають юридичне значення, свідчить про те, що нормативною регламентацією охоплено вимоги щодо надання з метою реалізації конституційних прав, встановлення реквізитів, наявності інформації, що має юридичне значення.

У статтях 65, 66 та у відповідних статтях розд. III «Особливості конституційного провадження» Закону України «Про Конституційний Суд України» також визначений перелік певних даних. Цей перелік стосується рішень та висновків Конституційного Суду України. Вони стосуються:

- реквізитів;
- вказівки щодо персонального складу суддів, які брали участь у розгляді справи;
- переліку учасників судового засідання;
- змісту конституційного подання чи конституційного звернення;
- мотивувальної та резолютивної частин;
- вказівки на положення Конституції України, яким керувались судді при прийнятті рішення чи висновку;
- обов'язкового зазначення того, що рішення чи висновок Конституційного Суду України є остаточним і оскарженню не підлягає.

Порівнюючи відповідність вказаних вимог із вимогами до юридичних документів, можна зазначити, що вони стосуються вимоги щодо наявності певних реквізитів, видання уповноваженою особою, наявності інформації, що має юридичне значення.

Регламентом Конституційного Суду² встановлено перелік відомостей, які мають міститись у висновку тимчасової комісії Суду (п. 1 пара-

¹ Про Конституційний Суд України: Закон України від 16.10.1996 р. № 422/96-ВР // Відом. Верхов. Ради. – 1996. – № 49. – Ст. 272 (зі змін.).

² Регламент Конституційного Суду України: Конституційний Суд; Рішення, Регламент від 05.03.1997 р. // Офіц. вісн. України. – 1997. – № 20. – С. 87.

графу 47): відомості про членів тимчасової комісії, їх фах, місце роботи, вчений ступінь та наукове звання, а також про справу, з якої дається висновок, зміст висновку, дату давання висновку, підписи членів комісії. Тим самим встановлені вимоги певних реквізитів документа, видання уповноваженою особою, наявності інформації, що має юридичне значення.

Однак правила складання зазначених вище актів конституційного судочинства потребують подальшого нормативного закріплення.

Якщо стосовно актів, які є підставами судового конституційного провадження, результатом провадження, чинним законодавством визначено відомості, що мають міститись у них, то стосовно інших процесуальних актів Законом України «Про Конституційний Суд України» та Регламентом Конституційного Суду України ці відомості залишаються недостатньо встановленими. Так, до січня 2008 р., коли були прийняті зміни до Регламенту Конституційного Суду України, форма процесуального акта, на підставі якого припиняється розгляд конституційного подання чи конституційного звернення у випадку прийняття ухвали Колегією суддів про відмову у відкритті провадження у справі, не була визначена. Параграфом 43 Регламенту Конституційного Суду визначено порядок надання пояснень учасниками конституційного провадження. Хоч у п. 2 параграфу 34 Регламенту Конституційного Суду і зазначено, що учасники конституційного провадження можуть надавати пояснення у письмовій або усній формі, однак не зазначено, якою саме має бути форма пояснення як документа — заява, клопотання чи інша форма. Потребують нормативного закріплення і вимоги до процесуальних актів, якими закріплюються окремі процесуальні дії у порядку відправлення конституційного судочинства. Наприклад, це стосується процесуальних ухвал, рішень щодо витребування від Верховної Ради, Президента України, Прем'єр-міністра України, Генерального прокурора України, суддів, органів державної влади, органів влади Автономної Республіки Крим, органів місцевого самоврядування, посадових осіб, підприємств, установ, організацій усіх форм власності, політичних партій та інших об'єднань громадян і окремих громадян необхідних документів, матеріалів та інших відомостей, що стосуються справи тощо. Так, параграфом 54 Регламенту Конституційного Суду України визначено тільки види актів, прийнятих на пленарних засіданнях Конституційного Суду України: є рішення, висновки. Актами, які виносяться, визначені процесуальні ухвали та протокольні ухвали Конституційного Суду України.

Порядок оформлення актів конституційного судочинства потребує конкретизації по кількох напрямках:

- визначення форм актів;
- встановлення вимог щодо актів.

Вирішення цих питань є важливим, адже саме в актах конституційного судочинства відображаються факти дотримання всіх юридичних вимог судового конституційного процесу, чим посвідчують законність і обґрунтованість дій його учасників. Акти конституційного судочинства містять у собі гарантію застосування Конституційним Судом норм конституційного права, що надає можливість розмежувати акти, які надходять до Конституційного Суду, і акти, які використовуються Судом на стадіях судового конституційного провадження і закріплюють правила оформлення та руху справи конституційної юрисдикції. Вказане має враховуватись при внесенні пропозицій щодо нормативної регламентації порядку оформлення актів.

При визначенні вимог щодо оформлення актів конституційного судочинства доцільно звернутися до теоретичних напрацювань з юридичного документознавства. Так, А. В. Корж кваліфікує вимоги до документа за правовими, мовними, логічними і технічними ознаками¹. Правові вимоги: видання документа уповноваженим органом чи особою, видання у межах компетенції, відповідність документа чинному законодавству, базування на фактах, у змісті мають бути зазначені конкретні пропозиції або вказівки, відповідність призначенню, укладання за конкретною формою, бездоганне викладення (грамотне та відповідним чином оформлене). Логічні вимоги: логіка оцінки матеріалу для зв'язаності окремих частин тексту документа, вказівка на черговість дій, врахування актуальності фактів та їх своєчасності, послідовність викладення тексту та його частин. Технічні вимоги передбачають врахування правил та вимог, прийнятих у документообігу (формат паперу, нумерація сторінок, колір паперу, наявність реквізитів). Лінгвістичні вимоги: відсутність образності тексту, емоційності та індивідуальних рис автора, обов'язкова наявність усталених мовних зворотів, певна стандартизація початку документа і його закінчення, нейтральна лексика, відсутність термінів і понять, які використовуються у непрямому значенні, найхарактерніші речення — прості, поширені, використання словосполучень з дієсловами теперішнього часу.

Стабільність оформлення юридичних документів передбачає застосування правил юридичної техніки, оскільки вони органічно пов'язані

¹ Корж А. В. Документація проваділової форми: лекції та зразки документів / Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН; Нац. акад. внутр. справ України. — К., 2002. — С. 21.

із формою права. Юридична техніка стосується головним чином зовнішньої форми права, виявляючись як у спеціально-юридичному змісті правового акта, так і у зовнішньому словесно-документальному викладі вираженої у ньому волі. Юридичною технікою вважається система принципів, прийомів, засобів, правил (логічних, структурних, мовно-стилістичних) підготовки текстів правових актів, що застосовуються при виробленні і систематизації актів для забезпечення їх досконалості. Метою юридичної техніки є раціоналізація юридичної діяльності, досягнення повноти й точності втілення державної волі у правових актах, логічної послідовності викладу правової інформації, простоти, ясності, стислості, певної стандартизованості й уніфікованості нормативно-правових та індивідуальних актів, відсутність суперечностей і прогалин¹.

Серед вчених — представників науки теорії права існують різні підходи щодо виділення прийомів і способів юридичної техніки. С. С. Алексєєв обґрунтовує доцільність відокремлення прийомів викладу волі законодавця та прийоми документального вираження змісту нормативного акта. До прийомів викладу волі законодавця ним віднесено: а) абстрактний і казуїстичний спосіб, залежно від ступеня узагальнення норм права; б) прямий, відсильний, бланкетний — залежно від способу викладення елементів норми права. Засобами юридичної техніки названі: а) нормативна будова; б) системна будова; в) юридичні конструкції; г) галузева типізація. Для словесно-документального вираження змісту нормативного акта застосовуються такі засоби: а) реквізити та структурованість тексту акта; б) стиль².

О. Ф. Скакун вважає, що юридична техніка вироблення і реалізації правових норм є різною для кожної правової форми діяльності держави (правотворчої, правозастосовної та ін.). Юридична техніка у правотворчості являє собою техніко-юридичні прийоми і правила при виробленні законів і підзаконних актів. Видами є законодавча і підзаконна техніки. Юридична техніка у правозастосовній діяльності являє собою техніко-юридичні прийоми і правила при виробленні судових актів, договорів, інших індивідуальних актів. Її видами названі: слідча, прокурорська, нотаріальна, адвокатська та ін. При цьому зазначено, що кожному з названих видів приналежності юридична техніка тлумачення права. О. Ф. Скакун зауважує про

¹ Див.: Красницька А. В. Юридичні документи: техніка складання, оформлення та редагування: Посібник. — 2-ге вид., доп. і переробл. — К., 2006. — С. 93, 96.

² Алексєєв С. С. Общая теория права: В 2 т. — М., 1992. — Т. 2. — С. 274–284.

появу останнім часом об'ємного поняття «юридична технологія», що включає сукупність таких елементів: 1) способи і прийоми юридичної діяльності у створенні правових актів; 2) правила застосування таких способів і прийомів; 3) сам процес створення правових актів, що складається з певних дій, етапів, стадій¹.

Ю. Л. Власов вважає, що юридична техніка — це не тільки сукупність правил, прийомів, способів розроблення, складання, оформлення правових актів, але і їх систематизація та облік. Види юридичної техніки виділені відповідно до видів правової діяльності: правотворча (законодавча), правотлумачна, правозастосовна, техніка систематизації правових актів².

Наукові положення Ю. Л. Власова можуть становити основу формулювання точки зору про юридичну техніку щодо актів конституційного судочинства. Підставою для цього є такі аргументи.

Акти конституційного судочинства приймаються у процесі вирішення конкретної юридичної справи, предмет якої складає правовий конфлікт. Серед актів доцільно виділити ті, які мають нормативне значення — акти тлумачення норм Конституції та законів України, оскільки вони використовуються в юридичній практиці щоразу, коли виникають на те певні підстави. Виходячи з цього, прийоми і засоби юридичної техніки, які мають бути використані для актів тлумачення, мають відрізнятися від прийомів і засобів, що використовуються стосовно актів індивідуального характеру. Останніми можуть бути визначені акти, що закріплюють конкретні процесуальні дії у порядку судового конституційного провадження.

Таким чином, залежно від юридичних наслідків здійснення судового конституційного провадження акти конституційного судочинства можна розділити на дві групи: 1) правотлумачні акти; 2) акти застосування норм права.

Правотлумачні акти виділені в окрему групу, оскільки внаслідок їх прийняття офіційно роз'яснюються норми Конституції та законів України. Більша кількість актів конституційного судочинства — акти застосування норм права. Їм притаманні особливості таких актів³:

¹ Скакун О. Ф. Теорія держави і права (Енциклопедичний курс): Підручник. — Х., 2006. — С. 728; Юридическая техника: обзор материалов научно-методического семинара // Юрист. — 2000. — № 1. — С. 55.

² Теорія держави і права. Академічний курс: Підручник / За ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. — К., 2006. — С. 645.

³ Там само. — С. 459.

- прийняття компетентним органом держави — Конституційним Судом України — у межах повноважень;
- мають державно-владний характер, оскільки обов’язкові для суб’єктів — учасників правовідносин;
- мають індивідуальний характер, оскільки стосуються конкретної справи;
- формально визначені, оскільки є документом;
- дія вичерпується одноразовою реалізацією;
- не поширюються на відносини, які виникають після прийняття.

Однак, на відміну від особливостей актів застосування норм права, акти конституційного судочинства не можуть бути оскаржені чи опротестовані, оскільки це не передбачено чинним законодавством.

До актів конституційного судочинства можуть бути застосовані такі прийоми і засоби юридичної техніки, які зведені у три групи правил¹:

1) правила викладення правових норм в акті: конкретність і вичерпна повнота акта; логіка викладення і зв’язок приписів між собою; відсутність суперечностей, прогалин і колізій; ясність, простота і зрозумілість термінів, що застосовуються; відсутність словесних штампів, застарілих виразів, рідкісних слів, емоційно забарвлених термінів; стислість і компактність викладення; скорочення зайвих дублювань;

2) правила викладення змісту і структури акта: наявність предмета регулювання; він не повинен змінювати чи скасовувати норми, що регулюють відносини іншого роду, ніж ті, що врегульовані даним актом; у акті повинні бути вирішені усі питання регулювання відносин у сфері відправлення конституційного судочинства; не повинен містити винятків і відсилай; регулювання має бути однотипним і одноманітним; норми, положення більш загального характеру повинні розміщуватись на початку акта;

3) правила зовнішнього оформлення акта: наявність реквізитів, які відображають предмет регулювання, сферу дії, юридичну силу. Кожен акт повинен мати видову і власну назву, посилання на орган, який його видав, дату і місце прийняття акта, номер і підпис уповноваженої особи.

Зазначені теоретичні положення з теорії права та юридичного документознавства мають бути застосовані при визначенні пропозицій щодо вдосконалення юридичного оформлення актів конституційного судочинства. Ці пропозиції зводяться до необхідності закріплення у чинному законодавстві:

¹ Теорія держави і права. Академічний курс: Підручник / За ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. – К., 2006. – С. 645.

– форми кожного акта конституційного судочинства та відповідних вимог щодо них;

– способу викладення кожного акта — письмового чи усного;

– порядку фіксації інформації у кожному акті із використанням прийомів і засобів юридичної техніки, відповідних до виду акта — правотлумачного чи акта реалізації норм права.

Ці пропозиції стосовно порядку складання актів конституційного судочинства доцільно закріпити в окремому нормативно-правовому акті, який має прийняти Конституційний Суд України.

ПРОБЛЕМИ ЦИВІЛЬНОГО ТА ЕКОЛОГІЧНОГО ПРАВА

В. Мамутов, академік Академії правових наук України

До питання про еволюцію цивільного законодавства і предмет цивільного права

У нещодавно опублікованій у «Віснику» статті М. Сібільова¹ автор спочатку виражає незадоволеність тим, що В. Мамутов і О. Зверєва наважилися в статті, опублікованій у «Віснику» в 2005 р.² і ще в одній публікації висловити «поради» щодо предмета досліджень і викладання цивільного права, а на закінчення радить їм «перш ніж давати поради цивілістам, дати пораду собі». Іншими словами, право давати поради має М. Сібільов, а В. Мамутов і О. Зверєва такого права позбавлені. Звичайно, така менторська постановка питання, м'яко кажучи, викликає здивування і не налаштовує на продовження наукової дискусії. Але все-таки спробуємо ще раз розібратися в суті питання. А суть у тому, що в новому Цивільному кодексі України визначення предмета цивільного законодавства, що міститься у ст. 1 ЦК, істотно змінилося в порівнянні з визначенням, що було в ЦК УРСР 1963 р. Це *факт*. З цього *факту* критиковані М. Сібільовим автори роблять певні висновки, з якими можна погоджуватися або не погоджуватися. М. Сібільов же, ймовірно, не вважає нове визначення предмета істотною зміною, не вважає зміну *фактом* і на цій позиції будує свої критичні зауваження.

Тим часом увага на еволюцію уявлень про предмет цивільного права була звернена мною ще на великій науковій конференції, що відбулася у Харкові у квітні 2004 р., спеціально присвяченій еволюції цивільно-

¹ Див.: Сібільов М. Щодо «порад» господарників про актуалізацію предмета досліджень і викладання цивільного права // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2008. – № 1 (52). – С. 159–171.

² Див.: Мамутов В., Зверєва О. Актуалізація предмета досліджень і викладання цивільного права // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2005. – № 4 (43).

го законодавства. В опублікованих матеріалах конференції є і доповідь М. Сібільова. Це дає підстави вважати, що з матеріалами він, мабуть, ознайомився, але ніяких заперечень щодо зазначеної на конференції очевидної еволюції визначення предмета ЦК не висловлював упродовж чотирьох років. Опонент аналізує тільки дві подальші статті, підготовлені спільно з О. Зверевою — завідувачкою кафедри цивільного права вищого навчального закладу, в яких розвивається концепція виступу 2004 р. стосовно практичних вимог вивчення цивільного права. Мою ж статтю (виступ на конференції 2004 р.), опубліковану в названих вище матеріалах, він начебто не відмітив (хоча посилається на брошуру 1977 р., що згадується в цій статті). Така забудькуватість, як буде показано нижче, мабуть, не випадкова, бо дозволяє злукавити в освітленні деяких питань.

Якщо в цивілістичній літературі довгий час не визнавалося, що особисті немайнові відносини входять до предмета цивільного права, то в новому ЦК України *саме ці відносини не тільки включені у визначення предмета, але і висунуті в ньому на перше місце*. Ця новела була на конференції відмічена і був зроблений висновок про необхідність посилення уваги до дослідження і викладання цієї частини предмета цивільного права. Подальший розвиток досліджень підтвердив актуальність постановки питання — стало більше публікацій і дисертацій на цю тему.

На названій конференції також звертали увагу на те, що проблематиці саме особистих — майнових і немайнових відносин в українській цивілістичній літературі були присвячені за радянських часів праці члена-кореспондента АН УРСР В. Ф. Маслова. І «лінія Маслова» істотно відрізнялася від лінії деяких російських цивілістів, що займалися іншою проблематикою (зокрема, критикою концепції господарського права, що сформувалася в надрах цивілістики, і, попутно, доносами на її представників у «компетентні органи»). Здавалося б, сам Бог велів тепер продовжити і розвинути «лінію Маслова», особливо його харківським учням (до яких належить і М. Сібільов), що розпочинали свій шлях у науці також із дослідження особистих немайнових і майнових прав громадян.

Тепер же виявляється, що включення особистих немайнових прав у визначення предмета цивільного законодавства М. Сібільов розглядає не як еволюцію, а як «просто перестановку слів». Так, він пише: «Виникає запитання, що змінилося від того, що у ст. 1 проекту ЦК, поданого на третє читання, особисті немайнові відносини були поставлені на

перше місце, а майнові відносини — на друге?»¹. Що це — лукавство або недостатнє знання питання автором, який без зайвої скромності відносить себе до високопрофесійних юристів? Раніше у ЦК 1963 р. визначення було сформульоване так: «майнові і пов'язані з ними особисті немайнові», а зараз «особисті немайнові і майнові». Невже це просто перестановка слів, а не еволюція визначення предмета, якщо до предмета увійшло те, що раніше частиною предмета цивільного права взагалі не визнавалося?

Факт зміни визначення предмета відзначив не тільки «господарник» В. К. Мамутов, але і «антигосподарник» А. С. Довгерт: «Новий ЦК регулює всі немайнові відносини незалежно від їх зв'язку з майновими відносинами. Причому ЦК став на позицію саме регуляції цих відносин, а не тільки їх захисту». Підхід щодо особистих немайнових відносин у ЦК 2003 р. став «абсолютно новим моментом кодифікації»².

У моїй доповіді на названій вище конференції зазначалося, що нове визначення предмета у ст. 1 ЦК є найбільш актуальне в еволюції цивільного законодавства³. Я вважав і вважаю це прогресивним явищем, досягненням ЦК України. Дискусії про предмет цивільного права, що йдуть впродовж багатьох десятиліть, поки що ні до яких інших більш прийнятних визначень не привели. У концентрованому вигляді різні думки з цього питання були досить повно, на мій погляд, висвітлені в підручнику цивільного права, виданому за редакцією Ю. К. Толстого і А. П. Сергєєва недовзі після ухвалення нового ЦК РФ⁴. Новий кодекс РФ прийнятно-го рішення не дав. Його автори взагалі замість того *визначення* предмета, що було в ЦК 1963 р., дали просторовий і не дуже зрозумілий *опис*. Мабуть, коротке визначення не вийшло. Визначення ж, сформульоване в ст. 1 ЦК України на тлі тих, що пропонувалися в названій вище дискусії, уявляється таким, що найбільш відповідає науковим і практичним вимогам до визначення предмета галузі. Саме на це визначення, що стало легальним, і спираються автори критикованої статті М. Сібільовим, звертаючи увагу на необхідність розвитку відповідних досліджень. Опо-

¹ Див.: Сібільов М. Щодо «порад» господарників про актуалізацію предмета досліджень і викладання цивільного права // Вісн. Акад. прав. наук України. — 2008. — № 1 (52). — С. 163.

² Див.: Довгерт А. Новый Гражданский кодекс Украины: предмет, субъекты, источники гражданского права // Гражданское законодательство / Под ред. А. Г. Диденко. — Алматы, 2004. — Вып. 20. — С. 114.

³ Еволюція цивільного законодавства: проблеми теорії і практики. — К., 2004. — С. 763–772.

⁴ Гражданское право / Под ред. Ю. К. Толстого и А. П. Сергеева — Спб., 1996. — Ч. 1. — 550 с.

нент же чомусь вважає, що це визначення є тільки їх позиція, яку вони повинні підтверджувати новими аргументами. Мабуть, визначення, наведене в ст. 1 ЦК, було прийняте всупереч думці М. Сібільова як члена робочої групи. Ну так і критикуйте це визначення. М. Сібільову вільно займатися самокритикою, але навіщо ж валити з хворої голови на здорову? На підтвердження інших визначень сам він ніяких аргументів не дає, окрім традиційного за відсутності аргументів: «на мою думку»¹. Хоча фраза в передостанньому абзаці на стор. 163 показує, що опонент розуміє, що все питання саме в новому визначенні предмета ЦК, але чомусь стверджує, нібито В. Мамотов і О. Зверева проти подальшої дискусії про предмет. Будь ласка, продовжимо.

За твердженням М. Сібільова «розробники нового ЦК виходили з того, що *всі майнові відносини* як складова цивільних відносин повинні регулюватися цивільним законодавством»². Це твердження можна вважати новим словом у науці. До цих пір вважалося, що цивільним законодавством регулюються *не всі майнові відносини*. Де ж тут предмет даної галузі, якщо абсолютно ясно, що різні види майнових відносин належать до різних галузей?

Підручники цивільного права починаються, як правило, з головного — з питання про предмет цивільного права. І всі відзначають дискусійність проблеми, пишуть, що це не просте питання, як це, мабуть, видається нашому опонентові, який вважає, що предметом цивільного права є всі майнові відносини. І все тут. Втім, такого спрощеного уявлення в літературі, у тому числі і в навчальній, немає. Відповідно до ЦК 1963 р. до предмета цивільного права окрім визначених майнових належали *лише ті* особисті немайнові відносини, які *пов'язані* з майновим. Не всі були згодні з таким обмеженням³ і в нашому ЦК його усунули і правильно зробили.

Різні погляди на можливість визнання особистих немайнових відносин структурною частиною предмета цивільного права, історія розвитку цих поглядів докладно висвітлені в монографії Р. О. Стефанчука⁴. На основі проведеного аналізу він стверджує, що в дореволюційний

¹ Див.: Сібільов М. Щодо «порад» господарників про актуалізацію предмета досліджень і викладання цивільного права // Вісн. Акад. прав. наук України. — 2008. — № 1 (52). — С. 162.

² Там само. — С. 161.

³ Див., напр.: Гражданское право / Под ред. Ю. К. Толстого и А. П. Сергеева. — СПб., 1996. — С. 7.

⁴ Стефанчук Р. О. Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві. — Хмельницький, 2007. — С. 69.

період проблеми включення особистих немайнових прав до предмета цивільного права переважно або замовчувалися, або піддавалися серйозній критиці¹. Аналогічна ситуація зберігалася і за радянських часів аж до 60-х рр. XX ст., коли в нових цивільних кодексах було закріплено визначення предмета — «майнові і пов'язані з ними особисті немайнові». Особисті немайнові, *не пов'язані з майновими*, значна частина цивілістів не вважала предметом регулювання цивільного права. Деякі цивілісти, зокрема В. А. Тархов, навіть вважали, що особисті немайнові права є самостійним предметом регулювання, що не є частиною предмета цивільного права.

Таким чином, включення до предмета регулювання ЦК України 2003 р. особистих немайнових відносин без обов'язкової прив'язки до майнових та ще і висунення цих відносин на перший план — *це істотна новела нового ЦК, а не «просто перестановка слів»*, як помилково стверджує М. Сібільов, не вбачаючи в «перестановці слів» навіть зміни акценту². Від цієї допущеної ним помилки виникають і зміст, і менторський тон його статті. На тон вплинуло, мабуть, і перебування якийсь час при владі. Псує вона все-таки людей. Навіть цивілістів.

Як сказано вище, на актуалізацію дослідження проблем правового регулювання особистих немайнових і майнових відносин мною зверталася увага ще на науковій конференції, що відбулася у Харкові в квітні 2004 р. Ніяких заперечень щодо того, що це один із проявів еволюції, не послідувало. Що невірною або образливим угледів М. Сібільов, сказати важко. Ані на цій конференції, ані пізніше ні він, ні будь-хто інший ніякої крамоли в цьому не угледіли. І раптом, чотири роки опісля, з'являється його стаття з неадекватною, на мій погляд, реакцією, що нагадує відомий анекдот про реакцію молодого дружини на нешкідливе зауваження чоловіка, коли вона скаржиться мамі, нібито він її образив нецензурним виразом. Чим же М. Сібільов не задоволений? Тим, що не він звернув увагу на еволюцію визначення предмета, а «сторонній» В. Мамутов? Але В. Мамутова визнавали цивілістом задовго до того, як В. Ф. Маслов вивів на наукову орбіту М. Сібільова, який вважає чомусь себе досвідченим у питаннях господарського права, а «господарників» — нетямущими в питаннях цивільного права.

¹ Стефанчук Р. О. Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві. — Хмельницький, 2007. — С. 70.

² Див.: Сібільов М. Щодо «порад» господарників про актуалізацію предмета досліджень і викладання цивільного права // Вісн. Акад. прав. наук України. — 2008. — № 1 (52). — С. 162.

Який же підсумок? Підсумок же, що підтверджується змістом статті М. Сібільова, у тому, що в ст. 1 ЦК України дійсно надане *нове* для юридичної науки визначення предмета цивільного законодавства. Новизна в тому, що до предмета включені *особисті немайнові відносини*. І не просто включені, а *поставлені на перший план* (на них зроблений акцент, або вони стали пріоритетними). І саме тому зросла актуальність дослідження і викладання правового регулювання цих відносин. Що і потрібно було довести.

Що стосується оцінки впливу цього *факту* на вирішення інших питань, то немає підстав вважати думку М. Сібільова більш обґрунтованою, ніж інші точки зору. В усякому разі, більш обґрунтованого визначення предмета він не дає. А дискусії, зрозуміло, можна і потрібно продовжувати.

Акцент на особисті майнові і немайнові відносини не випадковий. Він підтверджує загальну тенденцію посилення законодавчого забезпечення прав громадян, що знайшла закріплення в Конституції України. Для того щоб ця тенденція мала не декларативний, а юридичний характер, вона повинна знайти віддзеркалення не тільки в цивільному, але й в інших галузях права, особливо в тих інститутах інших галузей, які тісно взаємодіють з інститутами цивільного права. Зокрема, це стосується регулювання організаційно-господарських і виробничо-господарських відносин, від спрямованості та ефективності яких багато в чому залежить реалізація прав громадян, наприклад, як споживачів товарів і послуг. Акцент на особисті права в Конституції і в ЦК вимагає відповідної «настройки» норм як цивільного, так і інших галузей права.

Визначення предмета в ст. 1 ЦК 2003 р. підтримується багатьма цивілістами. Якщо ж згодні з новим визначенням предмета, то чому ж М. Сібільов відкидає необхідність гармонізації змісту ЦК з цим визначенням? Адже *такої гармонізації потребує навіть закінчення саме цього визначення з його початком*. Не випадково ж В. Л. Мусіяка, що вніс проект ЦК на розгляд Верховної Ради в грудні 1996 р., не почав за нього голосувати через п'ять років, вважаючи його сирым.

М. Сібільову здається дивним, що особи, які не є, на його думку, цивілістами, цікавляться проблемами ЦК. Та тому цікавляться, що велике значення мають питання взаємодії галузей, а не тільки питання розмежування. На характер же взаємодії інших галузей з цивільним правом, як і з будь-яким іншим правом, істотно впливають уявлення про предмети галузей. Саме у цьому вбачається значення визначення предмета — у створенні чіткіших, а не конфліктних умов для забезпечення взаємодії. Нинішнє визначення, підтримуване багатьма цивілістами, створює для цього сприятливі умови. Велика визначеність потрібна і для

практичної мети, наприклад для вдосконалення навчальних програм, уникнення зауважень щодо відповідності змісту дисертацій предметній класифікації, вживаної ВАК.

У даній статті М. Сібільова зачіпаються й інші питання, на яких варто було б зупинитися.

Кажучи про те, що критиковані ним автори виступили з приводу предмета досліджень і викладання цивільного права «з низкою публікацій», М. Сібільов чомусь не згадує не тільки про названу вище доповідь на конференції у квітні 2004 р., але і про матеріали «круглого столу» на тему «Регулювання особистих майнових і немайнових відносин громадян у Цивільному кодексі України», що відбувся в Донецькому університеті економіки і права 6 лютого 2007 р. У «Матеріалах», розісланих всім кафедрам цивільного права, опубліковані виступи сімнадцяти учасників дискусії. Питання обговорювалося і раніше на науковій конференції в листопаді 2005 р. у регіональному центрі АПрН України в Києві¹. У дискусії активну участь взяли багато учених, зокрема З. В. Ромовська і А. С. Довгерт. М. Сібільов, мабуть, вважає, що якщо особисто він у дискусії не брав участь, то це означає, що її і не було.

Можна припустити, що моя доповідь 2004 р. не згадується М. Сібільовим з кількох причин: а) якщо її назвати, то треба відповісти на положення і зауваження, що містяться в ній; б) з'ясується, що про актуальність мова йшла ще до того, як з'явилися публікації, які опонент використовує як доказ, що поради, дані в 2007 р., запізнилися (див. с. 169); в) недоречним виявиться посилання на зауваження О. С. Іоффе і О. А. Красавчикова по моїй брошурі, виданій в 1977 р., в якій був розкритикований загальноцивілістичний підхід до правового регулювання господарської діяльності, бо в доповіді 2004 р. показано, що ближче до істини опинилися міркування, висловлені у вказаній брошурі, а не її критиків у 1977 р., і недоречним здається повторення цієї критики в 2008 р.; г) посилання на матеріали «круглого столу» немає також, можливо, з тієї причини, що вона показала б неспроможність ствердження М. Сібільова, нібито критиковані ним автори уникають дискусії про предмет цивільного права². Ні в якому разі. Така дискусія була і у пресі, і за «круглим столом». А стаття М. Сібільова — її продовження.

¹ Див.: *Знаменський Г.* Хиби та вади ст. 1 Цивільного кодексу України // *Право України*. — 2006. — С. 90–91.

² Див.: *Сібільов М.* Щодо «порад» господарників про актуалізацію предмета досліджень і викладання цивільного права // *Вісн. Акад. прав. наук України*. — 2008. — № 1 (52). — С. 160.

Що стосується названої моєї брошури 1977 р., яка згадується опонентом, щоб процитувати «великих цивілістів», то опонент лукавить, нібито пригадав про неї за асоціацією. У моїй доповіді на конференції 2004 р., опублікованій разом з доповіддю М. Сібільова, є пряме посилення на брошуру 1977 р. з висновком, що «експеримент 90-х» підтвердив помилковість загальноцивілістичного підходу¹. Опонент, мабуть, цього не зрозумів і знову цитує те, що було доречно в 1977 р. у вустах двох професорів і не дуже доречно в його аранжуванні в 2008 р. Погляди деяких цивілістів допомогли розвалити економіку і не допомогли захистити права громадян. І тема кандидатської роботи М. Сібільова «Про право на житло в гуртожитку», яка цілком вписується в нову формулу предмета ЦК, стала ще актуальнішою для багатьох громадян.

Що стосується використання ним на с. 171 цитати із статті О. С. Іоффе і О. А. Красавчикова, то слід врахувати, що з їх вуст слова про товариську допомогу звучали не так, як з вуст М. Сібільова. Річ у тім, що і з тим, і з іншим, не дивлячись на постійну полеміку, у мене були добрі відносини. Ми з О. С. Іоффе навіть бували в гостях один у одного, а з О. А. Красавчиковим — ми учні Б. Б. Черепакіна. Виховання я отримав цивілістичне. О. С. Іоффе і О. А. Красавчиков не погоджувалися з моєю критикою загальноцивілістичної концепції, але не вважали, що я позбавлений права на неї. У них були цікаві публікації з питань правового регулювання господарської діяльності і вони були, до того ж, дещо старші за мене. І вони, дійсно, могли надати допомогу (і навіть надавали на ділі). А яку допомогу пропонує М. Сібільов? Якщо це щира пропозиція, то можна її прийняти. Але коли М. Сібільов радить мені не давати поради цивілістам (вважаючи, при цьому, що *він то* може давати поради господарникам), то це звучить не дуже коректно.

У 90-ті роки, опинившись через збіг обставин у владі в Російській Федерації, цивілісти дістали унікальну можливість випробувати свої ідеї, засновані на ідеології невтручання держави в економіку (Д. Сорос назвав її ринковим фундаменталізмом). Що вони не забули зробити. Результат, що вийшов, російські економісти охарактеризували як «паханат з цивільним кодексом». Останніми роками, начебто, прийшло прозріння. В. Ф. Яковлев, наприклад, назвав позитивним явищем повернення держави в економіку. Деякі наші цивілісти, що сповідали невтручання держави в економіку, в тому числі і наш опонент, також «сходили у владу», але, слава Богу, не змогли поки вплинути у такій мірі, як в РФ.

¹ Еволюція цивільного законодавства. — К., 2004. — С. 764–767.

Зараз, правда, не прийнято визнавати помилки і розділяти відповідальність за результати скоєного. Проте, враховувати, все ж таки, не завадило б.

Але повернімося до питання про предмет ЦК. Якщо по першій частині визначення предмета в ст. 1 ЦК думки в основному збігаються, то цього не можна сказати про другу його частину — чи слід вважати, що мова йде про «особисті майнові» відносини або взагалі про майнові відносини, що вичленовують із загальної маси такого роду відносини за названим у ст. 1 ЦК «методом рівності». Якщо дотримуватися, як М. Сібільов, другої точки зору, то виникає питання — чому доводиться для визначення предмета привертати визначення методу регулювання. Просто за предметом вичленувати так, як хотілося б М. Сібільову, не вдається? Та й чи настільки специфічний «метод рівності», що застосовується тільки до регулювання відносин, які характеризуються як цивільні?

Автори критикованих М. Сібільовим статей не ставили перед собою завдання аналізувати другу частину визначення предмета. Вони вважали, що потрібно звернути увагу на новизну визначення предмета і на актуалізацію у зв'язку з цим дослідження і викладання проблематики особистих немайнових відносин. Друга частина визначення також, зрозуміло, заслуговує спеціального обговорення. Тим паче, що виникає питання про те, чи треба говорити про дві частини визначення предмета або про два різні предмети, що охоплюються цим визначенням. Але це вже інше завдання, до вирішення якого вже приступив наш опонент, хоча переконливого результату ще не отримав. Та й важко отримати такий результат, якщо відправлятися не від реально існуючої диференціації майнових відносин, а від сконструйованого абстрактного поняття, яке не цілком адекватне реаліям. Тому і придуманий був на початку дискусії про господарське право в середині XX ст. додатковий критерій «вичленення предмета за методом». Сам факт залучення такого критерію — свідомо неспроможності спроб визначити саме *предмет* при доктринальному цивілістичному підході. І це підтверджується фактом відсутності визначення предмета в ГК РФ 1994 р.

Від чіткої відповіді на головне питання про предмет цивільного права опонент взагалі-то ухилився. Визначення на с. 161, «що ґрунтується на юридичній рівності», — це не предмет, а метод. У нас всі рівні перед законом (окрім, правда, незначного винятку). Тому така формула відмітної характеристики предмета не дає. Від порад утримуюсь, але запитати хочу: яке ж Ваше власне визначення предмета? Можна витіювати з приводу визначень приватного і публічного права. Але перша ж

спроба визначити підвідомчість судів через аморфне поняття «публічні спори» призвела до плутанини. Непридатне в правотворчості і поняття «приватне право». Воно годиться тільки для наукових дискусій. Так, дайте ж відповідь на єдине питання — дайте визначення предмета цивільного права «без доважку» методу. Інакше виходить, що кращого визначення, ніж у ст. 1 ЦК, в одному з варіантів її трактування, пропонуваному «господарниками», немає.

«Господарники» зовсім не пропонують створювати новий ЦК, у чому їм чомусь дорікає М. Сібільов на початку його статті. Але роблять з *факту* актуалізації особистих немайнових відносин висновок про необхідність гармонізації змісту ЦК стосовно цього факту. Чому цей висновок вважається крамольним? У гармонізації, як сказано вище, має потребу навіть остання частина визначення предмета в ст. 1 ЦК з першою його частиною, бо ознака «майнової самостійності» не в'яжеться з немайнровими відносинами. Замість хворобливої реакції на критику варто було б, мабуть, попрацювати над поліпшенням редакції ЦК. Пропозицій із цього приводу накопичилося чимало. Гармонізація повинна торкнутися, зокрема, і норм, які включені до ЦК не тому, що відповідають його предмету, а в інших цілях, які взагалі не можна вважати науковими.

Якщо «особисті немайнові відносини» — це пріоритетна частина предмета цивільного законодавства, то, природно, виникає питання — що являє собою «непріоритетна» частина. Що ж об'єднує ці частини? Тільки нібито загальний метод. Тобто єдність не за предметом, а за «методом рівності», використовуваному в багатьох галузях. Але хіба, ознайомившись з ЦК, можна сказати, що всі частини його предмета регулюються одним і тим самим методом, однаково? Навряд чи. Але навіть якби і регулювалися однаково, вони не перестали б бути різними. Те, що ЦК, охоплюючи інтелектуальну власність, не може бути приватноправовим, наочно підтверджене ухваленням четвертої частини ЦК РФ. Мабуть, М. Сібільов ще не встиг ознайомитися з цим продуктом московських цивілістів. Можна зрозуміти тих, хто ніколи не приділяв уваги відносинам за участю громадян. Але ж М. Сібільов почав з розвитку «лінії Маслова», а еволюціонував у бік від цієї лінії. Шкода, звичайно.

Автори критикованих М. Сібільовим статей дійсно вважали, що *факт* зміни формули предмета — аксіома. Виявилось, що не всі це відмітили. Що стосується оцінки наслідків такої зміни, то можна дискутувати. А якщо це заперечувати, як робить М. Сібільов, та ще і в менторському тоні, то про що сперечатися? Якщо предмет ЦК змінився, то чому треба вважати, що проблеми викладання лежать не в цій площині

(с. 170)? Саме у такій площині зміна визначення предмета ЦК і цікавить викладачів цивільного права¹.

У зв'язку з питанням про зміну формули предмета некоректним видається випад М. Сібільова відносно З. В. Ромовської (с. 168). Заріслава Васиївна — відомий фахівець, професор, доктор юридичних наук, народний депутат України, більш ніж самодостатній учений і заявляти, що вона була проти включення сімейного права до ЦК під впливом («не без участі В. К. Мамутова» — с. 168) — украй некоректний випад. За змістом це — прагнення звинуватити критикованих у всьому всупереч логіці. Адже сімейне право краще, ніж який-небудь інший інститут, вписується в нове визначення предмета цивільного права, з яким згоден Мамутов. Навіщо ж було б йому рекомендувати виключати цей інститут з ЦК? Якби Цивільний кодекс не був засмічений нормами господарського законодавства, що мають публічно-правовий характер, і не виглядав би у зв'язку з цим як гібрид коня і тріпотливої лані, то, можливо, і не виникло б питання про виділення з такого конгломерату до окремого кодексу норм сімейного права. Випад відносно З. В. Ромовської підтверджує давній висновок, що влада псує людину. Деякі цивілісти, що «сходили у владу», в тому числі і наш опонент, по-перше, відвернулися від професійних справ, а, по-друге, засвоїли безапеляційно-менторський тон стосовно колег. І те і інше користі не принесло. Як, власне, і саме перебування їх у владі.

Що стосується заперечення М. Сібільовим *факту* посилань розробників проекту ЦК на Цивільний кодекс Наполеона як на доказ доцільності ухвалення тільки одного Цивільного кодексу, то в нашій із О. Зверевою статті надане відповідне посилання. І річ не в тім, що автори нібито дорікають у невідповідності йому нашого ЦК, а в тім, що цивілісти дезінформували громадськість, прикривалися авторитетом Цивільного кодексу Наполеона, представляючи справу таким чином, що нібито розроблений ними проект Цивільного кодексу забезпечує регулювання всіх відносин і ніякого другого кодексу не потрібно і що вони нібито наслідують у цьому приклад Франції. Про Комерційний же кодекс Наполеона при цьому не згадували (мабуть, не знали про його існування або вдавали, що не знають). М. Сібільов же, розповсюджуючись чогось на тему про *структуру ЦК* Франції, відводить від питання про дезінформацію громадськості.

¹ Див. напр.: Хахулін В. В. Необхідність удосконалення підходів до викладання цивільного права // Юрид. Україна. — 2008. — № 2. — С. 42–48.

У М. Сібільова є суперечливі думки. На с. 160 стверджується, що погляд авторів на те, що на перший план висуваються особисті немайнові відносини, неправильно видавати за погляд цивілістів. А на с. 162–163 стверджується, що саме так і вважають цивілісти. На с. 161, розповідаючи про погляди цивілістів, змінює формулювання, присутнє у ст. 1 ЦК. На с. 162 спочатку говорить, що акценти не змінювалися, а через абзац пише, що З. В. Ромовська переставила особисті немайнові відносини на перше місце і на с. 163 питає, «що ж змінилося». Так, саме акценти і змінилися. І в цьому є певна новизна. Можна назвати це не зміною акцентів, а модніше — зміною пріоритетів. Але це тільки підкреслює новизну.

Що стосується недоліків стилю, то, здається, М. Сібільов щодо цього мою публікацію тридцятирічної давності (1977 р.) значно перевершив. Оponent звів себе в сан якоїсь вищої цивілістичної інстанції, яка може одних проводити у великі цивілісти, а іншим забороняти які-небудь вислови з цивілістичної проблематики. У 1977 р. М. Сібільов був, напевно, зайнятий виданням своєї кандидатської дисертації. Тому його навряд чи тоді цікавила згадувана ним на с. 171 моя брошура. Швидше за все він ознайомився тільки з критикою цієї брошури, опублікованою в книзі вибраних праць О. С. Іоффе. Якби брошура була цікава тільки стилем, то навряд чи б їй приділили таку велику увагу О. С. Іоффе і О. А. Красавчиков. Якщо вже заглиблюватися в історію питання, то потрібно починати хоча б з 1959 р., коли відбулася перша наукова сесія з господарського права. А якщо говорити про стиль, то, думаю, нам всім варто було б навчитися писати так, як написаний підручник З. В. Ромовської — захоплююче та по-доброму¹.

