

ВІСНИК

АКАДЕМІЇ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ

№ 3 (50)

Заснований у 1993 році



Харків
2007

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

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. Копиленко, О. Д. Крупчан, Н. С. Кузнєцова, В. В. Луць, В. К. Мамутов, О. П. Орлюк, М. І. Панов, О. В. Петришин, О. О. Погрібний, М. Я. Сегай, М. М. Сібільов, В. Ф. Сіренко, О. В. Скрипнюк, І. В. Спасибо-Фатєєва, В. В. Сташис, В. П. Тихий, М. Я. Швець, Ю. С. Шемигученко, В. Ю. Шепітько.

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

© Академія правових наук

України, 2007

© «Право», 2007

В. Тацій, президент Академії правових наук України, академік НАН України, ректор Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Проблеми реформування конституційних засад державного ладу України

З прийняттям Конституції України у червні 1996 р. процес національного державотворення вийшов на новий правовий рівень, який застabilізував на той час суспільно-політичну та соціально-економічну ситуацію в Україні, визначив програму руху до політичного ідеалу — демократичної, соціальної, правової держави, в якій людина визнається найвищою соціальною цінністю. Зокрема, Конституція чітко зорієнтована на фундаментальні цінності в галузі держави і права: непорушність прав і свобод людини і громадянина, політичну багатоманітність, демократичні засади державного устрою, поділ влади, верховенство права. Слід підкреслити й те, що Конституція мала на той час яскраво виражений програмний характер, із багатьох принципових питань випереджала стан розвитку як вітчизняного законодавства, так і правової науки, окремих її галузей.

Отже, загальний вектор подальшого розвитку українського суспільства та держави сьогодні має бути спрямований на запровадження основоположних принципів конституційного ладу, закріплених в Основному Законі 1996 р. Неухильне додержання цих принципів є запорукою цілісності й послідовності державної політики, забезпечення народовладдя, всебічного розвитку особистості, європейського вибору України.

Загалом зміст чинної Конституції України відповідає міжнародним стандартам, що після її прийняття було підтверджено експертами Венеціанської комісії Ради Європи. Порівняння тексту нашого Основного Закону з конституціями провідних зарубіжних держав, зокрема країн Євросоюзу, свідчить, що за основними показниками наша Конституція нічим не поступається зарубіжним аналогам. Звісно, ідеалу тут бути не може, у кожній конституції можна віднайти певні вади, неточності, прогалини тощо.

Однак у цілому вдалося: 1) поєднати юридичну термінологію з доступністю і зрозумілістю тексту Конституції пересічним громадя-

нам; 2) досягти оптимального обсягу Конституції, забезпечивши лаконічність тексту і водночас охоплення конституційним регулюванням майже всіх найважливіших, фундаментальних суспільних відносин; 3) забезпечити наступництво і разом із тим певний прогрес у конституційному регулюванні; 4) забезпечити текстуальну (дослівну) відповідність конституційних норм тим нормам, які містяться в міжнародно-правових актах.

Проте не обійшлося й без недоліків. Насамперед, текст Конституції містить чимало загальних приписів, що породжує величезну кількість звернень і подань до Конституційного Суду з проханням надати їх офіційне тлумачення, спонукає Конституційний Суд України не лише тлумачити певні норми Основного Закону, але іноді навіть виконувати функції власне нормотворця, ліквідуючи наявні прогалини. Далеко не завжди ті чи інші конституційні приписи забезпечуються заходами юридичної відповідальності за їх невиконання. Негативно позначилися на тексті Конституції й ті конкретні умови, у яких вона приймалася, а також відсутність до останнього часу процесуально-процедурного механізму прийняття та внесення змін до Основного Закону. Недарма ж іще три тижні після прийняття Конституції довелося чекати офіційного її оприлюднення, адже депутати голосували за текст, який оголошувався в усній формі, за відсутності друкованого тексту. Негативний вплив на якість конституційного тексту мали недостатній рівень професіоналізму та правової культури депутатів, які іноді якість тексту оцінювали з точки зору пересічного громадянина, а не законодавця.

У цьому зв'язку зазначимо, що однією із вихідних засад формування корпусу депутатів та державних службовців в європейських країнах є наявність професійної освіти. При цьому практично в кожній із цих країн існує вищий навчальний заклад, який має у своєму складі відомі школи в галузі державного управління та давні традиції фундаментальної належної фахової підготовки. Так, із жовтня 1945 р. у Франції функціонує Національна адміністративна школа, студенти якої спеціалізуються на вивченні правових та економічних аспектів державної діяльності. Абсолютна більшість випускників цієї школи обіймають у подальшому високі державні посади. Аналогічні традиції склались і в інших європейських країнах: в Італії — це Вища школа державного управління при Президії Ради Міністрів, у Греції — Національна школа державного управління при Міністерстві внутрішніх справ, державного управління та децентралізації.

У цьому контексті серед заходів професіоналізації законотворців та інших вищих посадовців є використання на 100 відсотків науково-педагогічного потенціалу Національної академії державного управління

при Президентові України, Національній юридичній академії України імені Ярослава Мудрого та інших провідних вузів, які здатні не лише на високому фаховому рівні готувати майбутніх державних службовців, але й підвищувати кваліфікацію осіб, що вперше обійняли ту чи іншу державну посаду. Вважаємо за доцільне започаткувати постійно діючу програму короткострокової професійної підготовки вказаної категорії службовців із залученням провідних навчальних закладів.

Повертаючись до проблематики перегляду чинної Конституції, зазначимо, що, на наш погляд, оптимальним є варіант, коли народ через форми безпосередньої демократії визначає концептуальні засади конституції, потім фахівці втілюють їх у вихідні положення, у чіткий, юридично виважений текст, а депутати парламенту його приймають або передають фахівцям для опрацювання. Адже в даному випадку кожне слово, кожна кома має виключне, доленосне значення, від якості конституційного тексту в подальшому залежать і законодавча, і правозастосовна діяльність, якість правової системи в цілому.

Не сприяють якості конституційних норм і зміни до Основного Закону, які були внесені в ході конституційної реформи в умовах загостреного політичного протистояння. І тут виникає питання — чи потрібно зберігати стабільність Конституції, чи вона все ж повинна відповідати реаліям сьогодення? Однак беззаперечним є те, що в найкоротший термін необхідно на законодавчому рівні врегулювати питання про порядок прийняття та внесення змін і доповнень до Конституції України.

При цьому стабільність Конституції означає насамперед утримання від поспішних і несуттєвих змін, утім не слід конституцію перетворювати на фетиш, якого не можна торкатися. Адже Конституція — це хоч і основний, але закон, він має діяти і забезпечувати позитивний вплив на суспільство. Необхідність зміни Конституції має бути обґрунтована й доведена фахівцями, усвідомлена суспільством, серед пересічних громадян має бути сформоване чітке уявлення про причини, справжній зміст і кінцеву мету тих змін, що пропонуються. Цікавим є ставлення до зміни конституцій як серед учених-конституціоналістів, так і серед політичних діячів у різних зарубіжних країнах. Так, свого часу Уряд Шрі-Ланки включав до проекту Конституції положення, відповідно до якого внесення та підтримка будь-якої конституційної поправки спричиняє кримінальну відповідальність у вигляді позбавлення волі на строк до 10 років. Звичайно, таку пропозицію слід сприймати як жарт, проте навіть такий приклад свідчить про важливість проблеми забезпечення стабільності Основного Закону. При цьому однією з основних засад процедури

ревізії конституційних положень є необхідність виявлення позиції народу якщо не стосовно всіх, то хоча б ключових положень законопроекту про внесення змін до Конституції.

Слід мати на увазі, що питання про зміну конституції має розглядатися з урахуванням специфіки політико-правової системи тієї чи іншої країни. Зокрема, у країнах англо-американської правової системи (Велика Британія, США, Канада), де одним із головних джерел права є судовий та адміністративний прецедент, невідповідність конституції існуючим реаліям традиційно нівелюється правозастосовною практикою органів виконавчої і особливо судової влади. Недарма переважна більшість американських підручників з конституційного права починаються не з поняття конституційного права чи конституції, а з параграфа «Судовий перегляд конституції». Як відомо, у США поширеною є приказка: «Конституція США — це не те, що написали її батьки-засновники у 1787 р., а те, що думає про неї Верховний Суд США».

Україна, як і інші країни колишнього СРСР, тяжіє до романо-германської правової системи, де головним джерелом права був та залишається нормативно-правовий акт. І тому виникає зовсім інша ситуація: споконвіку в нас панує ідея, що конституція має максимально повно й чітко регламентувати найважливіші політико-правові відносини і повністю відповідати реаліям. Жоден суд чи орган виконавчої влади не визнає право суб'єкта, якщо воно прямо й беззаперечно не закріплене в законі. Отже і таким є наше ставлення до конституційних змін.

Практика реалізації Конституції України 1996 р., з урахуванням останніх змін, унесених до неї, чітко виявила низку недоліків у сфері організації публічної влади. Насамперед, йдеться про розбалансування системи стримувань і противаг, яка є основою такого ключового принципу конституційного ладу України, як поділ державної влади. По-перше, це формування Кабінету Міністрів України за поданням двох різних владних суб'єктів, що не сприяє єдності Уряду як єдиного колегіального органу державної влади та негативно впливає на можливість керівництва урядовою командою з боку Прем'єр-міністра. По-друге, відсутність розмежування компетенції між Президентом та Урядом у сфері зовнішньої політики. По-третє, партійне квотування при формуванні вищих органів влади, таких як Конституційний Суд України та Центральна виборча комісія. Попри те що останнє є традиційним для європейського конституціоналізму, однак за сучасних умов застосування його ускладнене відсутністю ефективної та структурованої партійної системи. По-четверте, невизначеність статусу місцевих органів державної виконавчої влади,

керівники яких вимушені орієнтуватись на три центри влади — Президента, Кабінет Міністрів та відповідну місцеву раду.

Усе вищеназване, безсумнівно, є причиною виникнення державно-правових конфліктів у нашій країні. Державно-правові конфлікти є звичним для західних демократій явищем. Проте в багатьох випадках вони виникають не через недосконалість конституційного законодавства, а через розкол в урядових коаліціях або ж через втрату довіри до парламенту. Адже головною особливістю визначеної у нашій Конституції парламентсько-президентської форми правління, яка по суті залежить від результатів як президентських, так і парламентських виборів, є надзвичайна чутливість до політичних факторів та процесів та безпосередня залежність від них. Позитивним у даному аспекті є той факт, що переважна більшість цих конфліктів вирішуються за допомогою використання консенсусних заходів, таких як проведення переговорів, укладення нових коаліційних угод тощо, але досягти такого рівня «консенсусної» демократії можливо за умов появи в політичному середовищі стійких конституційних традицій та звичаїв вирішення подібного роду конфліктних ситуацій.

Не менш важливими та актуальними є проблеми реалізації Конституції. Найбільш суттєві проблеми щодо реалізації норм чинної Конституції України можна розподілити на два блоки:

1. Проблеми «внутрішнього» характеру, тобто породжені недоліками самого тексту Основного Закону.

2. Проблеми «зовнішнього» характеру, тобто обумовлені факторами, які слід шукати поза межами конституційного тексту.