Всупереч бездоказовим твердженням М. Сібільова, ЦК не став і не міг стати ані кодексом приватного права, ані тим більше кодексом цивільного суспільства, цивілістичне поняття якого не відповідає реаліям останнього сторіччя.

Щодо некоректності заміни в Цивільному кодексі поняття «громадянин» поняттям «фізична особа» говорили з моменту ухвалення нового ЦК². Багатослівне пояснення М. Сібільовим цієї новели свідчить тільки про те, що необхідності в такій надуманій заміні не було. Просто розробники проекту ЦК вирішили, мабуть, ще чимось відрізнитися від

¹ Ромовская З. В. Українське цивільне право. — К., 2005.

² Див. напр.: Чувпило А. А. Юрисконсультам о новеллах Гражданского кодекса // Юрид. практика. — 2003. — 25 нояб. — № 47. — С. 16–17.

прийнятого ними «за основу» модельного кодексу, розробленого групою московських цивілістів. І захиститися від звинувачень у простому переписуванні низки його частин. Посилання на те, що в ЦК РФ використане один раз подвійне найменування «громадяни (фізичні особи)», свідчить тільки про те, що в РФ не вважали за потрібне замінювати громадянина «фізичною особою». Прогноз про можливий у майбутньому перехід у міжнародних угодах на поняття «фізичної особи» — не аргумент для теперішнього часу, бо у всіх міжнародних угодах про надання медичної допомоги громадянам договірних сторін, про допомогу в сімейних, спадкових, кримінальних справах мова йде про громадян, а не про фізичних осіб.

На конференції, де обговорювалися проблеми еволюції цивільного законодавства, ніякого інтересу до проблеми предмета і до пов'язаних з нею інших питань, як вже мовилося вище, М. Сібільов не проявив, обмежившись повідомленням про порядок зміни, розірвання і відмови від договору. Мабуть, автори можуть поставити собі в заслугу, що привернули його увагу до складнішої проблеми. Отже, є певний позитивний результат.

На закінчення хотілося б сказати, що ми не ототожнюємо сказане М. Сібільовим з думкою інших вчених-цивілістів. Треба прагнути до взаємодії, а не до протистояння.

О. Віхров, кандидат юридичних наук,
доцент, доцент Київського славистич-
ного університету

Класифікація господарських правовідносин: загальнотеоретичний підхід

Різноманітність економічних зв'язків між учасниками господарської діяльності обумовлює наявність різних видів господарських правовідносин, що знайшло відображення у Господарському кодексі (ГК) України та інших актах господарського законодавства. Закономірно, що при дослідженні таких правовідносин важливого значення набуває питання їх класифікації, виділення за певними критеріями окремих видів та розгляд їхніх особливостей. Науковий аналіз господарських правовідносин у всій їх повноті і багатоманітності, узагальнення і конкретизація теоретичних знань про них як про певні явища суспільного життя необхідні, оскільки дозволяють закласти фундаментальну основу для розробки і обґрунтування практичних пропозицій щодо вдосконалення правового регулювання господарської діяльності. Отже, питання класифікації господарських правовідносин належать до важливих наукових та практичних завдань.

Підходи до класифікації господарських правовідносин, визначення критеріїв їх класифікації можуть бути здійснені на двох рівнях: загальнотеоретичному, який має основою загальне вчення про правовідносини, та галузевому господарсько-правовому. В аспекті останнього у сучасній теорії господарського права питання класифікації господарських правовідносин висвітлюються переважно у навчальній літературі¹, за основу береться, як правило, легальна класифікація господарських відносин, що міститься у ст. 3 ГК України. Застосовується й більш повна класифікація господарських правовідносин за інтегрованим критерієм (за складом і ступенем конкретизації суб'єктів та предметно-об'єктом), запропонована В. С. Мартем'яновим², підтримана і розвинена Г. Л. Знаменським³.

¹ Див.: *Щербина В. С.* Господарське право: Підручник. – К., 2005. – С. 15–16; *Вінник О. М.* Господарське право: Курс лекцій. – К., 2004. – С. 26–27 та ін.

² *Мартем'янов В. С.* Хозяйственное право. Т. 1. Общие положения: Курс лекций. – М., 1994. – С. 40–52.

³ *Хозяйственное право: Учебник / Под ред. В. К. Мамутова.* – К., 2002. – С. 73–78.

Дана класифікація має ключове значення в механізмі господарсько-правового регулювання і відображає всю сукупність господарських правовідносин у їх єдності і багатоманітності. Системоутворюючий характер має й класифікація господарських правовідносин за сферами і галузями економіки¹. Характеристика окремих видів господарських правовідносин міститься також у монографічних дослідженнях², наукових статтях. Разом з тим питання класифікації господарських правовідносин з точки зору загальнотеоретичного підходу не висвітлені у спеціальній літературі.

Метою даної статті є проведення класифікації господарських правовідносин на основі використання загальнотеоретичного підходу, виробленого теорією права.

Вказана теорія розглядає підстави класифікації правовідносин як такі, що кореняться в особливостях права — його формі, структурі, функціях, типах правового регулювання, у його реалізації. Підрозділ правовідносин на види не тільки збігається в основному з класифікацією правових норм, але й по суті є їх продовженням, проекцією. Разом з тим правовідносини мають і власні підстави класифікації, пов'язані з їх особливостями як різновидом суспільних відносин³.

Загальновизнаною є класифікація правовідносин залежно від характеру впливу на поведінку суб'єктів (від функцій права) на регулятивні та охоронні. Господарські правовідносини у більшості своїй є регулятивними, оскільки опосередковують правомірну, позитивну поведінку суб'єктів. Формально-юридичною підставою вони мають відповідні норми господарського законодавства і виникають за наявності певних юридичних фактів. Разом з тим серед вказаних правовідносин значне місце займають і охоронні, які служать засобом реалізації охоронних норм господарського права. Охоронні правовідносини виникають з фактів протиправної поведінки учасників господарської діяльності, яка потребує певної реакції з боку інших її учасників, суспільства і держави в особі уповноважених державних органів або органів місцевого само-

¹ Віхров О. П. Господарське право. Спеціальна частина: Навч. посіб. — К., 2004. — С. 28–29.

² Див.: Беяневич О. А. Господарське договірне право України (теоретичні аспекти). — К., 2006; Подцерковний О. П. Грошові зобов'язання господарського характеру: проблеми теорії і практики. — К., 2006; Віхров О. П. Організаційно-господарські правовідносини. — К., 2008.

³ Правоотношения и их роль в реализации права / Под ред. Ю. С. Решетова. — Казань, 1993. — С. 29.

врядування. Такі правовідносини звичайно пов'язані з виникненням та застосуванням юридичної відповідальності, передбаченої в санкціях охоронних правових норм (зокрема, правовідносини із застосування адміністративно-господарських санкцій).

У теорії права виділяють ще загальнорегулятивні (загальні) правовідносини, які впливають безпосередньо із загальних норм закону, не мають повної суб'єктної індивідуалізації і породжують у всіх суб'єктів однакові права та обов'язки без всіляких умов¹. Загальнорегулятивні правовідносини переважно спрямовані на закріплення загального кола суб'єктів права, їх загального юридичного статусу і створюють основу, на якій складаються численні і різноманітні регулятивні правовідносини. Загальнорегулятивні правовідносини характеризуються як специфічний стан, в якому перебуває даний суб'єкт, і який визначає його загальне положення відносно усіх інших осіб. Вони впливають із загального юридичного статусу суб'єкта, тому їх ще називають статусними правовідносинами². Стосовно господарських правовідносин в аспекті їх загальнорегулятивного типу, як уявляється, можна вести мову про правовідносини, пов'язані з реалізацією конституційних норм та окремих норм інших актів законодавства, які в узагальненому вигляді закріплюють основи правового статусу і взаємовідносин учасників господарської діяльності. Зокрема, основи взаємовідносин суб'єктів господарювання з органами державної влади, місцевого самоврядування та іншими подібні тому, як закріплюється група прав (обов'язків) особи і громадянина, що впливає безпосередньо із закону (право приватної власності, право на підприємницьку діяльність, обов'язок сплачувати податки і збори і т. ін.). Загальнорегулятивні правовідносини в результаті акта індивідуально-правового регулювання звичайно набувають ознак конкретності³.

Регулятивні правовідносини за характером (змістом) юридичного обов'язку суб'єктів можуть бути активного або пасивного типів⁴. В активних господарських правовідносинах обов'язок однієї сторони по-

¹ Див.: *Алексеев С. С.* Общая теория права: В 2 т. – М., 1982. – Т. 2. – С. 102–105; *Правоотношения и их роль в реализации права / Под ред. Ю. С. Решетова.* – С. 30.

² Див.: *Сурилов А. В.* Теория государства и права. – Киев; Одесса, 1989. – С. 376.

³ *Правоотношения и их роль в реализации права / Под ред. Ю. С. Решетова.* – С. 30.

⁴ Див.: *Алексеев С. С.* Общая теория права. – Т. 2. – С. 108–111; *Правоотношения и их роль в реализации права / Под ред. Ю. С. Решетова.* – С. 31–32.

лягає у здійсненні певних позитивних дій, а право іншої сторони — у вимаганні виконання цього обов'язку. В пасивних правовідносинах обов'язок полягає в утриманні від дій, які небажані для іншої сторони або заборонені юридичними нормами. Так, у пасивному (стосовно усіх інших суб'єктів) абсолютному господарському правовідношенні з ведення суб'єктом господарювання власної господарської діяльності друга сторона зобов'язана утримуватися від дій, що перешкоджають здійсненню цим суб'єктом своїх прав на ведення такої діяльності. Активний момент цього правовідношення знаходиться в суб'єктивному праві відповідної його сторони (суб'єкта господарювання). У цілому ж активні господарські правовідносини відображають динамічну функцію господарського права, пасивні — його статичну функцію.

Разом з тим слід зазначити, що значна кількість складних господарських правовідносин включає як активні (здійснення певних дій), так і пасивні (утримання від дій) обов'язки сторін, тобто є по суті активно-пасивними. Так, у відносному зобов'язальному господарському правовідношенні оренди цілісного майнового комплексу державного підприємства (або його структурного підрозділу) до обов'язків орендодавця — Фонду держмайна України чи його регіонального відділення належить як передача орендареві в оренду цілісного майнового комплексу згідно з договором за актом приймання-передачі майна (активна дія), так і утримання від дій, які б перешкоджали орендарю користуватися орендованим майном на умовах договору (пасивна поведінка)¹.

За генетичним та функціональним зв'язком (за місцем, субординацією у механізмі правового регулювання) розрізняють господарські правовідносини матеріально-правові і процесуально-правові, причому серед останніх виділяють процесуально-регулятивні (що опосередковують процес укладання угоди, порядок прийняття рішень органами Антимонопольного комітету про надання дозволів на узгоджені дії або економічну концентрацію, порядок затвердження фінансового плану державному підприємству, порядок проведення концесійного конкурсу та ін.) і процесуально-охоронні (опосередковують процедуру реалізації юридичної відповідальності).

Важливою стосовно господарських правовідносин є їх класифікація за структурою юридичного змісту на правовідносини з простою або

¹ Типовий договір оренди цілісного майнового комплексу державного підприємства (структурного підрозділу підприємства): Затв. наказом Фонду держмайна України від 23 серпня 2000 р.

складною структурою (прості та складні). Прості господарські правовідносини — це елементарні, не розчленовані на складові частини, і, як правило, між двома суб'єктами (зобов'язальне організаційно-господарське правовідношення з примусового поділу суб'єкта господарювання — монопольного утворення за рішенням органу Антимонопольного комітету, де праву останнього вимагати такого поділу за наявності встановлених законом підстав кореспондує відповідний обов'язок вказаного суб'єкта). У цьому плані стосовно критерію відмежування простих правовідносин від складних слід погодитися з дослідниками, які пропонують розуміти під простими ті, що характеризуються наявністю у структурі змісту одного права і одного обов'язку¹. Складними господарськими правовідносинами слід вважати такі, що вміщують декілька самостійних, елементарних правовідносин, які складають у системі єдність спрямованої дії (наприклад, правовідношення з державної реєстрації суб'єкта господарювання, що об'єднує декілька простих, елементарних правовідносин), а також правовідносини за участю трьох і більше суб'єктів.

Господарські правовідносини у своїй більшості є переважно складними. Окреме таке правовідношення може бути розглянуте як сукупність самостійних, елементарних правовідносин, спрямованих на досягнення єдиного певного результату, і у цій сукупності представлене як єдине правовідношення. Цілісність правовідношення (його єдність) забезпечується єдністю його мети, єдністю інтересу, на задоволення якого воно спрямоване². Так, абсолютне господарське правовідношення з ведення власної господарської діяльності суб'єктом господарювання може бути представлене, з одного боку, як єдине складне, що опосередковує ведення цим суб'єктом такої діяльності в цілому і забезпечує реалізацію усіх прав, що становлять його господарську компетенцію. І, з другого боку, у цьому правовідношенні виділяються окремі елементарні складові правовідносини, пов'язані з реалізацією абсолютних прав цього суб'єкта, зокрема, на самостійне формування своєї виробничої програми, на вільне укладання договорів з контрагентами і визначення умов цих договорів, на самостійне встановлення цін на його продукцію та ін.

У цьому зв'язку заслуговує уваги позиція вчених, які визнають існування самостійного виду правовідносин — комплексних, головними

¹ Див.: *Алексеев С. С.* Общая теория права. — Т. 2. — С. 137.

² Див.: *Мамутов В. К.* Совершенствование правового регулирования хозяйственной деятельности (методология, направления). — К., 1982. — С. 133.

відмінними рисами яких є тривалий, стабільний характер, а звідси і складний зміст та різноманітний суб'єктний склад, можливість заміни деяких учасників, перетворення чи відпадання деяких прав і обов'язків. До комплексних правовідносин у теорії відносять, зокрема, трудові, правовідносини, пов'язані з членством у кооперативі, та подібні. У процесі своєї реалізації комплексне правовідношення розпадається на ряд простих (одиначних, первісних) правових зв'язків. Комплексні правовідносини характеризуються як такі, що займають проміжне положення між простими і загальнорегулятивними правовими відносинами. Від перших вони відрізняються складною структурою, від других — визначеністю всіх учасників. Разом з тим комплексне правовідношення не можна розглядати як просту «суму» одиначних правовідносин. Воно має відносну незалежність від складових його одиниць, має свої підстави виникнення, зміни, припинення. Виникнення комплексних правовідносин як виду пояснюється розвитком правового регулювання, його поглибленням і диференціацією, виділенням нових видів відносин у самостійні правовідносини зі своїм особливим правовим режимом¹.

Як уявляється, комплексні правовідносини виступають різновидом складних. Багато складних господарських правовідносин є комплексними (правовідносини з будівництва об'єкта містобудування, з угоди про розподіл продукції, з ліцензування господарської діяльності та ін.).

Складне, у тому числі й комплексне, правовідношення в цілому може бути розглянуте як ієрархічна система складових правовідносин з декількома рівнями, що об'єднує підсистеми і на найнижчому рівні елементарні правовідносини. Так, складне організаційно-господарське правовідношення з ліцензування господарської діяльності включає правовідносини з видачі ліцензії, з проведення конкурсу на отримання ліцензії у встановлених випадках, із здійснення контролю за додержанням ліцензійних умов, з анулювання ліцензії, з переоформлення ліцензії та ін. Більшість з цих складових правовідносин у свою чергу виступають як складні. Зокрема, правовідношення із здійснення контролю за додержанням ліцензійних умов об'єднує правовідносини з проведення перевірок, з виявлення порушень та видачі розпоряджень про їх усунення, із застосування заходів впливу до порушників тощо. У цьому зв'язку при аналізі і характеристиці складних господарських правовідносин

¹ Проблемы теории государства и права: Учебник / Под ред. С. С. Алексеева. — М., 1987. — С. 277–279; Правоотношения и их роль в реализации права / Под ред. Ю. С. Решетова. — С. 32–34.

є підстави вести мову щонайменше про два рівні. Перший — стосовно складного (комплексного) правовідношення в цілому, другий — стосовно складових елементарних правовідносин. Причому, можуть бути виділені ще й проміжні рівні.

Що стосується наведеного вище абсолютного правовідношення з ведення власної господарської діяльності, воно також може бути представлено як комплексне, що являє собою ієрархічну систему складових правовідносин. Залежно від рівня узагальнення, обумовленого потребами і особливостями окремого конкретного випадку, можливе прийняття за основу будь-якої ланки цієї системи.

Слід відзначити, що окремі характеристики складного правовідношення та його складових можуть не збігатися. Складне правовідношення, в цілому матеріально-правове, може включати елементарні процесуальні правовідносини, складне правовідношення регулятивне — охоронні елементарні правовідносини. Так, охоронне організаційно-господарське зобов'язання з накладення адміністративно-господарського штрафу на суб'єкта господарювання за порушення ним державної дисципліни цін у цілому є матеріально-правовим, оскільки опосередковує реалізацію відповідної норми матеріального права¹. Це зобов'язання складне, вміщує декілька елементарних, у тому числі таких, що опосередковують порядок застосування вказаної санкції, порядок її оскарження, виконання, тобто процесуально-правових. Пояснити таку трансформацію даного чи іншого подібного правовідношення можна саме з позиції розуміння його як складного, елементарні складові якого можуть набувати матеріально-правового або процесуально-правового характеру. Ця позиція дозволяє, зокрема, пояснити й такі якості багатьох господарських правовідносин, як поєднання в них активних і пасивних елементів.

Важливе значення в загальній теорії права та галузевих правових науках має класифікація правовідносин за складом і ступенем конкретизації (індивідуалізації) їхніх суб'єктів на відносні (конкретні) та абсолютні. Слід відзначити, що окремі дослідники не визнають наявності абсолютних правовідносин². У сучасній науковій літературі продовжують висловлюватися різні точки зору — як щодо обґрунтування допустимості таких правовідносин³, так і з гострим запереч-

¹ Про ціни і ціноутворення: Закон України від 3 груд. 1990 р. — Ст. 14.

² Див.: Явич Л. С. Общая теория права. — Л., 1976. — С. 217.

³ Див.: Рыбалов А. О. Абсолютные права и правоотношения // Известия высших учебных заведений. Правоведение. — 2006. — № 1. — С. 129–142.

ченням можливості визнання їх існування¹. У господарсько-правовій теорії головним аргументом подібного заперечення служить твердження про те, що суб'єкти правовідносин завжди повинні бути визначені².

Однак більш аргументованою і плідною, як уявляється, виступає позиція переважної більшості вчених, які допускають можливість створення конструкції абсолютних правовідносин³, незважаючи на її деяку умовність. У господарському праві застосування даної конструкції (абсолютного правовідношення) дозволяє отримати відповідь на багато питань, зокрема на питання, у якому правовідношенні і з ким перебуває суб'єкт господарювання при використанні майна, яке належить йому на праві власності, праві господарського відання, праві оперативного управління чи іншому похідному правовому титулі, при встановленні і затвердженні цим суб'єктом плану власної діяльності, веденні ним бухгалтерського та іншого обліку, формуванні цін на свою продукцію, розподілі прибутку тощо. Якщо не прийняти тут конструкції абсолютного правовідношення, в якому суб'єкт господарювання виступає суб'єктом відповідного речового права або права на ведення своєї господарської (підприємницької) діяльності у встановленому законом порядку, не вступаючи ні в які конкретні правові зв'язки, то буде втрачена кваліфікація названої діяльності як правової, затемнена правова характеристика даних правовідносин⁴. Така позиція сприйнята у вітчизняній теорії господарського права⁵.

Разом з тим сфера господарської діяльності (реальної економіки) і адекватних їй правовідносин настільки складна, що господарські правовідносини можуть поєднувати в собі ознаки абсолютності і відносності одночасно. Підтвердженням є правовідносини, за допомогою яких реалізуються, зокрема, право господарського відання та право оператив-

¹ Див.: Гревцов Ю. И., Хохлов Е. Б. О юридико-догматических химерах в современном российском правоведении // Известия высших учебных заведений. Правоведение. – 2006. – № 5. – С. 5–22.

² Див.: Лантев В. В. Некоторые проблемы предпринимательского (хозяйственного) права // Государство и право. – 2005. – № 5. – С. 104.

³ Див.: Иоффе О. С. Спорные вопросы учения о правоотношении // Очерки по гражданскому праву: Сб. статей / Отв. ред. О. С. Иоффе. – Л., 1957. – С. 26–28, 43; Алексеев С. С. Общая теория права. – Т. 2. – С. 106–107; Харитонова О. И. Административно-правовые отношения (проблемы теории). – Одеса, 2004. – С. 70.

⁴ Див.: Мартенянов В. С. Хозяйственное право. Т. 1: Общие положения. – С. 35–36.

⁵ Хозяйственное право: Учебник / Под ред. В. К. Мамутова. – С. 74–75.

ного управління, і які в теорії господарського права дістали назву абсолютно-відносних¹.

Підбиваючи підсумок, слід ще раз зазначити, що застосування загальнотеоретичного підходу до класифікації господарських правовідносин дозволяє виявити і повніше охарактеризувати такі їх види, як регулятивні та охоронні, активні та пасивні, матеріально-правові та процесуально-правові (процесуально-регулятивні та процесуально-охоронні), прості та складні, у тому числі комплексні, абсолютні, відносні та абсолютно-відносні.

Перспективи подальших досліджень у даному напрямі пов'язані з поглибленим аналізом окремих видів зазначених правовідносин як центральної ланки механізму правового регулювання господарської діяльності, розробкою і впровадженням рекомендацій з практичної реалізації відповідних положень господарського законодавства з метою більш ефективного вирішення економічних і соціальних завдань.

¹ Див.: *Мартеньянов В. С.* Хозяйственное право. Т. 1: Общие положения. – С. 36–42; *Хозяйственное право: Учебник* / Под ред. В. К. Мамутова. – С. 74–75.

В. Пашков, кандидат юридичних наук
доцент Полтавського факультету Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Господарсько-правовий статус суб'єктів некомерційного господарювання та негосподарюючих суб'єктів

Якщо проаналізувати коло первинних суб'єктів права, що впливають на суспільні відносини, статус яких визначено Конституцією України, то структурно серед них можна відокремити громадян, органи виконавчої влади, місцевого самоврядування, інші негосподарюючі суб'єкти та похідні суб'єкти права — суб'єкти господарювання. Таким чином, законодавство України визначає суб'єктами суспільних відносин таких його учасників, які на підставі чинного законодавства визначаються носіями суб'єктивних прав і відповідних обов'язків. Засади інституційного відокремлення учасників господарсько-правових відносин лежать у площині загальноправового характеру понять «суб'єкт господарських відносин» та «суб'єкт права», а також тих універсальних специфічних характеристик, які виявлені щодо них у різних галузях економіки. Саме виходячи з цих універсальних характеристик, виникає необхідність встановлення статусу всіх учасників господарських відносин. Крім того, на жаль, у законодавстві України на сьогодні відсутнє чітке розмежування між таким поняттям, як «суб'єкт некомерційного господарювання» та «негосподарюючий суб'єкт», що в свою чергу, з одного боку, унеможливорює повноцінне застосування засобів державного регулювання господарської діяльності, а з другого — залишає поза увагою засобів державного регулювання діяльність з господарчого забезпечення негосподарюючих суб'єктів.

Так, наприклад, законодавство України визнає особливим видом суб'єктів господарювання — суб'єкти господарської діяльності у Збройних Силах України, які здійснюють свою діяльність на підставі Закону України «Про господарську діяльність у Збройних Силах України» від 21.09.1999 р. При цьому, не розрізняючи військові частини, що займаються господарською діяльністю, яка має цінову визначеність, це можуть бути підприємства з ремонту та виробництва зброї і військової техніки та бойові частини, що не займаються господарською діяльністю, яка має

цінову визначеність. Або викликає здивування необґрунтоване віднесення до суб'єктів господарювання органи державної влади та місцевого самоврядування у ст. 1 Закону України «Про захист економічної конкуренції». На цей факт звертає увагу дослідник В. С. Щербина, який запропонував внести відповідні зміни до ст. 1 цього Закону¹, про що також зазначали І. Басова та О. Уварова². З цього приводу є також цікавою точка зору І. Спасибо-Фатеевої, яка стверджує, що всі суб'єкти публічного права, що не пов'язані з виконанням державних або управлінських функцій та не є органами держави, фактично діють як особи приватного права, а різниця між ними полягає лише в порядку їх створення, правовому режимі майна, зв'язку із засновником, відповідальності юридичної особи, її засновника та управління юридичною особою³.

Слід зазначити, що проблема встановлення господарсько-правового статусу учасників господарських відносин займає вагоме місце у працях юристів з усіх напрямів права, а саме: О. М. Вінник, Г. Л. Знаменського, В. К. Мамутова, В. С. Мілаш, В. С. Щербини тощо. Втім у роботах українських правознавців проблема господарсько-правового статусу суб'єктів господарювання та негосподарюючих суб'єктів не знайшла достатньо повного висвітлення.

Метою цієї статті є встановлення господарсько-правового статусу суб'єктів некомерційного господарювання та негосподарюючих суб'єктів.

Для суб'єкта права, зазначає С. С. Алексєєв, характерні дві основні ознаки. По-перше, ця особа — учасник суспільних відносин, який може бути носієм суб'єктивних юридичних прав та обов'язків, для цього він повинен володіти визначеними якостями, до яких можна віднести: зовнішню відокремленість; персоніфікацію; здатність здійснювати персоніфіковану волю. По-друге, ця особа, яка реально здатна брати участь у правовідносинах, набуває властивості суб'єкта права на підставі юридичних норм⁴. Продовжуючи цю тезу, Г. Ф. Шершеневич підкреслював,

¹ Щербина В. С. Суб'єкти господарського права: Монографія. — К., 2008. — С. 19.

² Басова І., Уварова О. Правові тонкощі договірних відносин. — Х., 2008. — С. 30.

³ Спасибо-Фатеева І. Деякі проблеми, пов'язані з участю держави Україна в цивільно-правових відносинах // Вісн. Акад. прав. наук України. — № 4 (47). — 2006. — С. 96–107.

⁴ Алексєєв С. С. Общая теория права. — М., 1982. — Т. 2. — С. 138–139.

що суб'єктом права слід визнавати не того, чиї інтереси охороняються правом, а того, хто самостійно розпоряджається цим правом¹.

У той же час у господарському законодавстві України чітко визначено (ст. 2 ГК), що учасниками відносин у сфері господарювання є суб'єкти господарювання, споживачі, органи державної влади та місцевого самоврядування, наділені господарською компетенцією, а також громадяни, громадські та інші організації, які виступають засновниками суб'єктів господарювання чи здійснюють щодо них організаційно-господарські повноваження на основі відносин власності.

При цьому необхідно зауважити, що в господарському праві, серед учасників господарських відносин, законодавець приділяє особливу увагу саме суб'єктам господарювання. Крім того, необхідно зазначити, що поняття «суб'єкт господарювання» вживається й у ч. 4 ст. 13 Конституції України в контексті забезпечення державою захисту прав усіх суб'єктів права власності і господарювання, а також соціальної спрямованості економіки. Отже, суб'єкт господарювання є самостійним учасником господарських відносин. Тому Н. О. Саниахметова, спираючись на ст. 55 ГК, класифікує безпосередньо суб'єктів господарювання за метою їх діяльності. По-перше, це ті, метою діяльності яких є отримання прибутку, а саме: фізичні особи, які здійснюють підприємницьку діяльність без утворення юридичної особи; комерційні юридичні особи, яких, у свою чергу, розподіляють за організаційно-правовою формою на господарські товариства, приватні, державні та комунальні підприємства, а також виробничі кооперативи. По-друге, виокремлюють некомерційні юридичні особи, основною метою яких не є одержання прибутку. Вони діють з метою, спрямованою на досягнення суспільних благ, що не виключає можливості участі в підприємницькій діяльності, якщо вона має на меті створення некомерційної організації та одержання прибутку, необхідного для реалізації статутних цілей². Інші правознавці, наприклад В. С. Щербина, при класифікації суб'єктів господарювання акцентують увагу на порядку їх утворення, а саме порядку виникнення та легітимації³.

У процесі створення суб'єктів господарювання важливе значення мають такі фактори: наявність рішення власника майна чи уповноваже-

¹ Шершеневич Г. Ф. Курс торгового права: В 2 т. – Т. 1. – Рига, 1924. – С. 146.

² Саниахметова Н. А. Регулирование предпринимательской деятельности в Украине: организационно-правовые аспекты. – Одесса, 1998. – С. 79–81.

³ Щербина В. С. Господарське право: Підручник. – 2-ге вид., перероб. і доп. – К., 2005. – С. 86.

ного ним органу про створення суб'єкта господарювання, державна реєстрація суб'єкта господарювання. Натомість О. А. Беяневич також вважає, що однією із головних умов здійснення господарської діяльності є державне підтвердження законності входження суб'єктів до сфери господарського обігу. Процедура легітимації, тобто визнання державою відповідного статусу суб'єкта, включає такі елементи, як обов'язкова державна реєстрація, внаслідок чого виникає загальна компетенція; а також ліцензування та патентування, що спрямовані на забезпечення єдиної державної політики у сфері господарювання та захист економічних і соціальних інтересів держави, суспільства й окремих споживачів, внаслідок чого виникає спеціальна правосуб'єктність. Без легітимації правомірна участь суб'єктів господарювання в економічному обігу є неможливою¹. На стадії державної реєстрації державний вплив виявляється при встановленні імперативних правил і процедур реєстрації та при визначенні компетентного органу, на який покладено функції з реєстрації суб'єкта господарювання чи негосподарюючого суб'єкта. Фактично вимоги, викладені в Законі України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб — підприємців», є також одним із засобів регуляторного впливу держави на діяльність суб'єктів господарювання.

Так, реалізуючи своє конституційне право на здійснення підприємницької діяльності, кожен громадянин України, іноземець та особа без громадянства самостійно визначає найбільш прийнятний для нього спосіб організації і відповідно можна вести мову про індивідуальних та колективних суб'єктів господарювання: фізичні особи — суб'єкти підприємницької діяльності та колективні утворення — організації².

Громадянин визнається суб'єктом господарювання у разі здійснення ним підприємницької діяльності за умови державної реєстрації його як підприємця без статусу юридичної особи. Громадянин, який займається підприємницькою діяльністю, але не пройшов державної реєстрації, не набуває статусу підприємця. Для здійснення підприємницької діяльності необхідна повна дієздатність громадянина³. До речі О. М. Вінник надала таке визначення індивідуального підприємця — це фізичні осо-

¹ Беяневич О. А. Господарське договірне право України (теоретичні аспекти): Монографія. — К., 2006. — С. 380–381.

² Хозяйственное право / В. К. Мамутов, Г. Л. Знаменский, В. В. Хахулин и др.; Под ред. В. К. Мамутова. — К., 2002. — С. 273.

³ Цивільне право України: Підручник: У 2-х кн. / О. В. Дзера (кер. авт. кол.), Д. В. Боброва, А. С. Довгерт та ін.; За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. — 2-ге вид., допов. і перероб. — К., 2004. — Кн. 1. — С. 91.

би (громадяни України, іноземні громадяни чи особи без громадянства) з повною цивільною дієздатністю, не обмежені законом у правоздатності, зареєстровані у встановленому законом порядку як суб'єкти підприємницької діяльності, які безпосередньо здійснюють таку діяльність (виробляють продукцію, виконують роботи, надають послуги) і несуть відповідальність за своїми зобов'язаннями усім майном, що належить їм на праві власності¹.

Дещо інакше складається правовий стан суб'єктів господарювання у вигляді юридичних осіб. С. С. Алексєєв слушно зауважує, що правосуб'єктність організацій, які здійснюють оперативно-господарську і соціально-культурну діяльність, визначається в законодавстві та на практиці спеціальною категорією «юридична особа»². Унаслідок різних цілей юридичні особи досить різномірні як за упорядкуванням, так і за характером діяльності. Цивільне законодавство України (ст. 80 ЦК) визнає юридичною особою організацію, створену і зареєстровану в установленому законом порядку, яка наділяється цивільною право- і дієздатністю. Юридична особа (ч. 1 ст. 81 ЦК) може бути створена шляхом об'єднання осіб і/або майна. Тобто юридичні особи можуть переслідувати публічні та суспільні цілі й інтереси чи приватні цілі та інтереси окремих фізичних осіб. Відповідно до цього й законодавець поділяє юридичні особи залежно від порядку їх створення (ч. 2 ст. 81 ЦК) на юридичних осіб приватного та юридичних осіб публічного права. За організаційно-правовою формою юридичні особи можуть створюватися у формі товариств і установ (ч. 1 ст. 83 ЦК), при цьому товариства поділяються на підприємницькі та непідприємницькі. Враховуючи, що юридичні особи публічного права створюються розпорядчими актами Президента України чи органів державної виконавчої влади та місцевого самоврядування, то до них можна віднести органи державної виконавчої влади та місцевого самоврядування. Необхідно підкреслити, що зазначені органи хоча і є суб'єктами господарських правовідносин, але відповідно до ст. 8 ГК не належать до суб'єктів господарювання.

Водночас органи виконавчої влади та місцевого самоврядування можуть створювати юридичні особи публічного права у вигляді негосподарюючих суб'єктів, що повністю або частково фінансуються з бюджету, діяльність яких має ознаки господарської діяльності, але фактично є господарчим забезпеченням, до того ж зі змісту ч. 3 ст. 3 ГК ви-

¹ Вінник О. М. Господарське право: Навч. посіб. – 2-ге вид., змін. та доп. – К., 2008. – С. 154.

² Алексєєв С. С. Общая теория права: В 2 т. – М., 1982. – Т. 2. – С. 152.

пливає, що господарче забезпечення діяльності негосподарюючих суб'єктів не є господарською діяльністю. З цього приводу одна із дослідниць фінансового права Д. Ротар зазначає, що аналіз зокрема неприбуткових установ свідчить, що неприбутковою є організація, діяльність якої не передбачає отримання прибутку, оскільки основна мета їх роботи полягає у здійсненні функцій держави, наданні просвітницьких, культурних, наукових, освітніх та інших подібних послуг для суспільного споживання. Разом із тим, на її думку, хоч неприбуткова організація не отримує прибутку, можна припустити, що вона має певний дохід. Терміни «прибуток» і «дохід» різні, але вони досить часто законодавством отожднюються. Прикладом вона вважає ст. 142 ГК, в якій зазначено, що прибуток (дохід) є показником фінансових результатів господарської діяльності, який визначається шляхом зменшення суми валового доходу суб'єкта господарювання за певний період на суму валових витрат та амортизаційних відрахувань. Це отожднення вона вважає помилковим за таких підстав. По-перше, бюджетна установа є не суб'єктом господарювання саме у правовому статусі бюджетної установи, а юридичною особою, що виступає такою; по-друге, прибуток підраховується шляхом зменшення суми валового доходу на суму валових витрат та суму амортизаційних відрахувань¹. У цілому слід віддати належне логіці Д. Ротар, дійсно, бюджетні установи, мається на увазі ті, що не здійснюють господарської діяльності, не є суб'єктами господарювання, але неповне дослідження ч. 3 ст. 3 ГК не дозволило їй дійти правильного висновку. Зазначені бюджетні установи вже мають відповідний господарсько-правовий статус, а саме статус негосподарюючих суб'єктів, діяльність яких спрямована на створення та підтримання необхідних матеріально-технічних умов їх функціонування, що здійснюється за або без участі суб'єктів господарювання, і є господарчим забезпеченням негосподарюючих суб'єктів. Але в деяких випадках суб'єкти публічного права, що фінансуються з бюджету, здійснюють систематичну діяльність без мети отримання прибутку, яка має цінovu визначеність. Їх неможливо віднести до негосподарюючих суб'єктів.

У чому причина відсутності чіткого розмежування цих суб'єктів публічного права? Можливо, це зумовлено нечітким декларуванням поняття бюджетної установи у п. 6 ст. 2 Бюджетного кодексу (БК), де зазначено, що бюджетна установа — це орган, установа чи організація,

¹ Ротар Д. Бюджетна установа як неприбуткова організація // Підприємництво, господарство і право. — 2008. — № 2. — С. 22–24.

визначена Конституцією України, а також установа чи організація, створена у встановленому порядку органами державної влади Автономної Республіки Крим чи органами місцевого самоврядування, яка повністю утримується відповідно з державного чи місцевих бюджетів. Бюджетні установи є неприбутковими. Однак діяльність установ, що фінансуються з бюджету, щодо надання освітніх, медичних та інших соціальних послуг за рахунок бюджетних коштів, підкреслює В. Г. Ротань, не може кваліфікуватися як господарська, а самі ці установи у зв'язку із здійсненням такої діяльності не можуть кваліфікуватися як суб'єкти господарювання. При цьому він відокремлював бюджетні установи, що є органами влади і не мають права на здійснення будь-яких видів господарської діяльності, і бюджетні установи, що не є органами влади і мають право на некомерційну господарську діяльність¹. Таке твердження також викликає здивування. Справа в тому, що й освітні, й медичні послуги мають цінову визначеність і суб'єкти, які їх надають систематично, незважаючи на те, що вони фінансуються з бюджету, не можуть бути віднесені до інших суб'єктів права ніж суб'єктів некомерційного господарювання. Однак, на нашу думку, доктринальним є твердження, що некомерційна господарська діяльність будь-яких негосподарюючих суб'єктів у вигляді юридичних осіб публічного права і є господарчим забезпеченням. Виступаючи як юридична особа, бюджетна установа є учасником у сфері господарювання, що здійснює своє право володіти, користуватися й розпоряджатися закріпленим за ним майном, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності в рамках установленого правового господарського порядку, основи якого закріплені в ст. 5 ГК. При цьому одним із принципів господарювання, закріплених у ст. 6 ГК, є невтручання в господарські відносини бюджетної установи з боку органів державної влади, їх посадових осіб. Бюджетна установа як юридична особа, створена державою для реалізації певних цілей, є учасником господарського обігу країни². Тому, говорячи про суб'єктів публічного права, що фінансуються з бюджету, особливу увагу слід приділити, наприклад, закладам освіти, які надають платні освітні послуги. Вони, безумовно, є бюджетними установами, які в той же час надають послуги, що мають цінову визначеність. І все це згідно із законами України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» та «Про освіту».

¹ Проблемні питання у застосуванні Цивільного і Господарського кодексів України / За ред. А. Г. Яреми, В. Г. Ротаня. – К., 2005. – С. 60.

² Єригіна Є. Право оперативного управління майном бюджетних наукових установ // Підприємництво, господарство і право. – 2006. – № 12 (132). – С. 31–35.

Так, ст. 1 Закону України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» визнає суб'єктами господарювання зареєстрованих в установленому законодавством порядку юридичних осіб незалежно від їх організаційно-правової форми та форми власності, які провадять господарську діяльність, крім органів державної влади та органів місцевого самоврядування, а також фізичних осіб — суб'єктів підприємницької діяльності. А Закон України «Про освіту» наголошує у ст. 15 про відповідність державним стандартам саме освітніх послуг, які надаються також державними закладами освіти, що фінансуються з бюджету. При цьому освітні послуги мають цінову визначеність, у тому числі при безоплатному навчанні, коли держава відшкодовує витрати закладу освіти. Заклади освіти всіх форм власності, крім ліцензування, обов'язково проходять процедуру акредитації. Усі відносини між закладом освіти та замовниками освітніх послуг оформляються шляхом договірних зобов'язань. Схожа ситуація відбувається у сфері охорони здоров'я. Заклади охорони, зокрема лікувально-профілактичні заклади, що фінансуються з бюджету, надають як платні, так і безоплатні послуги. При цьому при наданні безоплатних медичних послуг держава обов'язково відшкодовує витрати. Різниця лише в тому, що надання освітніх послуг супроводжується більш ретельним нормативним забезпеченням. Тобто *серед бюджетних установ необхідно відрізнити не лише негосподарюючі суб'єкти у вигляді органів державної влади та місцевого самоврядування, а й суб'єкти некомерційного господарювання, що фінансуються з бюджету.*

У свою чергу дослідниця В. Мілаш зазначає, що всі суб'єкти господарського права за своїм господарсько-правовим статусом (учасники господарських відносин) поділяються на суб'єктів господарювання, їх структурні підрозділи, суб'єктів організаційно-господарських повноважень у процесі управління господарською діяльністю; негосподарюючих суб'єктів, до яких вона віднесла, крім юридичних, також і фізичних осіб¹. Дещо схожу з В. Мілаш позицію займає також В. С. Щербина, який серед суб'єктів господарського права відокремлює негосподарюючих суб'єктів-громадян, органи влади взагалі зводить в окрему категорію суб'єктів господарського права². О. М. Вінник також до негоспо-

¹ Мілаш В. Проблеми визначення господарсько-правового статусу учасників господарських відносин // Підприємництво, господарство і право. — 2008. — № 2 (146). — С. 25–29.

² Щербина В. С. Суб'єкти господарського права: Монографія. — К., 2008. — С. 244.

дарюючих суб'єктів відносить не лише юридичних осіб, а також і суб'єктів-громадян¹. У цілому погоджуючись з представленою класифікацією, водночас виникають запитання щодо віднесення до негосподарюючих суб'єктів фізичних осіб, які не зареєстровані у встановленому порядку як підприємці. З одного боку, зазначену позицію можна було б вважати помилковою, тому що діяльність господарюючих та негосподарюючих суб'єктів слід розглядати в межах господарського права і здійснюваної ними господарської діяльності та господарчого забезпечення із дотриманням процедури легітимації, тобто набуття відповідного господарсько-правового статусу, яке засвідчується шляхом державної реєстрації. Але, з другого боку, громадяни є ключовими учасниками господарських відносин і процедура вивчення ринкових відносин передбачає дослідження кінцевого результату господарської діяльності, тобто, до громадянина-споживача. Крім того, можуть виникнути питання щодо осіб, які займаються промислом або самозайнятих фізичних осіб-непідприємців.

У своїх дослідженнях щодо встановлення статусу негосподарюючих суб'єктів, В. С. Мілаш пішла далі, і, на нашу думку, не зовсім обґрунтовано всупереч ст. 86 ЦК визнала об'єднання громадян негосподарюючими суб'єктами, мотивуючи це тим, що вони існують для захисту громадянами своїх прав та свобод². Із зазначеною точкою зору В. С. Мілаш, ми не згодні. Не лише у зв'язку з тим, що не вважаємо доцільним проводити ревізію цивільного законодавства, а й у зв'язку з тим, що її доводи непереконливі. Так, статті 130–131 ГК серед неприбуткових організацій відокремлюють кредитні спілки та благодійні організації, що в свою чергу за аналогією права передбачає можливість віднесення до суб'єктів господарювання й інші об'єднання громадян. Виходячи з її доводів, трудовий колектив, який з метою своїх права та законних інтересів, у широкому розумінні, створює орендне підприємство, також потрібно визнавати негосподарюючим суб'єктом. Крім того, спроба ревізії інших галузей права, на нашу думку, додасть ще більше плутанини в господарське законодавство. Незважаючи на це питання законодавчого визначення дефініції, негосподарюючий суб'єкт у сфері охорони здоров'я є обов'язковим, що пов'язано із можливістю застосування деяких господарсько-правових засобів державного регулювання до, на-

¹ Вінник О. М. Господарське право: Навч. посіб. – 2-ге вид., змін. та доп. – К., 2008. – С. 268.

² Мілаш В. С. Господарське право: Курс лекцій: У 2 ч. – Ч. 1. – Х., 2008 – С. 60.

приклад, юридичних осіб, що фінансуються з бюджету. Так, закони України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» і «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності» стосуються лише суб'єктів господарювання. І тут же виникає запитання: «Чи можна віднести до суб'єктів господарювання суб'єктів публічного права, які фінансуються з бюджету?». Безумовно так, якщо цей суб'єкт публічного права надає будь-які послуги та у зв'язку з чим виконує договірні зобов'язання. При цьому цей суб'єкт господарювання повинен мати статус некомерційного.

Натомість В. К. Мамутов ще раніше звертав увагу на те, що до некомерційних організацій можна віднести лікарні, школи, громадські організації, благодійні фонди, державні бюджетні, в тому числі військові та подібні установи¹. При цьому він у своїх ранніх працях спочатку не уточнював віднесення їх до некомерційних суб'єктів господарювання чи негосподарюючих суб'єктів, що зумовлено специфікою тогочасного законодавства. Проте на сьогодні господарське законодавство (ст. 52 ГК) вважає некомерційним господарюванням самостійну систематичну господарську діяльність, що здійснюється суб'єктами господарювання. Водночас у цивільному законодавстві (ст. 86 ЦК) зазначено, що непідприємницькі товариства, тобто ті, які не мають на меті одержання прибутку (ст. 85 ЦК), у вигляді споживчих кооперативів, об'єднань громадян тощо, та установи можуть разом з основною діяльністю здійснювати підприємницьку діяльність. Але на сьогодні відсутні чіткі законодавчі критерії розподілу суб'єктів некомерційного господарювання та негосподарюючих суб'єктів, які також законодавством віднесені до непідприємницьких.

Отже, з цих підстав необхідно:

– *ст. 55 ГК доповнити п. 5 такого змісту: діяльність суб'єктів некомерційного господарювання, що фінансуються з бюджету, регулюється спеціальними законами;*

– *ч. 3 ст. 3 ГК доповнити наступним змістом: негосподарюючим суб'єктом у вигляді юридичної особи є суб'єкт публічного права, що фінансується з бюджету, діяльність якого при виконанні своєї основної діяльності спрямована на створення та підтримання необхідних матеріально-технічних умов її функціонування, що здійснюється за або без участі суб'єктів господарювання і є його господарчим забезпеченням; негосподарюючим суб'єктом у вигляді фізичної особи є особа, що не має статусу підприємця і є при цьому учасником господарських відносин. У подальшому в наших дослідженнях для зручності поняття*

¹ Мамутов В. К. Экономика и право: Сб. науч. тр. – К., 2003. – С. 100.

«негосподарюючий суб'єкт» будемо використовувати лише стосовно суб'єктів публічного права, що фінансуються з бюджету.

На підставі вищевикладеного також вважаємо за доцільне у Законі України «Про господарську діяльність у Збройних Силах України» провести чітке розмежування між бойовими військовими частинами, що існують як негосподарюючі суб'єкти, а їх діяльність вважати господарчим забезпеченням відповідно до ч. 3 ст. 3 ГК. Для цього у всіх відмінниках «господарська діяльність» замінити на «господарче забезпечення». І визнати військові частини, заклади, установи та організації Збройних Сил України, які також можуть утримуватися за рахунок коштів Державного бюджету України, що систематично займаються господарською діяльністю, ведуть відокремлене господарство, мають кошторис надходжень та видатків, особливим видом суб'єктів некомерційного господарювання.

Відповідні зміни необхідно внести також до ст. 1 Закону України «Про захист економічної конкуренції» в частині спростування визнання суб'єктами господарювання органи державної влади та місцевого самоврядування.

Спроба нівелювання в господарському законодавстві таких понять, як суб'єкт господарювання та негосподарюючий суб'єкт, на сьогодні є однією із причин правової неузгодженості, пов'язаної із застосуванням Закону України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності». Так, ст. 2 цього Закону чітко визначає, що його дія поширюється на всіх суб'єктів господарювання за деяким винятком, переліченим у цій статті. Отже, можна вважати, що господарче забезпечення негосподарюючих суб'єктів не підпадає під дію цього Закону. Це важливо з таких міркувань, що фактично зазначена категорія суб'єктів публічного права не підпадає під дію господарсько-правових засобів державного регулювання, передбачених у ст. 12 ГК. Єдиним засобом державного регулювання в цьому випадку є акредитація.

Таким чином, вважаємо доцільним ч. 2 ст. 12 ГК викласти у такій редакції: «Основними засобами регулюючого впливу держави на діяльність суб'єктів господарювання та негосподарюючих суб'єктів є: (і далі за текстом після слів ліцензування доповнити словами) акредитація».

Встановлення господарсько-правового статусу суб'єктів некомерційного господарювання та негосподарюючих суб'єктів дозволить більш ефективно використовувати засоби регулюючого впливу держави на господарську діяльність як суб'єктів некомерційного господарювання, що фінансуються з бюджету, так і суб'єктів публічного права у вигляді негосподарюючих суб'єктів.

Ю. Цибульський, здобувач кафедри екологічного права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Проблеми міжнародно-правового забезпечення екологічного планування

Прискорений розвиток цивілізації призвів до деградації природних екосистем. Нині доводиться констатувати, що земна біосфера й екосистеми різних рівнів мають обмежені можливості щодо забезпечення свого нормального функціонування і відтворення в умовах надмірного впливу людської діяльності. Ресурси земної біосфери мають чітко окреслені параметри, а кількість народонаселення і його матеріальні потреби зростають досить високими темпами. Водночас швидко збільшуються негативні антропогенні навантаження на природу, забруднюються внутрішні водойми, моря та площі лісів, вичерпуються мінерально-сировинні та біологічні ресурси. Глобальний характер екологічних проблем (збереження озонового шару, біорозмаїття, клімат, чисте довкілля тощо) потребують розробки та реалізації погодженої міжнародної політики, взаємоузгодження виробничої діяльності будь-якої країни з вимогами ресурсно-екологічної безпеки її існування, а також врахування потреб майбутніх поколінь у життєвих ресурсах. Одним із напрямків реалізації цих завдань є екологічне планування та його міжнародно-правове забезпечення.

На цей час світовим співтовариством вжито досить багато заходів щодо вирішення ресурсно-екологічних проблем, зокрема, через екологічне планування як на рівні національних держав, так і у міжнародному аспекті. Слід нагадати, що вперше принципи міжнародної екологічної співпраці були узагальнені в Декларації Стокгольмської конференції ООН з проблем навколишнього середовища в 1972 р.¹ У цьому документі сформульовано 26 принципів, починаючи з проголошення основоположного — права людини на життя в такому навколишньому середовищі, «якісна сторона якого робить можливим гідний і благополучний спосіб життя». З наступних кроків систематизації міжнародно-правових принципів охорони навколишнього середовища і регулюван-

¹ [Електронний ресурс]. – Режим доступу: zakon.nau.ua/rus/doc/?code=995_454 –

ня природокористування можна відзначити Всесвітню хартію природи (ВХП), яка проголошена в резолюції Генеральної Асамблеї ООН від 28 жовтня 1982 р.¹ Як і інші резолюції ГА ООН, названі вище декларації не мають обов'язкової юридичної сили та мають рекомендаційний характер. Але їх значення вельми велике, оскільки вони прийняті безпосередньо Генеральною Асамблеєю ООН, яка є найвищим авторитетом, що втілює волю всього людства. ВХП генералізує міжнародні юридичні принципи охорони навколишнього середовища і раціонального використання природних ресурсів.

У новітньому розумінні принципи міжнародної співпраці у галузі охорони навколишнього природного середовища висловлені в Декларації з навколишнього середовища і розвитку, яка була одностайно прийнята учасниками конференції ООН, що відбулася в червні 1992 р. в Ріо-де-Жанейро (Бразилія)². У цій Декларації йдеться про те, що Конференція ООН по навколишньому середовищу і розвитку, підтверджуючи Декларацію Конференції ООН з проблем навколишнього середовища, прийняту в Стокгольмі 16 червня 1972 р., і прагнучи розвинути її, має на меті встановлення нового, справедливого глобального партнерства шляхом створення нових рівнів співпраці між державами, ключовими секторами суспільства і людьми, докладаючи зусилля для висновку міжнародних угод, що забезпечують поважання інтересів всіх і захист цілісності глобальної системи навколишнього середовища і розвитку, визнаючи комплексний і взаємозалежний характер Землі. І хоча безпосередніх планів або програм щодо вирішення екологічних питань не міститься у вищезазначених документах, завдання, які в них сформульовані, можна розцінювати як певний стратегічний план-напрямок координації зусиль країн у справі подолання екологічної кризи.

Пройдений майже за три десятиліття після Стокгольмської конференції шлях показав, що основні тенденції швидкого погіршення глобальних і регіональних екологічних умов не змінилися, хоча за ці роки в природоохоронні заходи вкладено сотні мільярдів доларів. Незважаючи на помітні успіхи розвинених країн у сфері охорони природного середовища і вдосконаленні енерго- і ресурсозберігаючих та природоохоронних технологій, у глобальних масштабах продовжується деградація всіх природних систем життєзабезпечення. Складання планів різного

¹ [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.un.org/russian/document/gadocs/convres/r37-7.pdf>

² [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.un.org/russian/conferen/wssd/agenda21/index.htm>

терміну дії щодо природоохоронної діяльності та розробка екологічних програм може бути одним із важливих інструментів подолання і навіть попередження вказаних проблем. Втім фактом є те, що численні програми охорони навколишнього середовища, що приймалися після Стокгольмської конференції на глобальному, регіональному і місцевому рівнях, виявилися недостатніми і неефективними. Це не означає, що вони були поганими. Просто виходили вони з невірних посилай і оцінок реальної екологічної ситуації. Крім того, однією з причин низької ефективності вказаних програм виявилась і специфіка міжнародно-правового регулювання екологічних відносин.

Слід зазначити, що структура механізму міжнародно-правового регулювання екологічних відносин містить у собі дві групи засобів: жорстке, тобто обов'язкове право, і так зване «м'яке» право, норми якого мають рекомендаційний характер і не підлягають примусовому виконанню¹. До обов'язкової складової належать загальновизнані міжнародно-правові норми і принципи, а також міждержавні багатосторонні та двосторонні угоди (договори, конвенції, протоколи і т. п.). Загальна кількість діючих у світі глобальних і регіональних міжнародних угод, що регулюють екологічні відносини, досягає півтори тисячі. Що стосується двосторонніх угод, то їх кількість перевищує три тисячі. Водночас слід зазначити, що значну кількість міжнародно-правових норм і актів по екологічному праву складають такі, що мають рекомендаційний характер і існують у вигляді декларацій, хартій, пактів, резолюцій, рішень, ухвал та інших актів такого роду, що приймаються міжнародними конференціями і міжнародними організаціями. «Необов'язковість» цих норм значно знижує можливість їхнього впливу на виконання учасниками цих угод взятих зобов'язань щодо вирішення екологічних проблем. Особливо це стосується різноманітних програм, спрямованих на вирішення екологічних проблем різного рівня, про що мова йшла вище.

У наш час майже 120 держав світу прийняли загальні (комплексні) закони про охорону навколишнього середовища і регулювання природокористування. У понад 100 державах створені міністерства охорони навколишнього середовища або еквівалентні їм органи. Розвиваються нові методи правового регулювання природокористування і охорони навколишнього середовища: екологічне нормування, стандартизація; дозвільний порядок; превентивний та інспекційний контроль; компенсації заподіяної шкоди; довгострокове планування і програ-

¹ Міжнародне право: Навч. посіб. / За ред. М. В. Буроменського. – К., 2005. – С. 50–52.

мування і т. д. Безумовно, що всі ці заходи на національному рівні пов'язані із розвитком міжнародних інструментів правового регулювання екологічних відносин. Для України особливе значення мають зусилля європейських країн у цьому напрямі, оскільки вона географічно і політично має вирішувати багато екологічних проблем, що мають трансграничний характер, у співробітництві саме з європейськими державами і передусім з країнами ЄС.

Треба підкреслити, що одним з найважливіших напрямів діяльності Євросоюзу є вирішення екологічних проблем та збереження навколишнього природного середовища. У цій сфері існує розгалужена система екологічного законодавства, норми якого успішно реалізуються на практиці. Євросоюз є світовим лідером щодо розробки та реалізації екологічної політики і успішно вирішує багато екологічних проблем на континенті. Саме в практиці діяльності Євросоюзу та його спеціальних інституцій екологічне планування у вигляді програм та їхнє правове забезпечення набуло свого найбільшого розвитку.

На цей час у країнах Європейського Союзу розроблена і реалізується стратегія екологічно-орієнтованого менеджменту й екологічного підприємництва як одного з важливих напрямів екологічної модернізації. Починаючи з 1973 р. розроблено спеціальні програми охорони природи, в яких загальне визнання здобула ідея сталого розвитку, відповідно до якої екологічні та економічні цілі в динаміці збігаються, а на рівні Європейського Союзу його країни-члени розробили принципи та спільні заходи для законодавчих актів у сфері охорони природи.

Основою для практичної діяльності у сфері екологічної політики виступають середньострокові програми, що закріплено в установчому договорі ЄС. Тобто можна стверджувати, що планування як метод управління природоохоронною діяльністю є одним з головних інструментів вирішення екологічних проблем у практиці Євросоюзу. Ці програми є політико-правовими документами, які визначають пріоритетні заходи ЄС на найближчу перспективу, встановлюють конкретні цілі і завдання для Союзу. Усього за історію систематизованої екологічної політики ЄС було прийнято шість програм¹. На цей час діє Шоста програма.

Перша програма дій з'явилась у 1972 р. після Стокгольмської конференції ООН з проблем навколишнього середовища. Цю програму вважають класичним документом в галузі захисту навколишнього середовища початкового періоду звертання європейських країн до проблем

¹ Див.: Документы официального сайта по экологической политике Европы [Электронный ресурс]. – Режим доступа: www.ecoline.ru/

екології. Наступні документи приймалися у 1977 р. (Друга програма), у 1983 р. (Третя програма) і в 1987 р. (Четверта програма). П'ята програма виявилась новим поворотом в екологічній політиці. Вона була прийнята в 1993 р. і дістала назву «Назустріч стійкому розвитку». Тобто ЄС взяв на озброєння концепцію стійкого розвитку, яка є офіційною стратегією ООН щодо виходу людства з екологічної кризи після проведення конференції ООН з навколишнього середовища і розвитку 1992 р. в Ріо-де-Жанейро. І якщо у П'ятій програмі дій концепція сталого розвитку була тільки задіяна, то у Шостій програмі вона є основною темою і стосується всіх основних сфер екологічної політики ЄС. Ця програма була затверджена 22 липня 2002 р. з розрахунком на рекордний термін дії — 10 років¹ (попередні програми були розраховані на більш короткі терміни). У цьому можна вбачати намагання подолати та компенсувати недоліки попередніх програм, серед яких одним із головних була короткочасність їх дії.

Необхідно також зазначити, що для Шостої програми дій характерним є поступовий перехід від адміністративних інструментів регулювання екологічної політики до інструментів, що побудовані на ринкових принципах. Вона має назву «Навколишнє середовище 2010: наше майбутнє і наш вибір» і була затверджена Рішенням Європейського парламенту та Ради Європейського Союзу №1600/2002/ЄС від 22.07.2002 р. Програма спрямована на забезпечення таких трьох умов проведених екологічних заходів Європейського Союзу:

- інтеграція потреб навколишнього середовища в різні напрями діяльності ЄС та впровадження принципу екологічної зумовленості діяльності співтовариства, що закріплений у ст. 6 установчого договору;
- продовження заходів, спрямованих на забезпечення стійкого розвитку;
- проведення екологічних заходів з розрахунком на поточне та майбутнє розширення ЄС.

Програма також виділяє чотири пріоритетні форми дій ЄС на найближчі роки:

- зміна клімату;
- природа та біологічне різноманіття;
- навколишнє середовище, здоров'я та якість життя;
- природні ресурси та відходи.

¹ Див.: Шестая программа действий в области окружающей среды [Электронный ресурс]. – Режим доступа: www.europa.eu.int/

На основі спеціальних політико-правових інструментів було створено сім тематичних стратегій, які мали бути подані на розгляд Європарламенту та Ради Європи протягом перших трьох років дії Шостої програми з метою їх затвердження на основі спільних рішень цих інститутів. Програма містить описання пропозицій щодо вирішення завдань у сфері охорони навколишнього середовища та екологічної безпеки ЄС, а також заходи Союзу з їх реалізації. Цей документ націлений на вирішення таких проблем:

- наслідки зміни клімату;
- сприяння довгостроковим завданням по стабілізації концентрації парникових газів в атмосфері на рівні, який би попереджував небезпечне атмосферне втручання в кліматичну систему;
- захист, збереження, відновлення і розвиток функціонування природних екосистем з метою зупинення поширення пустель та виснаження біологічного різноманіття;
- сприяння високому рівню якості життя і соціального добробуту людей, їх забезпечення сприятливим навколишнім середовищем, у якому рівень забруднення не зростає до рівня шкідливого впливу на здоров'я людей та підтримання стійкого міського розвитку;
- збільшення ефективності ресурсів, а також управління ресурсами та відходами для створення більш стійкої структури виробництва та споживання;
- подолання протиріччя між використанням ресурсів, генерацією відходів та рівнем економічного зростання.

По кожній з пріоритетних проблем Програмою передбачений комплекс заходів. У той же час визначення стратегічних заходів потребує удосконалення і значною мірою оновлення екологічного законодавства ЄС, у зв'язку з чим передбачено: удосконалення заходів щодо підвищення поважання екологічних правил ЄС та припинення порушень екологічного законодавства; сприяння удосконаленню процедур правопримусу, інспекції, моніторингу екологічного законодавства; систематичний огляд застосування екологічного законодавства в країнах-членах; обмін інформацією щодо найкращої практики застосування законодавства ЄС.

Важливою відмінністю Шостої програми є виокремлення тематичних стратегій, спрямованих на вирішення конкретних проблемних питань навколишнього середовища, таких, як повітря, відходи, природні ресурси, ґрунт тощо. Ці стратегії є фактично новим поколінням політики в галузі навколишнього середовища. Вони охоплюють довгострокову перспективу, фіксуючи конкретні цілі у сфері охорони навколишньо-

го середовища до 2020 р., що сприяє стабільним рамкам екологічної політики. Вони сконцентровані на визначенні найкращих інструментів для ефективного вирішення екологічних завдань. Тематичні стратегії також сприятимуть процесу законотворчості, спрощуючи та прояснюючи чинне законодавство, а також пропонуючи необхідні законопроекти, коли це необхідно¹.

У цілому ж програми дій взагалі і Шосту програму зокрема можна розцінювати як достатньо ефективні правові форми здійснення екологічного планування на міжнародному рівні, які мають високий потенціал подальшого розвитку і можуть хоча б частково забезпечувати функцію управління охороною навколишнього середовища з боку ЄС. Втім не можна не вказати й на деякі недоліки в екологічній політиці ЄС, зокрема локальність заходів, які не збігаються із глобальністю проблем, на вирішення яких вони спрямовані, а також відсутність реальної довгострокової стратегії і спрямованість дій на боротьбу із зовнішніми проявами. Тому подальші зусилля щодо правового забезпечення екологічної політики у цілому і екологічного планування зокрема потрібно спрямовувати на розробку системи планів і програм різного терміну дії (принаймні від 10 до 50 років) з огляду на масштаби і тривалість природних змін з посиленням правового забезпечення обов'язковості їх виконання з боку країн-членів ЄС та таких, що з ними межують.

¹ Див.: *Калиниченко П. А.* Охрана окружающей среды в деятельности Европейского сообщества (международно-правовой аспект): Автореферат. дис. ... канд. юрид. наук. – М.: Б/и, 2001. – С. 12–13.

ПИТАННЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО І ФІНАНСОВОГО ПРАВА

М. Цуркан, заступник голови Вищого
адміністративного суду України

Державна посада як елемент проходження державної служби

Квінтесенцією проходження державної служби є державна посада, оскільки з моменту її заміщення й розпочинається, власне, державна служба. Саме державна посада визначає спеціальний правовий статус державного службовця. Питанням визначення поняття та сутності даної правової категорії безперечно приділялася певна увага у наукових роботах вчених-юристів¹. Водночас цілий ряд питань до цього часу залишаються без належного правового регулювання та науково-теоретичного обґрунтування, зокрема, щодо визначення поняття «державна посада», її правового статусу, співвідношення з іншими правовими категоріями тощо. Оскільки ці питання є надзвичайно важливими, мають науково-теоретичне, нормативне і практичне значення, то вони й стали предметом дослідження у цій статті.

Визначаючи зміст та правову природу поняття «державна посада», науковці виокремлюють три основні підходи: функціональний, статусно-правовий, фінансовий. Представниками функціонального підходу до поняття посади є Г. І. Петров та С. С. Студенікін. Зокрема Г. І. Петров вважає, що посада — це «встановлений комплекс обов'язків і відповідних їм прав, які визначають місце і роль службовця в державному або громадському органі, підприємстві, установі або організації»². На думку

¹ Див.: *Петров Г. И.* Основы советского социального управления. — Л., 1974. — С. 69; *Бахрах Д. Н.* Государственная служба в Российской Федерации. — Екатеринбург, 1985. — С. 5; *Манохин В. М.* Советская государственная служба. — М., 1966. — С. 72; *Битяк Ю. П.* Державна служба в Україні: організаційно-правові засади: Монографія. — Х., 2005. — С. 101; *Старилов Ю. Н.* Служебное право. Учебник. — М., 1996. — С. 105 та ін.

² *Петров Г. И.* Основы советского социального управления. — Л., 1974. — С. 69.

С. С. Студенікіна, посада являє собою «постійну державну установку з точно визначеним комплексом прав і обов'язків особи, яка займає цю посаду, для безперервного виконання тієї чи іншої роботи щодо здійснення державних функцій»¹. Якщо в першому визначенні робиться акцент на обов'язках державного службовця, то в другому — на зв'язок державно-го службовця з державою через здійснення державних функцій.

Статусно-правова характеристика посади розкриває її особливу природу: своєрідний зв'язок-передача функцій та правоможностей від державного органу особі, яка її виконує. Саме на цьому акцентує увагу М. М. Казанцев, який вважає, що «посада — юридично встановлений для однієї особи обсяг функцій і правоможностей щодо його участі в реалізації компетенції відповідної юридичної особи (органу, установи, підприємства)»². Цієї ж точки зору дотримується Д. Н. Бахрах, який під державною посадою розуміє «обсяг і зміст повноважень по реалізації компетенції державного органу» і «юридичний опис соціальної позиції особи»³. М. Ю. Тихомиров визначає державну посаду як «посаду у федеральних органах державної влади, органах державної влади суб'єктів РФ, а також в інших державних органах, які створюються у відповідності до Конституції РФ, зі встановленим колом обов'язків по виконанню і забезпеченню повноважень даного державного органу, грошовим забезпеченням і відповідальністю за виконання цих обов'язків»⁴. Таким чином, вчений робить наголос на тому, що державна посада, насамперед: а) визначає певні обов'язки особи, які впливають із компетенції державного органу (функціональний аспект); б) забезпечується заробітною платою (бюджетний аспект посади); в) створюється відповідно до чинного законодавства (правовий аспект); г) передбачає відповідальність особи за виконання посадових приписів (статусний аспект).

Окрім наведених вище точок зору щодо сутності дефініції «посада», деякі вчені, враховуючи складність та багатогранність цього поняття, розглядають його у так званому змішаному розумінні: організаційно-статусному або організаційно-функціональному. Прихильником організа-

¹ Студеникин С. С. Советская государственная служба // Вопросы советского административного права. — М.; Л., 1949. — С. 76.

² Казанцев Н. М. Толковый словарь правового содержания понятий государственной службы. — М., 1996. — С. 49.

³ Бахрах Д. Н. Государственная служба в Российской Федерации. — Екатеринбург, 1985. — С. 5.

⁴ Юридическая энциклопедия: Около 7000 статей / Авт.-сост.: Л. В. Тихомирова, М. Ю. Тихомиров; Под ред. М. Ю. Тихомирова. — М., 2001. — С. 192.

ційно-статусного аспекту посади є В. М. Манохін, який вважає, що «державно-службова посада — це частина організаційної структури державного органу (організації), відокремлена і закріплена в офіційних документах (штатах, схемах посадових окладів та ін.), з відповідною часткою компетенції державного органу (організації), яка надається особі — державному службовцю з метою її практичного здійснення»¹, виокремлюючи дві її ознаки: 1) є часткою організаційної структури державного органу; 2) включає в себе частину компетенції державного органу, передбачену правовими актами. Такою є різноманітність поглядів на посаду. Прихильниками організаційно-функціонального аспекту є Ю. П. Битяк та О. Оболенський. На думку Ю. П. Битяка, посаду можна розглядати як «найпростіший елемент організаційної структури, комплекс прав і обов'язків, що визначають місце службовця у вирішенні організаційно-управлінських проблем»². Таким чином, вчений насамперед акцентує увагу на місці посади в державному органі (організаційному аспекті) та основному призначенні посади — вирішення управлінських проблем. О. Оболенський вважає, що «посада — це визначена структурою і штатним розписом первинна структурна одиниця органу державної влади та його апарату, на яку покладено встановлене нормативними актами коло службових повноважень»³.

Комплексного підходу до визначення поняття державної посади дотримується Ю. Н. Старілов, який вважає, що «державна посада є першоелементом, «цеглиною» державної організації (адміністрації), державної служби»⁴ і її слід розглядати в «статусно-правовому», «конкретно-функціональному», «абстрактно-функціональному» і «бюджетному» змісті. «У першому випадку посада є начебто передумовою оформлення правового статусу державного службовця.., у другому — це конкретизоване поняття, яке визначає завдання державного службовця, тобто спеціальні завдання, функції і повноваження на конкретній посаді», у третьому «розуміється абстрактне коло завдань в рамках державної організації, яке повинен виконувати службовець при обов'язковій вказівці на це з боку державного органу», у четвертому — «штати державних службовців по-

¹ Манохин В. М. Советская государственная служба. — М., 1966. — С. 72.

² Битяк Ю. П. Державна служба в Україні: організаційно-правові засади. — С. 87.

³ Оболенський О., Присенко М., Гриненко В., Мельниченко О. Концептуальні основи формування професійно-кваліфікаційних характеристик державних службовців // Вісн. держ. служби України. — 1998. — № 2. — С. 63.

⁴ Старілов Ю. Н. Службное право: Учебник. — М., 1996. — С. 105.

винні бути враховані у бюджеті»¹. Викликає певні заперечення положення, що державна посада — це «першоеlement» і «цеглина» державного органу з таких міркувань: саме державний орган наділяється певними завданнями і компетенцією, які потім закріплюються за конкретними державними посадами через посадові інструкції і таким чином, визначається їх правовий статус. Якщо слідувати визначенню Ю. Н. Старілова, то все навпаки: державні посади наділяються певними завданнями і компетенцією, і як «цеглини» у сукупності й складають державний орган з його загальною компетенцією. Оскільки державна посада є похідною від державного органу (а не самодостатня правова категорія з власними завданнями, функціями, повноваженнями), її зміст проявляється в тому, що тією чи іншою мірою, часто опосередковано через інші державні посади та структурні підрозділи вона зв'язана з реалізацією компетенції того державного органу, в якому встановлена і якому підпорядкована.

Визначення поняття та сутності посади і державної посади було б неповним без з'ясування співвідношення таких понять, як «посада державного службовця», «посада на державній службі» «державна посада», «державно-службова посада», «посада у державному органі», «державна посада державної служби», «службова посада»². Слід зазначити, що в Законі України «Про державну службу» використовуються поняття «посада» (ст. 2), «посада в державних органах» (ст. 1, 12), «посада державного службовця» (ст. 25). В юридичній літературі часто терміни «посада у державній службі» та «державна посада» використовуються як синоніми. Саме такої точки зору дотримується Ю. П. Битяк, зазначаючи, що посада державної служба (державна посада) завжди створюється для виконання певних функцій державної адміністрації та вирішення конкретних завдань³. З отождоженням названих понять важко погодитися, оскільки посада засновується у державному органі як її структурний елемент шляхом введення в штатний розклад (штатний розклад — це юридична форма закріплення посади і без цієї форми вона не може бути заснованою). Натомість, державна служба — це правовий інститут, але не організаційно-структурне утворення, яке має штатний розклад а, отже, і посаду. Тому використання поняття «посада у державній службі» є алогічним.

¹ *Старілов Ю. Н.* Служебное право: Учебник. — М., 1996. — С. 105.

² *Біла Л. Р.* Правовий статус державної посади: поняття і структура // Південноукр. правн. часоп. — 2007. — № 4. — С. 218.

³ *Битяк Ю. П.* Державна служба в Україні: організаційно-правові засади. — С. 101.

Щодо поняття «посада державного службовця», то слід зазначити, що воно певною мірою абстрактне, оскільки державна посада не є власністю державного службовця, а державний службовець не може виступати власником державної посади. Використання цього терміна має практичне значення для визначення відмінностей між особами, які обіймають державні політичні посади і державні адміністративні посади, тобто між державними політичними діячами і державними службовцями. Таким чином, поняття «посада державного службовця» містить прикметну ознаку віднесення посади до певного типу державних посад. Вочевидь використання даного терміна в нормативному обігу, зокрема в Законі «Про державну службу» (ст. 25) та в підзаконних нормативних актах передбачає саме цей аспект. Використання терміна «державно-службова посада» є частково виправданим, оскільки Закон «Про державну службу» не проводить чіткого розмежування між такими службовцями, як «державний службовець» і «державний політичний діяч». Про це свідчить, зокрема, ст. 9 Закону: «Особливості правового регулювання статусу державних службовців державних органів та їх апарату». Частина перша зазначеної норми передбачає особливості правового статусу Президента України, Голови Верховної Ради України та його заступників, голів постійних комісій Верховної Ради України та їх заступників, народних депутатів України, Прем'єр-міністра України та ін. Тобто мова йде не про державних службовців, хоча назва статті стосується саме державних службовців, а про державних політичних діячів, які не належать до категорії державних службовців. Отже, використання поняття «державно-службова посада» можливе тільки на противагу поняттю «державно-політична посада». Термін «державна посада державної служби» використовується Б. Н. Габричидзе як синонім «державна посада»¹, з чим погодитися важко, оскільки за своїм змістом він є певною тавтологією, оскільки державна посада засновується тільки у державному органі, і державна служба — це діяльність у державному органі. Таким чином, немає необхідності виокремлювати термін «державна посада державної служби», оскільки не може бути «недержавної посади державної служби». Натомість цілком можливе словосполучення «державна посада недержавної служби», яке певною мірою збігається з поняттям «службова посада». Мова йде про те, що у штатному розкладі державного органу передбачаються посади, на які покладаються технічно-допоміжні функції щодо забезпечення функціонування

¹ Габричидзе Б. Н., Чернявский А. Г. Службное право: Учебник для юридических вузов. – М., 2003. – С. 121.

цього органу. Оскільки ці посади передбачені у державному органі, значить, це державні посади, однак особи, які обіймають ці посади, не наділені статусом державних службовців, оскільки вони не виконують державно-владних функцій (економіст, бухгалтер та ін.). Загалом, чим менше різних трактувань поняття «державна посада» буде використовуватися як у нормативно-правових актах, так і в науковій літературі, тим чіткіше буде визначено її правовий статус.

Науково-теоретичні напрацювання щодо правової природи понять «посада» і «державна посада» послужили методологічним підґрунтям для нормативного закріплення визначення цієї категорії та узаконення таким чином її правового статусу. Вперше на законодавчому рівні визначення поняття «посада» закріплено в ч. 1 ст. 2 Закону України «Про державну службу», відповідно до якої «посада — це визначена структурою і штатним розписом первинна структурна одиниця державного органу та його апарату, на яку покладено встановлене нормативними актами коло службових повноважень»¹. Аналіз даного визначення дає підстави стверджувати, що законодавець передбачив два аспекти посади: 1) структурний (первинна структурна одиниця державного органу та його апарату); 2) статутно-правовий (покладене коло службових повноважень). Таким чином, поза увагою законодавця залишився такий важливий аспект, як функціональний, що передбачає характеристику компетенції, яка відповідає правовому статусу державного службовця конкретного органу, тобто, характеристика на кшталт: «комплекс обов'язків і відповідних їм прав», «комплекс прав та обов'язків для виконання державних функцій»², «обов'язків по виконанню і забезпеченню повноважень даного державного органу і відповідальністю за виконання цих обов'язків»³.

Вищезазначене свідчить про те, що і нормативно-правове регулювання, і науково-теоретичне забезпечення не відповідає вимогам сьогодення щодо регламентації важливих питань як державної служби в цілому, так і категорії «державна посада» зокрема. Насамперед, необхідно внести відповідні зміни до Закону «Про державну службу» щодо поняття «державна посада», закріпивши: а) її публічно-правовий характер; б) особливий порядок вступу на посаду; в) її основне призначення. Не менш важливим для інституту державної служби є законодавче визначення видів державних посад: політична посада, адміністративна посада, суддівська посада, патронатна посада.

¹ Відом. Верхов. Ради України. — 1993. — № 52. — Ст. 490.

² Петров Г. И. Основы советского социалистического управления. — Л., 1974. — С. 69.

³ Студеникин С. С. Советская государственная служба // Вопросы советского административного права. — М.; Л., 1949. — С. 76.

О. Дмитрик, кандидат юридичних наук, доцент кафедри фінансового права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Правовий договір як джерело фінансового права

Сучасний етап розвитку України характеризується значним підвищенням значення й ролі правового договору при упорядкуванні фінансової діяльності органів держави та місцевого самоврядування. Договір, за словами Н. М. Пархоменко, стає не лише основним фактором економічних відносин, але й набуває значення універсального регулятора. Розширення сфери дії договорів обумовлене глибокими перетвореннями відносин власності, відміною всеохоплюючого планового розподілу, відмовою від системи адміністративних приписів щодо формування умов договору¹. Ця тенденція, як справедливо зазначається в літературі, перш за все пов'язана з докорінною перебудовою економічної, юридичної й політичної систем держави².

Необхідно зазначити, що окремі питання теорії правового договору вивчалися такими науковцями, як М. Г. Александров, А. В. Дьомін, І. І. Лукашук, Ю. М. Тихомиров, М. П. Кучерявенко, М. В. Карасьова, А. І. Худяков та ін. Втім на сьогодні у вітчизняній правовій доктрині не розроблено цілісної теорії правового договору. Не має належних розробок щодо нормативно-правового договору й фінансове право. Проте практика реалізації фінансових правовідносин свідчить про непоодинокі випадки застосування правового договору при здійсненні фінансової діяльності. Наприклад, використання договорів передбачається статтями 15, 92, 93, 107 та ін. Бюджетного кодексу України, зокрема, при реалізації внутрішніх та зовнішніх запозичень, міжбюджетних відносин тощо³. Статті 5, 8, 14 Закону України «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами і держав-

¹ Пархоменко Н. М. Договір у системі права України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12. 00. 01 / Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. – К., 1998. – С. 1.

² Див.: Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: Общие положения. – М., 1997. – С. 7.

³ Відом. Верхов. Ради України. – 2001. – № 37–38. – Ст. 189.

ними цільовими фондами» від 21.12.2000 р., а також інші нормативно-правові акти теж закріплюють договірне регулювання фінансових відносин¹. Окрім того, укладається безліч міжнародних договорів, які містять норми фінансового права. Усе це вказує на необхідність розробки проблем, що стосуються правових договорів у сфері публічного права і фінансового права зокрема, а також з'ясування питання: чи є правовий договір джерелом фінансового права. Отже, метою цієї статті є аналіз наукових поглядів щодо застосування правового договору при регулюванні фінансових відносин і визнання його джерелом фінансового права.

Аналізуючи погляди вчених щодо джерел права, і зокрема фінансового, можна виокремити декілька підходів, що сформувалися стосовно включення правового договору до їх системи. Відповідно до першого погляду, який превалював за радянських часів, а також існує й донині, договір — це завжди індивідуальний правовий акт, а тому він ні в якому разі не може бути джерелом права, а отже, і джерелом фінансового права. Витоками такої точки зору є те, як вказував С. Л. Зивс, що до кількості положень, які стали аксіоматичними для загальної теорії права, належить істина про те, що в соціалістичній державі створення правових норм — саме правотворення — прерогатива держави. Право виникає тільки як результат дій державних органів. Будь-який правовий нормативний акт має державний характер². Відповідно до цього С. С. Алексєєв підкреслює: «У соціалістичній державі нормативний юридичний акт є єдиним... засобом зведення державної волі в закон — актом правотворення, юридичним джерелом права. Відповідно до цього нормативні акти в соціалістичному суспільстві — єдиний носій, форма буття юридичних норм»³. Джерелом права за таких умов вважаються лише правові акти, що походять від держави.

Такі погляди знаходили висвітлення і в теорії фінансового права, а тому правовий договір не розглядався у контексті джерел фінансового права. Приміром, Ю. А. Ровинський до джерел фінансового права відносив Конституцію СРСР та конституції союзних і автономних республік, закони, укази та постанови вищих органів державної влади Союзу

¹ Відом. Верхов. Ради України. — 2001. — № 10. — Ст. 44.

² Зивс С. Л. Источники права. — М., 1981. — С. 10.

³ Алексєєв С. С. Общая теория права: Учебник: В 2 т. — М., 1982. — Т. 2. — С. 208.

РСР, союзних і автономних республік, а також рішення місцевих Рад з питань фінансів, грошової та кредитної систем, постанови й розпорядження вищих і місцевих органів державного управління, у тому числі інструкції й положення, що видаються фінансовими органами й кредитними установами, інструкції й положення міністерств (відомств), об'єднань з питань фінансів і кредиту¹. Як бачимо, про правові договори у такому разі не згадується.

Навіть сьогодні деякі науковці правовий договір не вважають джерелом фінансового права. Так, І. В. Рукавішнікова, визнаючи існування договору в фінансовому праві, вказує: договір являє собою юридичний факт, що виступає підставою виникнення, зміни чи припинення фінансових правовідносин². Доволі цікавою, але не беззаперечною, є точка зору М. В. Карасьової, яка зазначає: перш за все у фінансовому праві, як і деяких інших галузях права, засобом реалізації обов'язків і прав суб'єктів правовідносин є деякого роду юридичні факти, а саме договори. При цьому М. В. Карасова уточнює, що договір у фінансовому праві не є самостійним юридичним фактом, а майже завжди залежить, «прив'язаний» до субординаційного акта індивідуального регулювання, бо він тільки роз'яснює рішення державного органу³.

Дещо протилежним від поглядів І. В. Рукавішнікової та М. В. Карасьової є міркування Е. Д. Соколової, яка акцентує увагу на небезспірності спроби введення в юридичний обіг категорії «фінансово-правовий договір», що укладається між учасниками фінансових відносин. Свою точку зору вона обґрунтовує тим, що договір не може бути підставою виникнення фінансових правовідносин, які базуються на принципі «влади та підпорядкування», коли сторони юридично нерівні й одна із сторін підпорядковується іншій не за власним бажанням. Поряд з тим Е. Д. Соколова стверджує, що заперечення необхідності введення категорії «фінансово-правовий договір» не виключає визнання того факту, що в умовах розвитку ринкових відносин спостерігається процес розширення договірного регулювання відносин у сфері фінан-

¹ Советское финансовое право: Учебник / Под ред. Е. А. Ровинского. – М., 1978. – С. 28; Советское финансовое право: Учебник / Отв. ред. Л. К. Воронова, Н. И. Химичева. – М., 1987. – 464 с.

² Рукавишникова И. В. Метод финансового права / Отв. ред. Н. И. Химичева. – М., 2006. – С. 248.

³ Карасева М. В. Финансовое правоотношение. – М., 2001. – С. 236, 237.

сів. Але за таких умов виникають не фінансові правовідносини, а цивільні, які сприяють підвищенню ефективності фінансових правовідносин та не мають самостійного значення¹. Не зупиняючись на детальному аналізі цих поглядів, можна констатувати, що поряд із загальним визнанням застосування правового договору у сфері фінансової діяльності держави він у таких випадках розглядається або як юридичний факт, засіб індивідуально-правового регулювання, або як підстава, що сприяє підвищенню ефективності реалізації фінансових правовідносин. Проте це не завжди так. На наш погляд, низка правових договорів, що виникають у сфері фінансової діяльності держави та органів місцевого самоврядування, мають нормативний характер. Їх застосування передбачене саме нормами фінансового права. А це є підставами, які поряд з іншими дозволяють нам розглядати їх саме як джерела фінансового права.