До першої групи проблем належать:

– відірваність деяких конституційних декларацій від реалій сьогодення;

– відсутність належних гарантій проголошених прав і свобод людини і громадянина, особливо в соціально-економічній сфері; проголошені високі соціальні стандарти не відповідають реальним можливостям держави щодо їх забезпечення;

– недосконалість існуючої форми правління та форми державного устрою, їх неефективність; тяжіння до зайвої централізації в державному управлінні;

– недосконалість існуючої системи місцевого самоврядування та її взаємовідносин з органами виконавчої влади на місцях, її невідповідність європейським стандартам (зокрема, вимогам Європейської хартії місцевого самоврядування);

– зайва лаконічність щодо форм безпосередньої демократії (зокрема, виборів і референдумів). Визнання народу єдиним джерелом влади передбачає необхідність забезпечення конституційних форм безпосередньої демократії. На жаль, події останніх років засвідчили, що громадянська свідомість і політична активність пересічних українців значно випереджають чинне конституційне законодавство. Реалізація конституційного права громадян України на участь в управлінні державними і суспільними справами переважно гальмується відсутністю необхідної законодавчої бази. Цілком очевидно є необхідність оновлення законодавства про всеукраїнський і місцеві референдуми, прийняття закону «Про порядок проведення мирних зібрань» тощо;

– вади законодавчої техніки, наявність у тексті Конституції слів-синонімів, термінів із невизначеним обсягом, зайва декларативність окремих положень, а інколи навіть неузгодженість конституційних норм і відсутність системності в їх викладі. Так, з одного боку, на рівні Конституції передбачена обов'язкова фракційна належність кожного народного депутата, що передбачає спільність позиції всіх членів фракції під час голосування. З другого — Конституція надає можливість депутату голосувати відповідно до власного бачення вирішення тієї чи іншої державної проблеми. І за такі дії депутат не повинен нести жодної юридичної відповідальності, у тому числі й конституційно-правової. При цьому слід урахувати і думку міжнародних експертів, у першу чергу членів Венеціанської комісії.

Друга група проблем є більш різноплановою:

- низький рівень правосвідомості населення;
- законодавча невизначеність системи вітчизняного законодавства, обумовлена відсутністю до цього часу спеціального Закону «Про нормативно-правові акти»;
- відсутність усталених демократичних традицій;
- корумпованість і неефективність влади;
- бюрократизм апарату як органів державної влади, так і органів місцевого самоврядування;
- слабкість інститутів громадянського суспільства, насамперед партій і громадських організацій;
- складна соціально-економічна ситуація в країні, що позбавляє необхідної матеріально-фінансової основи для реалізації багатьох положень Конституції;
- відсутність дотепер низки законів, необхідність прийняття яких передбачена самою Конституцією і особливо тих, які стосуються врегулювання правового статусу органів публічної влади. Як приклад, від-

сутність Закону «Про центральні органи державної виконавчої влади» призводить до ситуації, коли ключові функціональні характеристики цих державних інституцій урегульовуються на рівні підзаконних актів. На наш погляд, оптимізації взаємовідносин між Верховною Радою, главою держави та Урядом сприяло б прийняття в найкоротший термін законів України «Про Президента України», «Про парламентську опозицію», «Про тимчасові слідчі та спеціальні комісії Верховної Ради України», нової редакції законів «Про статус народного депутата України», «Про комітети Верховної Ради України»;

– відсутність стійкої, незалежної й фахової судової влади, у першу чергу ефективного органу конституційної юрисдикції. Сьогодні в Конституційному Суді України перебуває на розгляді 73 конституційних подання та звернення. При цьому лише 13 із них є конституційними зверненнями, тобто лише в 13 випадках мова йде про звернення до єдиного органу конституційної юрисдикції громадян та юридичних осіб з метою надання тлумачення положень Конституції та законів. До таких кроків ці суб'єкти можуть вдатися лише з однією метою — захист своїх конституційних прав і свобод. Отже, указані цифри можуть свідчити про дві речі: перше — Конституційний Суд України сьогодні настільки завантажений, що досягти традиційної для західних аналогів судового контролю ефективності при розгляді конституційних справ він не зможе ще тривалий час. По-друге, на превеликий жаль, за майже одинадцять років існування в нашій країні такої інституції, як Конституційний Суд, він не сприймається громадянами в достатній мірі як орган захисту їх конституційних прав та свобод. Цьому сприяє і відсутність інституту конституційної скарги, а також досить часта заполітизованість справ, що перебувають у провадженні Конституційного Суду.

Перша група проблем цілком може бути вирішена під час нормотворчої діяльності, у тому числі й у процесі конституційної реформи. Проблеми ж другої групи можуть бути вирішені тільки у ході суспільно-політичного та соціально-економічного розвитку в цілому; такі зміни, звісно, не можна провести швидко. Утім Конституція може і повинна служити вирішенню цих проблем як юридична, нормативно-правова основа для поступального розвитку суспільства і держави.

При здійсненні конституційної реформи ми повинні чітко розуміти її мету, яка полягає в побудові більш ефективної організації влади, покращенні механізмів реалізації державно-владних повноважень та їх більш чіткому збалансуванні у трикутнику Парламент — Уряд — Президент, у впровадженні більш демократичних принципів управління. Ми

повинні нарешті зрозуміти, що йдеться не про те, яким політичним силам, партіям, блокам вигідна чи не вигідна реформа, не орієнтуватися тільки на інтереси нинішніх високопосадовців, а думати про майбутнє країни, про те, як покращити систему і структуру державної влади.

Сучасний стан державотворення в Україні потребує якісного перетворення системи владних відносин не лише на загальнодержавному, але й на регіональному та місцевому рівнях. Конституційна реформа повинна отримати продовження на місцях, включити в свою орбіту й систему місцевого самоврядування. Така необхідність обумовлена потребою не лише закріпити досягнуті здобутки у справі становлення України як суверенної держави, але й продовжити розбудову її як правової, демократичної, соціальної, де особа є дійсно найвищою цінністю. Адже, як засвідчує досвід країн західної демократії, тільки за умов оптимальної децентралізації й деконцентрації влади, за наявності самостійного й дієвого місцевого самоврядування можливе поліпшення добробуту населення, створення дієвих гарантій реалізації прав і свобод людини і громадянина.

У процесі другого етапу конституційної реформи слід здійснити запровадження повноцінного місцевого самоврядування на регіональному та районному територіальних рівнях; надання районним та обласним радам права утворювати власні виконавчі органи, як це передбачено Європейською хартією місцевого самоврядування. Водночас необхідно чітко розмежувати компетенцію між органами публічної влади на місцях на основі принципу субсидіарності; завершити перерозподіл повноважень між органами місцевого самоврядування та місцевими органами державної виконавчої влади, органами місцевого самоврядування різного територіального рівня на засадах децентралізації та деконцентрації. У цілому на органи місцевого самоврядування мають бути перенесені всі повноваження місцевих держадміністрацій, крім тих, які становлять прероґативи держави і не можуть бути делеговані муніципальним органам.

Отже, на сучасному етапі державотворення названі недоліки конституційного тексту інакше як шляхом внесення змін до самої Конституції подолати неможливо. Для цього слід створити Конституційну комісію, до складу якої, окрім представників різних гілок влади та основних політичних сил, громадських діячів, повинні увійти провідні фахівці-правознавці. При цьому ключовими завданнями такої комісії мають стати не тільки розробка законопроекту про внесення змін до Конституції, але й активна участь у його доопрацюванні на етапі остаточного затвердження таких змін незалежно від обраної форми проведення чергового етапу конституційної реформи.

ЗАГАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОЇ НАУКИ

П. Рабінович, член-кореспондент Академії правових наук України

Феномен праворозуміння: гносеологічна характеристика

Що являє собою право? Або, висловлюючись точніше, яке явище відображається терміно-поняттям «право»?

Навряд чи є питання більш важливе, більш фундаментальне для юриспруденції як теоретичної, так і практичної, аніж наведене.

Пошуки і відповіді на нього були, є й, гадаємо, будуть неодмінним інтелектуальним супроводом, «відлунням» усієї історії людства. І сучасна філософія права та загальна теорія права яскраво це ілюструють...

Отож дозволимо й собі висловити деякі міркування з означеної проблеми.

Слово «право» як назва понять про різні явища. З давніх-давен зазначеним терміном «право» називалися поняття про досить різноманітні феномени. І не тільки у мовах слов'янських.

Проведене на кафедрі теорії та історії держави і права Львівського національного університету імені Івана Франка протягом 2003–2005 років етимологічне дослідження у 50-ти мовах світу тих термінів, які на час їх використання відповідали слов'янському слову «право», засвідчили ще більше розмаїття значень таких слів. Результати цього дослідження виявили, що першопочатково — у стародавні часи — такими термінами найчастіше позначалися поняття про:

– свободу людини, тобто можливості певної людської поведінки, діяльності;

– справедливість (установлювана оціночним пізнанням як специфічна властивість тих чи інших суспільним явищ, зокрема певних людських вчинків);

– настанови (загальні та індивідуальні правила найрізноманітнішого походження) стосовно людської поведінки;

– настанови щодо здійснення саме такої поведінки суб'єктів, яка вважається «справедливою»;

– зважування (балансування, узгодження) інтересів різних учасників суспільного життя¹.

А в новій та новітній історії людства термін «право» використовується ще й для позначення понять про:

– певні інтереси тих чи інших суб'єктів соціуму (або ж їхні потреби, які в таких інтересах відображаються, втілюються);

– особливі почуття, емоції чи інші ірраціональні психічні явища, притаманні суб'єктам;

– вимоги суб'єктів стосовно отримання якихось цінностей, благ, звернені до суспільства, держави чи до інших осіб або їх об'єднань.

То ж яке з усіх перелічених явищ вважати *правом*? Чи одночасно декілька з них? Чи, можливо, усі без винятку? І чи існують або виникають у майбутньому ще якісь інші явища, які теж здатні претендувати на «правовість» і відображатись зазначеним терміно-поняттям?

Задля формування й дослідження відповіді на означені запитання в загальнотеоретичній юридичній науці сформовано спеціальну категорію, яка дає змогу охопити всі існуючі (та й навіть можливі в майбутньому) роз'яснення стосовно того, *що* ж становить собою *право*. Такою є категорія **праворозуміння**. І, мабуть, не є випадковим той факт, що терміно-поняття «праворозуміння» (або, інакше кажучи, начеб синонімічний термінологічний зворот «розуміння права») останнім часом дедалі частіше вживається в науковій літературі², а подекуди й стає предметом спеціальних загальнотеоретичних, зокрема епістемологічних, досліджень³. Аби почати з'ясувати зміст цієї категорії, насамперед поміняємо місцями ті два слова, з яких складається її назва, і тоді дістанемо таке, можна сказати, мовно-логічне «рівняння»: *праворозуміння* — це *розуміння права*. Але ця перестановка, мабуть, ще не продукує істотно нових знань.

¹ Див.: *Дудаш Т. І.* Правоназви як закономірний прояв праворозуміння // *Права людини: соціально-антропологічний вимір: Кол. моногр.: Пр. Львів. лаб. прав людини і громадянина. Сер. І, Дослідження та реферати.* – Львів, 2006. – Вип. 13. – С. 91–112.

² Див., напр., *Мальцев Г. В.* Понимание права. Подходы и проблемы. – М., 1999; *Байтин М. И.* Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). – Саратов, 2001; *Алексеев С. С.* Тайна права: его понимание, назначение, социальная ценность. – М., 2001; *Честнов И. Л.* Правопонимание в эпоху постмодерна – СПб., 2002; *Марченко М. Н.* Проблема правопонимания в связи с исследованием источников права // *Вестн. МГУ. Сер. 11, Право.* – 2002. – № 3; *Царьков И. И.* Развитие правопонимания в европейской традиции права. – СПб., 2006.

³ Див., напр.: *Оль П. А.* Правопонимание: от плюрализма к двуединству. – СПб., 2005.

Більш плідним видається врахування низки положень загальної теорії пізнання — *гносеології*, оскільки будь-яке розуміння (а отже, й розуміння «права») відбувається за посередництвом пізнавальної діяльності. А тому *загальні* закономірності пізнання не можуть не поширюватись і на будь-який процес розуміння.