Як вбачається, всі договори, що застосовуються в процесі фінансової діяльності органів держави та місцевого самоврядування, можна розподілити на індивідуальні (юридичні факти) та нормативні (джерела фінансового права). Тому стверджувати, що фінансово-правові договори — це лише підстава виникнення, зміни чи припинення фінансових правовідносин, досить спірно.

Відповідно до другого напрямку наукових поглядів, що має назву конвенціональна, або договірна, теорія права, будь-який договір є джерелом права, оскільки містить норми особливого виду — локальні або мікронорми. Прихильники цієї теорії розглядають право як результат багаточисельних угод між колективними й індивідуальними учасниками та виокремлюють три рівні нормативності: загальнодержавний, локальний (рівень колективних суб'єктів права), індивідуальне саморегулювання (рівень індивідуумів). Одним із видів індивідуального є договірне регулювання, результатом якого є вироблення мікронорм — правил поведінки, розрахованих на точно визначених людей, або доповнюючих, конкретизуючих окремі елементи загальнодержавних норм. Тому всі договори, належним чином укладені, є джерелом права. Т. В. Кашаніна з цього приводу зазначає: договори мають нормативний характер, оскільки в процесі їх укладання також виробляються правила поведінки, але стосуються вони лише учасників договору. Однак це не позбавляє такі правила якості обов'язковості. За наявності спору між суб'єктами до-

¹ Соколова Э. Д. Правовые основы финансовой системы России / Отв. ред. Е. Ю. Грачева. — М., 2006. — С. 107, 108.

говору суд, який розглядає справу, буде виходити з умов договору як неспростованих даних, якщо вони не протирічать закону, і стане на захист з тією ж енергією, як і на захист норм загальнообов'язкових. Саме це свідчить про нормативно-правовий характер договорів і дає підстави визнати договірні норми різновидом правових норм¹. Як зазначає Ю. А. Тихомиров, договірні правила, попри полярність їх змісту, визнаються за таких обставин проявом особливої властивості суспільства як системи — здатності до самоврядування (саморегулювання) і підлягають юридично значущому визнанню в загальному масиві нормативного регулювання².

На наш погляд, погодитися з такою позицією і визнавати джерелами фінансового права всі договори, що укладаються в процесі здійснення фінансової діяльності, дуже спірно. Як відомо, джерело фінансового права має встановлювати певні правила поведінки суб'єктів фінансового права, тобто містити норми фінансового права. Такі правила мають виключати його індивідуалізацію щодо кожного конкретного суб'єкта. Окрім того він має бути виданим компетентним суб'єктом (органом). За таких умов вважати будь-які правові договори джерелами фінансового права некоректно. У цьому контексті необхідно погодитися з А. В. Дьомінім, який вказує, що в цілому прихильники конвенціональної теорії права правильно акцентують увагу на соціальному, а не на державному походженні права. Розуміння права як виключно державного регулятора суспільних відносин є застарілим і не відповідає дійсності. Перенесення правотворчого процесу безпосередньо до громадського суспільства є безумовним прогресом правової думки... і дозволить перетворити право на вираження суспільної, а не державної волі. Але вступаючи на конвенціональну теорію, ми ризикуємо зовсім втратити специфіку права у порівнянні з іншими соціальними явищами³.

Існує й інший погляд, якого, до речі, ми дотримуємося. Так, тільки деякі правові договори, що укладаються у перебігу здійснення фінансової діяльності органами держави та місцевого самоврядування, можна вважати джерелами фінансового права. Зокрема, О. М. Горбунова та О. Ю. Грачева, визначаючи систему джерел фінансового права, вказують,

¹ *Кашанина Т. В.* Корпоративное право. Право хозяйственных товариществ и обществ: Учебник / Т. В. Кашанина. – М., 1999. – С. 12.

² *Тихомиров Ю. А.* Договор как регулятор общественных отношений // Правоведение. – 1990. – № 5. – С. 28, 29.

³ *Демин А. В.* Нормативный договор как источник административного права // Государство и право. – 1998 – № 2. – С. 21.

що ними, поряд із законами та іншими нормативними актами представницьких і виконавчих органів, також є угоди між фінансово-кредитними органами щодо різних фінансових питань, у тому числі акти, що регулюють частину відносин на ринку цінних паперів і взагалі на фінансовому ринку, і міжнародні договори, що регулюють фінансові відносини між державами¹. Схожої позиції дотримуються й інші науковці. Так, Н. І. Хімичева, аналізуючи джерела фінансового права, зазначає: відповідно до розвитку методів фінансово-правового регулювання використовуються нові форми спільних рішень фінансово-кредитних органів, зокрема угоди між ними². О. П. Орлюк до джерел фінансового права поряд із законами та підзаконними нормативними актами відносить міжнародні правові акти, звичаї та стандарти, що ратифіковані парламентом та входять до національного законодавства³. Як бачимо, при віднесенні певних угод до джерел фінансового права у вказаних випадках робиться наголос саме на їх нормативності, тобто вони мають містити норми фінансового права.

Як зазначалося вище, всі правові договори, що застосовуються в процесі фінансової діяльності органів держави та місцевого самоврядування, можна розподілити на індивідуальні та нормативні. У тому разі коли йдеться про договір, який виданий компетентним суб'єктом, має нормативний характер і розрахований на виникнення фінансових правовідносин між необмеженим колом осіб, він буде вважатися джерелом фінансового права. В іншому випадку мова може йти про індивідуальний фінансово-правовий договір. Отже, не всі фінансово-правові договори є джерелами фінансового права.

Втім слід зазначити, що договір сам собою у фінансовому праві бути не може, бо регулювання фінансових відносин здійснюється імперативним методом. Підставою для обов'язковості його положень є наявність згоди держави у формі попереднього дозволу на встановлення норм фінансового права саме в договірному порядку, що відбивається у законах. Окрім того, необхідно пам'ятати що певні фінансові відносини у жодному разі не можуть визначатися договором. Про це зазначається в Конституції України, у ч. 2 ст. 92 якої наведено перелік відносин,

¹ Финансовое право: Учебник / А. Б. Быля, О. Н. Горбунова, Е. Ю. Грачева [и др.]; Отв. ред.: Е. Ю. Грачева, Г. П. Толстопятенко. – М., 2009. – С. 24.

² Финансовое право: Учебник / Отв. ред. Н. И. Химичева. – М., 2002. – С. 51.

³ Орлюк О. П. Фінансове право: Навч. посіб. – К., 2003. – С. 32.

що мають встановлюватися виключно законом¹. До речі, ця ознака, поряд з іншими, також дає можливість охарактеризувати нормативний договір як джерело фінансового права та визначити його місце в їх системі. Отже, для того щоб договір мав законну силу, обов'язково необхідна наявність нормативно-правового акта (закону), який вказує на можливість застосування договірного регулювання фінансових відносин.

Підсумовуючи викладене, можна стверджувати, що сьогодні наявне майже одностайне визнання вченими факту застосування правового договору при упорядкуванні фінансових відносин. Це у свою чергу свідчить про множинність формальних джерел фінансового права, а також практичну значущість усіх їх видів. У цьому контексті можна навести висловлювання В. Н. Синюкова, який зазначає, що «у правовій системі всі види джерел мають цінність. Треба боротися не з тими чи іншими їх різновидами..., а з низькою якістю їх змісту, форми, некультурним використанням. Соціальна та юридична цінність не є привілеєм якихось видів джерел правової форми»².

Таким чином, не применшуючи ролі і значення закону в регулюванні фінансових відносин, слід зазначити, що правовий договір, у міру розвитку суспільства, поступово стає одним з вельми значних джерел фінансового права.

¹ Відом. Верхов. Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

² Синюков В. Н. Российская правовая система. Введение в общую теорию. – М., 1994. – С. 359, 360.

М. Перепелиця, кандидат юридичних наук, доцент Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Види суб'єктів фінансового права

Питанню щодо видів суб'єктів фінансового права у фінансово-правовій науці приділялось достатньо уваги у працях таких вчених, як Л. К. Воронова, Н. І. Хімічева, М. В. Карасьова, М. П. Кучерявенко, О. М. Горбунова та ін.¹ Але ця проблема заслуговує подальшого дослідження, оскільки її розробка дозволить детально виокремити види учасників фінансових правовідносин, проаналізувати особливості їх правового статусу (компетенції, повноважень), структуру й характер зв'язку між ними. Логічний та послідовний поділ суб'єктів фінансового права на відповідні види вносить ясність і у питання щодо розмежування їх повноважень, обов'язків і прав, що, у свою чергу, сприяє точному та конкретному виконанню ними поставлених завдань, а в кінцевому підсумку — досягнення цілей усього суспільства у сфері публічної фінансової діяльності.

З огляду на вищевикладене, автор ставить собі за мету розподілити суб'єктів фінансового права за однією з існуючих у юридичній науці підстав і дослідити особливості їх правової компетенції (повноважень, обов'язків та прав) при здійсненні публічної фінансової діяльності.

У юридичній науці для виокремлення тих чи інших видів суб'єктів права використовуються різні підстави: згідно з галузевою належністю²,

¹ Финансовое право: Учеб. пособие / Л. К. Воронова, Н. П. Кучерявенко. — Харьков, 2003. — С. 33; Финансовое право: Учебник / Под ред. О. Н. Горбуновой. — М., 1996. — С. 43; Финансовое право: Учебник / Отв. ред. Н. И. Химичева. — 2000. — С. 66; *Химичева Н. И.* Субъекты советского бюджетного права. — Саратов, 1979. — С. 222; *Семчик О. О.* Держава як суб'єкт фінансових правовідносин / За ред. Л. К. Воронової. — К., 2006. — С. 116; *Карасева М. В.* Финансовое правоотношение. — М., 2001. — 288 с.; *Ашмарина Е. М.* Финансовая деятельность современного государства // Государство и право. — 2004. — № 3. — С. 85–90; *Виницкий Д. В.* Субъекты налогового права. — М., 2000. — С. 168; *Тріска О. О.* Владаючі суб'єкти фінансових правовідносин: поняття та види // Наук. вісн. Чернівець. ун-ту. — 2006. — Вип. 311. — С. 45.

² Общая теория права и государства: Учебник / Под ред. В. В. Лазарева. — М., 1994. — С. 148.

залежно від наявності у суб'єкта владного повноваження¹, з огляду на кількісний критерій поділу², вольовий критерій³. Останній і привертає до себе нашу увагу, тому що саме він найбільш точно розподіляє тих чи інших галузевих суб'єктів права на види або групи, згідно з яким учасники правових відносин розподіляються залежно від того, чию волю вони виражають. Як цілком логічно зазначала Ц. О. Ямпольська, «істотною ознакою правових відносин є їхній вольовий характер, і тому при вивченні учасників цих відносин (суб'єктів права) необхідно насамперед розглянути, як вольова ознака модифікується стосовно кожного з них»⁴.

Питанню з розподілу суб'єктів фінансового права за вольовим критерієм приділено належну увагу в науці фінансового права⁵, але про те, що в основу цієї диференціації закладений саме він, як правило, не йдеться. Вчені поділяють суб'єктів фінансового права традиційно на дві або три групи: колективні й індивідуальні суб'єкти або держава, колективні та індивідуальні суб'єкти. Різниця полягає лише в тому, що в першому разі держава включається у групу колективних суб'єктів фінансового права, а у другому — виступає окремим учасником.

Ми приєднуємося до позицій зазначених вчених, тільки звертаємо увагу на назву самої підстави поділу — вольова, згідно з якою суб'єктів фінансового права логічно поділити на колективні та індивідуальні особи. Незважаючи на стислість такого поділу, є можливість включити до цих груп всіх учасників фінансових правовідносин. При цьому, перш ніж перейти до розгляду самих осіб, необхідно зазначити, що розуміти під колективним, а що під індивідуальним суб'єктом права. Під колективним суб'єктом права розуміють організовані, відокремлені, самокеровані групи, наділені правами і обов'язками виступати у правовідно-

¹ Див.: Чиркин В. Е. Юридическое лицо публичного права. — М., 2007. — С. 62.

² Марксистско-ленинская общая теория государства и права. Социалистическое право / Под ред. В. Е. Гулиева. — М., 1973. — С. 516–517.

³ Миронов О. О. Субъекты советского государственного права. — Саратов, 1975. — С. 8 (в своей работе О. О. Миронов ссылается и присоединяется по данному вопросу к Ц. А. Ямпольской).

⁴ Там само.

⁵ Финансовое право: Учеб. пособие / Л. К. Воронова, Н. П. Кучерявенко. — Харьков, 2003 — С. 33; Финансовое право: Учебник / Под ред. О. Н. Горбуновой. — М., 1996. — С. 43; Финансовое право: Учебник / Отв. ред. Н. И. Химичева. — 2000. — С. 66; Химичева Н. И. Субъекты советского бюджетного права. — Саратов, 1979. — С. 222.

синах з іншими суб'єктами як єдине ціле, персоніфіковано. Такий суб'єкт об'єднаний з іншими якимось одним інтересом, він функціонально диференційований, діє на законних підставах і має свої механізми управління¹. Під індивідуальним суб'єктом права розуміють фізичну особу, яка здійснює свої інтереси окремо і самостійно. До першої групи зазначених осіб входять держава, органи державної влади, територіальні громади, органи місцевого самоврядування, юридичні особи різних форм власності і видів діяльності, відокремлені підрозділи без статусу юридичної особи. До другої — входять тільки фізичні особи незалежно від свого громадянського становища — громадянин України, особа без громадянства, іноземний громадянин. Тобто в даному випадку вищезазначені суб'єкти фінансового права розподіляються саме за вольовим критерієм, де першорядним є питання про те, чию волю виражає той чи інший суб'єкт: або це воля колективного учасника — держави, територіальної громади, юридичної особи; або індивідуального — громадянина України.

Держава як учасник фінансових правовідносин, які є за своєю суттю майновими, бере в них участь у статусі владної особи. І для такої її участі мають місце визначені підстави. Вони обумовлені необхідністю створення єдиного централізованого грошового фонду держави для забезпечення життя всього суспільства. З приводу мобілізації, розподілу та використання коштів у даний фонд і виникають такого роду майнові владні правовідносини. Тобто держава бере участь у фінансових правовідносинах не просто як господарюючий суб'єкт, а саме як владно-господарюючий та такий, що має майно, яке належить йому на праві державної власності. Як логічно у зв'язку з цим зазначав В. Є. Чиркин, «держава має свою власність, причому таку, що набагато перевершує власність інших суб'єктів права, отже, її можна розглядати з позицій господарюючого суб'єкта»². Цілком зрозумілим є той факт, що від імені держави її власністю розпоряджаються відповідні органи. Але у чиєму б володінні, розпорядженні або використанні у визначений момент часу не знаходилося майно, яке є власністю держави, його власником у будь-якому разі все одно залишається держава. Це підтверджує необхідність визнання держави як самостійного суб'єкта права.

¹ Бахрах Д. Н. Коллективные субъекты административного права // Правоведение. — 1991. — № 3. — С. 119.

² Чиркин В. Е. Юридическое лицо публичного права. — М., 2007. — С. 138.

У даному аспекті — аспекті владно-господарюючого суб'єкта — держава виступає як єдиний відокремлений учасник фінансових правовідносин. Адже їй притаманні такі функції у сфері публічних фінансів, які за своєю суттю не можна поділити з жодним іншим суб'єктом фінансових правовідносин та які можуть належати і реалізовуватися виключно державою.

Втім, коли йдеться про деталізацію та конкретизацію державних фінансових повноважень, логічним постає питання щодо створення та функціонування системи структур, які реалізують владні повноваження держави. Держава здійснює свої владні повноваження у сфері публічних фінансів через систему державних органів, використовуючи при цьому методи фінансової діяльності — мобілізацію, розподіл і використання публічних грошових фондів, а також здійснює контроль за цими процесами. Державні органи реалізують свої повноваження у спрямованості мобілізації, розподілу або використання публічних грошових коштів у двох аспектах — або ця діяльність є для них основною і визначальною, або вони мають до неї тільки непряме відношення, тобто створені державою не з метою здійснення фінансової діяльності, але разом зі своїми головними завданнями здійснюють функції і у сфері публічних фінансів. У першому випадку мова йде про державні органи спеціальної компетенції, що здійснюють фінансову діяльність, у другому — про органи загальної компетенції.

Якщо державні органи загальної компетенції (Верховна Рада України, Кабінет Міністрів України, Президент України) визначають загальні орієнтири для проведення в життя єдиної фінансової політики і здійснюють загальне керування організацією державних фінансів, то структури, які наділені спеціальними фінансовими повноваженнями (Державне казначейство, Міністерство фінансів України, Державна податкова служба України, Державна Пробірна палата України тощо), забезпечують вже безпосередньо на місцях виконання цих завдань. Іншими словами, створення системи державних органів спеціальної компетенції у сфері публічних фінансів пов'язане з необхідністю організації руху публічних грошових коштів на стадіях їх мобілізації, розподілу та використання з метою забезпечення життєдіяльності всього суспільства. Ми не будемо зупинятися окремо на характеристиці кожного органу як загальної, так і власної компетенції, а тільки охарактеризуємо їх у цілому. При цьому мова буде йти, безумовно, про систему структур спеціальної фінансової компетенції.

Державний орган спеціальної фінансової компетенції являє собою організацію, яка виступає частиною державного апарату, що наділена владними повноваженнями, характеризується визначеною структурою і правовим характером зв'язків, що з'єднують склад органу в одне ціле; має територіальний масштаб своєї діяльності, створюється у порядку, що встановлений законом, і застосовує відповідні методи, необхідні для використання у роботі для досягнення поставлених завдань та функцій.

Перш за все, необхідно виходити з того, що система державних органів спеціальної фінансової компетенції є важливою складовою частиною механізму державного апарату, тому що саме на неї покладено завдання щодо безпосередньої реалізації функцій під час руху публічних грошових коштів. Жодна організаційна структура, що функціонує у суспільстві, не має можливості єдино, організовано та цілеспрямовано реалізовувати ці завдання. І сама держава може якимось іншими методами або засобами досягнути поставлених важливих завдань у сфері публічної фінансової діяльності не інакше, як через створення суб'єктів, що виступають від її імені і виконують її функції. Не буде у цій ситуації перебільшенням стверджувати, що роль державних органів спеціальної фінансової компетенції є найбільш важливою в державному житті, у порівнянні з діяльністю інших державних структур, тому що саме від успішності їх дій залежить функціонування всієї системи державних органів (всі без винятку державні органи фінансуються з державного бюджету, тобто беруть участь на стадіях мобілізації, розподілу та використання публічних грошових коштів).

При характеристиці державного органу спеціальної фінансової компетенції важливою є ознака наділення його повноваженнями владного характеру у сфері публічних фінансів. Оскільки ці суб'єкти права здійснюють діяльність від імені і в інтересах держави, то виникає цілком обумовлена необхідність наділення їх повноваженнями владного характеру. Саме правові можливості такого роду можуть безпосередньо сприяти реалізації органами спеціальної фінансової компетенції державних завдань у сфері фінансової діяльності.

Тобто держава як система відповідних державних структур деталізує та розподіляє між ними залежно від поставлених завдань види владних повноважень, визначає їх обсяги, зміст та методи реалізації. У даному випадку держава розподіляє свою фінансову компетенцію на частини між відповідними створеними нею структурами влади.

Держава, що виконує досить широке коло завдань у сфері фінансової діяльності, не має можливості індивідуально підходити до питання щодо фінансування кожної окремої адміністративно-територіальної одиниці. По-перше, держава має більш значущі внутрішні та зовнішні функції у сфері фінансової діяльності; по-друге, щоб відслідкувати особливості розвитку того чи іншого регіону держави, адаптувати дію фінансово-правових норм до особливостей функціонування відокремленої територіальної одиниці і мати об'єктивне уявлення про необхідність у фінансових коштах, необхідно жити потребами відповідної територіальної одиниці, знати менталітет громадян, що на ній мешкають, тощо. Ці проблеми доцільно і ефективно можуть розв'язати територіальні громади в особі органів місцевого самоврядування.

Територіальна громада — це жителі, об'єднані постійним проживанням у межах села, селища, міста, що є самостійними адміністративно-територіальними одиницями, які мають єдиний адміністративний центр¹. Територіальні громади є суб'єктами фінансового права. Адже вони беруть участь у процесі руху публічних місцевих та частково державних фінансів і використовують при цьому такі ж методи, як і держава, — мобілізація, розподіл, використання відповідних грошових фондів та контроль за вищезазначеними стадіями.

Норми фінансового права наділяють територіальні громади відповідним колом обов'язків та прав у сфері фінансової діяльності, але в межах їх території. Так, Бюджетний кодекс України від 21 червня 2001 р. визнає за територіальними громадами право на власний бюджет² і у зв'язку з цим наділяє їх необхідними обов'язками та правами; Закон України від 18 лютого 1997 р. «Про систему оподаткування» визнає за ними право на власні джерела доходів, відповідно до чого такі громади наділяються податковим комплексом обов'язків та прав³; норми, що закріплені у Декреті Кабінету Міністрів України від 19 лютого 1993 р. про систему валютного регулювання і валютного контролю, дозволяють їм формувати місцеві валютні фонди шляхом придбання іноземної валюти, що, у свою чергу, накладає на територіальні громади валютні обов'язки та права.

Інтереси територіальної громади представляють органи місцевого самоврядування. Відповідно до Закону України від 21 травня 1997 р.

¹ Про місцеве самоврядування в Україні: Закон України від 21.05.1997 р. // Відом. Верхов. Ради України. — 1997. — № 24. — Ст. 170.

² Відом. Верхов. Ради України. — 2001. — № 37–38. — Ст. 189.

³ Там само. — 1997. — № 16. — Ст. 119.

«Про місцеве самоврядування в Україні»¹ місцеве самоврядування здійснюється територіальними громадами сіл, селищ, міст як безпосередньо, так і через сільські, селищні, міські ради та їх виконавчі органи, а також через районні та обласні ради, які представляють спільні інтереси територіальних громад сіл, селищ, міст. Орган місцевого самоврядування у цілому не характеризується як організація, що здійснює спеціальні фінансові повноваження, тому що виконує і функції загального характеру в межах визначеної території. Але, незважаючи на це, у структурі самих органів є відділи, що виконують спеціальні виключно фінансові функції у межах своїх територіальних завдань. Оскільки ці відділи є невід'ємною структурною одиницею органу місцевого самоврядування (частиною його апарату), логічно їх не відокремлювати, і при розгляді фінансово-правового статусу вести мову в цілому — про весь орган місцевого самоврядування.

Можна зазначити, що орган місцевого самоврядування за своєю сутністю аналогічний державному органу, тобто являє собою організацію, яка виступає частиною апарату місцевого самоврядування, що наділена владними повноваженнями, характеризується визначеною структурою і правовим характером зв'язків, що з'єднують склад органу в єдине ціле; має територіальний масштаб своєї діяльності, створюється у порядку, встановленому законом і застосовує відповідні методи, необхідні для використання у роботі для досягнення поставлених завдань і функцій. Але якщо державний орган спеціальної фінансової компетенції діє на всій території України відповідно до свого структурного поділу, то орган місцевого самоврядування чітко діє в межах своєї території та має дещо вужче коло владних повноважень у сфері місцевих публічних фінансів, ніж державний орган.

При здійсненні фінансової діяльності органи місцевого самоврядування виконують бюджетні, податкові та інші фінансові повноваження. При цьому їх фінансові повноваження можливо поділити на дві групи: власні і делеговані. Згідно із Законом України від 21 травня 1997 р. «Про місцеве самоврядування в Україні» доходи місцевих бюджетів формуються за рахунок власних визначених законом джерел та закріплених у встановленому законом порядку загальнодержавних обов'язкових платежів (податків, зборів тощо). На базі цих джерел і формуються підстави поділу власних і делегованих фінансових (бюджетних, податкових) повноважень.

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

Під власними фінансовими повноваженнями розуміють комплекс юридичних (бюджетних, податкових тощо) обов'язків та прав по формуванню доходів місцевих бюджетів за рахунок джерел, що безпосередньо належать територіальній громаді. Органи місцевого самоврядування від імені і в інтересах територіальних громад можуть встановлювати і регулювати механізми сплати місцевих податків і зборів на своїй території, але тільки в межах, встановлених законодавством.

Під делегованими повноваженнями розуміють комплекс юридичних (бюджетних, податкових тощо) обов'язків та прав по формуванню доходів місцевих бюджетів за рахунок джерел, що належать державі, тобто тих ресурсів, що виділяє (делегує) держава на виконання функцій та завдань територіальних громад. До цієї групи, наприклад, входять такі платежі, як податок з доходів фізичних осіб у частині, визначеній бюджетним законодавством; державне мито в частині, яка належить відповідним бюджетам, єдиний податок для суб'єктів малого підприємництва у частині, що належить відповідним бюджетам тощо.

При розгляді вищезазначених видів суб'єктів фінансових правовідносин мова йшла про групу колективних учасників — держава, державні органи, територіальні громади, органи місцевого самоврядування, які представляють перш за все публічний інтерес у сфері фінансів від імені або всього суспільства, або його частини. Тому цілком логічно, що вони наділені відповідними владними функціями, про які мова йшла вище.

Але у фінансових правовідносинах беруть участь і особи, що представляють зобов'язану сторону, тобто суб'єкти, правовий статус яких характеризується першочерговими фінансовими обов'язками. Це — індивідуальні суб'єкти, до яких включаються фізичні особи. Такі суб'єкти не мають і не можуть мати владних повноважень у сфері публічних фінансів, тому що їх інтереси як окремо взятих осіб антагоністичні інтересам колективних суб'єктів. Якщо проаналізувати комплекс їх фінансових обов'язків та прав у різних видових фінансових правовідносинах — податкових, бюджетних, валютних, можна дійти висновку, що його коло переважно складають саме обов'язки, а вже потім йдуть права, які мають іноді похідний від обов'язків характер та взагалі мають нерівнозначний юридичний зміст. Наочно це можна продемонструвати на прикладі платників податків, які мають основний податковий обов'язок — своєчасно і в повному обсязі сплачувати податки та інші обов'язкові платежі. У зв'язку з цим їм надається цілий комплекс прав, які за своєю суттю виконують залежну, допоміжну функцію для здійс-

снення вказаного обов'язку. А саме — право сплати податку за традиційною чи спрощеною системою оподаткування, право на одержання відстрочки при сплаті податків, право щодо податкової поруки тощо.

Отже, підсумовуючи викладене, необхідно сказати, що, по-перше, одним із найбільш логічних поділів суб'єктів фінансового права на види є їх диференціація залежно від вольового критерію на колективних та індивідуальних осіб. До першої групи зазначених осіб входять держава, органи державної влади, територіальні громади, органи місцевого самоврядування, юридичні особи різних форм власності і видів діяльності, відокремлені підрозділи без статусу юридичної особи. До другої — входять тільки фізичні особи незалежно від свого громадянського становища — громадянин України, особа без громадянства, іноземний громадянин. Такий поділ, незважаючи на його стислість, дозволяє охопити всіх учасників фінансових правовідносин. І, по-друге, колективні суб'єкти — держава, державні органи, територіальні громади, органи місцевого самоврядування, що реалізують публічний інтерес у сфері фінансів від імені або всього суспільства або його частини, наділені відповідними владними функціями при здійсненні фінансової діяльності, тоді як індивідуальні особи характеризуються зобов'язальним характером виконання комплексу фінансових обов'язків та прав.

ПРОБЛЕМИ ПОРІВНЯЛЬНОГО ПРАВознавства

О. Дашковська, доктор юридичних наук, доцент Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Становлення принципу гендерної рівності та його закріплення в законодавстві США XIX–XX ст.

Ідея рівності є частиною національної самосвідомості американців, які вважають рівність загальнолюдською цінністю, що є більшою за свободу. Але батьки-засновники Конституції США під «рівністю всіх людей» мали на увазі лише вільних чоловіків (all men), і американське громадянство не давало жінкам політичних прав і свобод. На початку XIX ст. ідея правової рівності статей не сприймалася американським суспільством як норма поведінки, тому активістам жіночого руху знадобилося більше семи десятиліть, щоб їх головна політична вимога — надання виборчих прав — стала реальністю.

Основним запереченням жіночих виборчих прав було побудоване на засадах англійського звичаєвого права положення, що «у шлюбі чоловік і дружина складають єдине ціле, тому юридично дружина не існує окремо від чоловіка. Жінки не можуть мати права голосу, оскільки їхні чоловіки голосують від їх імені, в ім'я інтересів родини в цілому. Жінки не можуть відповідно мати політичних інтересів, відмінних від інтересів своїх чоловіків, тому що «юридично дружина є частиною чоловіка»¹. Згідно з нормами звичаєвого права громадянство заміжньої жінки залежало від громадянства її чоловіка. Якщо іноземка виходила заміж за американця, вона автоматично набувала громадянства США, і навпаки, якщо американка одружувалася з іноземцем, вона автома-

¹ Жид П. Гражданское положение женщин с древних времен. — М., 1902. — С. 205.

тично позбавлялася свого громадянства й набувала статусу «іноземки» у своїй країні.

У XIX ст. поряд зі збереженням аргументації звичаєвого права в юриспруденції поширився принцип відмінності соціальних ролей чоловіків і жінок, що допускав застосування норм Конституції залежно від статі. Правову нерівність чоловіків і жінок обґрунтовував Верховний суд США, у рішеннях якого стверджувалася концепція дискримінації, під якою розумілося «неоднакове ставлення до осіб, які знаходяться в однаковому становищі». На думку Верховного суду США, жінки і чоловіки за своєю біологічною природою перебувають у неоднаковому становищі, тому відсутність у жінок тих прав, що є у чоловіків, не суперечить Конституції США і не є фактом дискримінації.

Незважаючи на свою значущість, рівність як юридична категорія була уперше введена в Конституцію США лише в 1868 р., коли була ратифікована XIV поправка до Конституції США, яка гарантувала всім особам (persons), які мають громадянство США, рівний захист на основі законів, а також рівні гарантії, що жоден штат не може позбавляти привілеїв і пільг громадян Сполучених Штатів Америки.

Гендерно-нейтральна мова першого розділу XIV поправки до Конституції США давала можливість жінкам використовувати її у боротьбі за рівноправність статей. Тому В. Мейнор у 1874 р. звернулася із судовим позовом визнати закони штатів, які позбавляють жінок права голосу, неконституційними на підставі XIV поправки до Конституції США. Відсутність виборчих прав, як стверджувалося в позові, означає позбавлення жінок привілеїв громадян США. Але Верховний суд у своєму рішенні відхилив позов, не визнавши, що відсутність права голосу для жінок суперечить Конституції США. У роз'ясненні Верховного суду йшлося, що жінки, як і діти, визнаються громадянами і без права на участь у виборчому процесі, і оскільки виборче право є прерогативою законодавства штатів, то при бажанні народ (people) може надати жінкам це право¹. Другий розділ поправки (вперше в Основному законі) використав гендерно-артикульовану термінологію, що робила очевидним виключення жінок зі складу електорату. Відповідно до цього розділу представництво в Конгресі визначалося пропорційно кількості жителів чоловічої статі.

Рівність громадян перед законом як юридична норма і головна американська цінність цілком поєднувалися з концепцією «відмінностей

¹ Major Problems in American Women's History. Documents and Essays. – N. Y. – 1989. – P. 422.

соціальних ролей» чоловіків і жінок. У 1873 р. Верховний суд США у рішенні в справі «Бредвіл проти Іллінойс» дав класичне формулювання принципу «рівності у відмінностях» для чоловіків і жінок. Суд підтримав закон штату Іллінойс, що забороняв жінкам займатися адвокатською практикою. «Природні біологічні відмінності, — визначалося в рішенні, — роблять жінок непристосованими для певних професій у громадському житті. Головною сферою їх діяльності повинно залишатися домашнє господарство і материнство. Чоловік є або повинен бути захисником дружин і матерів, у тому числі майбутніх, від нежіночної роботи»¹.

Співвідношення гендерних ролей з конституційною рівноправністю громадян США із середини 20-х років XX ст. стає ключовим питанням публічних дискусій. Американський фемінізм першої хвилі ще до остаточного задоволення своїх вимог створив внутрішній ідеологічний конфлікт щодо вирішення дихотомії «рівність — відмінності статей». Після Першої світової війни були сформовані два напрями феміністичного руху: соціальний та егалітарний. Прихильники соціального напрямку наполягали на необхідності урахування фундаментальних біологічних відмінностей і вимагали встановлення протекціоністського законодавства для жінок. Прихильники егалітарного напрямку в дилемі «рівність — відмінності статей» вирішували проблему, трактуючи рівність винятково як однаковість або подібність статей. У своїй теорії і практиці вони виходили з ідеї класичного лібералізму — надання жінкам тих прав, які вже мають чоловіки. На початку XX ст. центральними стають вимоги доступу до вищої освіти і рівних можливостей у сфері зайнятості. Можливість брати участь у виборах і поява значного, але не престижного «жіночого сектору» у сфері виробництва в роки Першої світової війни, на жаль, не забезпечили реального покращення соціально-правового становища американських жінок та їх залучення до політичного процесу.

Дискримінаційна політика на основі принципу «неоднакового ставлення до осіб, які виконують різні соціальні ролі», існувала внаслідок кількох причин. По-перше, підтримувалася правосвідомістю американців, а по-друге, через відсутність у Конституції США правових гарантій рівних прав і можливостей громадян чоловічої та жіночої статі. Тому у 20-ті роки XX ст. прихильники егалітарного напрямку дійшли висновку, що тільки спеціальна поправка до Конституції США зможе забезпечити пра-

¹ Major Problems in American Women's History. Documents and Essays. — N. Y. — 1989. — P. 379.

вову основу для реформування політичних інститутів суспільства. У 1923 р. лідери Національної жіночої партії, сформулювали і внесли до Конгресу США поправку «Про рівні права», яка стала предметом гострих дискусій впродовж багатьох десятиліть. «Чоловіки і жінки повинні мати рівні права в Сполучених Штатах та на всіх територіях, що знаходяться під їх юрисдикцією» — так звучала поправка у першому варіанті¹.

Суфражистки соціального напрямку не підтримали нову пропозицію, визнавши в ній небезпеку ліквідації протекціоністського законодавства щодо працюючих жінок. На їх думку, поєднання громадянської рівності в галузі виборчих прав з державним захистом специфічної ролі жінок відповідало інтересам більшості жінок. Визнання Верховним судом США у 1908 р. конституційності закону штату Орезон «Про скорочений робочий день для жінок» надало можливість вимагати нових пільг, що реально розширили доступ жінок у сферу суспільної праці. Опоненти з егалітарного напрямку наполягали на тому, що введення поправки «Про рівні права» до Конституції США принципово змінить правове становище жінок, скасувавши їх спеціальні пільги.

У роки Другої світової війни відбулося суттєве розширення участі жінок у виробничих процесах. Шість мільйонів жінок, значна частина яких перебувала у шлюбі, уперше у своєму житті почали працювати. За чотири роки зайнятість жінок зросла з 25 % до 36 %. При цьому в американському суспільстві на початку війни було поширено переконання, що майже всі нові робітниці повернуться додому після закінчення війни. Але очікування не виправдалися. Опитування громадської думки у 1945 р. виявили, що 80 % жінок хочуть залишитися на своїх робочих місцях. Разом з тим пропаганда масової культури «справжньої жіночності» вплинула на усвідомлення жінками своїх інтересів і прав, навіть ті жінки, які працювали через скрутні матеріальні обставини, відчували провину за «не своє місце» в суспільстві.

Перші дебати в Конгресі США з приводу поправки «Про рівні права» відбулися в роки Другої світової війни. Деякі політики вважали, що цей крок заохотить жінок до праці на заводах замість чоловіків, які були призвані в армію. Юридичний комітет Палати представників Конгресу США за згодою авторів змінив текст поправки, яка стала нагадувати XIX поправку «Про виборчі права жінок»: «Рівність прав на основі законів не повинна заперечуватися або обмежуватися Сполученими Штатами

¹ Брайтон В. Политическая теория феминизма / Пер. с англ. О. Липовской и Т. Липовской. — М., 2001. — С. 118.

або будь-яким штатом за ознакою статі»¹. Треба зазначити, що поправка «Про рівні права» залишалася на порядку денному Конгресу США протягом трьох післявоєнних десятиліть. У період між війнами і в роки «нового курсу», коли вплив жіночих організацій на політику було зведено нанівець, акцент дискусії з проблеми «рівності — відмінності статей» змістився у бік питання про державне регулювання соціальної сфери. На думку профспілок і Жіночого бюро при Міністерстві праці, конституційний принцип рівності індивідуальних прав чоловіків і жінок підривав основу державної політики із захисту колективних прав робітників у цілому і працюючих матерів зокрема.

Головним питанням дискусії залишалося те, яка нормативна база зможе реально покращити статус американських жінок. Прихильники поправки «Про рівні права» були переконані, що рівноправний конституційний статус жінки забезпечить належні правові підстави для формальної ліквідації дискримінації за ознакою статі в усіх сферах життя американського суспільства. Закликаючи американців до ствердження демократичних цінностей, вони вказували на приклад інших країн, які включали положення про рівність статей до Основного закону. Не сприймаючи звинувачення у символізмі подібного кроку, прихильники поправки «Про рівні права» вказували на особливу роль Конституції в правовій системі США, оскільки конституційні гарантії в Америці не можуть бути символічними, як в інших країнах. Відповідно до сформованих традицій текст Основного закону США є суттєвим правовим інструментом, а рішення Верховного суду, що автоматично набирають сили федеральних законів, можуть скасувати будь-яке чинне дискримінаційне законодавство.

Президентська комісія з вивчення становища жінок у 1963 р., в офіційній доповіді погодилася з аргументами прихильників поправки «Про рівні права», в якій зазначалося, що рівність прав на основі законів для всіх жінок і чоловіків є основним принципом демократії й абсолютною цінністю індивіда і повинна відображатися в Основному законі країни. Проте Комісія відхилила пропозиції щодо прийняття поправки «Про рівні права», вказуючи у спеціальному розділі доповіді, що V і XIV поправки до Конституції США є достатньою підставою для гарантування рівності статей і скасування дискримінаційних актів за допомогою процедури позовів у Верховний суд США, який повинен закріпити принцип

¹ Соединенные Штаты Америки: Конституция и законодательные акты. — М., 1993.

рівності громадян як конституційну доктрину. До ролі світового лідера в галузі прав людини Сполучені Штати, на думку Комісії, зобов'язувало їх чільне становище в ООН. У рекомендаціях також відзначалося, що для підвищення статусу американських жінок необхідне реформування сімейного й цивільного законодавства штатів, а також системи обов'язків щодо суду присяжних.

Вплив виконавчої влади на вирішення «жіночого питання» відбувався під впливом боротьби чорношкірих американців за громадянські права. Найвпливовішою організацією цього періоду була створена у 1964 р. Національна організація жінок, яка, продовжуючи традиції егалітарного фемінізму, вважала головним напрямком реформування американського законодавства заборону штатам і судам всіх інстанцій використовувати статеві відмінності при формулюванні правових норм. На її думку, доки закон буде розділяти громадян за статевою ознакою, жінки будуть зазнавати дискримінації на основі застарілих соціальних стереотипів, отже, прийшов час покінчити з дискусіями й аргументами відносно особливої природи жінок, що перешкоджає досягненню справжньої рівності можливостей і свободи вибору жінками свого життєвого шляху.

Використавши у своїй передвиборчій платформі вимогу прийняти поправку «Про рівні права» до Конституції США, активісти егалітарного напрямку паралельно продовжували судову боротьбу своїх попередниць, яка була спрямована на визнання Верховним судом США фактів правової дискримінації за статевою ознакою відповідно до XIV поправки до Конституції США. Їх діяльність у цьому напрямі завершилася успіхом у 1971 р., коли Верховний суд вперше прийняв рішення у справі «Рід проти Ріда», відповідно до якого закон штату Айдахо, що віддає переваги чоловікам в управлінні майном, що залишилося без заповіту, був оголошений неконституційним на підставі принципу XIV поправки про «рівний захист на основі закону». У рішенні Верховного суду було оголошено, що порушення рівності прав жінок-родичів не може бути виправдано такими аргументами, як «більша на відміну від жінок зацікавленість і здатність чоловіків до фінансової діяльності»¹. Тобто Верховний суд уперше визнав, що використання аргументів про статеві відмінності у соціальній поведінці чоловіків і жінок суперечить принципу рівності громадян, який гарантований XIV поправкою до Конституції США. Рішення було сприйнято як одне із визначних досягнень

¹ Major Problems in American Women's History. Documents and Essays. – N. Y., 1989. – P. 389.

другого етапу жіночого руху, орієнтованого на забезпечення принципу гендерної рівності. Верховний суд США в 70-ті роки XX ст. став найпрогресивнішим правовим механізмом по ліквідації дискримінації за расовою та статевою ознаками. Успіх стратегії систематичних судових позовів відіграв значну роль у зміні політичного клімату середини 70-х років. У 1972 р., після гучного рішення Верховного суду, поправка «Прорівні права» була прийнята обома палатами Конгресу США і було встановлено восьмирічний термін для її ратифікації легіслатурами штатів.

Прийняття поправки неминуче загостило суперечки щодо трактування соціально-політичної рівноправності статей. Національна організація жінок у своїй платформі 1966 р. відводила спеціальне місце у тактиці лобіювання по скасуванню так званих «непрямих бар'єрів» на шляху до рівноправного громадянства і підтримала концепцію диференційованого громадянства щодо сімейних відносин, суду присяжних і військової служби. Вимога рівних з чоловіками прав не могла існувати, переконували активісти руху, у відриві від вимоги реальних громадянських обов'язків. А інакше, зберігалася правова неповноцінність жінок, що існувала з часів звичаєвого права. У XX ст. теорія «рівних, але неоднакових соціальних ролей» була підставою обмеження прав за ознакою статі. У програмі Національної організації жінок було заявлено, що жінки повинні взяти на себе весь обсяг громадянської відповідальності так само, як і чоловіки. Привілеї, надані жінкам через їх «особливе природне призначення», прихильники егалітарного напрямку розглядали як дискримінацію за ознакою статі.

На початку 1961 р. Верховний суд США у справі «Хойт проти Флориди» підтримав закон штату Флорида, що звільняє жінок від обов'язку бути членами суду присяжних, якщо вони спеціально не заявили про своє бажання. Суддя Харлан обґрунтував своє рішення таким чином: «Незважаючи на участь у раніше недоступних для жінок сферах громадського життя, жінки продовжують залишатися центром домашнього і сімейного життя»¹. На цій підставі Суд визнав конституційно припустимим звільнення жінок від громадянських обов'язків, що могли завадити виконанню їх головних ролей. Через чотирнадцять років Верховний суд змінив свою позицію. У справі «Тейлор проти Луїзіани» (1975) було заявлено, що материнство не може служити аргументом заперечення громадянської відповідальності жінок, крім того, склад

¹ Major Problems in American Women's History. Documents and Essays. – N. Y., 1989. – P. 422.

суду присяжних повинен представляти все місцеве населення, включаючи і жінок¹.

Питання про військову службу виявилось більш дискусійним за питання про обов'язок жінок брати участь у роботі суду присяжних. Противники поправки «Про рівні права» заявляли, що вимога однакового правового становища представників обох статей у цілому і заклик жінок на військову службу зокрема призведе до реального погіршення становища жінок, і в 1981 р. Верховний суд ухвалив рішення, що Конгрес США може брати на військову службу лише чоловіків. До цього Конгрес США звільнив жінок-військовослужбовців від участі в бойових діях.

Пункт про те, чи слід ставитися до жінок так само, як і до чоловіків, у питанні військової служби став одним з основних під час обговорення поправки «Про рівні права». Коли Конгрес прийняв поправку і розіслав її текст по штатах для розгляду, перспективи її якнайшвидшого прийняття видавалися очевидними. Вона була прийнята співвідношенням голосів 84 проти 8 у Сенаті і 354 проти 24 у Палаті представників. Поправку було схвалено всіма післявоєнними президентами від Гаррі Трумена до Джеймса Картера. Оптимізм, що виявився у перший рік після її прийняття, коли законодавчі органи 22 штатів ратифікували її текст, здавався цілком виправданим. Але в 1974–1975 рр. з'ясувалося, що події навколо поправки почали розгортатися більш драматично. Незважаючи на продовження терміну ратифікації до 30 червня 1982 р., жоден з 15 штатів не підтримав рішення Конгресу США. Таким чином, поправка до Конституції США залишилася невизнаною. До початку 80-х років ХХ ст. з'ясувалося, що принцип безумовної рівності у визначенні абсолютної однаковості прав і обов'язків викликає гострі розбіжності серед жінок. Дискусійними виявилися насамперед результати реформування сімейного права на основі запропонованої феміністами концепції шлюбу як рівного і відповідального партнерства. Гендерно-нейтральні норми, з одного боку, дали можливість заміжнім жінкам претендувати на участь у суспільній сфері нарівні з чоловіками. З іншого боку, система однакових обов'язків чоловіка і жінки в законодавстві про розлучення істотно погіршила становище розлучених жінок, які виховували дітей. Чоловіки, що розділили із дружинами нарівно матеріальну відповідальність за виховання та утримання дітей, у багатьох судових рішеннях несли мінімальні матеріальні втрати при розлученні. Вони набули права вимагати аліменти від своєї колишньої дружини навіть у випадку при-

¹ Major Problems in American Women's History. Documents and Essays. – N. Y., 1989. – P. 389.

судження їй опіки над дітьми. Невдача з ратифікацією поправки «Про рівні права», її критика, а також нові проблеми змушували лідерів жіночого руху переглядати програмні установки. Головним позитивним результатом руху стало реформування американської правової системи в 60–70-ті роки XX ст., що призвело до скасування всіх законодавчих обмежень громадян за ознакою статі. Одночасно істотно змінилося соціально-економічне становище американок.

Радикальні зміни в галузі нормативних актів з ліквідації дискримінації в економічному житті відбулися на початку 60-х років XX ст. Закон про рівну оплату праці 1963 р. заборонив диференціацію за ознакою статі при оплаті праці. Відповідно до Закону, роботодавець був зобов'язаний однаково оплачувати працю жінки і чоловіка при виконанні ними однакової роботи за рівних робочих умов. Принципову роль відіграв Закон про цивільні права 1964 р., який забороняв дискримінацію у сфері зайнятості на підставі статі, так само як і раси. Чітко визначалися всі аспекти трудової діяльності: прийняття на роботу, просування по службі, професійна підготовка, а також звільнення з роботи. Для набуття законом чинності була створена Федеральна комісія рівних можливостей у сфері зайнятості, яка стала одним із правових механізмів щодо подолання статевої дискримінації в економічній сфері. Із середини 60-х років XX ст. до Комісії надійшла велика кількість заяв про допомогу у прискоренні розгляду судових позовів за фактами дискримінації за ознакою статі.

Закони про рівність у житловому будівництві (1968), про рівні можливості при кредитуванні (1975), про рівність жінок в освіті (1974), поправки до законів про професійну підготовку та освіту дорослих (1976) забороняли використовувати статеву ознаку як підставу для обмеження прав у будь-якій сфері діяльності. Кожен з цих законів передбачав створення спеціальної організаційної структури на рівні штатів для контролю за виконанням прийнятих законодавчих рішень. У формуванні антидискримінаційної політики протягом 60–70-х років XX ст. були задіяні всі гілки державної влади, що забезпечило радикальні зміни у соціальному й економічному становищі американських жінок.

Жіночий рух у США у другій половині XX ст., як один з перших і найбільш розвинутих, визначив основні ідейні й організаційні форми гендерної політики західних індустріальних країн. Під впливом феміністського руху, спрямованого на зміну владних відносин у суспільстві, принцип гендерної рівності поступово впроваджувався у всі сфери публічного і приватного життя.

О. Бірюков, кандидат юридичних наук, доцент, Інститут міжнародних відносин Київського національного університету ім. Тараса Шевченка

Банкрутство в основних правових системах світу

Відомо, що законодавство про банкрутство у різних країнах світу ґрунтується на різних концепціях правового регулювання суспільних відносин, що виникають із неспроможності осіб виконати свої майнові зобов'язання, які у свою чергу базуються на існуючих національних традиціях: суспільних, економічних, правових, культурних, мовних та ін. Іноді зустрічаються значні відмінності у правовому регулюванні зазначених відносин, що створює певні складнощі у процесі уніфікації норм матеріального права¹.

Однак необхідно зазначити, що на сучасному етапі розвитку національних правових систем відбувається помітний прогрес у зближенні підходів до розв'язання проблем неспроможності. Такі тенденції обумовлюються передусім намірами побудувати ефективну систему розв'язання проблем, зокрема, у справах про транскордонні банкрутства, яка сприймалася б у будь-якій країні.

Особливостям законодавства про банкрутство в Україні присвячено низку досліджень українських учених, серед яких найвідомішими є праці В'ячеслава Джуня², Миколи Тітова³, Бориса Полякова⁴, Вікторії Радзивілюк⁵, Бориса Грека⁶ та ін. Предметом зазна-

¹ Див.: Бірюков О. М. Транскордонна неспроможність // Міжнародне приватне право: Актуальні проблеми / За ред. проф. А. Довгєрта. – К., 2001. – Гл. 9. – С. 134.

² Джуня В. В. Інститут неспроможності: світовий досвід розвитку і особливості становлення в Україні: Монографія. – Вид. 2-е, випр. і доп. – К., 2006. – 384 с.

³ Тітов М. І. Банкрутство: матеріально-правові та процесуальні аспекти / За ред. В. М. Гайворонського. – Х., 1997. – 192 с.

⁴ Поляков Б. М. Процедура банкрутства в Україні: теорія і практика. – Донецьк, 2001. – 480 с.

⁵ Радзивілюк В. В. Санация як судова процедура банкрутства: порівняльно-правове дослідження: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12. 00. 04. – К., 2000. – 20 с.

⁶ Грек Б. М. Банкрутство. Цивільний та кримінально-правовий аспекти: Монографія. – К., 2006. – 303 с.

чених та інших наукових досліджень є розвиток вітчизняного законодавства про банкрутство, тому вони переважно стосувалися особливостей розвитку цієї сфери правового регулювання відносин неспроможності на сучасному етапі розвитку молодій демократії, якою є Україна. Поза увагою здебільшого залишаються міжнародні аспекти законодавства про банкрутство, зокрема, специфіка регулювання відносин неспроможності у країнах, що належать до різних правових сімей.

Враховуючи це, автор статті поставив за мету звернути увагу на сучасний стан правового регулювання відносин неспроможності в Україні у контексті відомих світових процесів, серед яких зближення правових систем є головною тенденцією. Впевнені, це дасть можливість виявити сучасні підходи, які слід врахувати у процесі вдосконалення відповідного законодавства в Україні.

У сучасному світі кожна держава має своє право, а в деяких країнах існують декілька правових систем, які за своєю природою є різними¹. Відомо, що словосполучення «правова система», попри існування різних трактувань, має досить однозначне загальне розуміння — це сукупність правових інститутів, встановлених процедур та правил, що існують у певній країні². Зазвичай правові системи оцінюють, виходячи з природи та змісту права у відповідному соціокультурному середовищі. Разом з тим Вільям Тетлі (*William Tetley*) застерігає від ставлення до цієї категорії тільки як до сукупності правових норм, наприклад, про контракти, право власності тощо. Згідно з його точкою зору, під цією категорією слід розуміти історичні умови розвитку права, природу права та його роль у суспільстві, а також організацію та функціонування правової системи як сукупності інституцій, що дає уявлення про те, яким чином право розробляється, застосовується, вивчається, вдосконалюється та викладається.

В Україні існує загалом схожий підхід до визначення правової системи — це всі елементи правової матерії зі зв'язками між ними, що скеровують правотворчі, правозастосовчі та правоохоронні органи на

¹ Див.: *Оксамытний В. В.* Правовые системы современного мира: проблемы идентификации: Открытая лекция. — Киев, Москва, Симферополь / Институт государства и права им. В. М. Корецкого НАН Украины, 2008. — Сер. науч.-метод. изд. «Академия сравнительного правоведения». — Вып. 10. — С. 4.

² *Tetley William. Q. C. Mixed Jurisdictions: Common Law vs Civil Law (Codified and Uncodified) // Uniform Law Review. — 1999. — № 3. — P. 595.*

розв'язання практичних завдань щодо впровадження правових засад у всі сфери суспільного життя¹.

Дослідження, пов'язані з вивченням і класифікацією правових систем, що існують у понад триста сучасних державах та квазідержавних формуваннях, тривають і сьогодні. Так, з усіх 308 систем, які проаналізував Філіп Вуд (*Philip R. Wood*), він наводить такі основні²: (i) традиційні системи звичаєвого права, які він поділяє на дві підсистеми: англійську та американську (разом 146 юрисдикцій); (ii) змішана романо-германська (римська) система та система звичаєвого права (15); (iii) традиційна германська та скандинавська системи (13); (iv) змішана франко-латинська і германська системи (13); (v) традиційна франко-латинська система (76); (vi) перехідні системи (18); (vii) ісламська система (14); та (viii) невизначені системи (13).

Українські вчені-цивілісти Євген Харитонов і Ніна Саніахметова виокремлюють такі загальні правові системи, як романо-германська, англо-американська, східноєвропейська, мусульманська та далекосхідна³. Учені наводять ще і класифікацію цивільно-правових систем — це романська, англосаксонська, германська, центральноєвропейська, східноєвропейська, мусульманська, далекосхідна та африканська.

Крім понять «правова система», вчені також оперують категоріями «правові традиції»⁴ та «правові культури». Вільям Тетлі відносить мусульманське, хінді, єврейське, східне, африканське та скандинавське право до окремих, відомих сьогодні, правових традицій⁵. Видатний польський професор права Роман Токарчик (*Roman Tokarczyk*) наводить десять правових культур, які визначають основні ознаки тієї чи іншої правової системи: загального права, права іудаїзму, християнського,

¹ Шемшученко Ю. С. Правова система // Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. — К., 1998. — Т. 5: П—С. — 2003. — С. 39.

² Rose Alan D. The Challenges for Uniform Law in the Twenty-First Century // Uniform Law Review. — 1996. — № 1. — P. 10.

³ Харитонов Е. О., Саніахметова Н. А. Гражданское право: Частное право. Цивилистика. Физические лица. Юридические лица. Вещное право. Обязательства. Виды договоров. Авторское право. Представительство: Учеб. пособие. — К., 2001. — С. 46.

⁴ Merryman John Henry. The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America. — 3rd ed. — Palo Alto, CA: Stanford University Press, 2007. — P. 2.

⁵ Див.: Tetley William. Зазнач. праця. — P. 596.

європейського права, права ісламу, індуїзму, буддизму, конфунціанського права та правову культуру анімізму¹.

Олександр Мережко з посиланням на Самуеля Хантінгтона визначає вісім цивілізацій, які здебільшого визначають тип правової сім'ї, це — китайська цивілізація, що об'єднує крім Китаю В'єтнам та Корею; японська; індуська; ісламська; західна, що включає США та більшу частину європейських країн; латиноамериканська; руська православна². Крім того, він говорить про можливе перетворення Африки в окрему цивілізацію.

Звичайно, не всі національні системи правового регулювання суспільних відносин можна віднести до однієї з визначених правових систем. Так, враховуючи відомі традиції, важко визначитися з типом правової системи у таких країнах, як Японія, Китай, у державах Далекого Сходу та Африки, а також певною мірою і у країнах з перехідною економікою.

Правові системи зазвичай угруповують у великі групи — правові сім'ї. Донедавна іноземні науковці виділяли три основні правові сім'ї: романо-германська, звичаєвого права та соціалістична система права. Мальком Еванс (*Dr. Malcolm Evans*)³ та багато інших західних дослідників у своїх працях називають саме ці групи правових систем. Відомо, що у зв'язку з розпадом Радянського Союзу практично перестала існувати система соціалістичного права зі своїми особливостями та досить значною специфікою правового регулювання суспільних відносин, особливо у сфері приватного права.

Фактично всі автори, які проводять дослідження у сфері порівняльного правознавства, так чи інакше відносять більшість західних правових систем до сім'ї або загального (прецедентного) права, або цивільного (кодифікованого) права.

Зазначені процеси відбуваються на тлі збільшення кількості правових систем із 58, що існували у країнах, які входили до Ліги Націй станом на 1937 р., до 184 — у 1995 р. Виникають і супермаленькі держави, наприклад Тувалу і Кірибаті у Тихоокеанському регіоні. Можемо

¹ Мережко О. Сучасні юристи — «єтоплебс» чи «теократія»? Розвиток сучасної філософії права в Польщі // Юрид. газета. — 2007. — № 25. — 21 черв.

² Він же. Введение в философию международного права. Гносеология международного права. — К., 2002. — С. 117.

³ Evans Malcolm. Uniform Law: A Bridge Too Far? // Tulane Journal of International and Comparative Law. — 1995, Spring. — Vol. 3, № 1. — С. 146.

з упевненістю сказати, що в таких країнах уся правова система формується практично з нуля, за відсутності будь-яких традицій взагалі¹.

Враховуючи те, що розбіжності у правовому регулюванні відносин неспроможності існують у обох зазначених вище основних правових сім'ях, далі розглянемо загальні особливості законодавства про банкрутство у деяких країнах континентальної правової сім'ї та у групі країн з традиціями звичаєвого права.

Більшість національних правових систем країн континентальної Європи мають однакові історичні корені, виходячи з того, що вони, на думку окремих дослідників, є результатом творчого розвитку римського приватного права, що стало результатом творчості учених з європейських університетів².

Крім основного джерела правового регулювання відносин неспроможності, якими є спеціальні закони, відповідні положення у більшості країн, що належать до зазначеної правової сім'ї, містяться в кодифікованих нормативних актах³. Тому в цих країнах основним нормативним актом у сфері регулювання відносин приватного характеру зазвичай виступають цивільні кодекси, в яких, як правило, можна знайти норми щодо регулювання відносин неспроможності⁴. Прикладом можуть бути Цивільне уложення Німеччини, Цивільний кодекс Російської Федерації та ін.

У Франції положення щодо регулювання відносин неспроможності були передбачені ще у Кодексі Наполеона. Цей закон мав величезний вплив на розвиток приватного права в інших європейських країнах. Так, у прикордонних до Франції Рейнських провінціях Німеччини, Ельзасі та Лотарингії, у ті часи у разі неспроможності особи застосовували окремі норми французького законодавства.

Законодавству європейських країн притаманне включення до кола суб'єктів банкрутства всіх або переважної кількості учасників економічних відносин, незалежно від їх правового статусу та організаційно-правової форми. У країнах континентальної правової сім'ї контроль

¹ *Rose Alan D.* Зазнач. праця. – Р. 10.

² *Гражданское право: Учебник. – 2-е изд., перераб. и доп. / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М., 1997. – Ч. 1. – С. 61.*

³ *Гражданское право: Учебник / Под ред. А. Г. Калпина, А. И. Масляева. – М., 1997. – Ч. 1. – С. 102.*

⁴ *Бірюков О. М.* Необхідність систематизації законодавства про банкрутство в Україні // Систематизація законодавства в Україні: проблеми теорії і практики: Матеріали наук.-практ. конф. Київ, 6–7 жовтня 1999 р. – К., 1999. – С. 423.

суду у справах про банкрутство є значно більшим, ніж у країнах зі звичайними традиціями у праві.

Зазначимо, що у країнах континентальної правової сім'ї вчені звертали увагу на проблеми класифікації правових норм, для чого вишукували раціональний спосіб систематизації норм права за групами: у галузі, підгалузі та інститути. У країнах загального права аналогічні наукові пошуки практично не здійснювалися¹, поділ норм приватного права на групи як наукова проблема не ставилася. Тому у цих країнах галузевий поділ правових норм, що притаманно країнам континентальної правової сім'ї², не відомий.

Країнам звичаєвого (прецедентного) права, законодавство яких будується на концепції *stare decisis* (у перекладі з лат. — стояти на вирішеному), притаманні певні особливості. Якщо у країнах континентальної правової сім'ї законодавче регулювання суспільних відносин є переважним у системі джерел правового регулювання, то у країнах англо-американської правової сім'ї судова практика вважається більш важливим джерелом права³.

Нагадаємо, Англія була чи не найпершою країною в світі, де був прийнятий закон про банкрутів ще у 1543 р.⁴ Незважаючи на те, що це країна так званого неписаного права, саме закон відтоді тут є основним джерелом права у регулюванні відповідних правових відносин.

З урахуванням існуючих традицій у сфері законодавчої техніки, більшість нормативних актів у цих країнах починається з визначення основних понять, які використовуються у відповідній сфері правового регулювання. Так, у Кодексі США про банкрутство таких визначень юридичних конструкцій є понад шістдесят. Такий підхід дає можливість визначити певні юридичні категорії в розумінні відповідного системоутворюючого закону, які стають орієнтиром при застосуванні норм законодавства про банкрутство⁵. Тут необхідно обумовити, що Кодекс про

¹ Див.: Фридман Л. Введение в американское право: Пер. с англ. / Под ред. М. Калантаровой. — М., 1993. — С. 119.

² Основные институты гражданского права зарубежных стран: Сравнительно-правовое исследование / Рук. авт. кол. В. В. Залесский. — М., 1999. — С. 1.

³ Гражданское право России: Курс лекций / Под ред. О. Н. Садикова. — М., 1996. — Ч. 1. — С. 21.

⁴ Гражданское и торговое право капиталистических стран: Учебник / Отв. ред. Е. А. Васильев. — Изд. 3-е, перераб. и доп. — М., 1993. — С. 441.

⁵ Див.: Бірюков О. М. Загальні питання порушення і провадження у справі про банкрутство згідно з законодавством США // Актуальні проблеми міжнародних відносин: Зб. наук. пр. — К., 1996. — № 2 (Ч. 1). — С. 131.

банкрутство у США не є класичним кодифікованим законом, принаймні у тому розумінні, в якому його сприймають у країнах романо-германської правової сім'ї, — він скоріше є зібранням в одному документі текстів закону і правил, а також стандартизованих форм процесуальних документів, що застосовуються у справах про банкрутство.

Однією з особливостей регулювання відносин неспроможності у країнах англо-американської правової сім'ї є те, що досить широко застосовується інститут довірчого управління (*trust*)¹ майном неспроможного боржника². У США в разі відкриття провадження у справі про банкрутство автоматично, силою закону, створюється траст на користь осіб, які мають вимоги до боржника³. Майно боржника та всі повноваження стосовно його розпоряджання переходять до призначеної особи — трасті (*trustee*)⁴. Такі особи мають досить широкі повноваження у провадженні зі справи про банкрутство. Створення трасту стосовно майна неспроможного боржника на основі припису закону називають конструктивною довірчою власністю (*constructive trust*), або квазідогвірною, тому що вона виникає поза волею учасників таких відносин⁵.

В Англії існують певні особливості регулювання відносин довірчої власності. Вважається, що довірча власність може виникнути тільки в разі існування відносин особливої довіри (*fiduciary relationship*)⁶. У цьому випадку адвокат може виступити довірчим власником у відносинах зі своїм клієнтом, виконавець заповіту — у відносинах з найближчою ріднею, директор акціонерної компанії — стосовно цієї компанії і т. д. При цьому для визнання факту існування довірчої власності силою закону не вимагається підтвердження наявності тісних довірчих зв'язків між особами⁷.

Важливою ознакою регулювання відносин неспроможності у країнах англо-американської правової сім'ї є те, що встановлення достатності

¹ Гражданское и торговое право капиталистических стран: Учеб. пособие / Под ред. В. П. Мозолина и М. И. Кулагина. — М., 1980. — С. 140.

² Див.: Майданик Р. А. Траст: собственность и управление капиталами. — К., 1995. — С. 20.

³ Див.: Бірюков О. М. Довірче управління майном в праві України: трастові відносини та інститут банкрутства // Право України. — 1998. — № 4. — С. 22.

⁴ Whaley Douglas J., ed. Commercial Law: Problems & Materials. 2-nd ed. — Boston/Toronto/London: Little, Brown & Co., 1973. — P. 935.

⁵ Див.: Богатых Е. А. Гражданское и торговое право. — М., 1996. — С. 119.

⁶ Цвайгерт К., Келтц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2 т. — Т. I: Основы: Пер. с нем. — М., 2000. — С. 314.

⁷ Там само.

підстав для порушення провадження у справі традиційно віддано на розсуд суду при існуванні загальних положень у спеціальному законодавстві. У європейських державах, навпаки, підстави (ознаки чи критерії), за наявності яких порушується справа про банкрутство, встановлені у відповідному законодавстві.

Слід зазначити, що як у США, так і у Великій Британії норми щодо ліквідації та реорганізації певних типів суб'єктів підприємницької діяльності містяться в окремих спеціальних законах, присвячених питанням створення та діяльності таких суб'єктів права. Тому в разі банкрутства таких норм, як правило, є достатньо щоб розв'язати проблеми боргів, не вдаючись до законодавства про банкрутство.

До особливостей застосування законодавства про банкрутство певною мірою можна віднести і те, що у країнах звичаєвого права певні бізнесові об'єднання виключаються з кола суб'єктів банкрутства. У цьому контексті слід звернути увагу на те, що діяльність таких підприємницьких об'єднань, як банки та кредитні установи, інвестиційні та страхові компанії, пенсійні фонди та деякі інші фінансові організації, має певні особливості, оскільки їхня діяльність стосується інтересів багатьох, іноді тисяч осіб. Існує також й інше пояснення: споживачі послуг фінансових установ часто не є учасниками підприємницької діяльності, а це означає, що вони не повинні нести підприємницький ризик.

Іншою причиною необхідності обережного ставлення до ліквідації фінансових установ, зокрема банків, є відомий у світі ланцюговий ефект, коли ліквідація одного банку може призвести до фінансових негараздів і навіть неспроможності інших банків, а іноді й підприємств-клієнтів таких фінансових установ. Такий підхід сьогодні запозичують деякі країни з перехідною економікою. Так, у Російській Федерації було прийнято окремий закон про неспроможність (банкрутство) кредитних організацій, а в Україні норми, присвячені реорганізації і ліквідації банків, містяться у законі про банківську діяльність.

Окремо необхідно зазначити, що у країнах англо-американської правової сім'ї також спостерігається більш чітка межа між матеріальними і процесуальними нормами, що застосовуються у разі визнання особи неспроможною¹. Це відбивається, зокрема, у відсиланні при розгляді судової справи про банкрутство до процесуального законодавства. Такі справи розглядаються згідно з правилами, встановленими у спеціальному законодавстві, наприклад, у США — це цивільний процес (*Civil*

¹ Джунь В. В. Вказ. праця. — С. 24.

Procedure), а у Великій Британії — процедури з розгляду справ про неспроможність (*Insolvency Rules*) та ін.

Останні дослідження у сфері порівняльного аналізу законодавства про банкрутство країн світу дають підстави для висновку, що відбувається помітний вплив теоретичних концепцій та теорій права країн звичаєвого права на розвиток законодавства багатьох країн світу. Певною мірою це пов'язано з тим, що прецедентне право, де основним джерелом виступають судові рішення, є більш швидким способом перевірки, наскільки ті чи інші правові конструкції та юридичні засоби є вдалими для розв'язання майнових проблем неспроможного боржника.

У світі набуває поширення відома американська доктрина «нового старту» (*Fresh Start Doctrine*¹) — добросовісним боржникам, які є фізичними особами, списують борги, що з'явилися до порушення справи про банкрутство, і вони можуть почати економічну діяльність знову, але вже без боргів. Це дає боржникам можливість звертатися до такого способу розв'язання майнових проблем на ранніх стадіях фінансових негараздів, коли ще можна покращити ситуацію та є з чого віддавати борги кредиторам. Сьогодні ця концепція чи окремі її елементи впроваджуються в багатьох країнах світу, які належать до різних правових сімей, включаючи і Україну. Крім того, в Україні певною мірою знайшла свій відбиток інша концепція — до управління у визначених випадках майном неспроможного боржника протягом розгляду справи про банкрутство допускається сам боржник (*Debtor in Possession Doctrine*).

Певний вплив країн, що належать до англо-американської правової сім'ї, можна побачити і через те, що у сфері регулювання відносин неспроможності перевага надається реорганізаційним процедурам. У зазначених країнах їх ще називають процедурами реабілітації (*rehabilitation proceedings*). Основною особливістю реорганізаційних процедур є те, що їх застосовують до підприємств, які за своїм майновим станом і перспективами залишитися у цивільному обороті є «більш живими ніж мертвими»².

Взаємне проникнення різних правових концепцій, відомих у різних країнах світу у сфері банкрутства, є природною ознакою зближення правових систем та логічним результатом успішного пошуку найкращої

¹ *McCoid C. John*. Discharge: The Most Important Development in Bankruptcy History // *American Bankruptcy Law Journal*. – 1996. – Vol. 70. – P. 165.

² *Kusch Linda J*. Unintended Consequences of Unthinking Tinkering: The 1994 Amendments and the Chapter 11 Process // *American Bankruptcy Law Journal*. – 1995. – Vol. 69. – P. 349.

моделі регулювання відносин неспроможності. Україна сьогодні досить активно впроваджує перевірені часом юридичні засоби регулювання цих важливих відносин для утвердження принципів вільного ринку і з метою адаптування національного законодавства до Європейського права та узгодження окремих норм з відомими міжнародними принципами регулювання приватних відносин.

Як вже зазначалося, в Україні у національне законодавство про банкрутство уже введені окремі елементи доктрини вільного старту та знайшла своє місце концепція управління майном боржника у справі про банкрутство. Закон має явну спрямованість на підтримку боржника у тих випадках, коли є підстави вважати, що підприємство зможе повернути свою платоспроможність. Про це чітко зазначено у преамбулі чинного закону про банкрутство. У такий спосіб відомі світові тенденції втілилися у реформованому законодавстві України про банкрутство.

Впевнені, український законодавець у процесі вдосконалення чинного законодавства про банкрутство буде й далі впроваджувати найкращі зразки регулювання відносин неспроможності, що зумовлено вступом країни у СОТ та планами з адаптації чинного законодавства до права Європейського Союзу. Для цього важливо продовжувати проведення досліджень як у сфері вдосконалення законодавства про банкрутство та розробки уніфікованих норм для розв'язання проблем у транскордонних справах, так і звертати більше уваги на світові процеси зближення правових систем і уніфікації норм правового права.

ПРОБЛЕМИ БОРОТЬБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ

В. Журавель, професор Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Криміналістична характеристика злочинів: проблеми формування та застосування

«Криміналістична характеристика злочинів» — це відносно нова категорія, яку введено в науковий апарат криміналістики наприкінці 60-х на початку 70-х років минулого століття. На думку С. Чурилова, саме прагнення вчених-криміналістів знайти підходи до розкриття змісту закономірностей у сфері доказування породило винахід спеціального терміна «криміналістична характеристика злочину»¹. При цьому поява зазначеної категорії супроводжувалась доволі жвавою дискусією, а погляди на її сутність, місце і значення в криміналістичній літературі висловлювались найрізноманітніші і навіть полярні: від відведення їй ролі загальної криміналістичної теорії (вчення)² і на підставі цього віднесення до теоретичних та методологічних основ криміналістики — до повного заперечення необхідності і доцільності виділення такої наукової категорії³, що стала «криміналістичним пережитком»⁴.

¹ Чурилов С. Н. Криминалистическая методика: История и современность / С. Н. Чурилов. — М., 2002. — С. 200.

² Див.: Яблоков Н. П. Криминалистическая характеристика как составная часть общей теории криминалистической теории / Н. П. Яблоков // Российское законодательство и юридические науки в современных условиях: состояние, проблемы, перспективы : тез. докл. Всерос. науч.-практ. конф. — Тула, 2000. — С. 33; Ермолович В. Ф. Криминалистическая характеристика преступлений / В. Ф. Ермолович. — Минск, 2001. — С. 270–277.

³ Зокрема, А. В. Дулов пропонує відмовитися від категорії «криміналістична характеристика» і замінити її категорією «криміналістичний аналіз» (див.: Криміналістика / под ред. А. В. Дулова. — Минск, 1996. — С. 72–73).

⁴ Див.: Белкин Р. С. Понятие, ставшее «криминалистическим пережитком» / Р. С. Белкин // Российское законодательство и юридические науки в современных условиях: состояние, проблемы, перспективы : тез. докл. Всерос. науч.-практ. конф. — Тула, 2000. — С. 6–7.

Дискусії, що точилися навколо криміналістичної характеристики злочинів, не вщухають і дотепер. Так, на сьогодні відсутня єдність щодо поняття, значення і місця вказаної категорії у системі науки криміналістики. При цьому криміналістичну характеристику злочинів визначають як:

а) систему узагальнених даних (відомостей) про найбільш типові криміналістично значущі ознаки певного виду (групи) злочинів¹;

б) наукові положення окремої методики розслідування, що являють собою систему відомостей про елементи механізму вчинення злочину²;

в) наукову категорію, в якій з достатнім ступенем конкретності описані типові ознаки і властивості події злочину³;

г) наукову абстракцію, що відображає в основному на статистичному рівні дані про прийоми підготовки і способи вчинення окремих видів (підвидів) злочинів⁴;

ґ) систему закономірно взаємопов'язаних криміналістичних даних про елементи складу злочину⁵;

д) ідеальну сукупність криміналістично значущих елементів та їх ознак про закономірності механізму конкретного виду злочинів⁶;

е) інформаційну модель, що являє собою якісно-кількісний опис типових ознак конкретного виду (групи) злочинів⁷;

¹ Див.: Колесниченко А. Н. Криминалистическая характеристика преступлений : учеб. пособие / А. Н. Колесниченко, В. Е. Коновалова. – Харьков, 1985. – С. 7–9; Бахін В. Склад і призначення криміналістичної характеристики злочинів / Володимир Бахін, Борис Лук'яничков // Часоп. Донец. ун-ту. – 2000. – Вип. 1(4). – С. 40 та ін.

² Див.: Волобуєв А. Ф. Проблеми методики розслідування розкрадань майна в сфері підприємництва / А. Ф. Волобуєв. – Х., 2000. – С. 22.

³ Див.: Драпкин Л. Я. Предмет доказывания и криминалистические характеристики преступлений / Л. Я. Драпкин // Криминалистические характеристики в методике расследования преступлений. – Свердловск, 1978. – Вип. 69. – С. 17.

⁴ Див.: Шиканов В. И. Проблемы использования специальных познаний и научно-технических новшеств в уголовном судопроизводстве : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12. 00. 09 / В. И. Шиканов. – М., 1980. – С. 18.

⁵ Див.: Видонов Л. Г. К вопросу о криминалистической характеристике преступлений и закономерных связях между ее элементами / Л. Г. Видонов, В. Л. Видонов // Криминалистическая характеристика преступлений. – М., 1984. – С. 97.

⁶ Див.: Гончаренко В. И. Понятие криминалистической характеристики преступлений / В. И. Гончаренко, Г. А. Кушнир, В. Л. Подпалый // Криминалистика и судебная экспертиза : респ. межвед. науч.-метод. сб. – К. : Вища школа, 1986. – Вип. 33. – С. 5.

⁷ Див.: Салтевский М. В. Криминалистическая характеристика: структура, элементы / М. В. Салтевский // Специализированный курс криминалистики : учебник. – К., 1987. – С. 310.

е) модель системи зведених відомостей про криміналістично значущі ознаки виду, групи або конкретного злочину¹ тощо.

Розмаїття поглядів учених на цю категорію зайвий раз пересвідчує в необхідності продовження наукового пошуку в окресленій галузі знань, де найбільш концептуальними слід визнати проблеми формування поняття, структури, змісту, призначення, місця криміналістичної характеристики злочинів у системі науки криміналістики. Актуальною також є необхідність підвищення пізнавальної функції криміналістичної характеристики окремих видів злочинів за рахунок виявлення та використання ймовірно-статистичних зв'язків між її елементами і побудови на цій підставі типових версій, передусім, стосовно особи злочинця, що дозволяє звузити коло осіб, серед яких необхідно здійснювати пошукові заходи у реальному акті розслідування.

Перш ніж висловити своє особисте бачення стосовно можливих шляхів розв'язання зазначених проблем, вважаємо за доцільне наголосити на тому, що попри всі існуючі неузгодженості і дискусійні погляди науковців на криміналістичну характеристику злочинів, ця категорія має виключно вагоме значення для теорії і практики організації розкриття, розслідування та попередження різноманітних злочинних проявів. А тому оцінюємо появу в криміналістичній літературі відверто категоричних висловлювань щодо доцільності існування та використання категорії «криміналістична характеристика злочину» як помилкові. У зв'язку з цим не поділяємо судження Р. Белкіна стосовно того, що криміналістична характеристика злочину не виправдала надій, які покладали на неї вчені і практики, зжила себе і з реальності, якою вона вважалась усі ці роки, перетворилась в ілюзію, у криміналістичний фантом². Такого роду висновки були негативно сприйняті науковою спільнотою, і більшість вчених-криміналістів без вагань стали на захист розглядуваної категорії³.

¹ Див.: Старушкевич А. В. Криміналістична характеристика злочинів : навч. посіб. / А. В. Старушкевич. – К., 1997. – С. 12.

² Див.: Белкин Р. С. Криминалистика: проблемы сегодняшнего дня. Злободневные вопросы российской криминалистики / Р. С. Белкин. – М., 2001. – С. 223.

³ Див.: Баев О. Я. И все же: реальность или иллюзия (еще раз о криминалистической характеристике) / О. Я. Баев // Вестн. криминалистики. – М., 2002. – Вып. 1(3). – С. 23; Гавло В. К. Наследие Р. С. Белкина и дискуссионные вопросы / В. К. Гавло // Роль и значение деятельности Р. С. Белкина в становлении современной криминалистики : материалы Междунар. науч. конф. (к 80-летию со дня рождения Р. С. Белкина). – М., 2002. – С. 209; Тищенко В. В. Корыстно-насильственные преступления: криминалистический анализ / В. В. Тищенко. – Одесса, 2002. – С. 44; Головин А. Ю. Криминалистическая систематика / А. Ю. Головин. – М., 2002. – С. 116 та ін.

Синтезуючу позицію з цього питання висловив В. Бахін, відзначивши, що це дуже «різка» реакція з боку Р. Белкіна на небажання вчених займатися практичними проблемами. «Не слід огульно відмовлятися від вирішення нагальної проблеми практики, а навпаки, необхідно створити умови для її розробки, «примусити» вчених займатися конкретними дослідженнями у даній галузі»¹.

Доволі дискусійною слід визнати й тезу Р. Белкіна стосовно того, що комплекс відомостей про злочин, які складають зміст криміналістичної характеристики, нічого нового для науки і практики не дав, оскільки ці відомості у тому чи іншому вигляді раніше викладалися в криміналістичній літературі і були відомі слідчій практиці. Крім того, на його думку, в криміналістичній характеристиці забагато місця займають відомості, які з високим ступенем вірогідності можуть бути віднесені до криміналістично значущих. «Для того щоб моя позиція щодо розгляданого питання була достатньо переконливою, — писав Р. Белкін, — звернемося до практики викладення криміналістичних характеристик у сучасних вузівських підручниках. Схема такого викладення типова і включає: 1) дані про кримінально-правову кваліфікацію злочину; 2) кримінологічні дані про особу типового злочинця та типову жертву злочину, про типову обстановку вчинення злочину (час, місце, умови), типовий предмет посягання; 3) опис типових способів вчинення і приховування даного виду злочинів і типової слідової картини (наслідків), характерної для використання того чи іншого способу»².

Викликає заперечення і пропозиція Р. Белкіна відмовитися від терміна «криміналістична характеристика злочину», повернувшись до продуктивної старої практики посилянй у конкретній окремій криміналістичній методиці як перший її елемент на специфічні особливості предмета доказування по даній категорії кримінальних справ, тобто повернутися до традиційних обставин, що підлягають з'ясуванню щодо конкретного різновиду злочину³.

Як видається, наведені судження славнозвісного вченого за своєю природою є дискусійними, мають альтернативні варіанти вирішення, ні

¹ Бахін В. П. Криминалистика для криминалистов или для практики? / В. П. Бахін // Роль и значение деятельности Р. С. Белкина в становлении современной криминалистики : материалы Междунар. науч. конф. (к 80-летию со дня рождения Р. С. Белкина). — М., 2002. — С. 57.

² Див.: Белкин Р. С. Понятие, ставшее «криминалистическим пережитком» // Российское законодательство и юридические науки в современных условиях : состояние, проблемы, перспективы. — Тула, 2000. — С. 11–12.

³ Там само. — С. 12.

в якому разі не свідчать про зневіру до криміналістичної характеристики злочинів, про її неспроможність служити практиці і не дають підстав на її виключення з наукового апарату криміналістики та віднесення до розряду так званих фантомів. Навпаки, ми глибоко переконані, що криміналістична характеристика — це не ілюзія, а реально існуюча, вельми важлива в науково-теоретичному та практичному планах категорія, яка ще не повністю вичерпала свій внутрішній потенціал і тому потребує подальшої розробки.

У науковому плані криміналістична характеристика являє собою теоретичну концепцію, основу побудови інформаційно-пізнавальної моделі певних видів (груп) злочинів з метою розробки відповідних методик їх розслідування. Щодо новизни цієї категорії, якої чомусь не вбачав Р. Белкін, то вона, насамперед, проявляється у системному відтворенні відомостей про криміналістично значущі ознаки певного виду (групи) злочинів. Дійсно, відомості про злочин викладалися в літературі і до впровадження категорії «криміналістична характеристика злочинів», але питання в тому, як вони викладалися? На початку розвитку методики розслідування окремих видів злочинів як самостійного розділу науки криміналістики ці відомості викладалися непослідовно, їх коло було нестійким, у деяких окремих методиках частка цих даних зовсім була відсутня. Застосування криміналістичної характеристики як інформаційної моделі дало змогу *систематизувати* ці відомості у вигляді послідовно розташованих елементів, що мають певні кореляційні зв'язки. Вже у цьому виявляється суттєва новизна розглядуваної категорії. Більше того, саме в криміналістичній характеристиці на основі аналізу узагальнених відомостей про ознаки окремого виду злочинів виявляються закономірності, що входять у предмет дослідження науки криміналістики взагалі.

Не витримують критики і посилання щодо переважання криміналістичних характеристик кримінально-правовими та кримінологічними відомостями. Слід відзначити, що кримінально-правові відомості, якщо і використовуються, то достатньо обмежено і насамперед у криміналістичних характеристиках нових видів злочинів (у сфері комп'ютерних технологій, у банківській діяльності та ін.), методики розслідування яких тільки формуються. Крім того, в літературі висловлено думку щодо комплексного підходу до формування та використання криміналістичної характеристики, пов'язаного із залученням даних інших видів характеристик злочинів: кримінально-правової, кримінально-процесуальної, криміноло-

гічної¹. Що стосується інформації про особу злочинця, то її не слід вважати суто кримінологічною, оскільки вона має різні аспекти використання: правознавцями для вирішення питань кваліфікації; кримінологами для формулювання профілактичних заходів; криміналістами для організації процесу розкриття та розслідування окремих злочинів. При цьому у криміналістичних характеристиках злочинів зосереджені не просто фактичні дані щодо особи суб'єкта злочину, а відомості про виявлені між цією особою та іншими елементами, в першу чергу з потерпілим, імовірно-статистичні зв'язки. Саме інформація про взаємозв'язок між цими елементами і зумовлює побудову більшості слідчих версій та оптимальну організацію процесу розслідування в цілому.

Щодо співвідношення криміналістичної характеристики та обставин, що підлягають доказуванню, то їх слід розглядати як різні за змістом та функціональною спрямованістю самостійні структурні елементи методики розслідування окремих видів злочинів, які не конкурують один з одним і призначені для вирішення різнопланових завдань розслідування². Так, криміналістична характеристика злочину розглядається як абстрактна наукова категорія, в якій відображена якісно-кількісна інформація ретроспективної спрямованості, тобто відомості про типові, криміналістично значущі ознаки, властивості певного виду злочину, тоді як обставини, що підлягають доказуванню, пов'язані із перспективною стороною структури криміналістичної методики, а саме з інформацією щодо побудови пізнавального процесу, спрямованого на зібрання необхідної доказової бази. «Знання обставин, що складають предмет доказування по конкретній категорії справ, — підкреслюють В. Тищенко і Є. Стрельцов, — дозволяє слідчому цілеспрямовано вести розслідування, бачити кінцеву мету, вирішувати тим самим кримінально-правові та кримінально-процесуальні завдання»³. Спираючись на визна-

¹ Див.: Криминалистика. Криминалистическая тактика и методика расследования преступлений : учебник / под ред. В. Ю. Шепитько. — Харьков, 2001. — С. 189; Волобуев А. Ф. Проблемы методики расследования разкраданий майна в сфере підприємництва. — Х., 2000. — С. 25.