Як відомо, пізнавальна діяльність опосередковується різноманітними формами відображення людською свідомістю тих реалій (явищ, предметів, процесів), котрі «перебувають» поза нею, тобто існують щодо неї *об'єктивно*. До таких форм відображення належать зазвичай: відчуття, емоції, уявлення, поняття, концепції, теорії.

Пізнавальною особливістю власне *понять* — причому особливістю найціннішою — є те, що вони фіксують, «схоплюють» глибинні, суттєві властивості всіх явищ певного роду (типу, класу). І якщо такі відображення будуть точними, адекватними, то й у кожному з цих випадків *істинне* поняття буде тільки одне.

Поняття формується й «живе» у свідомості суб'єкта пізнання, у середині неї. Проте аби стати відомим, доступним іншим людям, воно має бути проявлене назовні або, як кажуть, *об'єктивоване*.

Об'єктивація понять (як, до речі, й інших форм психічного відображення) здійснюється через різноманітні матеріальні *знаки*. У досить розвиненому суспільстві найбільш поширеними, звичайними засобами *позначування* понять служать «інструменти» природної мови — виголошені або написані слова чи, скажімо, якісь графічні зображення (наприклад, ієрогліфи). Отже, якщо поняття *відображає* (певне явище), то слово — *позначає* (відповідне поняття). І якщо *правильне* поняття може бути, як зазначалося, тільки одним, єдиним, то слів (чи інших знаків), які його позначають, може бути, взагалі кажучи, стільки, скільки існує мов, тобто дуже багато.

Оскільки ж поняття, взагалі не позначених тим чи іншим словом (терміном), не буває, то й виникає підстава сконструювати й використувати такий вираз: *«терміно-поняття»*.

Отож далі будемо вести мову про роз'яснення терміно-поняття «праворозуміння».

Визначити його можна, скажімо, у такий спосіб: **праворозуміння** — це відображення в людській свідомості за посередництвом поняття, позначуваного терміном «право» (чи будь-яким іншим однозначним словом або символом), того явища, яке оцінюється як корисне, для задоволення потреб існування й розвитку певного суб'єкта або ж безпо-

*середньо цих потреб*¹. 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, *що́*, власне, відбиває поняття, назване словом «право». До таких явищ найчастіше належали й нині належать, як уже зазначалося, певні можливості (свободи) людей, їхніх груп; суспільні відносини з певними властивостями (наприклад, з такою властивістю, як їх систематична повторюваність²); 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, можливо, взагалі не позначаються словом (зокрема «право») чи якимось іншим способом.

У наведеній вище дефініції інтегровано, як видається, формальні (семіотичні, знакові) й 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 розрізняти такі два самостійних феномени: перший — це *правоявища* (тобто ті явища, котрі у людській свідомості відображаються поняттями, які позначаються словом «право» чи однокореневим з ним словом, або ж іншим словом чи знаком, однозначним із вказаним терміном); а другий — це *правоназви* (тобто ті слова або ж інші знаки, що використовуються для називання, «маркування» таких понять). Зв'язок означених феноменів має взаємно функціональний характер. 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 консти-

¹ У наведеній дефініції враховано конструктивні пропозиції доцента С. П. Рабіновича.

² 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.

туються як, власне, правові, тобто як *правоявища*, внаслідок позначення результату їх оцінювального пізнання терміном «право» (або ж іншим однозначним символом); і в такому аспекті вони самі стають вторинними, зумовленими праворозумінням, правоназиванням. Отже, правоявища й правоназви взаємно пов'язані двосторонньою залежністю й утворюють, можна сказати, діалектичну єдність «протилежностей».

Ці висновки філософсько-правового гатунку безпосередньо стосуються загальної теорії права та держави. До речі, тут яскраво виявляється, що філософія права — це наука, котра включає і такі знання, які належать водночас також загальній теорії права та держави, — наука, що в певній своїй частині функціонує як методологічна складова цієї теорії.

У вітчизняній та російській літературі зміст категорії «праворозуміння» розкривається в більшості випадків у такий спосіб: праворозуміння — це пізнання (осягнення, усвідомлення, осмислення) права, а то й взагалі усієї «правової дійсності». Наприклад, зазначалось, що «праворозуміння — це наукова категорія, яка відображає процес і результат цілеспрямованої мисленнєвої людської діяльності, яка включає пізнання права, його сприйняття (оцінку) і ставлення до нього як цілісного соціального явища»¹. Твердження про те, що праворозуміння є так чи інакше пізнанням «права», зустрічається й у працях багатьох інших авторів².

При цьому предмет (межі) цього пізнання трактується по-різному. Одні науковці обмежують такий предмет лише сутністю права і його роллю в регулюванні суспільних відносин. Інші ж включають до такого предмета мало не всі загальні властивості, риси й прояви права (і тоді, виходить, праворозуміння отожднюється з усім загальнотеоретичним правознавством). Так, стверджується, що праворозуміння — це система знань концептуального характеру про закономірності становлення і функціонування права, про його сутність, призначення, форми виявлення, структуру, функції, розвиток³ або навіть система знань про всі «правові явища»⁴.

¹ *Леушин В. И., Перевалов В. Д.* Понятие, сущность и социальная ценность права // Теория государства и права. — М., 1998. — С. 207.

² Див., напр.: *Байтин М. И.* Сущность права. — С. 17.; *Овчинников А. И.* Правовое мышление: теоретико-методологический анализ. — Ростов-н/Д, 2003. — С. 14; *Шемичуценко Ю. С.* Праворозуміння // Юридична енциклопедія. — К., 2003. — Т. 5. — С. 48; *Оль П. А.* Правопонимание: от плюрализма к двуединству. — С. 16.

³ Див., напр.: *Бобровник С. В.* Сучасне правопізнання: теоретичні проблеми та роль у подоланні колізій // Правова держава: 36. наук. пр. — К., 2005. — Вип. 16. — С. 87–89; *Железнова Н. Д.* Правопонимание и судебная практика: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Н. Новгород, 2001. — С. 13–14.

⁴ Див., напр.: *Мицкевич А. В.* Общее «нормативное» понятие права и его место в марксистском правопонимании // Сов. гос-во и право. — 1988. — № 6. — С. 11; *Оль П. А.* Вказ. пр. — С. 16.

Можна, ясна річ, стати на традиційний для юристів-теоретиків шлях — запровадити широке і вузьке (власне) значення обговорюваної категорії. У такому разі нас буде зараз цікавити все ж таки другий його варіант.

Не будемо зупинятися на тому, що (з огляду на положення герменевтики як загальної теорії розуміння, інтерпретації) пізнання та розуміння — це нетотожні мисленнєві процеси (і результати останніх). Але твердження про те, що *праворозуміння* — це пізнання (розуміння) *права*, хибує, як видається, на логічне коло: адже перш ніж вивчати (пізнавати, усвідомлювати) «право», досліднику якраз і слід попередньо знати (вирішити, констатувати, задекларувати), а *щоб* ж являє собою, на його погляд, те явище, яке він відображає й позначає терміно-поняттям «права». А такі знання, вочевидь, і є не що інше, як праворозуміння, принаймні його серцевина.

Тому наведена — «колоподібна» — дефініція розглядуваної категорії навряд чи забезпечує приріст знань щодо останньої і не розкриває підстави її *самостійного* статусу в структурі загальнотеоретичного правознавства і філософії права.

А втім, реальне праворозуміння нерідко набуває й безпосередньо практичного значення. Така значущість праворозуміння як реально існуючого духовного феномена засвідчується, наприклад, тим, що відповідь на питання про те, чим є «право», неодноразово формулював у своїх рішеннях Європейський суд з прав людини¹, а нещодавно своєрідну відповідь на це питання запропонував і Конституційний Суд України (у рішенні від 2 листопада 2004 року)².

Плюралістичність праворозуміння: випадковість чи закономірність? Йдеться, вочевидь, про *причини* неоднозначної відповіді на питання: *щоб* 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?

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

¹ Див., напр.: *De Sальвіа М.* Прецеденты Европейского суда по правам человека. Руководящие принципы судебной практики, относящейся к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. — СПб., 2004. — С. 13, 79, 368.

² Вісник Конституційного Суду України. — 2004. — № 11.

Відповіді на ці запитання відзначаються неабиякою строкатістю.

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 в тому, що яке б явище не вважалося правом, воно зазвичай є вельми складним, системним, багаторівневим, багатогранним феноменом. І тому при його пізнанні майже неможливо охопити відразу й одночасно всі 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 дає змогу отримати додаткові знання щодо правоявищ, і це теж може спричиняти виникнення оновлених чи навіть нових варіантів праворозуміння.

У літературі вже висловлювалася думка про те, що головна, визначальна причина плюралізму праворозуміння полягає в тому, що останнє стосується «не різних проявів одного й того ж явища», а саме *різних* явищ. У результаті «предметом дослідження стає не одне реально існуюче соціальне 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

¹ Толстик В. А. От плюрализма правопонимания к борьбе за содержание права // Гос-во и право. – 2004. – № 9. – С. 14.

Згаданий автор небезпідставно зазначає: «Кожен окремий вчений досліджує те, що йому хочеться, й називає це правом. А потім починається спір: «це право, а це не право». Методологічно це патова ситуація. Оскільки дійти спільного ніколи не вдається». (Там само.)

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

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 в соціальній неоднорідності суспільства, тобто в 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 їх учасників) мають — поряд із однаковими, загальносуспільними потребами й інтересами — ще й 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 «футуристичного» питання про те, чи можна буде *колись* досягти однозначного праворозуміння, відповіді у науковців зустрічаємо протилежні, взаємовиключні. Одні теоретики схильні відповідати на це питання ствердно (особливо прихильники так званого інтегрального (інтегрального) праворозуміння)¹, інші ж — заперечливо².

Ми поділяємо другий підхід. І ось чому.

Оскільки існування будь-якого людського суспільства супроводжують (і, цілком ймовірно, вже завжди супроводжуватимуть) усі зазначені вище фактори, то плюралізм праворозуміння й надалі буде постійно притаманним будь-чій та будь-якій правовій свідомості, у тому числі й такому її прояву, як правові погляди представників юридичної науки. І хоча у ній, особливо останнім часом, і робляться спроби сконструювати уніфіковане, «інтегральне» праворозуміння, однак і серед авторів таких спроб воно не стає загальноновизнаним та однозначним. На сьогодні стосовно проблеми праворозуміння чітко простежується, можна сказати, плюралізм інтегральності.

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

¹ Див., напр., *Оль П. А.* Правопонимание: от плюрализма к двуединству. — С. 45–46, 209–215.

² Див., напр.: *Шемшученко Ю. С.* Що є право? // Антологія української юридичної думки. Т. 10: Юридична думка незалежної України. — К., 2005. — С. 46.

Принаймні два здавна відомі «класичних» типи праворозуміння — природний 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, й сама держава), зацікавлені в тому, аби цю практику обґрунтувати, виправдовувати, рекламувати саме як «справедливу», «праведну», «правильну» — одне слово, як «правову». У цьому можна вбачати основну причину життєспроможності, принципової непереборюваності цього різновиду праворозуміння.

Що ж до його, так би мовити, невід'ємної «тіні» — праворозуміння природного, то основна причина життєздатності, засадничої неусуваності останнього полягає, на наш погляд, у необхідності постійного існування в соціально неоднорідному суспільстві якогось ідеального орієнтира, протестного «критика» стосовно державно-вольового (юридичного) регулювання в соціально неоднорідному суспільстві. Адже в такому суспільстві теж завжди існуватимуть окремі соціальні спільноти, верстви, групи, які так чи інакше не вдоволені означеним регулюванням (принаймні в 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 й тоді — здавалось би, парадоксально — використовується саме позапозитивістський ідеальний «еталон», духовний конструкт природно-правового гатунку!

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

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

Наведені положення «спрацьовують» із особливою рельєфністю, наприклад, у тих випадках, коли сутнісно-змістовним стрижнем, «квін-

тесенцією» права виголошується така властивість суспільних відносин, людських вчинків чи інших суспільних явищ, як їхня «справедливість»¹ (а вона, як відомо, деякими авторами навіть включається до дефініції загального поняття права). Адже за такого підходу, доведеного до його логічного завершення, терміни «право» і «справедливість» неминуче стають мало не синонімами, які позначатимуть одне поняття про одне і те ж явище. А оскільки змістовно-конкретна інтерпретація справедливості зазвичай є неоднозначною (попри уніфікованість, загальнолюдськість термінології, яка при цьому вживається), то таке праворозуміння стає засадничо причеченим на неунікнений, непереборований плюралізм.

З цього приводу можна зауважити й те, що сам інтелектуально-духовний процес знаходження, конституювання «справедливості», зокрема *змістовне* наповнювання її критеріїв, не є процесом неспричинюваним і невмотивованим. Він об'єктивно зумовлюється низкою обставин, які існують цілком «позитивно». До них належать, зокрема, — причому нерідко лише в *кінцевому* підсумку — певні потреби (інтереси). Щоправда, вони зазвичай легко приховуються абстрактними гаслами й поняттями (на кшталт тієї ж «справедливості»). Проте останні є — в їх *глибинному* вимірі — так чи інакше, духовними випаровуваннями матеріальних умов життя (хоч би якими численними й різноманітними явищами, ланками ці «випаровування» опосередковувались, ускладнювались). Про це свідчить уся історія людства, покладена в основу її діалектично інтерпретованого матеріалістичного розуміння. А оскільки такі умови закономірно є неоднаковими, то й уявлення різноманітних суб'єктів про те, у чому ж полягає «справедливість» (а отже, й «право»), не можуть не бути плюралістичними.

Зважаючи на це, заклики окремих науковців — як зарубіжних, так і вітчизняних — відшукувати право, спираючись на *лише* так звану «трансцендентну» справедливість, є давно відомим засобом ухилення від відповідальності за справжні соціальні наслідки рішень, обґрунтованих нею. Адже й *таку* справедливість (*таке* право) можна витлумачувати, конкретизувати досить неоднозначно — навіть взаємовиключно... Тому пропонується правознавству концепція «трансцендентної» справедливості як критерію права об'єктивно здатна служити ідеологічним засобом виправдовування байдужості до реальних потреб, запитів,

¹ Див., напр.: Роулс Дж. Теория справедливости. — Новосибирск, 1995. — Розд. 6; Харт Х. А. Концепция права. — К., 1998; Хайек Ф. А. Право, законодательство та свобода. Т. II. — К., 1999; Фуллер Л. Л. Мораль права. — К., 1999. — Розд. 2,3; Дворкин Р. Серйозний погляд на право. — К., 2000; Чернобель Г. В. Право как мера социального блага // Журн. рос. права. — 2006. — № 6. — С. 89.

інтересів, зрештою до людських долей – а отже, бути концепцією дегуманістичною.

Слід зазначити й те, що сучасні філософські дослідження категорії «трансцендентне» призводять до висновків про те, що її смисловзначимість «є мінливою і залежить від ментального горизонту позитивності», а пошуки шляхів подолання цього горизонту «призводять до дослідження такої форми духовної культури, як містицизм»¹.

До речі, ці ж міркування можуть стосуватися певною мірою й тверджень про те, що сутнісною, визначальною ознакою права, його гуманістичності є його цінність². Адже, як відомо, цінностями вважаються такі явища (процеси, предмети), які спроможні бути корисними для задоволення потреб (інтересів) суб'єктів оцінювання — окремих людей, соціальних спільнот чи об'єднань, а зрештою й усього суспільства. У соціально неоднорідному суспільстві уявлення про цінності — нецінності (як і про справедливість — несправедливість) зазвичай не є однозначними, уніфікованими. І пояснити такі розбіжності в оцінках (у тому числі й уявлення щодо *права — неправ*) навряд чи можливо, якщо знову ж таки не зважати на відмінності у відповідних потребах, духовними «випаровуваннями» яких є, так чи інакше, — нехай і досить опосередковано, лише в *кінцевому* підсумку — уявлення про цінності.

Праворозуміння соціально-природне (загальносоціальне) і легістсько-позитивістське (спеціально-соціальне, державно-вольове, «юридичне»). Класифікацію праворозумінь можна здійснювати за різними критеріями³. Але зупинимося докладніше лише на одному – найбільш поширеному – поділі праворозумінь за наявністю чи відсутністю безпосередньої залежності праворозуміння від регулятивної діяльності держав, її органів. За цим критерієм праворозуміння, як відомо, поділяються на *загальносоціальне*, зокрема, так зване «природне», а сказати точніше, – соціально-природне, коли правом визнаються суспільні явища (суспільні відносини, певні різновиди й форми свідомості, соціальні норми тощо) недержавного походження й функціонування; та *спеціально-соціальне* – державно-вольове або, умовно кажучи, «юридичне» (коли

¹ Мельник В. В. Историко-філософська інтерпретація ідеї трансцендентного: методологічні підходи та експлікації: Автореф. дис. ... канд. філос. наук. – Дніпропетровськ, 2006 – С. 13–14.

² Див., напр.: Бабкін В., Бігун В. Філософія права: проблеми і підходи // Право України. – 2006. – № 5. – С. 178.

³ Див.: Оль П. А. Указ. праця. – С. 52–64; Рабінович П. М. Праворозуміння: сутність, класифікації, нездоланність плюралізму // Бюл. М-ва юстиції України. – 2007. – № 5. – С. 32–34.

правом визнаються лише такі явища, котрі є результатами виключно державної діяльності).

Загальносоціальне право — це насамперед певні можливості учасників суспільного життя, які є необхідними для задоволення їхніх біологічно й соціально обґрунтованих — за певних історичних умов — потреб, об'єктивно визначаються досягнутим рівнем розвитку суспільства і мають бути забезпечені кожному з усіх одновидових суб'єктів відповідними обов'язками інших суб'єктів і суспільства в цілому та збалансовані з потребами останніх, а також зумовлювані такими можливостями принципи й соціальні норми.

Що ж стосується спеціально-соціального (державно-вольового), умовно кажучи, *юридичного права*, то, відповідно до легістсько-позитивістського праворозуміння, ним вважають, як відомо, 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 і зумовлювані такими принципами й нормами можливості суб'єктів. Отже, у наведеній дефініції відображено і об'єктивне, і похідне від нього суб'єктивне юридичне (державно-вольове) право.

Й наостанок зауважимо, що в кожному випадку використання в літературі — чи то навчальній, чи то науковій — терміно-поняття «право» слід 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).

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

Роль принципу недискримінації в загальній концепції рівності

Рівність як вимога поводитись в однакових випадках однаковим чином, а у відмінних випадках — відмінним, характерна для права всіх часів. Обґрунтування цієї формули можна знайти ще у Платона (Закони, 757а — для нерівних рівне стало би нерівним) і Арістотеля (Політика, 1280а — рівність для рівних, нерівність для нерівних). Фактично вона забороняє дискримінацію як одне з найочевидніших порушень принципу рівності.

Інша річ, що суспільні уявлення про відмінності суттєво відрізняються залежно від історичної епохи, що впливає на оцінку тієї чи іншої норми чи практики як дискримінаційної або недискримінаційної. Так, в античні часи вважалося, що люди нерівні і їх не можна зробити рівними. Рівність усіх перед законом не існувала не лише де-факто, її не було навіть в ідеальному випадку. У Середні віки також ніхто не виходив із того, що всі люди рівні, а навпаки, із того, що вони різні за своєю значущістю, принаймні у земному житті. На цих відмінностях у рамках загальної згоди й ґрунтується ієрархічна, а не егалітарна будова суспільства, а також сприйняття його як ієрархічної структури¹. Природно, що ця модель лежить в основі античного і середньовічного права.

Заперечення відмінностей між людьми набуває основоположного значення лише в Новий час. Одним із перших, хто висловив припущення, що всі люди рівні за своїми фізичними і моральними якостями — і насправді не наділені будь-якими особливими характеристиками, як-то сила, особлива мудрість чи божественна милість, — був Т. Гоббс². Слід також підкреслити, що значний внесок у поширення ідеї загальної рівності належить християнству. На Заході саме християнство вперше утвердило принцип універсальності людської гідності — принцип, який був принесений з небес і перетворений Просвітництвом у мирську доктрину універсальної рівності людей³.

¹ Історія європейської ментальності: Пер. з нім. / За ред. П. Дінцельбахера. — Львів, 2004. — С. 55, 57.

² Див.: Гоббс Т. Левіафан: Пер. з англ. — К., 2000. — С. 150–151.

³ Див.: Фукуяма Ф. Великий крах. Людська природа і відновлення соціально-політичного порядку: Пер. з англ. — Львів, 2005. — С. 290.

В епоху буржуазних революцій загальну рівність розуміли насамперед як рівність можливостей (*equality of opportunities*), тобто як ідею, згідно з якою кожному індивіду повинні бути гарантовані однакові шанси досягти успіхів у житті¹. Її прихильники вимагали усунення штучних перешкод шляхом скасування всіх привілеїв, установлених для окремих осіб. Вони виходили з пріоритетності індивідуальних досягнень, обумовлених лише здібностями особи, а не її походженням, національністю, кольором шкіри, релігією, статтю тощо, і прагнули правовими методами забезпечити вільну конкуренцію, коли всі перебувають у рівних умовах і грають за однаковими правилами. Така рівність можливостей за своїм характером, поза всяким сумнівом, є формальною.

Тому зрозуміло, що починаючи принаймні із середини XVIII ст. став наростати рух за правову та політичну рівність усіх громадян, яка є найбільш сумісною з ідеєю формальної рівності можливостей. Дана вимога гучно звучить у Декларації незалежності США 1776 р.² і Декларації прав людини і громадянина 1789 р.³ Ця формула дістає остаточне світове визнання лише у середині XX ст., знайшовши своє юридичне закріплення у ст. 1 Загальної декларації прав людини 1948 р.: «Усі люди народжуються вільними і рівними у своїй гідності і правах»⁴.

Дискримінація (від *лат.* *discriminatio* — розрізнення) у такому випадку полягає у відхиленні від стандарту загальної рівності, наданні суб'єктам виходячи з будь-яких відмінностей різного захисту з боку закону чи суду, запровадженні різних прав, свобод і обов'язків за ознаками раси, кольору шкіри, статі, мови, релігії, політичних та інших переконань, етнічного та соціального походження, майнового та іншого стану. Право всіх людей на рівний захист від такої дискримінації як логічне продовження ідеї рівності всіх людей у своїй гідності і правах було передбачене у статтях 2 і 7 Загальної декларації прав людини 1948 р.

Проте після визнання ідеї загальної рівності як принципу права перед суспільствами знову постає питання про відмінності, яке має враховувати право. Аналіз рівності тепер обертається навколо осмислення того, яким має бути рівне ставлення до людей, що різняться у важливих аспектах. Це переміщує інтерпретацію рівності з першої половини Аристотелевої формули до другої половини — від ідеї, що поді-

¹ Див.: Джарда К., Берри Д. М., Голдман Д., Хула К. В. Трудным путем демократии: Процесс государственного управления в США: Пер. с англ. — М., 2006. — С. 46.