² У цьому питанні ми солідарні з М. П. Яблоковим (див.: Яблоков Н. П. Криминалистическая характеристика преступлений как составная часть общей криминалистической теории / Н. П. Яблоков // Вестн. Моск. ун-та. — Сер. Право. — 2000. — № 2. — С. 9).

³ Тищенко В. В. Обстоятельства, подлежащие доказыванию по делам о корыстно-насильственных преступлениях / В. В. Тищенко, Е. Л. Стрельцов // Криминалистика и судебная экспертиза : респ. межвед. науч. сб. — К. : Выща школа, 1995. — Вып. 47. — С. 68.

чену позицію, навряд чи можна визнати достатньо обґрунтованими пропозиції деяких вчених доповнити криміналістичну характеристику обставинами, що підлягають доказуванню¹. Якщо і треба щось доповнювати цими обставинами, так це зміст окремих криміналістичних методик, тому що дійсно із деяких підручників та посібників вони були вилучені².

Останніми роками в криміналістичній літературі з'явилися пропозиції щодо розгляду криміналістичної характеристики злочинів у відокремленому, «чистому» вигляді без включення її до числа елементів окремої криміналістичної методики. Так, А. Шмонін вважає, що криміналістична методика не може включати як структурний елемент криміналістичну характеристику злочинів або суміжні наукові категорії (наприклад, злочинну діяльність, механізм злочину, механізм злочинної діяльності, модель злочину та ін.). Поряд із криміналістичною класифікацією таку характеристику, на його думку, швидше за все, слід розглядати як *основу* (курсив наш. — В. Ж.) окремих криміналістичних методик, але не її елемент³. Аналогічну позицію займає і Ю. Гармаєв, який при формуванні базової моделі методики розслідування злочинів із її структури також виключає такий елемент, як криміналістична характеристика. При цьому він не заперечує, що розумова і практична діяльність слідчого на початковому етапі розслідування пов'язана з використанням апріорних знань про злочин, які знайшли своє відбиття в криміналістичній характеристиці, тобто ним визнається значення цієї категорії⁴.

Якщо прислухатися до думки зазначених учених і виключити криміналістичну характеристику з числа елементів окремої методики, то виникає запитання: з яких джерел буде черпатися інформація про криміналістично значущі ознаки злочину і на підставі яких даних формуватимуться типові версії? Ми глибоко переконані в тому, що така характеристика злочинів є теоретичним підґрунтям побудови окремої методики їх розслідування, оскільки, не дослідивши минулого, неможливо

¹ Див.: Яблоков Н. П. Общие положения методики расследования и научно-технический прогресс / Н. П. Яблоков // Методика расследования преступлений. — М., 1976. — С. 38.

² Расследование отдельных видов преступлений : учеб. пособие. — Воронеж, 1986.

³ Див.: Шмонин А. В. Методика расследования преступлений : учеб. пособие / А. В. Шмонин. — М., 2006. — С. 129.

⁴ Див.: Гармаев Ю. П. Проблемы создания криминалистических методик расследования преступлений : Теория и практика / Ю. П. Гармаев, А. Ф. Лубин. — СПб., 2006. — С. 101.

пізнати сучасне. Інакше кажучи, не дослідивши злочину як події минулого, не виокрепивши системи його криміналістично значущих ознак, не можна запропонувати рекомендації по його розкриттю, розслідуванню й попередженню. До того ж дослідження криміналістичної характеристики злочинів, особливо наявність ймовірно-статистичних зв'язків між її елементами, одночасно означає і створення передумов для формування ієрархічної системи типових версій. У подальшому ієрархічна система типових версій цілком логічно komponується з обставинами, що підлягають з'ясуванню по кримінальній справі, тобто простежується зв'язок між механізмом злочину, типовими версіями і діяльністю по розслідуванню.

Криміналістична характеристика має не менше, якщо не більше практичне значення, оскільки вона розглядається як робочий інструментарій здійснення процесу розкриття та розслідування злочинів, як своєрідний орієнтир, на який потрібно рівнятися при вирішенні конкретних слідчих завдань, висуненні робочих версій. Саме це функціональне призначення притаманне криміналістичній характеристиці. Разом з тим не слід перевищувати значущість криміналістичної характеристики, оскільки це не панацея, не остаточна відповідь на всі невирішені питання, а лише один із засобів у розпорядженні слідчого, який надає йому можливість відшукати в умовах невизначеності та відсутності інформації найбільш вірогідні шляхи отримання доказів. «Криміналістична характеристика, — наголошує В. Шиканов, — може розглядатися лише як вірогідна модель і відповідно використовуватись слідчим тільки як орієнтуюча інформація»¹. «Такі відомості, — стверджує В. Тищенко, — можуть бути тільки орієнтиром у роботі слідчого, але не жорстким трафаретом, категоричним однозначним висновком, інакше здатні відвести від іншої версії, котра в конкретному випадку і виявиться вірною»².

Реалізація, тобто реальна допомога в більшості випадків розкриттю конкретних злочинів на основі використання узагальнених даних про раніше розслідувані аналогічні злочини, можлива тільки за наявності виявлених ймовірно-статистичних зв'язків між елементами криміналістичної характеристики, які виражені в кількісних показниках. На важливість цієї обставини неодноразово зверталась увага на сторінках криміналістичної літератури. Так, Р. Белкін у зв'язку з цим визначав, що

¹ Див.: Шиканов В. И. Теоретические основы тактических операций в расследовании преступлений / В. И. Шиканов. — Иркутск, 1983. — С. 24.

² Тищенко В. В. Корыстно-насильственные преступления : криминалистический анализ / В. В. Тищенко. — Одесса, 2002. — С. 47.

«криміналістична характеристика як щось ціле, як єдиний комплекс має практичне значення лише в тих випадках, коли встановлені кореляційні зв'язки і залежності між її елементами, які мають закономірний характер та виражені в кількісних показниках. Дані про ці закономірності можуть бути підставою для побудови типових версій у конкретних справах. У цьому і тільки у цьому полягає практичне значення криміналістичної характеристики як цілого»¹. М. Селіванов вважає виявлення закономірних зв'язків між елементами криміналістичної характеристики головними напрямками подальших наукових досліджень у галузі вдосконалення окремих методик розслідування². Погоджуючись з наведеною позицією, В. Бахін і Б. Лук'янчиков наголошують, що без даних, які відображають закономірні взаємозв'язки ознак певного виду злочинів, криміналістична характеристика залишається теоретичною концепцією криміналістики, що не використовується практикою³. На думку О. Головіна, без використання результатів емпіричних і статистичних досліджень криміналістична характеристика являтиме собою набір абстрактно-умоглядних відомостей, виділених за принципом «може бути» без розкриття можливих зв'язків, що істотно знижує ефективність її практичного виходу. Водночас він застерігає, що криміналістична характеристика, заснована лише на кількісних показниках, які характеризують частоту зустрічності тих чи інших елементів, без аналізу причинно-наслідкових та просторово-часових зв'язків між ними, не задовольнятиме потреби ані теорії, ані практики⁴.

Генеza та сучасний стан криміналістичної характеристики як наукової категорії і як робочого інструментарію слідчого свідчать про суттєве відставання розробок щодо останнього. Зокрема такі питання, як виявлення та використання ймовірно-статистичних зв'язків між її елементами, застосування сучасних комп'ютерних технологій і математичних методів щодо збирання і оброблення необхідних емпіричних даних потребують самостійного більш поглибленого наукового дослідження.

¹ Белкин Р. С. Курс криминалистики : В 3 т. Т. 3 : Криминалистические средства, приемы и рекомендации / Р. С. Белкин. – М., 1997. – С. 316.

² Селиванов Н. А. Состояние и перспективы исследования проблемы борьбы с правонарушениями / Н. А. Селиванов // Соц. законность. – 1982. – № 4. – С. 20.

³ Бахін В. Склад і призначення криміналістичної характеристики злочинів / Володимир Бахін, Борис Лук'янчиков // Правн. часоп. Донец. ун-ту. – 2000. – № 1 (4). – С. 40.

⁴ Головин А. Ю. Криминалистическая систематика / А. Ю. Головин. – М., 2002. – С. 124.

Тому вважаємо, що зусилля криміналістів стосовно виявлення та аналізу кількісних показників, які відображують специфіку ймовірно-статистичних зв'язків між елементами криміналістичної характеристики, мають бути значно активізовані, оскільки до цих пір висловлені відносно даної проблематики судження за дуже рідкісними винятками (йдеться насамперед про системи типових версій Л. Видонова¹ і розробки В. Чаюка² та І. Ясенєва³) мають суто декларативний характер. Саме таке становище і є однією з головних причин нігілістичного ставлення практичних робітників до розглядуваної категорії.

У зв'язку з цим можна вважати справжнім проривом у розв'язанні цього питання дослідження В. Синчука⁴, в якому на базі узагальнення за спеціальною анкетною 1 100 кримінальних справ про вбивства, вчинені в Харківській області за період 1998–2002 рр., розроблено автоматизовану комп'ютерну систему, яка має умовну назву «Вбивство» та надає можливість зберігати інформацію щодо елементів криміналістичної характеристики вбивств на електронних носіях і оперативно користуватися нею для формування довідкових таблиць, у яких відображено типові версії щодо особи вбивці і мотиву злочину. Значущість цієї роботи полягає передусім у тому, що в ній запропоновано процедуру формування типових версій щодо особи вбивці та мотивів злочину з використанням методу виявлення ймовірно-статистичних залежностей між елементами криміналістичної характеристики вбивств та сучасної комп'ютерної техніки. Так, автоматизована комп'ютерна система «Вбивство» дозволяє слідчому до заданої ним кримінальної ситуації отримувати відомості щодо особи вбивць, які вчиняли аналогічні злочини, і інформація стосовно яких є у банку даних. Отримані результати оформляються у вигляді довідкових таблиць, у яких відображаються інформація про статтю

¹ Видонов Л. Г. Криминалистическая характеристика убийств и система типовых версий о лицах, совершивших убийство без очевидцев / Л. Г. Видонов. – Горький, 1978.

² Чаюк В. К. Исследование связей элементов криминалистической характеристики для построения методики расследования краж государственного или общественного имущества : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12. 00. 09 / В. К. Чаюк. – К., 1985.

³ Ясенев И. Ф. Закономерные связи между элементами криминалистической характеристики краж государственного и общественного имущества и их использование в методике расследования : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12. 00. 09 / И. Ф. Ясенев. – Х., 1983.

⁴ Синчук В. Л. Кореляційні залежності між елементами криміналістичної характеристики та їх використання у методиці розслідування вбивств : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12. 00. 09 / В. Л. Синчук. – Х., 2004.

і вік злочинця, його характерологічні ознаки (наявність судимості, негативні чи позитивні риси), стосунки з жертвою, місця проживання та мотиви вчинення злочину. Якщо взяти до уваги, що у банку даних зосереджена інформація стосовно 48 місць вчинення вбивств, 17 способів і 6 базових вікових груп злочинців, то вже ці показники дозволяють сформувати 4 896 довідкових таблиць щодо особи вбивці та мотиву злочину.

Запропоновані В. Синчуком підходи до використання відомостей криміналістичної характеристики з метою формування типових версій щодо особи злочинця та мотивів злочину є значним кроком уперед, порівняно з існуючими розробками, наприклад тими напівформалізованими таблицями, що свого часу були запроваджені Л. Відоновим і в подальшому дещо модифіковані М. Селівановим¹. Більше того, самостійне моделювання вихідної кримінальної ситуації надає можливість слідчому максимально наблизити реальне до типового і користуватися не вельми абстрагованими даними, які відображені в довідковій літературі, а показниками, що характеризують ступінь імовірно-статистичних залежностей між елементами криміналістичної характеристики конкретної вибірки кримінальних справ. Наведені аргументи можна до певної міри вважати відповіддю тим науковцям, які піддавали сумніву репрезентативність висновків Л. Відонова і висловлювали судження стосовно того, що на сьогодні поки що не існує інструментарію з практичного використання криміналістичної характеристики злочинів².

Отже, з огляду на запропоновані нами принципи побудови окремої криміналістичної методики розслідування злочинів³, в якій криміналістична характеристика займає ключову позицію, й останню треба роз-

¹ Селиванов Н. А. Формализованные программы решения частных задач расследования / Н. А. Селиванов // Проблемы программирования, организации и информационного обеспечения предварительного расследования : межвуз. науч. сб. / Башк. ун-т. – Уфа, 1989. – С. 62–65.

² Див.: Ларин А. М. Криминалистика и паракриминалистика / А. М. Ларин. – М., 1996. – С. 127; Бахин В. П. «Контркриминалистика», или Новые задачи криминалистики / В. П. Бахин, И. В. Гора // Актуальні проблеми держави та права. – Одеса, 1998. – Вип. 5. – С. 47–52; Корноухов В. Е. Методика расследования преступлений : теоретические основы / В. Е. Корноухов. – М., 2008. – С. 39.

³ Див.: Журавель В. А. Окрема криміналістична методика розслідування злочинів: форма, структура, зміст / В. А. Журавель // Теорія та практика судової експертизи і криміналістики : зб. наук. праць. – Х., 2007. – Вип. 7. – С. 41–56; Він же. Проблеми формування базової методики розслідування злочинів / Володимир Журавель // Вісн. Акад. прав. наук України. – Х., 2008. – Вип. 1 (52). – С. 231–242.

глядати як інформаційну модель, в якій відбиваються типові ознаки, тобто ті, що притаманні даному масиву злочинів, і специфічні, котрі дозволяють відокремити його від інших груп злочинів. При цьому головною відмінністю цієї моделі є те, що всі елементи, які входять до її складу, становлять певну систему і розглядати їх у відриві один від одного недоцільно. Кожний елемент даної системи здатний впливати на вирішення загальних питань досудового слідства, а саме: висунення версій, визначення напрямків розслідування та формування алгоритму дій слідчого в тій чи іншій ситуації, прогнозування можливих варіантів доказової поведінки злочинця, ймовірних місць вчинення нових злочинів тощо. Тобто узагальнені дані, що входять до складу криміналістичної характеристики злочинів, призначені не тільки для розробки систем типових версій та умовиводів, що випливають з них, а й для визначення відповідного кола доказових фактів, які необхідно встановити в ході досудового слідства¹.

¹ Див.: Селиванов Н. А. Криминалистические характеристики и следственные ситуации в методике расследования / Н. А. Селиванов // Соц. законность. – 1977. – № 2. – С. 56–59.

О. Лемешко, провідний науковий співробітник Наукової лабораторії проблем протидії злочинам у сфері державної безпеки;

В. Бєлєвцева, старший науковий співробітник Наукової лабораторії проблем протидії злочинам у сфері державної безпеки

Стан національної та особистої безпеки як показник ефективності застосування кримінального законодавства України

Як визначено в юридичній літературі, національна безпека — це стан захищеності життєво важливих інтересів особистості, суспільства і держави, а також суспільних цінностей від зовнішніх та внутрішніх загроз. Головна відзнака національної безпеки демократичних держав полягає у пріоритеті захисту людини, тобто особистої безпеки. Так, нова доктрина національної безпеки України як правової демократичної держави повинна забезпечувати захист особистої, суспільної, корпоративної та державної безпеки.

На цей час проблематика безпеки, а саме національної безпеки держави та особистої безпеки громадян, усе частіше стає предметом галузевих та міжгалузевих наукових досліджень¹. Особливо актуалізуються ці питання у зв'язку з ускладненням міжнародних, економічних процесів, сучасними міждержавними конфліктами, в яких залучені країни-учасники СНД. Розгляду цих питань присвячено наукові праці багатьох відомих вітчизняних та зарубіжних науковців, зокрема, Н. Н. Єфимова, Л. В. Дорош, В. А. Ліпкана, А. В. Опальова, М. І. Панова, В. Г. Пилипчука, В. П. Тихого та ін.

З метою нейтралізації внутрішніх та зовнішніх загроз національним інтересам України Указом Президента України від 12 лютого 2007 р. № 105/2007 затверджено *Стратегію національної безпеки України*, у п. 1

¹ Див.: Пилипчук В. Г. Формування теоретико-правових основ забезпечення державної безпеки України (кінець XX – початок XXI століття). – К., 2008. – С. 5–8, Романюк І. Стратегія національної безпеки про місце прав особи у механізмі забезпечення національної безпеки України // Підприємництво, господарство і право. – 2008. – № 5. – С. 46–48.

якої зазначається головна мета вказаного акта — «забезпечити такий рівень національної безпеки, який би гарантував поступальний розвиток України, її конкурентоспроможність, забезпечення прав і свобод людини і громадянина, подальше зміцнення міжнародних позицій та авторитету Української держави у сучасному світі». При цьому слід нагадати, що згідно зі ст. 3 Конституції України «людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю».

На підставі вказаних та інших нормативних документів можна дійти висновку, що на сьогодні дві важливі соціальні цінності — національна та особиста безпеки — стають пріоритетними напрямками державної політики. У цьому контексті політика протидії злочинності утворює складову державної політики (загальнодержавної політики у цілому).

Метою статті є визначення стану захищеності національної та особистої безпеки кримінально-правовими заходами, встановлення кола злочинів, об'єктом посягання яких виступає національна або особиста небезпека, аналіз та співвідношення вказаних термінів, визначення результативності застосування кримінального законодавства, формулювання пропозицій щодо підвищення ефективності та результативності такого захисту.

На сьогодні позиція законодавця знаходить вираз у тому, що на законодавчому рівні вже існує чітке визначення терміна «*національна безпека*». Відомо, що під нею розуміють захищеність життєво важливих інтересів людини і громадянина, суспільства і держави, за якої забезпечуються сталий розвиток суспільства, своєчасне виявлення, запобігання і нейтралізація реальних та потенційних загроз національним інтересам¹. Однак законодавчого визначення терміна «*особиста безпека*» ще не існує.

Проте останнім часом дослідники концепції безпеки знову повертаються до ідеї «безпеки особи» (human security). Передумовою такої ідеї є акцент на окремій людині, висновок про те, що основним об'єктом захисту та збереження повинна стати не держава, а життя та добробут людини. Незважаючи на значну кількість міжнародних угод та підтримку ООН цієї концепції, навіть визнання особистої безпеки домінуючою над національною безпекою, чіткого аналітично корисного визначення не існує й дотепер². Хоча, згідно зі ст. 3 Закону України «Про основи

¹ Стаття 1 Закону України «Про основи національної безпеки України» від 19.06.2003 р. № 964-IV. У ред. від 14.01.2006 р.

² Філіп Х. Флурі, Вілем Ф. Ван Ікелен. Розбудова безпеки і оборони: 3б. матеріалів щодо Плану створення партнерських дій із створення інститутів оборони і безпеки. — Женева; Київ, 2006. — С. 20.

національної безпеки України», інтереси, права і свободи людини утворюють перший рівень основних об'єктів національної безпеки.

На думку авторів, проблематика особистої безпеки в Україні, її співвідношення, точніше, підлеглість національній безпеці¹, у контексті міжнародної злочинності (торгівлі людьми, торгівлі зброєю, боротьби з ВІЧ та СНІДом), внутрішньої політичної стабільності у державі, на фоні алкоголізації та наркотизації суспільства, психопатизації всіх верств населення проблема захищеності особистих інтересів людини в нашій державі має неабиякий науковий потенціал².

Разом з тим, враховуючи існування значних наукових розробок з цих проблемних питань, необхідно законодавчо сформулювати термінологію у сфері захисту національної та особистої безпеки, чітко визначити їх об'єкти, співвідношення між ними, вказати рівні та види загроз, відмежувати від суміжних видів безпек (наприклад, громадської безпеки).

Так, наприклад, дослідниця Л. В. Дорош таким чином визначає *громадську безпеку* — це складова частина національної безпеки України, що являє собою стан захищеності невизначеного кола осіб та життєво важливих інтересів суспільства від предметів і видів діяльності, які становлять підвищену небезпеку для оточуючих від певних загроз (від загрози діяльності злочинних організацій, терористичних актів та актів терористичної спрямованості, незаконного та недбалого поводження із зброєю, загрози від пожеж та ін.)³. Як можна побачити, у визначенні відчувається близькість об'єктів особистої та громадської безпеки.

¹ Це також додатково підтверджується будовою Особливої частини КК України, перший розділ якого, як відомо, має назву «Злочини проти основ національної безпеки України». Проте значна група країн Європи у законодавстві співвідношення, ступінь домінування національної та особистої безпеки вирішує на користь останньої, що відображається, в тому числі і в будові кримінального законодавства, закріпленні пріоритетності благ, які охороняються законом.

² У цьому контексті більшість загроз особистій безпеці в Україні збігаються з загрозами особистості у РФ. Докладніше див.: *Ефимов Н. Н.* Политико-военные аспекты национальной безопасности России. — М., 2006. — С. 94–98.

³ «До речі, вибухи (внаслідок пожежі чи підпалу) на військових складах у Лозівському районі Харківської області, що сталися 28.08.2008 р., визнані надзвичайною ситуацією державного рівня». Докладніше див.: *Дорош Л. В.* Сучасне кримінальне право: словник-довідник. — Х., 2008.

Як зазначалось, чинний КК України містить окремий розділ, присвячений захисту національних інтересів держави — розділ I Особливої частини КК «Злочини проти основ національної безпеки України». Проте, в інших розділах Особливої частини КК існує безліч статей, в яких національна безпека виступає не основним, але додатковим об'єктом посягання (з точки зору кримінально-правової термінології *додатковим обов'язковим або додатковим факультативним об'єктом посягання*). Наприклад, це статті, якими передбачена відповідальність за захоплення заручників, терористичний акт, незаконне поводження із зброєю, інші злочини проти громадської безпеки тощо (статті 147, 258, 263, 257 КК та ін.).

Захист складових національної та підпорядкованої їй особистої безпеки, здійснюється шляхом застосування всього блоку статей відповідного законодавства відповідними суб'єктами. Щодо кримінально-правового захисту, слід вказати, що він здійснюється шляхом застосування кримінального законодавства України відповідними державними правоохоронними органами. Така кримінально-правозастосовна діяльність — кримінально-правове застосування, утворює основний правовий захід забезпечення державної безпеки¹. Особиста безпека як об'єкт кримінально-правового захисту, як основний, так і додатковий об'єкт кримінально-правового захисту, так само відображена у цілій низці статей різних розділів Особливої частини КК².

Відповідно, для досягнення цілей забезпечення національної та особистої безпеки, кримінально-правове застосування має бути адекватно ефективним тим посяганням і загрозам, що виникають у суспільстві та спрямовані проти зазначених ціннісних об'єктів. Тобто застосування положень КК повинно бути результативним, ефективним, відповідати меті прийняття відповідних кримінально-

¹ До системи заходів входять також політичні, організаційні, оперативно-розшукові та ін. Докладніше див.: *Пилипчик В. Г.* Формування теоретико-правових основ забезпечення державної безпеки України (кінець XX – початок XXI ст.). – К., 2008. – С. 40–50.

² Зокрема, розд. II «Злочини проти життя та здоров'я особи», розд. III «Злочини проти волі честі та гідності особи», розд. IV «Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи» та ін. Див.: *Баулін Ю. В., Борисов В. І., Гавриш С. Б.* та ін. Кримінальний кодекс України: Наук.-практ. коментар / За заг. ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – Вид. 4-те, допов. – Х., 2008. – 1208 с.

правових заборон, зосереджених у названих вище розділах Особливої частини КК.

Таким чином, **стан національної та особистої безпеки може бути визначним окремим показником ефективності застосування кримінального законодавства**, а саме відповідного розділу I та більшості статей розділів II–IV Особливої частини КК. Тобто стан захищеності **національної та особистої безпеки є показником ефективності здійснення кримінально-правової політики у сфері безпеки**.

Так, враховуючи певні інформативні показники, можна визначити ефективність захисту національної та особистої безпеки в Україні, окремих складових об'єктів принаймні за певний час на певній території¹.

Такими показниками чи критеріями, на нашу думку, можуть визнаватися:

- 1) фактичний стан злочинності у сфері національної та особистої безпеки;
- 2) статистичні дані про зареєстровані злочини у сфері національної та особистої безпеки;
- 3) статистичні дані судових органів про винесені вироки щодо злочинів у сфері національної чи особистої безпеки;
- 4) динаміка вищевказаних показників протягом останніх років та ін.

Додатковими, тобто не основними, а допоміжними показниками, на думку авторів, слід визнати також стан професійного рівня представників відповідних правоохоронних органів, рівень зростання міжнародного співробітництва у сфері захисту національної та особистої безпеки, дані Європейського суду з прав людини про звернення громадян України за міжнародним судовим захистом.

Цікаво дослідити у цьому сенсі статистичні дані щодо протидії злочинності у сфері захисту національних та особистих інтересів. Для виявлення певних тенденцій та формулювання висновків зосередимося на окремих видах злочинів (табл.).

¹ Мова йде лише про результативність кримінально-правового захисту певних складових об'єктів національної та особистої безпеки без врахування інших факторів (обороздатність, політичні та економічні показники тощо). Тому і висновки мають дещо відносний характер.

Таблиця

**Загальний стан злочинності у сфері захисту особистих
інтересів за окремими видами злочинів¹**

Кількість зареєстрованих злочинів	2005 рік	2006 рік	2007 рік
Особливо тяжких	23776	23800	23727
Особливо тяжких злочинів, вчинених групою осіб	403	374	301
Умисне вбивство	3924	3093	2790
Незаконне позбавлення волі або викрадення людини	178	233	256
Захоплення заручників	6	11	4

Дані свідчать про неоднозначність ситуації у сфері захисту особистої безпеки громадян. Поряд з досягненнями (наприклад, зменшення кількості вбивств або особливо тяжких злочинів, вчинених групою осіб), є і певні недоліки (наприклад, у вигляді суттєвого щорічного зростання викрадень людей та незаконного позбавлення волі, усталеної фактично незмінної динаміки вчинення особливо тяжких злочинів та ін.). Проте головне, що така вибірковість дозволяє встановити стан захисту особистої безпеки особи, виявити найбільш небезпечні загрози, їх динаміку, вказати напрями попереджувальної діяльності, прогнозувати нові загрози, а також визначити напрями удосконалення кримінального законодавства у сфері як особистої, так і національної безпеки України в цілому.

Так, на цей час в Україні триває процес реформування кримінальної юстиції та правоохоронних органів. Відповідно до Указу Президента України від 8 квітня 2008 р. № 311/2008 «Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 15 лютого 2008 р. “Про хід реформування системи кримінальної юстиції та правоохоронних органів”» затверджено Концепцію реформування кримінальної юстиції України. Згадана Концепція передбачає внесення змін та доповнень до чинних Кримінального, Кримінально-процесуального кодексів України, а також Кодексу України про адміністративні правопорушення. Цей документ має на меті посилення захисту прав і свобод людини відповідно до вимог міжнародних правових актів і зобов’язань нашої держави перед європейським та світовим співтовариством.

¹ Звіт про зареєстровані злочини на території України за 12 місяців 2005, 2006, 2007 рр. та 7 місяців 2008 р. Управління оперативної інформації МВС України. Департамент інформаційних технологій МВС України.

Згідно з вищезазначеною Концепцією та з огляду на посилення особистої безпеки людини можна зазначити, що певні діяння, які передбачені чинним Кримінальним кодексом України, не мають такого ступеня суспільної небезпеки, щоб внаслідок їх вчинення суттєво обмежувати права і свободи людини і громадянина. Водночас законодавство України містить норми про адміністративні правопорушення, що мають судову юрисдикцію та за які передбачено стягнення кримінально-правового змісту (короткостроковий арешт, конфіскація майна, позбавлення спеціального права тощо). Особи, які притягуються до відповідальності за такі правопорушення, не отримують належних процесуальних гарантій, зокрема щодо права на правову допомогу, права на оскарження судових рішень тощо, передбачених Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод. Отже, у сучасних умовах реформування соціально-політичної системи України, питання юридичної відповідальності за діяння, що не становлять значної суспільної небезпеки, потребують децю іншого підходу¹.

При цьому, враховуючи сучасні геополітичні перетворення, що відбуваються у світовому співтоваристві, вбачається, що одним з головних напрямів дослідження проблем захисту національної та особистої безпеки є визначення та формулювання тенденцій нових загроз, аналіз розвитку законодавства сучасних розвинутих країн, виявлення та усунення прогалин, суперечностей національного законодавства тощо. Існуюче кримінальне законодавство не може повною мірою відображати всі прояви суспільно небезпечної поведінки, яка повинна набути статусу кримінально караного. Тому вважаємо за доцільне встановити відповідальність за окремі прояви суспільно небезпечної поведінки особи, що посягають на національні або особисті інтереси, які проте не визнає протиправними².

На ці проблемні питання, пов'язані із забезпеченням національної безпеки України, а тим самим і особистої безпеки людини, також наголо-

¹ Указ Президента України від 8 квітня 2008 року № 311/2008 «Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 15 лютого 2008 року «Про хід реформування системи кримінальної юстиції та правоохоронних органів» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>. – Загол. з екрану.

² Наприклад, пропозиція передбачити відповідальність за розголошення недержавної таємниці, клонування людини, покладання додаткових строкових чи безстрокових обтяжень чи обмежень на осіб (або членів їх сімей), які вчиняють злочини проти національної безпеки тощо.

шувалося у виступі Голови Верховної Ради України А. Яценюка¹ від 2 вересня 2008 р. А саме, ним зазначено необхідність першочергового розгляду і прийняття Закону України «Про внутрішню і зовнішню політику». Цей Закон повинен визначати основні напрями внутрішньої та зовнішньої політики України, тим самим надаючи нового поштовху подальшим дослідженням щодо удосконалення захисту національної та особистої безпеки людини в Україні.

Отже, підсумовуючи, слід зазначити, що сучасні загрози національним інтересам держави вимагають наукового визначення складових (елементів) основних об'єктів як національної, так і особистої безпеки, а також повної термінологічної забезпеченості цієї сфери на законодавчому рівні. Стан протидії злочинності у сфері захисту національної безпеки держави безумовно впливає на рівень особистої безпеки громадян. Тому сучасність вимагає активізації зусиль нашої держави щодо удосконалення законодавства України у сфері виявлення та попередження глобальних викликів і загроз, підвищення ефективності правозастосовної діяльності у сфері особистої та національної безпеки в Україні.

¹ Виступ Голови ВР України А. Яценюка на Урочистому відкритті третьої сесії ВР України шостого скликання від 02.09.2008 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://portal.rada.gov.ua>.

НА ПОЧАТКУ ТВОРЧОГО ШЛЯХУ

Н. Потапенко, асистент кафедри теорії та історії держави і права Інституту політології і права Національного педагогічного університету ім. М. П. Драгоманова

Становлення юридичних клінік у контексті реформування і розвитку правової освіти в Україні

Однією з головних цілей розбудови правової демократичної держави та її подальшого розвитку є дотримання принципів верховенства права і демократії, втілення у реальне життя гасла «державна для людини», забезпечення прав і свобод громадянина і людини згідно з європейськими нормами. Досягненню цієї мети сприятиме реформування всієї системи освіти України, у тому числі й правової.

У зв'язку із розбудовою правової держави юридична професія стає більш витребуваною і престижною, а отже, збільшується попит на юристів. Сьогодні зміни у правовій освіті торкнулися не лише дошкільних, загальноосвітніх, а й вищих навчальних закладів. Якщо станом на 1990 р. в Україні було сім навчальних закладів, які готували юристів, то нині діють близько 320 вищих навчальних закладів вказаного профілю та їх структурних підрозділів різних форм власності.

Водночас перед юридичними вузами постало ряд проблем, що потребують негайного вирішення, оскільки вони готують фахівців, які надалі мають вирішувати долю інших людей або сприяти державі у захисті національних інтересів. До вказаних проблем, вважаємо, слід віднести невідповідність ряду вищих навчальних закладів державної та інших форм власності ліцензійним вимогам щодо професорсько-викладацького складу, навчально-методичного, матеріально-технічного забезпечення тощо. Однією з причин неякісної підготовки правників є також низький рівень підготовленості учнів у загальноосвітній школі.

Усе це приводить до формального опанування студентами правовими знаннями, а тим паче, практичними навичками в їх застосуванні¹.

Професія юриста багатогранна. На першому плані мають бути навички та особистісні характеристики юриста, високий рівень його моральності, правосвідомості та правової культури. Юридична освіта має бути спрямована на підготовку висококваліфікованих фахівців². Для цього вищі юридичні навчальні заклади повинні змінити систему правової освіти, зокрема зміст навчальних програм юридичних вузів, поклавши в їх основу доктрину природного права, а отже, доктрину верховенства права, а не юридичного позитивізму, щоб їх випускники не лише багато знали та багато вміли, а й володіли високою правовою культурою. Як свідчить аналіз, до юридичної практики необхідно долучатися ще будучи студентом³.

Метою запропонованої статті є висвітлення організації, структури та ефективності роботи юридичних клінік (при вищих навчальних закладах) як різновиду розширення навчально-практичної бази, перспективи їхньої уніфікації у контексті реформування й удосконалення стандартів вищої юридичної освіти.

Враховуючи зарубіжний досвід, одним із ефективних методів реформування й удосконалення правової освіти у вищих навчальних закладах слід визнати створення на юридичних факультетах юридичних клінік, де студенти під керівництвом викладачів-консультантів та юристів-практиків мають можливість практично застосовувати свої знання, які вони отримують на теоретичних курсах, і паралельно надавати кваліфіковану юридичну допомогу тим верствам населення, які не в змозі оплачувати ті чи інші юридичні послуги⁴.

Але перш за все, що таке юридична клініка. Уперше ідея введення на юридичних факультетах практичного курсу, який би надавав можливість студентам застосовувати свої знання на практиці, виникла у середині ХХ ст. у США. У країнах СНД цей процес відбувався набагато

¹ Див.: Гуцалова К. Міністерство юстиції планує здійснювати законотворчу діяльність та й надалі опікуватися питаннями правової освіти населення // Юрид. журнал. – 2004. – № 6. – С. 130.

² Див.: Богачов С. Державі потрібні висококваліфіковані юристи // Право України. – 2005. – № 11. – С. 151.

³ Див.: Богачов С. Правова освіта на Львівщині (за матеріалами виїздного засідання Всеукраїнської міжвідомчої координаційно-методичної ради з питань правової освіти населення) // Право України. – 2005. – № 8. – С. 141.

⁴ Див.: Горбунова Л. Роль правової освіти в утвердженні верховенства права // Право України. – 2006. – № 4. – С. 155.

повільніше, аніж потребувала практика. Заснування першої юридичної клініки у нашій державі припадає на початок 1996 р. На той час вона стала структурним підрозділом економіко-правового факультету Донецького національного університету. У Російській Федерації поява перших юридичних клінік припадає на період 1996–1998 рр.¹ Слід зазначити, що в Україні використовуються різні назви юридичної клініки, а саме: «Юридична практика», «Про боно», «Центр правової допомоги», «Феміда», «Соціальна справедливість», «Надія», «Альтернатива», «Ініціатива», «Наше право» та ін. На кінець 2006 р. юридичні клініки працювали в 20-ти регіонах України, зокрема у Волинській, Дніпропетровській, Донецькій, Київській, Львівській, Луганській, Одеській, Сумській, Харківській, Чернігівській та інших областях.

Отже, юридична клініка — це формування у вигляді навчально-практичного центру, який функціонує на базі вищого навчального закладу III — IV рівня акредитації, що здійснює підготовку спеціалістів за напрямками «правознавство», «право і правоохоронна діяльність», за ініціативою вузу чи громадської організації у спільній діяльності з вузом, до складу якого входять викладачі-куратори та студенти старших курсів і метою діяльності якого є здійснення науково-дослідної та навчально-методичної діяльності щодо розширення правосвідомості й удосконалення механізмів отримання навиків правозастосовної, правозахисної та правоосвітньої діяльності для соціально вразливих верств населення шляхом налагодження механізму навчально-практичної роботи студентів-правників².

Вже протягом перших 4–5 років діяльності юридичних клінік було доведено перед державними органами й установами, іншими професійними організаціями та об'єднаннями їх здатність ефективно і якісно працювати у відповідальній сфері послуг для суспільства. Життєздатність та перспектива розвитку юридичних клінік підтверджується тим, що за порівняно невеликий проміжок часу вони:

- а) суттєво утвердилися в структурі ряду вузів;
- б) діють з метою надання безкоштовної юридичної допомоги та користуються попитом серед населення;
- в) дозволяють студентам творчо реалізувати і розкривати свій інтелектуальний та особистісний потенціал;

¹ Див.: *Немытина М.* О методологических подходах в современном клиническом юридическом образовании // *Право и образование.* — 2004. — № 4. — С. 106.

² Див.: *Дулеба М.* Допоможе і навчить юридична клініка // *Уряд. кур'єр.* — 2006. — 22 груд. — С. 5.

г) є зв'язуючою ланкою між традиційним навчальним процесом і майбутньою практичною діяльністю.

Як свідчить аналіз, перші юридичні клініки в Україні були створені за підтримки Міжнародного фонду «Відродження» (його відповідна програма завершується у 2008 р.). Своєрідним способом розвитку юридичних клінік є те, що вони створюються організаціями студентів-правників, часто без допомоги адміністрації навчального закладу, існують за рахунок власних коштів чи грантів від різних організацій, а вже потім отримують офіційну підтримку вузу, з часом набуваючи статусу навчального курсу. Натомість більшість клінік такого статусу не мають. Оплаті підлягає лише діяльність кураторів, яка в ідеалі має фінансуватися за рахунок самого вищого навчального закладу. Важливим є і те, що школа юридичної клініки сприяє формуванню у майбутніх юристів ставлення до своєї професії за принципом: «право — це мистецтво добра і справедливості».

З метою вирішення питань координації і методичного забезпечення правової освіти згідно з рішенням Кабінету Міністрів України діє Всеукраїнська міжрегіональна координаційно-методична рада з питань правової освіти населення України. У червні 2004 р. у м. Луцьку під головуванням міністра юстиції України відбувся її з'їзд, де було прийнято рекомендації щодо створення Міжвідомчої робочої групи, до якої мають увійти представники Міністерства освіти і науки, Міністерства юстиції та Академії правових наук України. Головною метою діяльності групи визнано підготовку нормативно-правових актів щодо програми «Юридичні клініки України», які регулюватимуть питання інтегрування юридичних клінік у навчальний процес вищих навчальних закладів III — IV рівня акредитації¹.

У цілому з моменту заснування першої юридичної клініки в Україні програмою «Верховенство права», Міжнародним фондом «Відродження» та Асоціацією юридичних клінік була сформована нормативна база, спрямована на забезпечення та уніфікацію їх функціонування. Такими документами стали Стандарти юридичних клінік України, Наказ Міністерства освіти і науки України від 03.08.2006 р. № 592 «Про затвердження Типового положення про юридичну клініку вищого навчального закладу України» (далі — Наказ), Етичний кодекс діяльності юридичних клінік, визначено типовий тематичний план до навчального курсу

¹ Ілляк М. Правова освіта: професіонали і волонтери // Юрид. вісн. України. — 2005. — 1–14 січ. — № 1. — С. 6.

«Основи юридичної клінічної практики»¹. Водночас необхідність підвищення ефективності діяльності юридичних клінік потребує подальшого розвитку та законодавчого регулювання у цій сфері.

Виходячи із положень Наказу, метою діяльності юридичної клініки є:

- підвищення рівня практичних знань, умінь, навичок студентів юридичних спеціальностей;
- забезпечення доступу представників соціально вразливих груп суспільства до правової допомоги;
- формування правової культури громадян;
- підготовка та навчання студентів у дусі дотримання й поваги принципів верховенства права, справедливості та людської гідності;
- розширення співробітництва вищих навчальних закладів, що здійснюють підготовку фахівців-юристів, із судовими, правоохоронними органами, органами юстиції, державної влади і місцевого самоврядування, з іншими установами та організаціями;
- інтегрованість юридичної клініки в структуру юридичного факультету та його навчального плану як навчальної дисципліни;
- рівність юридичної клініки з іншими навчальними курсами².

Загальне керівництво юридичною клінікою має здійснювати керівник вищого навчального закладу III — IV рівня акредитації. Безпосередній керівник юридичної клініки призначається на посаду рішенням керівника вузу, за поданням керівника факультету, інституту, філії тощо. Структуру та чисельність співробітників юридичної консультації теж визначає керівник вузу.

Таким чином, діяльність юридичних клінік відповідає існуючим у суспільстві потребам і стала об'єктивною реальністю. Наприкінці 2005 р. започатковано періодичне видання з проблематики юридичної клінічної освіти, що допоможе широко висвітлювати суть і природу клінічної юридичної діяльності, обговорювати проблеми та перспективи її подальшого розвитку. Будучи досить знаковою подією, прийняття Наказу ознаменувало факт того, що справу зрушено з місця у частині правового регулювання. Ця подія також дає підстави сподіватися на подальше сприяння з боку держави у цій галузі, хоча сфера

¹ Дулеба М. Шляхи розвитку «юридичних клінік» України: стан та перспективи // Юрид. вісн. України. – 2005. – 25 черв. – 1 лип. – № 25. – С. 15.

² Про затвердження Типового положення про юридичну клініку вищого навчального закладу України: Наказ Міністерства освіти і науки України від 03.08.2006 р. № 592 // Юрид. журнал. – 2006. – № 9. – С. 16–17.

дії Наказу обмежується затвердженням Типового положення і не розглядає реальні механізми державної підтримки. Юридичну клініку визначено структурним підрозділом вищого навчального закладу без статусу юридичної особи.

Узагальнимо розглянуте питання такими основними висновками:

1) як свідчить аналіз, нині в Україні юридичні клініки є досить поширеним явищем. Вони функціонують переважно за ініціативи студентів, фінансування іноземних та інших неурядових організацій, без виключної ролі вузів чи законодавчої підтримки. У навчальні плани декількох вузів України введено курс «основ юридичної клінічної практики». В юридичних клініках студенти консультують населення переважно з питань цивільного, сімейного, трудового, господарського, конституційного, екологічного та фінансового права;

2) у найближчій перспективі, вважаємо, слід зосередити увагу на подальшому розвитку правових засад діяльності юридичних клінік, впровадженні навчальних програм і спецкурсів для юридичних клінік у навчальні плани навчальних закладів та їх затвердженні на рівні Міністерства освіти і науки України, підготовці необхідних навчально-методичних матеріалів тощо. Ця робота також має стати складовою Національної програми правової освіти населення та розбудови системи правової освіти в Україні.

О. Овсяннікова, аспірантка Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Транспарентність судової влади: поняття та зміст

Судова реформа, що проводиться в Україні, актуалізувала судову владу як самостійну гілку влади, істотно змінила суспільну думку щодо цієї гілки влади, підвищила її авторитет у суспільстві. «Судова влада, — підкреслює В. Д. Зорькін, — у змозі виконувати свою суспільну місію тільки за умови збереження дуже високого ступеня довіри до суду»¹. Разом із тим рівень довіри суспільства потребує постійного адекватного реагування з боку самої судової влади. Адже «суспільне переконання в гідності суду можливе лише за тієї умови, щоб кожен крок судової діяльності був відомий суспільству», — коментуючи Бентама, писав І. Я. Фойницький².

Задля підтримки свого високого авторитету в суспільстві судова влада повинна презентувати свою діяльність через комунікативну функцію, діяти транспарентно, тобто відкрито, прозоро.

Вимога щодо транспарентності (від фр. *transparency* — прозорий) судової діяльності є невід'ємною частиною більш загального принципу демократичної правової держави — його транспарентності як цілого, так і окремих гілок державної влади, окремих державних органів. Поняттям «транспарентність» охоплюються зазвичай усі сторони організації і діяльності сучасної держави — від порядку формування державних органів до порядку ухвалення і публікації для широкого кола читачів текстів законів, від біографій кандидатів на пости в державному апараті до висвітлення засобами масової інформації всіх тонкощів їхнього перебування на посаді. Природно, що прозорість такого державного інституту, як суд, займає важливе місце в системі державно-правових цінностей сучасного світу.

Стосовно судової влади вимога транспарентності була сформована як одне із уявлень природного справедливого правосуддя ще у XVII ст. у Великій Британії і пов'язується з відомим висловом: «Недостатньо

¹ Зорькін В. Д. Россия и Конституция в XXI веке. Взгляд с Ильинки. — М., 2007. — С. 241.

² Фойницький, Й. Я. Курс уголовного судопроизводства / И. Я. Фойницький: В 2 т. — СПб., 1996. — Т. 1. — С. 98.

знати, що правосуддя існує, необхідно бачити, як воно здійснюється»¹. Ця відома максима Середньовіччя перегукується із сформульованою значно пізніше Європейським судом з прав людини: «Правосуддя має бути не тільки досконалим, але й повинно бути **ясно видно**, що правосуддя досконале» (Делькур проти Бельгії).

Транспарентність судової влади передбачає інформування громадського суспільства щодо всіх процесів, які відбуваються в органах судової влади. Юридичною і суспільною практикою вироблені певні форми контролю суспільства над правосуддям: гласність процедури судочинства; демократичний порядок формування судової системи і суддівського корпусу; інформованість суспільства про механізм функціонування судової влади, про ухвалювані нею рішення, про призначення і особисті якості її представників, а також надання гласності і відкрите обговорення всіх цих питань в рамках публічного дискурсу. Разом усе це складає відкритість, «прозорість», або транспарентність правосуддя².

Проблемами транспарентності судової влади займалися такі провідні вітчизняні та зарубіжні науковці і юристи-практики, як: О. Абросімова, В. Бойко, А. Горбуз, З. Казачкова, А. Карномазов, Н. Корченкова, В. Маляренко, В. Мате, Т. Руда, В. Руднев, А. Смірнов, С. Снхчан, М. Треушніков, І. Трунов та багато інших.

Незважаючи на зростаючий інтерес до проблем транспарентності судової влади, на сьогодні саме поняття транспарентності не можна вважати юридичним поняттям, що цілком сформувалося. У широкому етимологічному значенні під транспарентністю прийнято розуміти інформаційну прозорість. В українській мові синонімами терміна «транспарентність» можна було б вважати «відкритість», «гласність», «публічність». Але жоден з названих термінів, хоча і близьких за значенням, на наш погляд, не розкриває змісту терміна «транспарентність» повністю. Відкритість, гласність і публічність можуть розглядатися як елементи транспарентності. З позицій же інформаційного права головною складовою транспарентності слід вважати доступність. Відкритість, гласність і публічність при цьому виступають швидше засобами, що забезпечують доступність тієї або іншої інформації³.

¹ Абросимова Е. Б. Взаимодействие гражданского общества и государства (судебная власть).

² Див.: Смирнов А. В. Транспарентность судебной власти и ее роль в современном обществе // Судейская газ. – № 1–2 (47–58). – Янв.-февр. – 2008. – С. 6.

³ Див.: Гришина В. В. Транспарентность банковской деятельности как фактор реализации прав граждан на получение субсидии для приобретения жилого помещения [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.yurclub.ru/docs/bank/article7.html>

Отже, транспарентність у сучасному судочинстві сприймається як соціальна відкритість. Деякі вчені вважають, що принципи відкритості, гласності, публічності, доступності, прозорості судової влади — це один місткий іноземний термін, що об'єднує всі перераховані синоніми — термін «транспарентність». Зазначимо, що єдиного підходу серед науковців до використання всіх названих термінів не існує. Одні вчені (наприклад, Є. Кокотова, С. Праскова, М. Треушніков) отожднюють принципи відкритості, гласності, прозорості та транспарентності, зазначаючи, що транспарентність — це принцип, відповідно до якого органи державної влади діють відкрито для суспільства, при цьому суспільство отримує систематичну та всебічну інформацію про таку діяльність¹, а транспарентність судової влади є формою реалізації принципу гласності судочинства та є тотожною прозорості й інформаційній відкритості². Але більшість вчених, говорячи про широкий доступ громадськості до судової інформації, використовують такі категорії, як відкритість, прозорість, публічність судової влади (Ю. Светлічний³, О. Томкіна⁴ та ін.).

Отже, досить часто у науковому колі використовують різні терміни — говорять про принцип відкритості, гласності, публічності розгляду судових справ, прозорість правосуддя, але мова йде про одне й те саме: про соціальний контроль над функціонуванням судової влади⁵. З нашої точки зору, ці поняття не є тотожними, але є взаємопов'язаними в контексті транспарентності. Незважаючи на те, що відкритість, прозорість, гласність є самостійними характеристиками судової влади, вони органічно поєднуються як атрибутивні характеристики транспарентності діяльності органів судової влади. На наш погляд, відсутність хоча б однієї з названих характеристик не дозволяє існувати транспарентності судової влади як інструменту демократії. Тому, вважаємо за необхідне

¹ *Праскова С. В.* Теоретические основы гласности правосудия: Дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2004. — 214 с.

² *Кокотова Е. И.* О проблемах реализации принципов правосудия при использовании информационных технологий // *Российский судья*. — № 12. — 2005. — С. 7–9.

³ *Светлічний Ю.* Впровадження Закону України «Про доступ до судових рішень», а також інформаційних та комунікаційних технологій у судочинство // *Юрид. радник*. — 2006. — № 4 (12). — С. 71–72.

⁴ *Томкіна О.* Принцип гласності процедури прийняття правових актів Кабінету Міністрів України // *Право України*. — 2004. — № 9. — С. 28–31.

⁵ Прозрачность правосудия: международные стандарты и российская практика: Стенограмма конференции 10–11 октября 2000 г. в Российской правовой академии Министерства юстиции РФ.

використовувати термін «транспарентність» як такий, що найбільш повно характеризує судову владу з позиції інформаційної відкритості.

Норми, що стосуються проблем транспарентності судової влади, містяться в багатьох міжнародних документах. Перш за все, ст. 10 Загальної декларації прав людини 1948 р.¹ містить вимогу про необхідність забезпечення природного та невід'ємного права кожного для забезпечення його прав та обов'язків та для встановлення обґрунтованості пред'явленого йому кримінального обвинувачення на розгляд його справи «гласно та із додержанням всіх вимог справедливості незалежним та неупередженим судом». А стаття 11 Декларації додатково фіксує принцип гласності як необхідну складову ідеї презумпції невинуватості. Подібні норми містяться й у ст. 14 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права 1966 р.², крім того, встановлені певні обмеження принципу транспарентності судової влади: зазначається, що преса і публіка можуть не допускатися на весь судовий розгляд або його частину з міркувань моралі, громадського порядку чи державної безпеки в демократичному суспільстві, або коли того вимагають інтереси приватного життя сторін, або — тією мірою, якою це, на думку суду, є суворо необхідним — за особливих обставин, якщо публічність порушувала б інтереси правосуддя; проте будь-яка судова постанова в кримінальній або цивільній справі повинна бути публічною, за винятком тих випадків, коли інтереси неповнолітніх вимагають іншого або коли справа стосується матримоніальних спорів або опіки над дітьми.

Зазначимо, що для України та інших країн Європейського континенту особливе значення мають норми, що знайшли своє закріплення в європейських регіональних міжнародних документах. Серйозна увага питанню транспарентності судової влади приділяється в Європейській Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод 1950 р.³ Стаття 6 Конвенції містить вимогу щодо забезпечення державами-учасниками на своїй території права кожного на публічний розгляд його справи судом, а також вимогу обов'язковості публічного проголошення судового рішення та умови обмеження цього права. Важливе значення

¹ Всеобщая Декларация прав человека 1948 г. // Международные документы по правам человека. — Харьков, 2000. — С. 6–12.

² Міжнародний пакт про громадянські і політичні права 1966 р.: Ратифік. Указом Президії Верхов. Ради УРСР № 2148 — VIII від 19.10.73 р. / Международные документы по правам человека. — Харьков, 2000. — С. 64–85.

³ Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод 1950 р. // Офіц. вісн. України. — 1998. — № 3. — С. 270–302.

для забезпечення транспарентності судової влади має Рекомендація Комітету Міністрів Ради Європи № К (95) 11 відносно відбору, обробки, надання та архівації судових рішень у правових інформаційно-пошукових системах¹. У ній, зокрема, вказується, що повна обізнаність щодо практики всіх судів є однією з головних умов справедливого застосування закону. У цьому документі Комітет Міністрів Ради Європи рекомендує своїм членам створювати такі інформаційні пошукові електронні системи, в яких будуть міститися судові рішення, архівовані та розкладені за тематикою, враховуючи, що така інформація повинна бути доступною широкому загалу через мережу Інтернет². Вимога інформування громадськості щодо місця знаходження судів, а також порядку звернення до суду висувається в Рекомендації Комітету Міністрів РЄ від 14 травня 1981 р. № К (81) 7 «Комітет Міністрів державам-членам щодо полегшення доступу до правосуддя», де передбачається, що відповідна інформація може бути представлена або в самих судових органах, або в іншій компетентній службі. При цьому мінімально необхідний обсяг інформації про організацію і функціонування судової системи включає такі питання: 1) процесуальні норми (за умови, що дана інформація не містить юридичних порад по суті справи); 2) порядок звернення до суду і терміни, протягом яких таке звернення можливе; 3) процесуальні вимоги і необхідні в зв'язку з цим документи; 4) засоби виконання рішень суду і, по можливості, витрати по його виконанню.

Подібні норми закріплені і в інших міжнародних документах. Отже, враховуючи викладені міжнародні норми, можна констатувати, що визнання ідеї транспарентності судової влади є сьогодні загальнопоширеним.

В Україні питання доступу до судової інформації врегульовано не в повній мірі, однак останнім часом спостерігаються певні позитивні зміни в цьому напрямі. Зокрема, відповідно до Закону України «Про порядок висвітлення діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування в Україні засобами масової інформації» від 23 вересня 1997 р. висвітлення діяльності судів загальної юрисдикції та Конституційного Суду України здійснюється аудіовізуальними засобами

¹ Рекомендація Комітету Міністрів Ради Європи от 11 сентября 1995 г. № К (95) 11 относительно отбора, обработки, представления и архивации судебных решений в правовых информационно-поисковых системах // Рос. юстиция. – 1997. – № 11. – С. 10.

² Див.: Руда Т. Доступність судових рішень: світовий досвід і національна практика // Адвокат. – 2007. – № 6. – С. 7.

масової інформації на засадах укладених між ними угод та з урахуванням специфіки роботи цих судів¹. Закон України «Про судоустрій України» розкриває принцип гласності судового процесу: ніхто не може бути обмежений у праві на отримання в суді усної або письмової інформації щодо результатів розгляду його судової справи; розгляд справ у судах відбувається відкрито, крім випадків, передбачених процесуальним законом². Подібні норми закріплюють і процесуальні кодекси України (КАС України, КПК України, ГПК України, ЦПК України), які встановлюють усний та відкритий розгляд справ у всіх судах та наголошують, що рішення суду проголошується прилюдно, крім випадків, коли розгляд проводився у закритому судовому засіданні.

Закон України «Про судоустрій» встановив, що Державна судова адміністрація оприлюднює інформацію щодо ініціювання питання про обрання суддів безстроково.

Вітчизняне законодавство поповнилося Законом України «Про доступ до судових рішень» (набрав чинності з 1 червня 2006 р.), який з метою забезпечення відкритості діяльності судів загальної юрисдикції, прогнозованості судових рішень та сприяння однаковому застосуванню законодавства визначає порядок доступу до судових рішень³. Якщо раніше законодавство гарантувало доступ до судових рішень лише особам, які брали участь у справі, а також особам, які не брали участі у справі, якщо суд вирішив питання про їх права, свободи чи обов'язки, то Закон України «Про доступ до судових рішень» гарантує кожному право на доступ до судових рішень у порядку, визначеному законом. Це право забезпечується офіційним оприлюдненням судових рішень на офіційному веб-порталі судової влади України в порядку, встановленому законом.

Певним чином регламентують питання доступу до інформації про судові органи та їх рішення такі нормативно-правові акти, як Перелік судових справ, що утворюються в діяльності суду, із зазначенням строків зберігання документів, Інструкція з діловодства в апеляційному загальному суді, Інструкція з діловодства в місцевих судах,

¹ Про порядок висвітлення діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування в Україні засобами масової інформації: Закон України від 23.09.1997 р. // Відом. Верхов. Ради України. – 1997. – № 49. – Ст. 299.

² Про судоустрій України: Закон України від 7.02.2002 р. // Відом. Верхов. Ради України. – 2002. – № 27–28. – Ст. 180.

³ Про доступ до судових рішень: Закон України від 22.12.2005 р. // Голос України. – 14 січ. – 2006. – № 7.

Інструкція з діловодства в адміністративних судах та інші подібні документи.

Слід зазначити, що описані позитивні зміни у напрямі відкритості і доступності інформації про діяльність судової гілки влади в Україні не є остаточними. Указом Президента України від 10.05.2006 р. № 361/2006 затверджено Концепцію вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів. У Концепції визначені окремі чинники, що негативно впливають на реалізацію права доступу до інформації. Так, зазначається, що інформація про порядок звернення особи до суду є недостатньо відкритою, часом незрозумілою. Тексти судових рішень переважно є недоступними для осіб, які не були залучені до справи, але інтересів яких рішення безпосередньо стосуються. Рішення судів нижчого рівня практично не публікуються. Внаслідок браку приміщень для проведення судових засідань судді часто розглядають справи в робочих кабінетах, має місце практика здійснення судочинства з порушенням принципів відкритості (публічності) судового процесу, не забезпечено повсюдно повної фіксації судового процесу технічними засобами. У зв'язку з цим у Концепції зазначається, що прозорість судової влади потребує забезпечення доступності судових рішень для всіх заінтересованих осіб¹.

Аналіз норм міжнародних актів та національного законодавства в галузі транспарентності судової влади дозволяє нам зробити висновок, що транспарентність судової влади можна розтлумачити як право та свободу одержання інформації трьох видів:

1. Про суд у країні як орган державної влади. Така інформація в цілому відображена в Законі України «Про судоустрій». Це відомості про організацію судової системи, кількість суддів, їх територіальну і предметну юрисдикцію, ієрархію судових інститутів, а також про порядок діяльності суду — процесуальні правила і розпорядок роботи суду як такого. Крім цього, до цієї групи інформації належать відомості про склад суду і порядок його формування. Інакше кажучи, це інформація про процес відбору кандидатів на посаду суддів і їх призначення (вибірності) на конкретну посаду, порядок відставки суддів з посади, а також про територіальну і предметну юрисдикцію конкретного суду. Крім

¹ Про Концепцію вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів: Указ Президента України від 10.05.2006 р. № 361/2006 // Офіц. вісн. України. — 2006. — № 19. — Ст. 1376.

того, важливою формою цього виду інформації є вільний доступ кожного до судової статистики.

2. Про конкретний судовий процес (знання про майбутні судові процеси в конкретному суді; відомості про поточний судовий календар; можливість сторін ознайомлюватися з матеріалами справи і судовими рішеннями, а також свобода доступу до залу судового засідання).

3. Про суддівське самоврядування, його структуру, органи дисциплінарного типу (насамперед, кваліфікаційні комісії суддів), порядок їх формування і діяльності¹.

З метою з'ясування думки громадян України з питань доступу до судової інформації, у жовтні-грудні 2007 р. нами було проведено анкетування, в рамках якого досліджувалась проблема інформаційної відкритості судочинства, прав громадян на отримання інформації про діяльність судів та ухвалених ними рішень. При дослідженні цієї проблеми було опитано 244 громадянина з таких регіонів України, як Харківська, Сумська, Полтавська, Луганська області, а також 235 професійних суддів з тих же регіонів, які репрезентували суди різної юрисдикції.

Одним з питань, яке ставилося при анкетуванні, було таке: «Яка інформація, що стосується діяльності судів, на Вашу думку, повинна знаходитися у вільному доступі для громадян?». З'ясування цього питання дозволило нам визначити ті види судової інформації, які є найбільш цікавими та актуальними для громадян. Результати відповідей наведено у табл.

Т а б л и ц я

Запитання	Кількість	Показник
графік роботи судів та інформація про їх місцезнаходження	153	62,8 %
порядок подання громадянами заяв та умови їх прийняття судами	174	71,2 %
примірники документів для звернення до суду	170	69,4 %
інформація про розгляд судами конкретних справ, дати їх слухання	106	43,4 %
тексти ухвалених судом судових рішень	49	20,4 %
порядок оскарження судових рішень	108	44,2 %
узагальнення та аналізи судової практики	44	18 %
результати роботи суду за певний період (півроку, рік)	39	16 %
інша інформація	11	4,8 %

¹ Див.: Бойко В. Ф., Євдокимов В. О., Юлдашев О. Х. Право людини на право-суддя (Судове право України): Навч. посіб. – К., 2003. – С. 219.

Отже, з результатів дослідження можна зробити висновок, що найбільший інтерес у пересічних громадян викликає отримання вільного доступу до інформації щодо порядку подання громадянами заяв та умови їх прийняття судами (71,2 %), примірників документів для звернення до суду (69,4 %), графіку роботи судів та інформація про їх місцезнаходження (62,8 %), порядку оскарження судових рішень (44,2 %), інформації про розгляд судами конкретних справ та дати їх слухання (43,4 %). Дещо меншу цікавість викликають у громадян тексти ухвалених судом судових рішень (20,4 %), узагальнення та аналіз судової практики (18 %) та результати роботи суду за певний період (півроку, рік) (16 %).

Враховуючи міжнародні норми та проаналізувавши результати проведеного нами анкетування, розрізняємо елементи (рівні) транспарентності: доступність самих приміщень та будівель суду; доступ до суддів та посадових осіб; доступ безпосередньо до судового процесу; доступ до судових рішень; доступ до інформації про діяльність суду в цілому та конкретних суддів; доступ до рішень кваліфікаційних комісій судів та органів суддівського самоврядування.

Вищевикладене дозволяє нам визначити поняття транспарентності судової влади та окреслити основні ознаки цього феномену.

Отже, **транспарентність судової влади** — це сукупність засобів та способів, що дозволяють інформувати населення про існування судових інстанцій, про прийняті судові рішення, а також про порядок діяльності судових органів та органів суддівського самоврядування.

Основними ознаками транспарентності судової влади слід назвати:

- 1) відкритість судових процесів і одночасне проведення закритих (частково закритих) процесів у випадках, прямо передбачених законом;
- 2) публічне проголошення судового рішення, за винятком випадків необхідності збереження встановленої законом таємниці;
- 3) забезпечення вільного доступу до проголошення судового рішення;
- 4) право опублікування третьою особою будь-якого проголошеного публічно рішення, за винятком випадків його недобросовісного коментування і за умови, що така публікація не містить дійсних прізвищ сторін по справі, якщо інше не передбачено законом;

5) відкритість для громадськості всіх аспектів діяльності органів суддівського співтовариства та вільний доступ до прийнятих ними рішень.

Як висновок зазначимо, що досягнення у суспільстві оптимального поєднання інтересу громадян бути поінформованими щодо діяльності судової влади та бажання судових органів надавати таку інформацію у повному обсязі буде сприяти підвищенню авторитету судової гілки влади у суспільстві, налагодженню стосунків між громадянином та судом. Транспарентність судової влади — необхідна умова здійснення ефективного громадського контролю. Транспарентна судова влада дозволить суспільству контролювати забезпечення незалежності та справедливості судочинства, створить умови для одноманітності практики застосування і дотримання закону, а також дозволить учасникам судового процесу повно і оперативно охопити як весь нормативний матеріал, так і практику його судового застосування.

Ю. Меліхова, асистент Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Морально-професійна культура судді як предмет філософсько-правової рефлексії

Прогресивні демократичні тенденції сьогодення зумовлюють значний інтерес до проблем морально-професійної культури особистості. В сучасних умовах великого значення набуває рівень морально-професійної зрілості судді, від якого залежить ефективність судової влади. Відтак морально-професійна культура судді складає органічну єдність, яка включає такі елементи: особистісний потенціал і спрямування діяльності, культури правового і етичного мислення та почуттів, потреби, інтереси, цінності, ціннісні орієнтації, знання, переконання, волю, здатність до самовдосконалення.

Методологічні проблеми філософії права та її складової морально-професійної культури судді розглядалися класиками світової філософської думки (Арістотелем, Платоном, Шопенгауером та ін.), філософсько-правової думки (Г. В. Ф. Гегелем, І. Кантом, М. Вебером та ін.), дореволюційними вітчизняними філософами права (Б. Чичеріним, Б. Кістяківським, В. Соловйовим, Л. Петражицьким та ін.), європейськими філософами права (Г. Радбрухтом, Ю. Хабермасом та ін.), російськими та вітчизняними філософами права (С. Алексєєвим, Н. Алексєєвим, О. Данильяном, С. Максимовим, В. Бачиніним, В. Розіним, А. Овчинниковим, Д. Керимовим, В. Нерсесянцем та ін.). Вони зробили значний вклад у процес становлення політико-правової культури взагалі, але проблеми морально-професійної культури судді розглядалися ними побіжно, не мали системного розгляду і стосувалися переважно лише деяких аспектів, передумов її формування тощо. Не застосовується ними і термін «морально-професійна культура судді», оскільки вони аналізують моральну і професійну культуру судді в розриві одна від одної. Вважаємо, такий розгляд є не зовсім продуктивним, адже між моральною і професійною культурою судді існує тісний взаємозв'язок: чим вище рівень моральності судді, тим вище рівень його професіоналізму.

Так, як відомо, Платон висвітлював ідеї добра, блага, справедливості, істини, щастя. Він виходив з моральної потреби досягти істинної доброчесності, абсолютного блага. Філософ визнавав відносність пі-

знання й уявлень, які базуються на чуттєвому сприйнятті, та аксіологічну перевагу духовної діяльності, духовного пізнання. Цінність платонівської теорії для нашого дослідження полягає в тому, що він пропагував боротьбу з самим собою — моральне самовдосконалення. Бо не емпіричний світ є носієм зла, а людина.

Арістотеля, як вже підкреслювали дослідники його творчості, цікавили питання, присвячені сенсу людського життя, доброчесності, справедливості. За Арістотелем, метою людського життя є не доброчесність сама по собі, а доброчесна поведінка. Однак лише розумове переконання не визначає доброчесної поведінки. Для успішної протидії пристрастям треба залучати волю, яка може мати й негативне спрямування. Саме тут набувають значення моральні чесноти, які є тією властивістю волі, завдяки якій вона підкоряється розуму і панує над емоціями. Таким чином, вчення Арістотеля в основу поклало переконання в можливості вольового управління вчинками і підсвідомими спонуканнями. Головне зусилля спрямовується на усвідомлення необхідності гідної поведінки та тренування волі за допомогою повторення, вправ тощо. При цьому пріоритет чеснот філософ розглядає залежно від їх соціального значення. Вагому роль відіграє і вчення Арістотеля про золоту середину або доцільність, поміркованість, тобто ті засади, які є важливими принципами у структурі морально-професійної культури судді.

Про окремі аспекти морально-професійної культури розмірковував і І. Кант. Так, у його «етиці обов'язку» подані погляди щодо саморегуляції, вдосконалення волі та інших душевних функцій людини. У розумінні Канта правилом, що охоплює об'єктивне змушення до певного вчинку, є імператив, сутність якого полягає в тому, що кожна людина повинна ставитися до іншої завжди безкорисливо, бачити в ній не засіб досягнення своїх цілей, а самостійну, абсолютну цінність. На жаль, природа не наділила людину здатністю постійно діяти згідно з вимогами категоричного імперативу. Тому, щоб не стати рабом свого природного егоїзму, вона змушена застосовувати вольове самопримушення. Кант доводить, що людина має всі необхідні для цього якості, оскільки обов'язок у розумінні філософа є породженням розуму, який визначає бажання або волю людини. Крім того, воля має ще й систему засобів, за допомогою яких вона може управляти афектами, почуттями, детермінуючи таким чином поведінку людини. Звісно, для І. Канта категоричний імператив — це моральний закон, який забороняє людині робити те, що привело б до порушення основ цивілізованого життя: брехати, порушу-

вати зобов'язання, зраджувати, привласнювати чуже тощо. Визначаючи людський розум єдиним джерелом моральної норми, апелюючи до нього, блискуче розрізняючи «принцип оцінки», тобто розпізнавання норми, і «принцип виконання», тобто «мотив»¹, Кант не бачить єдності норми і мотивації. Тому, розуміючи, що мотивація цілком залежить від афектів, він пропонує впливати на афекти, а саме «...навіть безпосередню відразу до негативних вчинків і безпосереднє задоволення від моральних вчинків»². Але ж хіба передчуття покарання чи та ж відразу завжди визначають поведінку? Переконання в тому, що виховання почуттів відповідно до усвідомленого категоричного імперативу забезпечує досконалість, є витонченим різновидом нормативної етики³.

Та все ж, на наш погляд, першість у комплексному дослідженні категорії моральності і права належить Георгу Вільгельму Гегелю. Філософ іде шляхом дослідження ідеї права (дух права), а не його літери. Пізнання духу права є суб'єктивним, відносним. Тому кожному судді притаманний суб'єктивний (відносний) дух права. Це стосується і позитивного, і природного права. Але дух позитивного права, на відміну від природного, не може бути абсолютним, а лише відносним. Отже, для філософії права важливою є думка людини, оскільки вона осягає волю в її вільному самовизначенні⁴. Визначити намір, вину, благо, добро, совість можна тільки з позицій моралі. Зазначені категорії дають змогу судити про рівень морального розвитку людини. Моральність — це поняття свободи, що є природою самосвідомості⁵. Таким чином, філософсько-правовий зміст морально-професійної культури судді полягає в дослідженні передусім думок, переконань, які згодом переростуть у морально значущу професійну дію.

Правову природу життя, його моральну складову охоплює сфера наукових інтересів І. Бентама. Він досліджує закон з такими властивостями: примусовий, непримусовий і декларативний. Так, примусовий є повелінням, непримусовий — відміною примусового в цілому або в частині. Декларативний, якщо він відрізняється від примусового і непримусового, не є законом, оскільки в ньому не виражено акту волі, яка

¹ Кант І. Лекції по етике: Пер. с нем. — М., 2000. — С. 62–63.

² Там само. — С. 69.

³ Там само. — С. 229.

⁴ Гегель Г. В. Ф. Философия права. Пер. с нем. / Ред. и сост. Д. А. Керимов и В. С. Нерсесянц; Авт. вст. ст. и примеч. В. С. Нерсесянц. — М., 1990. — С. 384.

⁵ Там само. — С. 200.

діє в цей час¹. Йдеться про закони позитивного права, які повинні мати чітко виписану диспозицію з метою правильного тлумачення. Декларативний закон не повинен існувати, а коли він повідомляє про раніше існуючі закони, то він стає примусовим або непримусовим. Такі властивості позитивних законів породжують адекватні професійні дії юристів. Відтак у примусовому законі юрист повинен чітко усвідомити сутність правопорушення, а далі діяти згідно з законом. Непримусовий закон дає підставу для багатоальтернативних професійних дій². У такий спосіб І. Бентам застерігає юристів від неправильної кваліфікації правопорушень і закликає їх до постійного підвищення правової (професійної) культури.

Важливу роль для філософсько-правового осмислення морально-професійної культури судді, її формування і здійснення мають напрацювання М. Вебера, а саме його міркування щодо покликання, як внутрішньої спраги «здійснити свою працю». За Вебером, є кілька способів існувати в професії: жити «для професії», «за рахунок неї» і «професією». Той, хто живе «для професії», деякою мірою «творить своє життя із цього» — або він насолоджується відкрито владою, яку здійснює, або черпає свою внутрішню рівновагу і почуття власної гідності й усвідомлення того, що «служить справі»³. За «рахунок професії» живе той, хто намагається зробити із неї постійне джерело прибутків. Втім для того, щоб жити «для професії», вважає М. Вебер, необхідні нормальні умови — юрист має бути незалежним від прибутку, який вона має йому принести⁴. Важливим є твердження філософа і стосовно сенсу буття в професії⁵. Він полягає у тому, що треба діяти, зосередившись на своїй роботі, й відповідати вимогам дня і як людина, і як професіонал⁶. Отже, той суддя, який приходить у професію за покликанням, без сумніву, буде докладати всіх зусиль для професійного і морального самовиховання і самовдосконалення, постійного підвищення рівня і якості морально-професійної культури.

Б. О. Кістяківський висловлював слушну думку з приводу того, що хоча позитивне право є раціональним по суті, але на практиці воно

¹ Бентам І. Введение в основания нравственности и законодательства. — М., 1998. — С. 394.

² Там само. — С. 359.

³ Вебер М. Избранные произведения: Пер. с нем. / Сост., общ. ред. и послесл. Ю. Н. Давыдова; Предисл. П. П. Гайденко. — М., 199. — С. 711.

⁴ Там само. — С. 652–653.

⁵ Там само. — С. 720.

⁶ Там само. — С. 735.

здійснюється ірраціонально і складається з одиничних, конкретних, індивідуальних правових фактів. Адже в реальному житті все не безособове, схематичне і загальне, а навпаки — одиничне, конкретне, індивідуальне і багатопланове. Тому застосувати усталену логіку, єдину до всіх цих правових фактів неможливо. Відтак для пізнання правової дійсності юристові потрібно постійно звертатися до природного права, норм моралі, синергетичних законів; вдаватися до позасвідомих тверджень; використовувати правові почуття, власні переконання¹. Звідси випливає обґрунтованість необхідності підвищення рівня морально-правової культури судді.

Твердження про те, що сфера права не вичерпується позитивним законодавством, переконливо доводив і відомий російський філософ і юрист Б. М. Чичерін. Він вважав, що буквою закону визначаються ті юридичні норми, які діють у певний час і на певній території. Вони змінюються відповідно до потреб людей і їх поглядів. Отож не слід робити культ з позитивного права. Воно має постійно зазнавати адекватної корекції з боку природного права. Б. М. Чичерін писав, що поняття права геть затьмарилося в розумі сучасників. Воно, зведене до рівня практичного інтересу чи політики, стало вираженням егоїзму, але не особистісного, а суспільного, що перетворює особистість на в'ючну тварину, приречену нести непосильний тягар суспільних обов'язків, під якими вона знемагає². Він переконаний, що джерелом і основою будь-якого права є людська особистість з її духовною природою й вимогами, що з неї випливають і, відповідно, якщо духовність усувається з правосвідомості, це свідчить про цілковите затьмарення і дезорганізацію останньої. Ці твердження є надзвичайно актуальними, адже бездуховність, черствість, жорстокість є тими негативними рисами, які характеризують низький рівень морально-професійної культури судді або й повну її відсутність.

Надзвичайно важливі проблеми стосовно здатності людини завжди діяти за моральними принципами ставить В. Соловйов. Він вважає, що ця якість залежить не від доброї волі конкретної особи, а від «необхідного характеру»³. Дії такої людини або бездіяльність визначаються спо-

¹ Кистяковский Б. А. Философия и социология права / Сост. примеч., указ. В. В. Сапова. — СПб., 1999. — С. 206, 212–215.

² Чичерин Б. Н. Философия права. — М., 1990. — С. 56–58.

³ Соловьев В. Право и нравственность // Очерки из прикладной этики. — СПб. — С. 144–145.

нуваннями, які впливають із морального начала¹. Напрацювання В. Соловйова дають змогу усвідомити, що далеко не кожна людина може бути суддею. Це — професія вибраних. Адже навіть глибокі професійні знання, високі організаторські здібності знецінюються, якщо суддя не здатний діяти за моральними принципами.

Воля як нахил до добра, умова буття правди була предметом дослідження К. Неволіна². Він вважав, що воля характеризує теоретичну готовність людини до певної втрати. Фактично — це ще не дія, а думки про можливу дію, внаслідок чого людина позбавиться певних благ. Таким чином, воля відображає підготовку людини (судді) до жертвовної праці, за яку не буде відповідної винагороди, свого роду «договір» із власним сумлінням і своїм психічним станом. Реалізація волі настає автоматично, без роздумів і жодних коливань. Крім того, воля не повинна творити зла, а добро — в необмеженості. Отож суддя з високим рівнем вольового розвитку свою волю скеровує на власну правомірну поведінку у бік добра, яке є предметом волі³.

Імперативний характер моральних норм й імперативно-атрибутивний характер правових переживань аналізує в своєму вченні Л. Петражицький⁴. Він розглядає такі види нормативних емоційно-інтелектуальних поєднань, як моральні і правові переживання. Філософ вважає, що ці види переживань відрізняються між собою та утворюють один вищий, що охоплює і ті й інші імпульси. Відтак нерідко у професійній діяльності юрист нерівномірно виявляє почуття обов'язку, у вигляді «переміжних приступів», які то з'являються і піднімаються, то падають і зникають, як хвилі під час нерішучості, боротьби і колізій різних емоційних захоплень, які спокушають⁵. Отже, суддя має постійно «прислухатися» до внутрішнього імперативу обов'язку, без чого неможливим є формування його внутрішнього переконання.

Вихідним пунктом аналізу дослідження видатного німецького філософа права Г. Радбрухта є пріоритет і виключна цінність особистості

¹ Соловьев В. Право и нравственность // Очерки из прикладной этики. — С. 101–102.

² Неволин К. А. Энциклопедия законовещения. История философии законодательства / Вступ. ст. Д. И. Луковской, С. С. Гречишкина, Ю. В. Ячменева; Подготовка текста С. С. Гречишкина. — СПб., 1997. — С. 33–35.

³ Там само. — С. 33–35.

⁴ Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. — СПб., 2000. — С. 39.

⁵ Там само. — С. 43.

у праві. Він відносить право до сфери культури і визначає його як даність, сенс якої в устремлінні до ідеї права. Ця ідея не може бути ні чим іншим, ніж справедливістю. При цьому Радбрухт розуміє ідею не у платонівському сенсі як інтуїтивно осмислені прообрази речей, а в кантівському — як поняття про досконалість, до якої можна наближатися, але неможливо повністю досягти. Він розвиває свою думку, аналізуючи так звані форми життя «юридичної людини», специфіку правового мислення¹, важливість правового почуття² і вказує шляхи втілення своїх ідей в юридичну практику³. За Г. Радбрухтом, «форма життя» юриста — «змішане явище, оскільки і ідея права, до якої вона (тобто «форма життя») належить, також є змішаним явищем, тріадою — справедливість, доцільність і правова стабільність (безпечність)»⁴. Справедливість має вирішальне значення для «душевної структури» юриста у двоякому сенсі: як ідеальна і як позитивна справедливість (правова стабільність)⁵. Крім того, філософ акцентував і на необхідності певної рефлексії юриста стосовно своєї професії, покликання, усвідомлення останнім важливості виконання свого професійного обов'язку. Г. Радбрухт підкреслював: «Хороший юрист перестав би бути хорошим юристом, якби він кожен мить своєї діяльності не усвідомлював би необхідність задаватися питанням про користь обраної ним професії... Юристи ставлять перед собою найбільш складне завдання: вірити в своє життєве призначення і одночасно в глибині душі постійно сумніватися в собі»⁶.

Про окремі аспекти морально-професійної культури судді розмірковує Н. Алексєєв. Особливу роль у своєму дослідженні він відводить «особі права» — юристові, ефективність професійних дій якого залежить від багатьох факторів. Як фахівець юрист (суддя) повинен володіти чистою волею і мати «єдність вчинків»; бачити правове явище і вміти виявити причину. Належний рівень моральної культури дає можливість проявити цю чисту волю без порушень структур духовного світу інших осіб⁷.

Для В. Нерсєсянца правова (професійна) культура юриста — це частина правової культури суспільства. Крім того, філософ вважає, що

¹ Радбрухт Г. Философия права: Пер. с нем. — М., 2004. — С. 115, 117–118.

² Там само. — С. 120–121.

³ Там само. — С. 125–126.

⁴ Там само. — С. 114.

⁵ Там само. — С. 115.

⁶ Там само. — С. 125–126.

⁷ Алексєєв Н. Н. Основы философии права / Вст. ст., примеч. А. П. Альтова, Д. В. Масленникова, М. Б. Ревнова. — СПб., 1998. — С. 82, 91–92.

якість і професіоналізм юридичної діяльності визначаються поняттями «свобода», «воля» (за Г. В. Ф. Гегелем). До того ж воля без інтелекту неможлива, як неможливе мислення без волі¹.

Д. Керимов, визначаючи сутність специфіки правової культури, наголошував на важливості суб'єктивних чинників. Звідси, правова культура — це спосіб життя, що «...ґрунтується на праві та правопорядку, на загальнолюдських цінностях, у відповідності з якими здійснюється законотворчість та правореалізуюча практика»².

Світ права і моральності, за С. Максимовим, — це у своїй основі деонтологічний світ належного, а не існуючого³. Передумови людської свободи і норми належного, на його думку, складають логічний мінімум деонтологічної реальності⁴. С. Максимов зазначає, що юрист не повинен бути вузьким «висушеним» професіоналом. А запобігти такому негативному перевтіленню мають філософські роздуми юриста над правом⁵. І це жодною мірою не псує його як «хорошого» професіонала, відбираючи в нього впевненість і безпеку, обтяжуючи думками, які тільки ускладнюють його роботу. Навпаки, таким чином, у його правосвідомості відбувається вираження найбільш значущих правових сенсів, фіксується правова ментальність в універсальних аспектах⁶.

На рефлексивній діяльності, як здатності людини до самоаналізу, дослідження своїх духовно-практичних відносин з реальністю в контексті загальних категорій світосприйняття — таких, як Добро і Зло, Життя і Смерть, акцентує і В. Бачинін. Він вбачає безпосередній зв'язок між рівнем розвитку філософсько-правової свідомості й ефективністю рефлексивної діяльності — чим вищий рівень розвитку філософсько-правової свідомості, тим ефективніша рефлексивна діяльність⁷. Звідси, чим вищий рівень морально-правової свідомості судді, тим ефективніша його рефлексивна діяльність, яка сприяє формуванню його морально-професійної культури — процесу самостворення і самовдосконалення, як людини, так і фахівця⁸.

¹ Нерсесянц В. С. Философия права: Учебник для вузов. — М., 1997. — С. 48.

² Керимов Д. А. Культура и техника законотворчества. — М., 1991. — С. 18.

³ Максимов С. И. Правовая реальность: опыт философского осмысления: Монография. — Харьков, 2002. — С. 149.

⁴ Там само. — С. 152.

⁵ Там само. — С. 54–55.

⁶ Там само. — С. 274.

⁷ Бачинин В. А. Философия права и преступления. — Харьков, 1999. — С. 17.

⁸ Там само. — С. 259, 291, 292.

Схожі погляди стосовно філософсько-правової рефлексії висловлює і В. Шкода, який вважає, що у практичній діяльності юристи все-таки покликані стати «практичними філософами», хоча не завжди це спроможні визнати, оскільки вважають себе реалістами. Однак загальний результат (вирок) є підсумком аналізу окремих фактів юридичної практики, а цей аналіз юридичних явищ зрештою веде до філософії¹.

Проблемам правового мислення, яке є надзвичайно важливим аспектом морально-професійної культури судді, присвячують свої дослідження В. Розін, І. Грязін, О. Жалінський та ін. Вони визначають правове мислення по-різному: як «зручну» в методологічному плані наукову абстракцію, яка охоплює різні особливості юридичного пізнання і наукового світогляду²; як «...процес пізнання, що приводить до виникнення, розвитку і відторгнення юридичних формул»³; як «соціально-правове мислення юриста-професіонала»⁴.

Все ж на більш високому рівні цей феномен розглянув А. Овчинников. Він вважає, що процедура правового мислення є складним механізмом взаємозв'язку «мислення в праві», яка виникає з особливої природи правового знання, що виражається начебто у «включеності», «зачепленості» індивіда цим знанням, переживання необхідності «еквівалентності покарання», і «мислення про право»⁵. Відтак суддя, який має досвід постійного правозастосування, розуміння норми завжди здійснює з величезною кількістю співставлень її сенсів (у тій мірі, в якій він зрозумів на цей час) у свідомості з можливими випадками її застосування. Саме це можна назвати «підйомом до загального», яке дозволяє зрозуміти юридичну сутність норми. Начебто «відредагувати» рамки всезагальності норми позитивного права з урахуванням конкретної ситуації⁶. Крім того, дослідник виділяє імперативний характер морально-професійних норм у діяльності суддів, осердям якого є гуманність (яка ніколи не вильтється у свавілля) і справедливість⁷.