² Антология мировой правовой мысли: В 5 т. / Рук. науч. проекта Г. Ю. Смирин. — М., 1999. — Т. 3: Европа. Америка: XVII—XX вв. — С. 227.

³ Антология мировой правовой мысли: В 5 т. — Т. 3. — С. 246.

⁴ Международные акты о правах человека: Сб. док. — М., 1999. — С. 39.

бні випадки слід розглядати подібним же способом, до ідеї, що відмінні випадки слід трактувати залежно від їхньої відмінності¹. Слід підкреслити, що такий поворот не можна вважати поверненням до античної і середньовічної традиції. Принципова відмінність між ними полягає в тому, що сучасне право вимагає однакового ставлення до всіх людей у найважливіших сферах (насамперед у сфері забезпечення основних прав, свобод і обов'язків)² і дозволяє справедливо диференціацію правового регулювання лише в окремих питаннях.

Такі зміни обумовлені насамперед трансформаціями, що у другій половині ХХ ст. відбуваються в самому розумінні рівності можливостей. Під впливом альтернативної концепції (рівності результатів³) сучасна концепція рівності доповнює класичну ідею формальної рівності можливостей ідеєю створення реальних можливостей для членів суспільства конкурувати з іншими його членами, причому з достатніми шансами на успіх. Для забезпечення подібних реальних можливостей необхідно насамперед гарантувати справедливий розподіл соціальних благ між конкуруючими сторонами. Водночас слід розуміти, що справедливий розподіл соціальних благ зовсім не вимагає їх рівномірного розподілу; він радше вбачає забезпечення рівності можливостей у чомусь на зразок «вирівнювання ігрового поля», з тим, щоб зробити конкуренцію за ресурси справедливою, а не тільки досягти їх більш рівномірного розподілу⁴. Саме така природна в умовах соціальної держави *діалектика формальної і фактичної (реальної) рівності* дозволяє забезпечити «чесну рівність можливостей» (Д. Ролз), яка сьогодні є провідною інтерпретацією ідеї рівності. У цьому вигляді вона і знаходить свій вияв у сфері правового регулювання. Відштовхуючись від ідеї чесної рівності можливостей, сучасне право повинне гарантувати справедливий баланс між вимогами формальної і фактичної рівності.

¹ Гелд В. Права // Антологія феміністичної філософії: Пер. з англ. / За ред. Е. М. Драгер та А. М. Янг. – К., 2006. – С. 599.

² Пояснення цьому досить просте: усі люди володіють основними (фундаментальними) правами і володіють ними рівною мірою, тому що ці права пов'язані з ознаками людського роду, стосовно яких усі людські істоти є рівними. Див.: *Кекес Д.* Засадничі цінності лібералізму // Лібералізм: Антологія / Упоряд.: О. Проценко, В. Лісовий. – К., 2002. – С. 114.

³ Рівність результатів (equality of outcome) – ідея, зміст якої полягає в тому, що суспільство і держава повинні гарантувати рівність людей завдяки перерозподілу соціальних благ чи запровадженню так званої позитивної дискримінації. Див.: *Джадда К., Берри Д. М., Голдман Д., Хула К. В.* Трудным путем демократии... – С. 496.

⁴ Див.: *Шраг Л.* Рівні можливості // Антологія феміністичної філософії. – С. 664–665.

Так, *вимога формальної рівності можливостей*, на нашу думку, реалізується в праві за допомогою чотирьох пов'язаних між собою загальних принципів: 1) принципу рівності перед законом; 2) принципу рівності перед судом; 3) принципу рівності прав і свобод людини і громадянина та 4) принципу рівності обов'язків людини і громадянина. У свою чергу *вимога фактичної рівності можливостей* реалізується в праві за допомогою двох основних принципів: 1) принципу диференціації правового регулювання і 2) принципу позитивної дискримінації.

Природно, що під впливом ідеї правової рівності як вимоги чесної рівності можливостей зміщуються акценти і в розумінні *принципу недискримінації* як заборони дискримінації. У сучасній інтерпретації він означає *заборону необґрунтованого відмінного ставлення* (а саме встановлення відмінностей, винятків, обмежень чи переваг) *до осіб, які знаходяться в однаковій ситуації, чи однакового підходу до осіб, які перебувають у різних ситуаціях*¹.

Оскільки дискримінація призводить до обмеження або унеможливлення в користуванні чи здійсненні прав і свобод усіма людьми на рівних підставах, то її заборона розглядається як один із шляхів забезпечення рівності всіх людей (див. преамбулу Протоколу № 12 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 2000 р.²). На нашу думку, саме послідовна реалізація принципу недискримінації в юридичних практиках і інституціях є основним фактором, що свідчить про наявність у правовій системі справедливого балансу між вимогами формальної і фактичної рівності можливостей.

Право на захист від дискримінації є одним із фундаментальних прав людини, яке визнане міжнародним правом і має бути забезпечене сучасними державами. Значний досвід боротьби з дискримінацією накопичений у межах таких інституцій, як Рада Європи і Європейський Союз. Він поза всяким сумнівом може бути корисним для України.

Право Ради Європи

Принцип недискримінації (non-discrimination) є загальноновизнаним і засадничим у праві Ради Європи. Стаття 14 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. (далі — Конвенція)³ забороняє дискримінацію за будь-якою ознакою при користуванні визнаними в ній правами та свободами. Проте захист, який забезпечується ст. 14 Конвенції,

¹ Стандарти Совета Европы в области прав человека применительно к положениям Конституции Российской Федерации: Избранные права. – М., 2002. – С. 102.

² Офіційний вісник України. – 2006. – № 9. – Ст. 522.

³ Там само. – 1998. – № 13.

є обмеженим порівняно з аналогічними положеннями інших міжнародних договорів. Головна причина цього полягає в тому, що ст. 14 не містить загальної заборони дискримінації, тобто вона забороняє дискримінацію лише щодо здійснення прав і свобод, перелічених у Конвенції.

Окремі аспекти принципу недискримінації знайшли своє втілення також в інших конвенціях Ради Європи. Так, спеціальні нові гарантії, що стосувалися рівноправності членів подружжя у відносинах між собою і в їхніх відносинах зі своїми дітьми, були закріплені в ст. 5 Протоколу № 7 до Конвенції від 22 листопада 1984 р.¹ Європейська соціальна хартія (переглянута) від 3 травня 1996 р.² містить як заборону будь-якої дискримінації при здійсненні прав, передбачених цією Хартією (ст. Е ч. V), так і положення, що зобов'язують держави-учасниці створювати певні переваги для окремих груп населення (жінок, молоді, інвалідів та ін.) з метою забезпечення фактичної рівності (пп. 7, 8 і 15 ч. I). Рамкова конвенція Ради Європи про захист національних меншин від 1 лютого 1995 р.³ забороняє будь-яку дискримінацію на підставі належності до національної меншини. Аналогічні положення містять багато інших документів, прийнятих у межах Ради Європи⁴.

Урешті-решт європейські інституції дійшли висновку про те, що захист від дискримінації мав бути підсилений шляхом прийняття додаткового протоколу, що містить загальне положення проти дискримінації за будь-якою ознакою⁵. Заради досягнення цієї мети був прийнятий Протокол № 12 до Конвенції, який встановлює загальну заборону дискримінації за будь-якою ознакою (див. ст. 1)⁶, виходячи з того, що всі особи є рівними перед законом і мають право на рівний захист за законом (див. преамбулу). Разом з тим у преамбулі Протоколу підкреслюється, що принцип недискримінації не стоїть на заваді державам-учасникам уживати заходів для сприяння повній та реальній рівності, якщо ці заходи є об'єктивно й обгрунтовано виправданими.

¹ Офіційний вісник України. – 2006. – № 32. – Ст. 2375.

² Голос України. – 2006. – 30 листоп. (№ 227).

³ Международные акты о правах человека: Сб. документов. – С. 634–640.

⁴ Огляд цих документів див.: Стандарты Совета Европы в области прав человека применительно к положениям Конституции Российской Федерации: Избранные права. – С. 120–123.

⁵ <http://conventions.coe.int/Treaty/RUS/Reports/Html/177.htm>

⁶ Згідно зі ст. 1 Протоколу № 12 «здійснення будь-якого передбаченого законом права забезпечується без дискримінації за будь-якою ознакою, наприклад, за ознакою статі, раси, кольору шкіри, мови, релігії, політичних чи інших переконань, національного чи соціального походження, належності до національної меншини, майнового стану, народження або за іншою ознакою».

Для з'ясування сутності дискримінації принципове значення має практика Європейського Суду з прав людини і його попередника — Комісії з прав людини¹. Ці органи в процесі розгляду справ, пов'язаних з порушенням ст. 14 Конвенції, *систематизували елементи, що утворюють дискримінацію*: 1) мають бути встановлені факти, що свідчать про різне ставлення; 2) ця відмінність у ставленні не виправдана легітимною метою, тобто відсутнє об'єктивне і розумне обґрунтування мети і результатів відповідного заходу; 3) відсутня розумна співмірність між засобами, що використовуються, і метою, що досягається².

Отже, Європейський Суд з прав людини при розгляді спорів про дискримінацію досліджує три питання:

1) *про наявність дійсної відмінності в ставленні за аналогічної ситуації*. Слід зазначити, що Судом не вироблено чітких загальних критеріїв для визначення того, чи є аналогічними ситуації, в яких знаходяться заявник і інші особи. Це обумовлено насамперед складністю вироблення таких критеріїв. Подібна оцінка здійснюється лише для певної категорії справ.

Наприклад, Судом були визнані такими, що знаходяться в аналогічній ситуації: дружини і чоловіки іноземців, що постійно проживають у державі (щодо права на проживання в цій державі); працюючий чоловік і жінка (щодо оподаткування); політичні партії, що мають різне представництво в парламенті (щодо надання їм ефірного часу).

Водночас, на думку Суду, не знаходяться в аналогічних ситуаціях: наймані робітники і підприємці, одружені і неодружені пари (щодо оподаткування); адвокати і представники інших вільних професій (щодо надання безкоштовних послуг); власники житлових і нежитлих приміщень (щодо користування своїм майном); військові і цивільні особи (щодо дисциплінарної відповідальності); члени парламенту і преса (щодо обговорення суспільно значущих питань)³;

¹ Практика Європейського Суду з прав людини у справах про дискримінацію ґрунтовно досліджена, наприклад, у таких працях: *Заковряшина Е.* Принцип недискримінації в праві Совета Европы // Конституционное право: Восточноевропейское обозрение. – 2002. – № 2. – С. 113–134; *Шевчук С.* Судовий захист прав людини: практика Європейського Суду з прав людини у контексті західної правової традиції. – К., 2006. – С. 661–686.

² Eur. Commission H. R. Geillustreerde Pers N. V. v. the Netherlands, Report of 6 July 1976. DR. 1977. – № 8. – P. 5 (14-15); Eur. Court H. R. Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom, Judgment of 28 May 1985. Series A. – № 94. – P. 72.

³ Детальніше про ці ситуації і відповідні судові рішення див.: *Заковряшина Е.* Принцип недискримінації в праві Совета Европы. – С. 117.

2) *про виправданість відмінності в ставленні до осіб, що знаходяться в аналогічних ситуаціях.* Виходячи із практики Суду відмінність у ставленні повинна мати об'єктивне і розумне обґрунтування, тобто переслідувати легітимну мету. У загальному вигляді відмінність у ставленні держави зазвичай виправдовують публічним інтересом і Суд в цілому приймає таке обґрунтування.

Наприклад, Суд визнавав правомірними (такими, що виправдовують різне ставлення) такі цілі: захист здоров'я і прав дітей, заохочення зайнятості заміжніх жінок для досягнення реальної рівності статей, захист демократичних інститутів, забезпечення правової визначеності, підтримка військової дисципліни, захист внутрішнього ринку робочої сили, житлова політика влади, проведена в зв'язку з обмеженою пропозицією житла і для захисту інтересів незаможних, запобігання «профспілковій анархії», підтримка спеціального правопорядку в межах Європейського Союзу тощо¹;

3) *про додержання розумної співмірності між засобами, що використовуються, і метою, що досягається.* Ця вимога впливає з принципу пропорційності і передбачає справедливий баланс між захистом публічного інтересу і повагою до основних прав людини.

Відповідь на ці три питання дозволяє виокремити розрізнення, які є правомірними, від тих, які є неприйнятними, і таким чином констатувати наявність чи відсутність дискримінації.

Право Європейського Союзу

Недискримінація є також фундаментальним принципом Європейського Союзу. Стаття 13 Договору, що засновує Європейське Співтовариство, передбачає вжиття заходів, потрібних заради боротьби проти дискримінації на підставі статі, раси, етнічного походження, релігії чи віри, психічних чи фізичних вад, віку чи сексуальної орієнтації².

Ще чіткіше про неприпустимість дискримінації говорить проект Договору про запровадження Конституції для Європи (2003/С169/01). Згідно зі статтею II-21 Хартії засадничих прав Союзу (частина II проекту Договору) заборонено будь-яку дискримінацію на будь-якій підставі, такий як стать, раса, колір шкіри, етнічне чи соціальне походження, генетичні риси, мова, релігія чи віра, політичні чи будь-які інші погляди, належність до національної меншини, власність, походження, фізичні чи психічні вади, вік чи сексуальна орієнтація. У сфері застосу-

¹ Детальніше про відповідну судову практику див.: *Заковряшина Е.* Принципи недискримінації в праві Союзу Європи. – С. 117–118.

² Основи права Європейського Союзу: Нормат. матеріали / За заг. ред. М. В. Буромельського. – Х., 2005. – С. 40.

вання Конституції, без порушення окремих її положень, заборонено будь-яку дискримінацію на підставі державної належності¹.

Відповідно до ст. 13 Договору в ЄС було запроваджено стратегію боротьби із дискримінацією, яка, зокрема, відображена в:

– Директиві Ради Європейського Союзу 2000/43/ЄС від 29 червня 2000 р., яка імплементує принцип рівного ставлення до людей незалежно від расового або етнічного походження (вона забезпечує захист при доступі до зайнятості, індивідуальної праці й професії, включаючи просування по службі; доступі до професійно-технічної і професійної освіти; зайнятості і умовах праці, включаючи звільнення і оплату праці; членства в організації працівників чи підприємців або у професійних організаціях; освіти; соціального захисту, включаючи соціальне забезпечення і охорону здоров'я; соціальних пільг, доступу до товарів і послуг, доступних публіці, включаючи житло)²;

– Директиві Ради Європейського Союзу 2000/78/ЄС від 27 листопада 2000 р., яка встановлює загальні засади рівного ставлення у сфері зайнятості і професійної діяльності (було схвалено з метою боротьби з дискримінацією за ознаками релігії або переконань, фізичних вад, віку або сексуальної орієнтації при працевлаштуванні та трудовій діяльності)³;

– Директиві Ради Європейського Союзу 2004/113/ЄС від 13 грудня 2004 р. про імплементацію принципу рівного ставлення до чоловіків і жінок в питаннях доступу до товарів і послуг та їх надання⁴;

– Директиві Європейського Парламенту і Ради 2006/54/ЄС від 5 липня 2006 р. про імплементацію принципу рівних можливостей і рівного ставлення до чоловіків і жінок у питаннях зайнятості та професійної діяльності⁵;

¹ Конституційні акти Європейського Союзу. Ч. I / Упоряд. Г. Друзенко; За заг. ред. Т. Качки. – К., 2005. – С. 351.

² Official Journal of the European Communities. – L 180, 19. 07. 2000. – P. 22–26.

³ Official Journal of the European Communities. – L 303, 2. 12. 2000. – P. 16–22.

⁴ Official Journal of the European Union. – L 373, 21. 12. 2004. – P. 37–43.

⁵ Official Journal of the European Union. – L 204, 26. 07. 2006. – P. 23–36.

Підкреслимо, що ця Директива замінила низку більш ранніх Директив, які стосувалися принципу рівного ставлення до чоловіків і жінок (зокрема, Директиву Ради 76/207/ЄЕС від 9 лютого 1976 р. про імплементацію принципу рівного ставлення до чоловіків і жінок в питаннях зайнятості, професійної підготовки, просування і умов праці, Директиву Ради 75/117/ЄЕС від 10 лютого 1975 р. про зближення законодавств держав-членів щодо застосування принципу рівної оплати праці чоловіків і жінок, Директиву Ради 86/378/ЄЕС від 24 липня 1986 р. про імплементацію принципу рівного ставлення до чоловіків і жінок у системі професійного соціального страхування).

– Рамочній стратегії Спільноти щодо гендерної рівності на 2001–2005 (Рішення Ради Європейського Союзу 2001/51/ЄС від 20 грудня 2000 р.)¹ і «Дорожньої карти» для досягнення рівності між жінками і чоловіками — 2006–2010 роки, прийнятої Європейською комісією 1 березня 2006 р. (СОМ(2006)92)²;

– Програмі дій Спільноти на 2001–2006 роки (Рішення Ради Європейського Союзу 2000/750/ЄС від 27 листопада 2000 р.) по боротьбі з дискримінацією на всіх підставах, перелічених у ст. 13 (крім статі)³.

Ці Директиви ЄС проголошують *принцип рівного ставлення*, що означає відсутність дискримінації за будь-якою підставою, і передбачають *дві форми забороненої дискримінації*:

1) *пряма дискримінація* (direct discrimination), яка має місце тоді, коли ставлення до особи є менш сприятливим, аніж те, яке має, мало або мало б місце щодо інших у співмірній ситуації на будь-якій підставі, за якою дискримінація заборонена. Наприклад, прямою дискримінацією за ознакою статі є прихильне ставлення до жінки, пов'язане з вагітністю чи материнством, сексуальні домагання (sexual harassment); прямою дискримінацією за ознакою расового або етнічного походження є будь-яка небажана поведінка, пов'язана з расою і етнічним походженням, що здійснюється з метою чи наслідками приниження гідності особи чи створення умов залякування, ворожнечі, зневаги і образи (harassment).

Проте якщо ситуація не є співмірною, то нерівність не є дискримінацією. Наприклад, можуть не вважатися дискримінаційними об'єктивно виправдані, адекватні і необхідні вимоги щодо віку працівника, стану здоров'я, його професійного досвіду або стажу, рівня знань для працевлаштування тощо. Так, вимоги щодо високого рівня володіння державною мовою є об'єктивно виправданими для державного службовця чи вчителя, проте не є необхідними для роботи, що передбачає ручну працю;

2) *непряма дискримінація* (indirect discrimination), яка має місце, якщо на перший погляд нейтральне законодавче положення, критерій або практика ставить осіб будь-якої захищеної групи в особливо несприятливе становище порівняно з іншими особами, крім випадків, коли законодавче положення, критерій або практика є об'єктивно виправда-

¹ Official Journal of the European Communities. – L 17, 19. 01. 2001. – P. 22–29.

² «Дорожня карта» передбачає необхідність реалізації шести пріоритетних завдань: рівна економічна самостійність, поєднання трудової діяльності з особистим і сімейним життям, рівна участь жінок і чоловіків у прийнятті рішень, викоренення гендерного насилля і торгівлі людьми, ліквідація гендерних стереотипів і сприяння гендерній рівності за межами ЄС.

³ Official Journal of the European Communities. – L 303, 2. 12. 2000. – P. 23–28.

ними легітимною метою, а заходи, що реалізують цю мету, є належними і необхідними. Наприклад, непрямую гендерною дискримінацією є значна різниця в оплаті праці працівника на повній і неповній ставці, коли працівниками на неповній ставці є переважно чи виключно жінки. Іншим прикладом може бути зовнішньо нейтральне правило щодо вимог до одягу на робочому місці, якщо воно приводило до відсіву якоїсь особи чи групи осіб¹.

Право України

Проблеми реалізації принципу рівності часто-густо виникають і в українській правовій системі. Певний досвід у боротьбі з дискримінацією накопичений Конституційним Судом України, чий правові позиції можуть бути корисними для формування стандартів обґрунтованої і необґрунтованої диференціації правового регулювання.

1. Конституційний Суд України *визнав обґрунтованими відмінності*:

– у соціальному захисті громадян, які перебувають на службі у військових формуваннях та правоохоронних органах держави, й інших громадян (див. рішення від 6 липня 1999 р. № 8-рп/99 у справі щодо права на пільги², від 20 березня 2002 р. № 5-рп/2002 у справі щодо пільг, компенсацій і гарантій³ та від 17 березня 2004 р. № 7-рп/2004 у справі про соціальний захист військовослужбовців та працівників правоохоронних органів⁴);

– у питанні про рівень недоторканності звичайних громадян і посадових осіб (див. рішення від 23 грудня 1997 р. № 7-зп у справі про Рахункову палату⁵ та від 1 грудня 2004 р. № 19-рп/2004 у справі про незалежність суддів як складову їхнього статусу⁶);

– у регулюванні трудових відносин осіб, які належать до різних за родом і умовами діяльності категорій (див. рішення від 7 липня 2004 р. № 14-рп/2004 у справі про граничний вік кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу⁷);

¹ Детальніше про це див.: Семинар для НПО, займаючихся боротьбою с дискриминацией: Материалы для тренеров // http://www.lichr.ee/new/useful_info/discrimination/PDF/handbook-rus.pdf

² Офіційний вісник України. – 1999. – № 27. – Ст. 1342.

³ Там само. – 2002. – № 13. – Ст. 669.

⁴ Там само. – 2004. – № 12. – Ч. 1. – Ст. 763.

⁵ Там само. – 1998. – № 1. – Ст. 23.

⁶ Там само. – 2004. – № 49. – Ст. 3220.

⁷ Там само. – 2004. – № 28. – Ч. 1. – Ст. 1909.

– у правовому режимі різних форм власності (див. рішення від 12 лютого 2002 р. № 3-рп/2002 у справі про електроенергетику¹ та від 20 червня 2007 р. № 5-рп/2007 у справі щодо кредиторів підприємств комунальної форми власності²);

– у можливостях голосування для різних категорій виборців (див. рішення від 22 грудня 2004 р. № 22-рп/2004 у справі про особливості застосування Закону України «Про вибори Президента України»³).

2. Конституційний Суд України *визнав необґрунтованим* встановлення *різних умов*:

– для здійснення виборчого права різними групами однієї категорії виборців (див. вищезгадане рішення від 22 грудня 2004 р. № 22-рп/2004⁴);

– для реалізації кандидатами у народні депутати України свого права бути обраними (див. рішення від 26 лютого 1998 р. № 1-рп/98 у справі про вибори народних депутатів України⁵);

– для створення політичної партії громадянами України — жителями Автономної Республіки Крим та іншими громадянами України (див. рішення від 3 березня 1998 р. № 2-рп/98 у справі про об'єднання громадян в Автономній Республіці Крим⁶);

– для збору підписів громадян на підтримку створення політичної партії і утворення та реєстрації обласних, міських, районних партійних

¹ Офіційний вісник України. – 2002. – № 22. – Ст. 1069.

² Там само. – 2007. – № 48. – Ст. 1991.