¹ Шкода В. В. Вступ до правової філософії. – Х., 1997. – С. 38–39.

² Розін В. М. Юридическое мышление в исторической и современной перспективе. – Тольятти, 1996. – С. 11.

³ Грязин И. Текст права (Опыт методологического анализа конкурирующих теорий). – Таллин, 1983. – С. 16.

⁴ Жалинский А. Э. Социально-правовое мышление и проблемы борьбы с преступностью. – М., 1989. – С. 6.

⁵ Овчинников А. И. Правовое мышление в правоприменительном процессе: Опыт герменевтической методологии // Философия права. – 2003. – № 2. – С. 79.

⁶ Там само. – С. 81.

⁷ Овчинников А. И. Евразийский идеал правовой государственности // Вісник Луганської академії внутрішніх справ МВС імені 10-річчя незалежності України. Спец. вип. – 2004. – Ч. 1. – С. 56–57.

Отже, історія філософсько-правової рефлексії морально-професійної культури судді і споріднених з нею явищ створює підґрунтя для подальшого дослідження цього феномену. Перед сучасними науковцями стоїть широкий спектр завдань, що полягає в дослідженні філософсько-правового змісту, сутності і структури морально-професійної культури судді та розв'язанні низки організаційно-правових питань, пов'язаних з подоланням проблем і суперечностей її реалізації.

Фундаментальні принципи права: загальнотеоретичне дослідження

Проблематика загальних принципів права, до якої вже звертались як вітчизняні, так і зарубіжні правники — представники загальнотеоретичної та галузевої юриспруденції, — у багатьох питаннях і дотепер залишається вельми малодослідженою в силу низки причин як ґносеологічного, так і соціально-політичного та державно-юридичного плану. До першої групи причин можна віднести насамперед значну теоретико-методологічну складність проблем, пов'язаних, зокрема, з необхідністю дотримання єдності рівнів пізнання при описі такого феномену, як принцип права та коректного застосування процедур сходження від абстрактного до конкретного, а також змістовну невизначеність загальних засад права.

До причин же другої групи належать насамперед трансформаційний, перехідний характер правової системи України, відсутність єдиної національної концепції правового розвитку, істотні прогалини й деформації у сфері професійної правової свідомості, наслідками яких стає неготовність, а в багатьох випадках і небажання окремих правозастосовувачів здійснювати реальне просування в життя загальних засад, задекларованих у законодавстві. Ці чинники призводять до того, що нині, в умовах виникнення низки кризових явищ у вітчизняній правовій системі, доктринальна розробка означених проблем не тільки не втрачає своєї актуальності, а навпаки, стає дедалі нагальнішою.

В українській загальнотеоретичній юриспруденції констатовано, що однією з тенденцій сучасного державно-юридичного регулювання суспільних відносин є його деформалізація. Проявами цього є, зокрема, розширення сфери застосування загальнодозволеного типу регулювання, а також зростання питомої ваги використовуваних у законодавстві оціночних (насамперед моральних) понять. А це зумовлює підвищення ролі принципів, вихідних засад права у будь-якій юридично значущій діяльності. У цьому вбачається третя група причин того, що нині неабияк актуалізуються загальнотеоретичні дослідження означених принципів, а можливо, ще більше — дослідження механізмів їх впливу на таку діяльність.

З огляду на це рецензована монографія харківського теоретика С. Погребняка, спеціально присвячена названій проблемі¹, видається досить актуальною.

Від попередніх вітчизняних загальнотеоретичних праць стосовно принципів права ця книга помітно відрізняється.

По-перше, у ній досліджуються передовсім саме ті принципи права, які мають бути підвалиною, фундаментом державно-юридичного регулювання у демократичному суспільстві, — принципи *основоположні*. Вона є піонерською у сучасній вітчизняній загальнотеоретичній юридичній науці спробою системного дослідження саме таких принципів права на основі визначних світових здобутків філософсько-правової думки минулого та сучасності. По-друге, розкриваючи й обґрунтовуючи зміст кожного з них, автор широко і конструктивно залучає перекладені російською та українською мовами праці зарубіжних вчених. І по-третє, він прагне продемонструвати вплив таких принципів не тільки на юридичну нормотворчість, але й на правозастосування та правотлумачення.

Така нетрадиційність авторського підходу зумовила і новизну низки висновків цього дослідження. Йдеться, зокрема, про визначення загального поняття основоположних принципів права, про аналіз засад «матеріальної» справедливості, пропорційності, правової визначеності.

Автор детально структурує розглядувані принципи, виокремлюючи в них матеріальні, формальні й процедурні аспекти; розкриває ідейний зміст, соціальні функції та юридичне значення розглядуваних основоположних засад права. Втілення основоположних принципів у позитивному праві розглядається на широкому емпіричному матеріалі вітчизняної та зарубіжної юридичної практики, із залученням численних актів національного й зарубіжного законодавства та конституційного судочинства. Стосовно останніх слід відзначити, що в монографії, вперше в українському правознавстві, здійснено аналіз використання низки основоположних принципів права у рішеннях Конституційного Суду України (с. 94–95 та ін.). Гадаємо, що ґрунтовне системне дослідження матеріалів практики єдиного органу конституційної юрисдикції України становить вагомий внесок до загальнотеоретичного осмислення вироблених ним правотлумачних положень та правових позицій.

Безперечно, усім викладеним не вичерпується позитивне значення праці С. Погребняка. Однак, поряд із наведеним вище, хотілося б звер-

¹ Погребняк С. П. Основоположні принципи права (змістовна характеристика): Монографія. — Х.: Право, 2008. — 240 с.

нути увагу й на низку тих положень дослідження, котрі, на наш погляд, видаються дискусійними.

Обґрунтування того, що систему основоположних принципів складають справедливість, рівність, свобода та гуманізм, базується на припущенні про те, що «розумні та добре інформовані люди, перебуваючи у первісній позиції, яка характеризується «запоною незнання», і обговорюючи ті засади, на яких має ґрунтуватися право як загальнообов'язковий регулятор, зроблять свій вибір на користь *справедливості, рівності, свободи і гуманізму*». І з огляду на таке припущення зроблено висновок, що «ці ідеї можна вважати *основоположними принципами — засадами права*» (с. 38). Однак навряд чи усі зазначені принципи були основоположними для права, наприклад, найдавніших держав. Якщо ж проблематика монографії стосується лише сучасного періоду розвитку людства (а про це у передмові не зазначено), то у ній автором не встановлено той факт, що в усіх існуючих на сьогодні національних правових системах світу закріплені справедливість, рівність, свобода та гуманізм і що саме вони є концентрованим виразом найважливіших сутнісних рис і цінностей кожної такої системи.

Як відомо, крім «основоположних» принципів, право характеризується ще й іншими різновидами принципів. Проте автор про останні не згадує, внаслідок чого відмінність від них принципів саме основоположних та критерії розмежування перших і других у книзі не висвітлено. А втім, оскільки — за авторською дефініцією — основоположні принципи прив'язуються до сутнісних рис, притаманних *певній* системі права, визначають її характер (с. 37), то йдеться, скоріше за все, про конкретно-історичні, а не загальнолюдські, загальноцивілізаційні принципи права, які мабуть, тільки і можуть вважатись основоположними принципами *сучасного* права (до речі, як і основоположні права людини).

Розкриття змісту досліджуваних у книзі принципів відзначається, можливо, надмірною абстрактністю і позаісторичністю. І це до деякої міри є, вочевидь, неминучим, нездоланим з огляду на граничну загальність тих оціночних понять, які використовуються при формулюванні таких принципів, а також на універсальність, «вселюдськість» тих термінів, якими ці поняття позначаються. Тому-то, як відомо, в історії права такі терміно-поняття конкретизувались і тлумачились навіть суперечливо плюралістично, обслуговуючи у такий спосіб потреби та інтереси різноманітних суспільств та їх окремих частин. Найбільш рельєфно, так би мовити, маніпулятивний (щоб не сказати, «спекулятивний») характер таких понять виявляється тоді, коли автор відносить до

«загальнолюдських стандартів» чесність, відвертість, надійність тощо (с. 135). Саме такими терміно-поняттями зазвичай опосередковувались ті явища, котрі останнім часом у фаховій літературі названі «правовою демагогією», «правовою міфотворчістю», «юридичними химерами» (В. Баранов, Б. Хохлов та ін.). Маніпулятивний потенціал таких понять (а отже, і принципів, при формулюванні яких такі поняття використовуються¹) не привернув особливої уваги автора (хоч, наприклад, він погоджується з твердженням про те, що стосовно принципу рівності «в готовому вигляді відсутній тест, потрібний для правильного з'ясування загального і відмінного у відносинах, що порівнюються» (с. 87)). Одна з причин цього, можливо, полягає в тому, що автор не висвітлив, навіть не задекларував свою *методологію* дослідження означених принципів права — особливо в їх смисловій, соціально-змістовній площині.

На окрему увагу заслуговувало би питання про співвідношення розглядуваних принципів між собою. Поза розглядом цього питання важко переконатись у самостійності кожного з таких принципів. Утім, характеризуючи, наприклад, принцип свободи, автор розкриває його зміст через *справедливість* і *рівність* (с. 124–125), хоча кожна з останніх визнається, у свою чергу, змістом окремих, самостійних принципів.

Симптоматичним у цьому відношенні є й те, що намагаючись схарактеризувати «природну матеріальну (змістовну) справедливість», автор робить це за посередництва формальних (проте аж ніяк не змістовних) ознак процесуальної справедливості (с. 68–74).

У рецензованій праці наводяться здебільшого такі положення інших фахівців, з якими С. Погребняк погоджується. (У той час як із «сюжетів», яких ці положення стосуються, у літературі існують досить неоднозначні, навіть взаємовиключні, позиції). Такий спосіб подачі матеріалу дозволив автору практично ухилитись від полеміки з прихильниками інших поглядів. А наука без дискусій неможлива.

Не можна не відзначити й того, що майже всі принципи права, які розглядаються С. Погребняком, декларувались, фіксувались і в радянському праві (хоча тепер багато дослідників визнають це право дефектним саме з огляду на такі принципи). Проте автор не використав відповідні монографічні дослідження радянських теоретиків права (зокрема, В. Кучинського, Г. Мальцева, Ю. Фарбера, В. Чхиквадзе). Можна піддавати ці дослідження якій завгодно критиці, однак навряд чи є коректним робити вигляд, що їх взагалі не було.

¹ Див. напр., *Гаджиев Г.* Принципы права и право из принципов // Сравнительное конституционное обозрение. — 2008. — № 2. — С. 23–45.

Підсумовуючи ж загальне враження від рецензованої монографії, можна стверджувати, що вона сприятиме поглибленню наукових уявлень стосовно «номенклатури» та інтерпретації фундаментальних принципів позитивного права сучасних демократичних держав, а також про основні напрями і засоби втілення цих принципів у практику державно-юридичного, насамперед судового, регулювання суспільних відносин.

П.Рабінович, доктор юридичних наук,

Д.Гудима, кандидат юридичних наук,

С.Рабінович, кандидат юридичних наук

(Львівська лабораторія прав людини і громадянина НДІ державного будівництва та місцевого самоврядування АПрН України)

Академічний курс земельного права України

Видавничим домом «Ін Юре» у 2008 р. було видано підручник для студентів юридичних спеціальностей вищих навчальних закладів «Земельне право України»¹, підготовлений відомими вітчизняними вченими — доктором юридичних наук, професором, членом-кореспондентом НАН України, академіком Академії правових наук України, завідувачем відділу правових проблем аграрного, земельного та екологічного права Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України В. І. Семчиком, доктором юридичних наук, професором, членом-кореспондентом Академії правових наук України, завідувачем кафедри екологічного права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого М. В. Шульгою та кандидатом юридичних наук, старшим науковим співробітником Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України П. Ф. Кулиничем.

Актуальність та своєчасність видання зазначеного підручника не викликає жодних сумнівів. Адже незважаючи на те, що й раніше видавалися підручники та навчальні посібники із земельного права України, науково-практичні коментарі до Земельного кодексу України, рецензоване видання враховує усі зміни до земельного законодавства України та останні досягнення земельно-правової науки.

Запропонований підручник розкриває всі правові інститути сучасного земельного права. Поданий матеріал логічно поділений на Загальну та Особливу частини. У Загальній частині послідовно розкриваються предмет, методи й система, історія земельного права, джерела земельного права, земельні правовідносини тощо. Особливу увагу приділено характеристиці права власності та інших прав на землю (права землекористування, права оренди, права земельного сервітуту та ін.). Вважаємо, що важливим є включення до Загальної частини підручника матеріалу щодо правового регулювання обігу земельних ділянок. Подання зазначених положень та їх засвоєння студентами юридичних спеціальностей вищих навчальних закладів має непересічне значення, що підкреслюється сучасним станом формування ринку земель в Україні.

¹ Земельне право України: підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. / В. І. Семчик, П. Ф. Кулинич, М. В. Шульга. — К., 2008. — 600 с.

У свою чергу, Особлива частина підручника присвячена висвітленню правового режиму земель окремих категорій: земель сільськогосподарського призначення, земель житлової та громадської забудови, земель промисловості, транспорту, зв'язку, енергетики, оборони, природно-заповідного фонду та іншого природоохоронного призначення, оздоровчого, рекреаційного, історико-культурного, лісгосподарського призначення та земель водного фонду.

Окремо слід відмітити, що усі розділи підручника написані з широким використанням змісту не тільки значної кількості актів земельного законодавства, а й підзаконних відомчих нормативно-правових актів, що додає йому практичної спрямованості. Також слід сказати про науковий зміст підручника, на сторінках якого знайшли місце відповідні посилання на фахові видання останніх років із земельного законодавства та права. При цьому зберігається легкість викладення матеріалу з авторськими поясненнями складних положень доступною мовою. Враховуючи те, що рецензований підручник адресований студентам, це заслуговує позитивної оцінки. Можна очікувати, що дане видання буде користуватися попитом не тільки у студентів, а й серед широкого кола читачів.

Ознайомлення з підручником справляє добре враження, він написаний на належному навчально-методичному рівні, що підкреслюється тим, що його видано під грифом Міністерства освіти і науки України як підручник для студентів вищих юридичних навчальних закладів.

Втім потребує зауваження наступне. У підручнику подано окремий розділ, який стосується правової охорони земель, у якому висвітлені питання щодо юридичної відповідальності за порушення законодавства про охорону та використання земель. Проте, на нашу думку, слід було б більш широко подати матеріал щодо сутності та порядку вирішення, врегулювання земельно-правових спорів, оскільки це має сьогодні непересічне значення та викликає багато проблем у практичній діяльності. Крім того, слід підкреслити, що в сучасних умовах належне вирішення земельних спорів виступає однією з гарантій земельних прав. Разом з тим висловлене зауваження жодною мірою не знижує високої якості рецензованого підручника.

Остаточний висновок може бути таким — рецензований підручник «Земельне право України» значно збагатить бібліотеку національних земельно-правових видань. Підручник стане у пригоді не лише студентам юридичних спеціальностей вищих навчальних закладів, але й може бути використаний практикуючими юристами, студентами економічних та сільськогосподарських вищих навчальних закладів, а також

іншими читачами, які цікавляться актуальними земельно-правовими проблемами.

Усе викладене переконує, що підручник «Земельне право України», підготовлений доктором юридичних наук, професором, членом-кореспондентом НАН України, академіком Академії правових наук України В. І. Семчиком, доктором юридичних наук, професором, членом-кореспондентом Академії правових наук України М. В. Шульгою та кандидатом юридичних наук, старшим науковим співробітником Інституту держави і права ім. М. В. Корецького НАН України П. Ф. Кулиничем, абсолютно справедливо може вважатися академічним курсом земельного права України.

***Віталій Уркевич**, доктор юридичних наук,
доцент кафедри аграрного права
Національної юридичної академії
України імені Ярослава Мудрого*

Щорічні всеукраїнські «круглі столи» з антропології права: львівська традиція

Ось уже чотири роки поспіль Лабораторія досліджень теоретичних проблем прав людини юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка організовує неординарні за тематикою та за колом зацікавлених осіб «круглі столи» на тему: «Антропологія права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи)». Ці заходи, зазвичай, здійснюються за участю Інституту держави і права ім. В. М. Корецького Національної академії наук України та Львівської лабораторії прав людини і громадянина НДІ державного будівництва та місцевого самоврядування АПрН України.

У 2005–2008 рр. у роботі зазначених наукових форумів взяли участь понад п'ятдесят фахівців, частина з яких вже стала постійними їх учасниками. З них майже 80 % становлять вчені (як правознавці, так і філософи), а 20 % — практикуючі юристи майже з усіх куточків України — Дніпропетровська, Запоріжжя, Києва, Луганська, Луцька, Львова, Макіївки, Одеси, Рівного, Сімферополя, Харкова, Хмельницького, Чернівців. І хоча «круглий стіл» має статус всеукраїнського, останніми роками до участі в його роботі зголошуються і науковці з ближнього зарубіжжя (Мінськ, Новосибірськ).

За результатами проведення перших трьох «круглих столів» було видано збірки понад 80 статей їх учасників обсягом 58,14 умовних друкованих аркушів¹.

Робота IV Всеукраїнського «круглого столу» відбувалася 28–29 листопада 2008 р. за такими трьома тематичними напрямками:

¹ Антропологія права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи): Матеріали Першого всеукраїнського круглого столу (м. Львів, 16–17 вересня 2005 р.). — Львів, 2006. — 320 с.; Антропологія права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи): Статті учасників Другого всеукраїнського «круглого столу» (м. Львів, 1–2 грудня 2006 р.). — Львів, 2007. — 340 с.; Антропологія права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи): Статті учасників Третього всеукраїнського «круглого столу» (м. Львів, 23–24 листопада 2007 р.). — Львів, 2008. — 344 с.

«Антропологія права: об'єкти, предмети та методологія дослідження. Праворозуміння як визначальна детермінанта антропологічно-правових досліджень»;

«Правові властивості людини й антропні властивості права; універсалізація права та культурні універсали; плюралізація права та культурно-історичний плюралізм»;

«Антропологічні аспекти права у позитивістських й альтернативних їм доктринах. Антропологічні дослідження у XX–XXI ст. і їх значення для становлення та розвитку антропології права».

Відкриваючи засідання цього «круглого столу», член-кореспондент АПрН України, доктор юридичних наук, професор кафедри теорії та філософії права юридичного факультету ЛНУ ім. І. Франка, завідувач Львівської лабораторії прав людини і громадянина НДІ державного будівництва та місцевого самоврядування АПрН України **П. Рабінович** привернув увагу присутніх до *антропологічного інструментарію Загальної декларації прав людини*.

У подальшому учасники «круглого столу» дискутували, обговорюючи виступи, присвячені *рівності як одній із загальних засад права* (кандидат юридичних наук, доцент НЮА України ім. Ярослава Мудрого **С. Погребняк**); *порівняльній характеристиці сучасної доктрини та класичної концепції прав людини* (кандидат юридичних наук, завідувач Лабораторії дослідження теоретичних проблем прав людини юридичного факультету ЛНУ ім. І. Франка, доцент кафедри теорії та філософії права цього факультету **С. Добрянський**); *антропологічним засадам сучасного іудейського праворозуміння* (кандидат юридичних наук, асистент кафедри теорії та філософії права юридичного факультету ЛНУ ім. І. Франка, науковий співробітник Львівської лабораторії прав людини і громадянина НДІ державного будівництва та місцевого самоврядування АПрН України **Д. Гудима**); *правовій визначеності у реалізації прав людини* (старший викладач кафедри державно-правових наук факультету правничих наук Національного університету «Києво-Могилянська академія» **Ю. Матвєєва**); *взаємозв'язку соціального й індивідуального у поняттях «право» та «права людини»* (кандидат філософських наук, декан факультету права і психології Макіївського економіко-гуманітарного інституту **О. Губар**); *балансу інтересів людини та суспільства як основи правотлумачення Європейського суду з прав людини* (кандидат юридичних наук, асистент кафедри теорії та філософії права юридичного факультету ЛНУ ім. І. Франка, науковий співробітник Львівської лабо-

раторії прав людини і громадянина НДІ державного будівництва та місцевого самоврядування АПрН України **Т. Дудаш**); *соціальним основам юридичних «очевидностей»* (кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник Львівського державного університету внутрішніх справ **С. Рабінович**); *аналізу праці Б. Кістяківського «Суспільство та індивід»* (кандидат філософських наук, доцент філософського факультету ЛНУ ім. І. Франка **М. Альчук**); *суддівському праворозумінню у контексті філософії правосуддя* (кандидат юридичних наук, науковий співробітник Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, відповідальний секретар міжнародного часопису «Проблеми філософії права» **В. Бігун**); *зв'язку антропології права з юридичною герменевтикою* (аспірантка кафедри філософії НЮА України ім. Ярослава Мудрого **Н. Сатохіна**); *проблематиці символічної реальності та права* (кандидат юридичних наук, доцент кафедри теорії та історії держави і права Академії митної служби України **Д. Бочаров**); *образу людини в європейській правовій традиції* (кандидат юридичних наук, доцент кафедри теорії держави і права НЮА України ім. Ярослава Мудрого **В. Смородинський**); *людському капіталу у праві відкритого суспільства* (аспірант кафедри історії і теорії держави та права Запорізького національного університету **О. Макаренко**); *інструментарію правової політики у регулюванні правотворчості* (студентка НЮА України ім. Ярослава Мудрого **С. Левчук**); *концепції права як детермінанти державної політики України* (кандидат філософських наук, докторант Львівського регіонального інституту державного управління НАДУ при Президентові України **П. Петровський**).

Активну участь у дискусіях також взяли: кандидат юридичних наук, доцент кафедри правових засад підприємництва Львівського державного університету внутрішніх справ **Ю. Лобода**, старший викладач Львівського державного інституту новітніх технологій та управління ім. В. Чорновола **Е. Єленевський**, викладач кафедри гуманітарних дисциплін юридичного факультету КНУВС **Д. Кобринський**, асистент кафедри теорії та філософії права юридичного факультету ЛНУ ім. І. Франка **Н. Стечик** й аспірант цієї кафедри **Т. Полянський**.

Загалом є підстави резюмувати, що зазначені «круглі столи» набули помітної популярності в Україні і стали доброю традицією львівської правничої школи. Тому можна сподіватися на те, що у 2009 р. на

«круглий стіл» з антропології права, який відзначатиме свій перший п'ятилітній ювілей, у черговий раз зберуться вітчизняні фахівці з філософії та теорії права, зацікавлені в подальших дослідженнях взаємозв'язків людини та права.

Д. Гудима, науковий співробітник

Львівської лабораторії прав людини і громадянина

НДІ державного будівництва та місцевого самоврядування АПрН України

НАШІ ЮВІЛЯРИ



Виповнилося 85 років від дня народження і 55 років науково-педагогічної та громадської діяльності відомого вченого нашої країни в галузі кримінального права і кримінології, доктора юридичних наук, професора, члена-кореспондента Академії правових наук України **Івана Миколайовича Данишина**.

І. М. Данишин народився 4 жовтня 1923 р. на Слобожанщині у с. Стариця Вовчанського району Харківської області. У 1927 р. разом із батьками переїздить до Харкова. Тут у 1941 р. він закінчує середню школу.

З 1943 р. перебуває в діючій армії. У складі винищувально-протитанкової бригади (командир гранатної обслуги, командир бойового взводу) І. М. Данишин брав активну участь у боях на Курсько-Белгородському напрямі, Калінінському фронті, у Прибалтиці, Угорщині, Австрії та Чехословаччині. Учасник визволення від німецько-фашистських загарбників Харкова і України. Нагороджений орденами Червоної Зірки, Вітчизняної війни I ступеня, «За мужність», двома медалями «За відвагу» та 17 пам'ятними медалями.

Після демобілізації І. М. Данишин вступає до Харківського юридичного інституту (нині — Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого), який закінчив у 1949 р. Після цього 12 років перебував на практичній роботі. У 1949–1952 рр. працював у Полтавській обласній колегії адвокатів. З 1952 до 1953 р. — юрисконсульт відділу комунального господарства виконкому Харківської обласної Ради, з 1953 р. до 1960 р. — помічник голови виконкому Харківської міської Ради. Практичну роботу поєднував з педагогічною — викладав курс основ держави і права, читав лекції з цивільного і трудового права, з організаційно-правових основ діяльності місцевих Рад у різних навчальних закладах Харкова.

З 1961 р. І. М. Данишин знову в юридичному інституті: в 1961–1964 рр. навчався в аспірантурі на кафедрі кримінального права і процесу; з 1964 по 1965 р. — асистент цієї ж кафедри; з 1965 по 1967 рр. — старший викладач кафедри; у 1967 і 1968 рр. працював заступником декана

заочного та вечірнього факультетів інституту. В 1968 р. затверджується доцентом кафедри кримінального права. Протягом п'яти років (1968–1973) працює проректором інституту з наукової роботи. У 1973 р. обраний завідувачем кафедри кримінології та виправно-трудоного права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого. З 1998 р. працює в Академії на посаді професора кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права. У 1996–1998 рр. за сумісництвом обіймав посаду заступника директора НДІ вивчення проблем злочинності Академії правових наук України.

У 1965 р. І. М. Даньшин захистив дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук на тему «Хуліганство та заходи щодо його ліквідації у СРСР», у 1976 р. — дисертацію на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук на тему «Загальні питання кримінально-правової охорони громадського порядку». Науковий ступінь доктора юридичних наук присуджено у 1977 р., вчене звання професора присвоєно у 1978 р. У 1993 р. його було обрано членом-кореспондентом Академії правових наук України.

У 1990 р. І. М. Даньшину присвоєно почесне звання Заслуженого працівника народної освіти України. Він — Заслужений професор Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого (2000 р.). У 2002 р. йому присуджена Премія імені Ярослава Мудрого в номінації «За видатні досягнення в науково-дослідницькій діяльності з проблем правознавства». Нагороджений орденом «За заслуги» III ступеня у 2004 р.

І. М. Даньшин — обіймав посаду заступника академіка-секретаря відділення наук кримінального циклу Академії правових наук України, член редакційних колегій наукових журналів, член президії Кримінологічної асоціації України, член спеціалізованої Вченої ради при Національній юридичній академії України імені Ярослава Мудрого по захисту докторських і кандидатських дисертацій. Він брав участь у підготовці декількох проектів законів та інших нормативних актів України. Був учасником багатьох вітчизняних та міжнародних наукових конференцій, проведених як в Україні, так і в іноземних державах.

І. М. Даньшин підготував понад 20 докторів та кандидатів наук, був науковим консультантом по чотирьох докторських дисертаціях. Він зробив вагомий особистий внесок у створення сучасної кримінологічної науки в Україні.

До сфери наукових інтересів І. М. Даньшина входять проблеми кримінального права (вчення про кримінально-правові відносини, поняття зло-

чину, юридична характеристика окремих злочинів та інші аспекти кримінальної відповідальності), кримінології (предмет, методологія і методи кримінологічної науки, детермінація злочинності і окремих злочинів, особа злочинця, кримінологічна характеристика окремих видів злочинів). На обласному конкурсі «Вища школа Харківщини — кращі імена» він став переможцем у номінації «Викладач фундаментальних дисциплін» (2000 р.).

І. М. Даньшин є автором понад 200 наукових праць, з них — 8 персональних та 9 колективних монографій, співавтором трьох підручників. Найбільш відомими його роботами є: «Уголовно-правовая охрана общественного порядка» (1973), «За преступления — наказания» (1975), «Преступность: понятие и общая характеристика, причины и условия» (1988), «Введение в криминологическую науку» (1998), «Криминология. Загальна та Особлива частини» (автор дев'яти розд. та заг. ред., 2003).

Принциповість і порядність, широка ерудованість і професіоналізм, високі людські якості, сумлінне ставлення до своїх обов'язків здобули І. М. Даньшину заслужену повагу його колег і учнів. Президія Академії правових наук України і редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» щиро вітають **Івана Миколайовича Даньшина** з його славним ювілеєм і бажають йому міцного здоров'я, благополуччя, творчої наснаги, подальших успіхів у роботі.



Виповнилося 85 років від дня народження відомого вченого, доктора юридичних наук, професора, академіка Академії правових наук України, Заслуженого діяча науки і техніки України **Ігоря Гавриловича Побірченка**.

І. Г. Побірченко народився 15 листопада 1923 р. у м. Києві в родині службовців. З 1 листопада 1941 р. у лавах Радянської Армії брав активну участь у бойових діях на Південному, Північно-Кавказькому, 1-му Українському фронтах.

За відвагу і мужність, виявлені в боях з ворогом, І. Г. Побірченко нагороджений орденом Вітчизняної війни 2-го ступеня, двома медалями «За бойові заслуги», медалями «За відвагу», «За оборону Кавказу», «За взяття Берліна», «За визволення Варшави», «За визволення Праги», «За перемогу над Німеччиною у Великій Вітчизняній війні 1941–1945 рр.», а згодом чотирма ювілейними медалями — 20, 30, 40, 50 років Перемоги, трьома ювілейними медалями 50, 60, 70 років Збройних Сил СРСР, медалью Маршала Жукова.

Демобілізувавшись з армії, з 1947 по 1949 р. навчався у Київській юридичній школі, після закінчення якої 16 років був на керівній роботі в органах державного контролю, юстиції і державного арбітражу. У 1953 р. екстерном закінчив юридичний факультет Київського державного університету ім. Т. Г. Шевченка.

У 1965 р. І. Г. Побірченко за конкурсом переходить з посади головного державного арбітра Київського міжобласного державного арбітражу на постійну роботу на юридичний факультет Київського університету, де працює 28 років (у 1965–1971 рр. — доцентом, з 1971 р. — професором).

У 1971 р. захистив докторську дисертацію на тему «Господарські спори і форми їх вирішення». У 1972 р. йому було присвоєно вчене звання професора.

З травня 1972 р. І. Г. Побірченко очолює кафедру цивільного права, а в 1973 р. створює першу в Радянському Союзі кафедру господарсько-го права, яку очолює протягом 16 років.

Діапазон наукових інтересів І. Г. Побірченка надзвичайно широкий, йому притаманне особисте новаторство. Він перший у Радянському Союзі почав викладати університетський курс господарського права, створив першу в СРСР кафедру господарського права і перший у вузах кабінет правової роботи в народному господарстві, написав перші в Україні з грифом Мінвузу підручники з господарського права (був титульним редактором і співавтором) і арбітражного процесу. Його перу належать понад 240 наукових праць, серед яких 10 монографій, два підручники, 9 брошур. Широке міжнародне визнання здобула монографія І. Г. Побірченка «Хозяйственная юрисдикция (общее учение)», якою засновано новий напрям у юридичній науці — господарська юрисдикція. Серед його учнів 10 докторів і кандидатів юридичних наук, у тому числі науковці з В'єтнаму і Німеччини.

Окремі наукові праці І. Г. Побірченка видано іноземними мовами: англійською, болгарською, німецькою, польською, російською, сербською, словацькою, фінською, французькою, чеською (в Австрії, Болгарії, Нідерландах, Німеччині, Росії, Словаччині, Фінляндії, Франції, Чехії, Швейцарії, Югославії). Він брав активну участь у роботі міжнародних конгресів і конференцій: виступав із науковими доповідями, брав участь у дискусіях, що проходили в Києві, Дніпропетровську, Харкові, Белграді, Братиславі, Бремені, Бухаресті, Варшаві, Венеції, Відні, Женеві, Лейпцигу, Лісабоні, Кошицях, Москві, Парижі, Празі, Салоніках, Сеулі, Софії, Цюріху та в інших містах світу.

І. Г. Побірченко — талановитий педагог. Понад 30 років він викладав курси господарського права і арбітражного процесу в Київському університеті, читав лекції у Львівському, Тбіліському, Братиславському, Брнеському, Кошицькому, Лейпцизькому університетах, Харківському, Саратовському юридичних інститутах. Нагороджений золотими медалями Брнеського і Кошицького та срібною медаллю Братиславського університетів.

І. Г. Побірченко проводить активну громадську роботу. Багато років був головою цивільно-правових секцій науково-консультативної ради Верховного Суду України і наукової ради АН України, членом науково-консультативних рад Державного арбітражу, а згодом Вищого арбітражного суду СРСР, Міністерства юстиції України, членом експертної ради з філософських і правових наук Вищої атестаційної комісії СРСР, членом ради університетів Мінвузу України, членом науково-методичної комісії з правознавства Мінвузу України, відповідальним редактором «Вісника Київського університету» (серії права).

У 1992 р. при Торгово-промисловій палаті України І. Г. Побірченко створив і відтоді очолює перший в історії України Міжнародний арбітражний суд.

У 1993 р. обраний академіком Академії правових наук України.

І. Г. Побірченко був членом Комітету законодавчих ініціатив при Президенті України (1995–2000), членом ради Торгово-промислової палати України, є членом спеціалізованих вчених рад юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка та Інституту економіко-правових досліджень НАН України, членом редколегії журналу «Право України», членом наукової ради «Бюлетеню Міністерства юстиції України», головою редакційної ради науково-практичного юридичного журналу «Практика международного коммерческого арбитража», членом редакційної ради журналу «Судова практика», членом наукової ради науково-юридичного журналу «Санація та банкрутство», членом наукової ради журналу «Судоустрій і судочинство в Україні», членом редакційної ради Всеукраїнської газети адвокатів «Адвокатура».

І. Г. Побірченко є членом Міжнародної федерації арбітражних інститутів у Нью-Йорку і Європейської арбітражної групи при Міжнародній торговій палаті в Парижі, а також міжнародним арбітром в міжнародних арбітражних судах при торгово-промислових (господарських) палатах Австрії, Болгарії, Литви, Македонії, Російської Федерації, Словаччини, Стокгольму, Хорватії, Чехії, Югославії.

У 1997 р. І. Г. Побірченко був нагороджений орденом князя Ярослава Мудрого V ступеня, у 2003 р. — орденом князя Ярослава Мудрого IV ступеня. Також нагороджений орденами Богдана Хмельницького III ступеня (2000 р.), II ступеня (2006 р.), Почесною грамотою Кабінету Міністрів України (1998 р.), Почесною грамотою Верховної Ради України (2003 р.), медаллю ВР України «10 років незалежності України» (2001 р.), «Іменна вогнепальна зброя» (2004 р.).

Президія Академії правових наук України і редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» щиро вітають **Ігоря Гавриловича Побірченка** з ювілеєм і бажають йому міцного здоров'я, благополуччя, творчої наснаги і подальших успіхів.



Виповнилося 60 років з дня народження відомого українського правознавця, провідного фахівця в галузі екологічного права, члена-кореспондента Академії правових наук України **Михайла Васильовича Шульги**, який народився 7 листопада 1948 р. у с. Рудка Чернігівської області.

Понад 35 років ученого пов'язані з Національною юридичною академією України імені Ярослава Мудрого, де у 1974 р. М. В. Шульга розпочав свій науково-педагогічний шлях, який пройшов від асистента до професора, завідувача кафедри екологічного права. Його щоденна напружена праця, творчі сили, енергія, величезний науковий і педагогічний талант, великі організаторські здібності завжди були спрямовані на вдосконалення навчально-виховного процесу, підвищення якості підготовки висококваліфікованих молодих фахівців-юристів та наукових кадрів.

У 1981 р. М. В. Шульга захистив дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук на тему «Виникнення і припинення права користування землями сільських населених пунктів» (спеціальність 12.00.06), у 1998 р. — дисертацію на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук на тему «Актуальні проблеми правового регулювання земельних відносин в сучасних умовах» (спеціальність 12.00.06). Вчений ступінь доктора юридичних наук присуджено у 1999 р., вчене звання професора присвоєне в 2001 р. У 2002 р. обраний членом-кореспондентом Академії правових наук України.

Високі організаторські здібності М. В. Шульга виявив при організації Інституту підвищення кваліфікації. Багато творчих сил та енергії

було спрямовано на розробку тематики наукових досліджень становлення інституту.

М. В. Шульга доклав чимало зусиль у розвиток правознавчої думки. Йому належать блискучі публікації, які присвячені правовим проблемам охорони навколишнього середовища, правовому регулюванню використання та охорони земель, інших природних ресурсів. За роки наукової діяльності ювіляр опублікував понад 130 наукових і навчально-методичних робіт, серед яких чільне місце займають підручники, посібники, монографії. Сформульовані у його наукових працях пропозиції спрямовані на вдосконалення чинного законодавства. Вчені-правознавці визначають активну участь М. В. Шульги у розробленні проекту редакції Земельного кодексу України, співавторстві у підготовці коментаря до Земельного кодексу України.

У 2005 р. М. В. Шульга нагороджений Почесною грамотою Верховної Ради України, у 2006 р. йому присуджено премію імені Ярослава Мудрого.

М. В. Шульга — чуйна, доброзичлива, принципова, віддана високим ідеалам науки і освіти людина — здобув вагомий авторитет та повагу серед широкого юридичного загалу. Наукова громадськість цінує творчі сили, високий професіоналізм ювіляра, які і надалі будуть спрямовані на підвищення авторитету і наукового потенціалу Академії правових наук України, розвиток вітчизняної науки.

Президія Академії правових наук України, редколегія «Вісника Академії правових наук України» сердечно вітають **Михайла Васильовича Шульгу** і щиро бажають йому міцного здоров'я, довголіття, незгасаючої енергії, благополуччя, подальшої плідної праці та творчого натхнення.

ЗМІСТ

ЗАГАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОЇ НАУКИ

Рабінович П. М. Загальносоціальна («природна») правова система: поняття і структура	3
Погребняк С. Про ознаки права	13
Андрейцев В. Аксіологічні аспекти кодифікації законодавства про наукові школи вчених	22
Дідич Т. Концептуалізація нормопроєктування в контексті модернізації правотворчості (теоретико-правовий аспект).....	37
Скрипнюк В. Демократизація державної влади і проблеми становлення системи місцевого самоврядування в Україні	44

ПИТАННЯ ФІЛОСОФІЇ ПРАВА

Данильян О. Проблема оцінки реального стану правосвідомості і правової культури у транзитивних умовах	57
Прокопов Д. Теоретико-методологічні основи аналізу поняття природного права у Г. Гроція	69

ПИТАННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА

Бринцев В. Доктринальне тлумачення норм права у конституційному судочинстві.....	80
Федоренко В. Верховенство права як основний принцип дієвості системи конституційного права України	91
Дерев'янка С. Формула референдуму: проблеми та перспективи конституційного закріплення	101
Портнов А. Юридичне оформлення актів конституційного судочинства: сучасний стан та шляхи вдосконалення.....	112

ПРОБЛЕМИ ЦИВІЛЬНОГО ТА ЕКОЛОГІЧНОГО ПРАВА

Мамутов В. До питання про еволюцію цивільного законодавства і предмет цивільного права	121
Віхров О. Класифікація господарських правовідносин: загальнотеоретичний підхід	134
Пашков В. Господарсько-правовий статус суб'єктів некомерційного господарювання та негосподарюючих суб'єктів	143
Цибульський Ю. Проблеми міжнародно-правового забезпечення екологічного планування	154

ПИТАННЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО І ФІНАНСОВОГО ПРАВА

Цуркан М. Державна посада як елемент проходження державної служби	161
Дмитрик О. Правовий договір як джерело фінансового права	167
Перепелиця М. Види суб'єктів фінансового права	174

ПРОБЛЕМИ ПОРІВНЯЛЬНОГО ПРАВОЗНАВСТВА

Дашковська О. Становлення принципу гендерної рівності та його закріплення в законодавстві США XIX–XX ст.	183
Бірюков О. Банкрутство в основних правових системах світу	192

ПРОБЛЕМИ БОРОТЬБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ

Журавель В. Криміналістична характеристика злочинів: проблеми формування та застосування	202
Лемешко О., Белєвцева В. Стан національної та особистої безпеки як показник ефективності застосування кримінального законодавства України	214

НА ПОЧАТКУ ТВОРЧОГО ШЛЯХУ

Потапенко Н. Становлення юридичних клінік у контексті реформування і розвитку правової освіти в Україні.....	222
Овсяннікова О. Транспарентність судової влади: поняття та зміст.....	228
Меліхова Ю. Морально-професійна культура судді як предмет філософсько-правової рефлексії	238

РЕЦЕНЗІЇ

Фундаментальні принципи права: загальнотеоретичне дослідження (П. Рабінович, Д. Гудима, С. Рабінович)	248
Академічний курс земельного права України (В. Уркевич)	253

НАУКОВЕ ЖИТТЯ

Щорічні всеукраїнські «круглі столи» з антропології права: львівська традиція (Д. Гудима).....	256
--	-----

НАШІ ЮВІЛЯРИ

Іван Миколайович Даньшин	260
Ігор Гаврилович Побірченко	262
Михайло Васильович Шульга	265

Збірник наукових праць

Вісник
Академії правових наук
України

№ 4 (55)

Відповідальний за випуск
В. Прудников

Редактор *С. Пашинська*
Коректор *Т. Зуб*
Комп'ютерна верстка
і дизайн *В. Зеленька*

Підписано до друку з оригінал-макета 19.12.08.
Формат 60×84 $\frac{1}{16}$. Папір офсетний. Гарнітура Times.
Ум. друк. арк. 15,8. Обл.-вид. арк. 16. Вид. № 405.
Тираж 500 прим.

Видавництво «Право» Академії правових наук України
Україна 61002, Харків, вул. Чернишевська, 80

Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців, виготівників і розповсюджувачів
видавничої продукції — серія ДК № 559 від 09.08.2001 р.

Надруковано в друкарні СПДФО Білетченко
тел. 8 (057) 758-35-98

До відома юридичної громадськості

Запрошуємо науковців і практичних працівників надсилати свої статті до редакційної колегії «Вісника».

Статті мають бути обсягом не більше 12 друкарських сторінок, у 2-х примірниках, надруковані через 1,5 інтервалу, українською мовою. Посилання на використані джерела слід вміщувати унизу відповідної сторінки, нумерацію посилань на кожній сторінці розпочинати з цифри 1.

З метою оперативного випуску «Вісника» статті та інші матеріали слід надсилати разом з дискетою, на якій вони записані.

Тексти ненадрукованих рукописів авторам не повертаються.

Наукові погляди авторів статей можуть не збігатися з позицією редакційної колегії.