³ Наприклад, Суд визнав правомірним надання переваги щодо голосування за межами виборчої дільниці перед усіма іншими виборцями громадянам, які не здатні пересуватися самостійно. Див.: Офіційний вісник України. – 2004. – № 52. – Ч. 1. – Ст. 3455.

⁴ Так, Суд визнав дискримінацією виділення з усієї категорії громадян, які не здатні пересуватися самостійно, лише інвалідів першої групи та надання їм переваги щодо голосування за межами виборчої дільниці.

⁵ Суд визнав дискримінацією надання одній і тій же особі права бути включеною до списку кандидатів у народні депутати України для участі у виборах по багатомандатному загальнодержавному виборчому округу та одночасно бути висунутою також в одномандатному виборчому окрузі; встановлення неоднакового терміну для висування кандидатів і реєстрації списків кандидатів у народні депутати України у багатомандатному загальнодержавному виборчому окрузі і для реєстрації кандидатів у народні депутати України в одномандатних виборчих округах тощо. Див.: Офіційний вісник України. – 1998. – № 23. – Ст. 850.

⁶ На цій підставі Суд визнав неконституційними норми про можливість утворення, організацію і діяльності в Автономній Республіці Крим політичних партій із загальнокримським статусом. Див.: Офіційний вісник України. – 1998. – № 24. – Ст. 896.

організацій залежно від регіону (див. рішення від 12 червня 2007 р. № 2-рп/2007 у справі про утворення політичних партій в Україні¹).

3. Конституційний Суд двічі звертав увагу на те, що мета встановлення певних відмінностей (вимог) у правовому регулюванні повинна бути істотною (правомірною та суспільно необхідною), а самі відмінності (вимоги), що переслідують таку мету, мають відповідати конституційним положенням, бути об'єктивно виправданими, обґрунтованими та справедливими (пропорційними). В іншому випадку встановлення обмежень означало б, на думку Суду, дискримінацію (див. вищезгадані рішення від 7 липня 2004 р. № 14-рп/2004 та від 20 червня 2007 р. № 5-рп/2007).

Слід зазначити, що заради забезпечення фактичної (реальної) рівності можливостей держава може також вдаватися до так званої *позитивної дискримінації* (англ. — positive discrimination), або *політики позитивних дій* (англ. — affirmative action, positive action), — юридичної розбіжності в підходах, яка реалізується як тимчасовий захід з метою створення сприятливих умов для певної категорії осіб на шкоду іншій категорії і таким чином компенсує існуючу між ними фактичну нерівність.

Сьогодні світова спільнота виходить з того, що правильно спроектовані програми позитивної дискримінації не суперечать вимогам рівності і недискримінації. Як зазначається, зокрема, в преамбулі Протоколу № 12 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 2000 р., принцип недискримінації не стоїть на заваді державам-учасникам уживати заходів для сприяння повній та реальній рівності, якщо ці заходи є об'єктивно й обґрунтовано виправданими. Наприклад, в Україні політика позитивних дій реалізується для того, щоб досягти гендерної рівності².

Отже, за сучасних умов саме закріплення рівності перед законом разом із забороною дискримінації та політикою позитивних дій має на меті забезпечення універсального дотримання принципу рівності як чесної рівності можливостей.

¹ Офіційний вісник України. – 2007. – № 54. – Ст. 2183.

² Для досягнення цієї мети було прийнято Закон України «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків» від 8 вересня 2005 р. № 2866-IV. Див.: Офіційний вісник України. – 2005. – № 40. – Ст. 2536.

ПИТАННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА

М. Оніщук, кандидат юридичних наук
народний депутат України 4-го та 5-го
скликань

Щодо питань методології дослідження проблем референдної демократії в Україні

Розвиток вітчизняного конституціоналізму на сучасному етапі позначився не тільки активізацією конституційних процесів у суспільстві та державі, що мали місце в 2004–2007 роках, а й сприяв подальшому розвитку і вдосконаленню української конституційно-правової науки. Зокрема, на сьогодні у вітчизняній конституційній теорії та практиці активно запроваджується категорія «референдна демократія», яка є відносно новою для України, але доволі вживаною у ряді зарубіжних країн (Австралія, Іспанія, Люксембург, США, Франція, Швейцарія та ін.).

Референдна демократія – це система встановлених Конституцією і законами України легітимних способів і методів безпосередньої реалізації народного суверенітету у формі ініціювання, організації та проведення референдумів, а також реалізації його рішень¹.

Референдна демократія, як різновид конституційного режиму, є складним явищем правового буття, сутність якого полягає в безпосередній реалізації політичної волі народу України, похідної від народного суверенітету, на референдумі. Відповідно, сутність референдної демократії полягає в прямій реалізації політичної волі Українського народу. Це дозволяє ідентифікувати референдну демократію як первинний і пріоритетний вид безпосередньої демократії.

Дослідження проблем референдної демократії в Україні ускладнюється через відсутність належного теоретико-методологічного інструментарію. Визначення поняття референдної демократії, як принципово

¹ *Оніщук М. В.* Конституційні принципи референдної демократії в Україні // Конституція і конституціоналізм в Україні: вибіркові проблеми: Зб. наук. пр. Т-ва конституц. права / Відп. ред. П. Ф. Мартиненко і В. М. Кампо. – К., 2007. – С. 143.

нової для вітчизняного конституційного права юридичної категорії, а також конструктивне вирішення таких завдань, як визначення принципів референдної демократії і проблем співвідношення та взаємодії референдної демократії з іншими видами демократії; виявлення передумов утвердження референдної демократії та основних етапів її становлення й розвитку; дослідження системи референдної демократії та її основних складових і встановлення подальших шляхів вдосконалення цієї системи демократії; формування концепції конституційно-правового механізму реалізації референдної демократії в Україні; виявлення тенденцій розвитку і вдосконалення референдної демократії в сучасних конституційних реаліях, а також вирішення ряду інших проблем теорії та практики референдної демократії потребує формування цілісної методології дослідження проблем референдної демократії в Україні.

Розв'язання методологічних проблем референдної демократії на сьогодні ускладнюється як відсутністю єдності в поглядах українських і зарубіжних правознавців на поняття сучасної методології конституційно-правової науки в цілому, так і малодослідженістю проблем самої референдної демократії.

Дослідження проблем методології референдної демократії на сучасному етапі розвитку теорії конституційного права видається неможливим без аналізу витоків і передумов формування цієї методології. Власне, конструктивне розв'язання цієї проблеми передбачає й пошук відповіді на запитання про сутність і зміст сучасної конституційно-правової методології як такої. Адже, незважаючи на багатогранність об'єкта і предмета конституційно-правових досліджень, кожній галузевій науці на різних етапах її розвитку властива певна єдність методологічних принципів і підходів, прийомів і способів проведення відповідних досліджень. При цьому загальна методологія конституційно-правових досліджень у другій половині ХХ – на початку ХХІ ст. найбільш об'єктивно реагувала на зміни в політичній, економічній, соціальній, культурній, інформаційній та інших сферах суспільного і державного життя.

Водночас доводиться констатувати, що й до сьогодні українські та зарубіжні вчені-правознавці не дійшли згоди в розумінні самої категорії «методологія конституційно-правових досліджень». Власне, як і відсутня єдність у поглядах науковців щодо застосування самої категорії «методологія» у юридичній науці. У кінці минулого століття російський правознавець Д. А. Керімов стверджував про суперечливість детермінації категорії «методологія» в юридичній науці, відзначаючи, що методоло-

логія права відіграє не лише онтологічну, а й гносеологічну роль у дослідницькому процесі¹.

На сучасному етапі розвитку науки конституційного права в Україні методологічний інструментарій відповідних досліджень продовжує залишатися здебільшого атрибутивною складовою дисертаційних досліджень і монографій. Від такого спрощеного підходу до методології правових досліджень свого часу застерігали ще радянські правознавці П. С. Самощенко і В. М. Сиріх, які писали: «Метод правової науки є не сумою окремих принципів діалектики і 4–6 спеціальних наукових методів...»². Учені вважали, що методологія правових досліджень передбачає формування певної філософської системи розуміння, дослідження та прогнозування явищ правового буття. На жаль, за останні сорок років ситуація з методологією юридичних, у тому числі й конституційно-правових досліджень мало змінилася на краще: у більшості захищених дисертацій та опублікованих монографій можна знайти лише «механістичний» опис все тих же окремих принципів діалектики і декількох найбільш вживаних спеціальних юридичних методів.

Щодо методології референдної демократії, то відповідний предмет конституційно-правової науки радянськими правознавцями не досліджувався.

Водночас слід визнати й певні здобутки радянської державно-правової методології в дослідженні проблем безпосередньої демократії. Зокрема, можна погодитись із К. І. Козловою, що такі методологічні принципи, як принцип об'єктивності, принцип пізнавальності, принцип детермінізму, принцип історизму, принцип єдності теорії й практики та ряд інших принципів³, сформованих радянськими правознавцями, залишаються актуальними і в сучасній науці конституційного права.

Проголошення незалежності України створило передумови для формування нової методології науки національного конституційного права. Сьогодні утвердження та розвиток сучасної наукової методології конституційного права в Україні відбувається кількома шляхами. По-перше, шляхом трансформації вже апробованих методів науки радянського державного права; по-друге, шляхом запозичення позитивно зарекомендованої наукової методології, яка не визнавалася в науці радян-

¹ Див.: Керимов Д. А. Общая теория государства и права: предмет, структура, функции. – М., 1977. – С. 83.

² Самощенко П. С., Сырых В. М. К методологии советского правоведения // Сов. гос-во и право. – 1973. – № 6. – С. 35.

³ Советское государственное право / Под ред. Е. И. Козлова. – М., 1983. – С. 29.

ського державного права, але практикувалася в зарубіжній науці конституційного права; по-третє, шляхом залучення до методологічного апарату науки конституційного права методів, що використовуються в інших науках – соціології, політології, психології, статистиці, кібернетиці, теорії управління, синергетиці тощо. Ці процеси позначилися й на розумінні сутності та змісту методології конституційного права.

На нашу думку, методологія сучасної науки конституційного права – це передусім світоглядна категорія сучасного конституціоналізму, пов'язана з науковою діяльністю вчених-конституціоналістів. Під нею слід розуміти вчення про світогляд і систему наукових принципів, методів, підходів і способів, які використовуються вченими-конституціоналістами в процесі здійснення дослідницької діяльності щодо пізнання явищ сучасного українського конституціоналізму.

Як правило, в процесі дослідження кожного самостійного конституційно-правового явища формується власна методологія. Зокрема, методологія дослідження проблем конституційно-правової відповідальності є відмінною від методології пізнання референдної демократії. Більше того, методологія конституційно-правових досліджень значною мірою зазнає впливу суб'єктивних чинників, пов'язаних із правовою свідомістю, науковим світоглядом, правовою культурою і навіть рівнем юридичної освіти і наукової підготовки дослідника. Тому пізнання навіть одного й того самого конституційно-правового явища різними дослідниками може мати своїм наслідком формування діаметрально протилежної методології дослідження цього явища.

Доволі яскраво ці теоретичні положення обґрунтовуються на прикладі формування методології дослідження проблем референдної демократії в Україні та зарубіжних країнах. При цьому слід зробити ремарку, що сформованого вчення про методологію дослідження цього явища сучасного конституціоналізму і навіть самостійних досліджень цієї проблеми, на відміну від проблеми, наприклад виборчої демократії, нині не існує ні в Україні, ні в зарубіжних країнах.

На сьогодні проблема формування методології пізнання конституційних основ референдної демократії перебуває в площині пошуку оптимальної методології дослідження проблем конституційних засад демократії в цілому й безпосередньої демократії зокрема. В Україні, як і в більшості інших держав світу, ще з часів певного фіаско ідей Ж.Ж. Руссо про реалізацію установчої влади народу через референдум, референдуми продовжують сприйматися виключно як вид, форма чи інститут прямого народовладдя. На підставі цього на референдуми пере-

носяться конституційні властивості, притаманні безпосередній демократії в цілому. Тому виявлення методології дослідження проблем референдної демократії є неможливим без аналізу відповідних досліджень у сфері безпосереднього народовладдя.

Окремо слід зазначати: іще з радянських часів у юридичній науці сформувалася неоднозначна тенденція щодо обмеження предмета конституційно-правової науки через віднесення проблем безпосередньої демократії до предмета досліджень теорії держави і права. Нині спостерігаються реверсні процеси, коли в конституційному праві починають досліджуватися проблеми не тільки безпосередньої демократії, а й такі традиційні для теорії держави і права питання, як форма держави, функції держави тощо. На підставі цього комплексне дослідження проблем методології пізнання конституційних основ референдної демократії вимагає аналізу не тільки відповідних праць з теорії права, а й з філософії права, соціології, політології тощо.

На сьогодні проблеми референдної демократії певною мірою набувають актуальності у російській державно-правовій науці. І хоча сучасні російські вчені-конституціоналісти здебільшого вдосконалюють радянсько-правову доктрину форм й інститутів прямого народовладдя, що ґрунтується на позитивізмі, окремі методологічні підходи і парадигми щодо проблем дослідження безпосередньої демократії та її окремих інститутів заслуговують на увагу.

У сучасній російській конституційно-правовій науці, яка значною мірою перебуває під впливом положень загальної теорії держави і права та державницької правової ідеології, нині сформувалась неопозитивістська методологія пізнання сутності та змісту явищ прямого народовладдя. При цьому, референдуми сприймаються як додаткова, малозначуща для суспільства конституційна форма прямого народовладдя. За таких умов розвиток референдної демократії в Російській Федерації, в її європейському вимірі вбачається доволі віддаленою перспективою.

Дещо інша ситуація щодо методології дослідження проблем безпосередньої і, зокрема референдної демократії, існує в юридичній науці західноєвропейських країн і США. Дослідження правознавців у цих країнах сприяли пошуку нових методологічних підходів дослідження проблем безпосередньої демократії, у тому числі й проблем референдної демократії.

У сучасному світі проблеми демократії та шляхи її здійснення дедалі частіше розглядаються не лише у філософській, соціологічній, правовій і політичній площині, а й стають предметом глибоких морально-

етичних роздумів у літературних творах всевітньо відомих літераторів. Так, нобелівський лауреат 1998 р. португальський письменник Жозе Сарамаго в своєму романі-антиутопії «Ясність» (*Ensayo sobre la lucidez*, 2004) змодельовав ситуацію, коли виборці викидають в скриньки для голосування понад 70 % чистих бюлетенів для голосування, що символізує таку традиційну для пострадянських і постсоціалістичних країн ситуацію «внутрішньої еміграції», тобто тотальної недовіри народу до своїх політиків і їх діяльності. Інший мислитель сучасності А. Турен стверджує, що демократія — це далеко не політичний режим з набором необхідних інститутів (існує безліч «демократичних» інститутів, які не здійснюють функцій демократії!), а передусім «постійна робота та боротьба за підпорядкування суспільної організації цінностям, які не є суто суспільними: раціональність і свобода»¹.

Безперечно, погляди зарубіжних філософів, соціологів, політологів і літераторів на проблеми безпосередньої демократії та перспективи її подальшого розвитку сприяють формуванню нових онтологічних і гносеологічних підходів щодо цього складного суспільного явища. Врешті, пошук універсальної методології пізнання явищ постіндустріального соціуму позначається й на юридичній, у тому числі й конституційно-правовій науці, але така методологія не може підміняти собою методологію права, а тим більше заперечувати її специфічну самобутність. За всю історію людства не вдалося сформувати єдиної загальноприйнятої методології наукового пізнання суспільних явищ, яка б дозволила об'єктивно пізнати сутність і зміст усіх явищ суспільного життя.

Ці вчення мають відомий вплив на формування методології правових досліджень через вплив на світогляд учених-правознавців. Але всі вони не можуть підміняти собою правову методологію. Найбільший вплив на розвиток методології дослідження проблем референдної демократії справляють саме правові, й значною мірою політичні вчення.

Сучасні західноєвропейські та американські правознавці вбачають призначення методології референдної демократії у формуванні найбільш ефективних правових механізмів, які б повною мірою дозволяли реалізувати волю народу не тільки при голосуванні на референдумі, а й під час референдних ініціатив. При цьому в демократичному постіндустріальному суспільстві популярними залишаються положення вчень М. Вебера, К. Поппера й інших мислителів щодо відкритого суспільства і свободи індивідуума в суспільстві, що в свою чергу ставить парадигму про легітимність рішень «більшості» на референдумі з огляду на необ-

¹ *Pena A.* Зачем политики? // Зеркало недели. — 2007. — № 18. — С. 20.

хідність захисту природних прав тих, хто голосував проти рішень, виснесених на референдум, або взагалі утримався від голосування.

Розвиток зарубіжної і у першу чергу західноєвропейської та американської політико-правової думки, знайшов своє відображення і в роботах сучасних українських правознавців. Зокрема, проблеми безпосередньої демократії нині активно досліджуються в загальній теорії права, філософії права, політології та в конституційно-правовій науці. Це сприяло формуванню в Україні специфічного напрямку конституційно-правових досліджень, основним предметом яких стали політичні інститути суспільства і держави.

Так, проблеми теорії держави і права та конституційного права через призму політологічних процесів розвитку демократії в Україні висвітлюються у працях В. П. Горбатенька, І. О. Кресіної, В. М. Селіванова, О. В. Скрипнюка, А. Й. Француза, О. Ю. Тодики та інших сучасних українських учених.

Зокрема, відомий український теоретик права В. М. Селіванов у своїй праці «Право і влада суверенної України: Методологічні аспекти» одним із перших у нашій державі обґрунтував доцільність застосування комплексної методології правових досліджень проблем демократії в контексті змістового аналізу процесів суспільно-політичного та правового розвитку¹. Така постановка проблеми пошуку нових методологічних підходів у дослідженні юридичних властивостей демократії та її видів сприяла формуванню якісно нових онтологічних і гносеологічних підходів до такого конституційного феномену, як безпосередня демократія.

Ці погляди на проблеми методології дослідження демократичних процесів в Україні знаходять свій розвиток і у працях О. В. Скрипнюка. Зокрема, вчений стверджує, що в сучасному світі проблеми демократії можуть досліджуватися переважно через аналіз існуючих концепцій демократії, дослідження їх історичної й теоретичної генез, їх порівняння та критичного переосмислення, а також дослідження проблеми їх застосування в умовах висвітлення політичних процесів в Україні².

Водночас дослідження проблем безпосередньої, у тому числі й референдної, демократії на сучасному етапі цивілізаційного розвитку ускладнюються такими новими чинниками, як глобалізаційні процеси.

¹ Селіванов В. М. Право і влада суверенної України: Методологічні аспекти. – К., 2002. – С. 3–5.

² Скрипник О. В. Демократія: Україна і світовий вимір (концепції, моделі та суспільна практика). – К., 2006. – С. 8.

Зокрема, у ґрунтовному дослідженні «Народовладдя в умовах глобалізації» О. Ю. Тодика звертає увагу на те, що в умовах глобалізації виникають нові інформаційні технології і відповідно можливості впливу ЗМІ на громадську думку, на результати виборів і референдумів. Запровадження демократії, яка ґрунтується на інформаційних технологіях, розглядається вченою як антипод існуючим державно-правовим інститутам. Водночас, О. Ю. Тодика вбачає головну загрозу безпосередній демократії в політичній корупції, яка нині стала невід'ємною складовою проведення виборів і референдумів, і вважає за доцільне формування комплексної державної політики у сфері забезпечення народовладдя¹.

Запропонований О. Ю. Тодикою методологічний підхід щодо державного забезпечення конституційних засад безпосередньої демократії, особливо у постсоціалістичних країнах, має свої переваги. Цю точку зору в цілому підтримує й В. М. Шаповал, який вважає, що референдум та інші форми безпосередньої демократії не застосовуються самі по собі чи лише у зв'язку з конституційною фіксацією ідеї народного суверенітету. Вони мають бути легальними способами і засобами організації та здійснення державної влади². Утім, реалізація такого методологічного підходу щодо державного «урегулювання» референдної демократії містить загрозу запровадження в державі тих видів народовладдя, які М. Квортруп назвав «контрольованими владою». Що ж до референдної демократії, то надмірне втручання держави в процеси ініціювання референдумів загрожує її трансформації у так звану «плебісцитарну демократію», симпатії до якої вже виявили пострадянські держави Середньої Азії та Білорусь. Власне й всеукраїнський референдум 16 квітня 2000 р. виявився невдалою спробою такої трансформації.

Попри значні здобутки вітчизняної політико-правової думки, поза увагою українських учених залишаються проблеми формування чіткої конституційно-правової методології, яка б дозволила конструктивно вирішити проблеми виявлення сутності й змісту референдної демократії, як системи встановлених Конституцією і законами України легітимних способів і методів безпосередньої реалізації народного суверенітету у формі ініціювання, організації та проведення референдумів, а також реалізації їх рішень. На жаль, сучасні онтологічні підходи до виявлення

¹ Тодика О. Ю. Народовластие в условиях глобализации: Монография. – Харьков, 2005. – С. 3, 5.

² Шаповал В. М. Сравнительное конституционное право: Учеб. пособие. – Киев, 2007. – С. 175.

суспільної цінності демократії залишаються мало витребуваними у юридичній науці.

Існуюча на сьогодні в Україні теоретико-методологічна база для формування методології дослідження конституційно-правових основ референдної демократії представлена здебільшого позитивістськими і неопозитивістськими вченнями про референдуми. Так у працях Л. Т. Кривенко, М. П. Орзіха, В. Ф. Погорілка, В. Л. Федоренка, Ю. М. Тодики, В. М. Шаповала та інших вітчизняних учених-конституціоналістів сформовано досить досконалу теорію референдумів, яка ґрунтується на вивченні і роз'ясненні історичного досвіду проведення референдумів в Україні та за кордоном, класифікації референдумів тощо.

Уперше за часи незалежності проблема референдумів в Україні була досліджена на монографічному рівні В. Ф. Погорілком і В. Л. Федоренком у роботі «Референдуми в Україні: історія та сучасність» (2000 р.). Зміст указаної праці дає підстави стверджувати, що В. Ф. Погорілко та В. Л. Федоренко відстоювали у своєму дослідженні інституційні підходи дослідження референдумів.

У подальшому розвиток вітчизняної конституційної теорії інституту референдуму почав здійснюватися переважно в контексті позитивістських досліджень проблем конституційних форм безпосередньої демократії. Водночас учені висловлювали й положення, які можна вважати предтечею теорії референдної демократії. Зокрема, Л. Т. Кривенко в монографії «Конституційно-правові форми безпосередньої демократії в Україні: проблеми теорії і практики» (2001 р.) визначала, що референдна практика, яка формується, гостро виявила недостатність теоретичної бази у сфері, що нас цікавить, а це негативно впливає на реалізацію інститутів референдуму¹. Формування ж референдної теорії вчена пов'язувала з критичним переосмисленням існуючих учень про суверенітет та формуванням новітньої методології дослідження цього явища.

За умов відсутності альтернативи неопозитивістській методології в дослідженні конституційних основ референдуму, українським ученим вдалося вдосконалити інституційну теорію референдумів і обґрунтувати існування референдного права як самостійної підгалузі конституційного права. У 2006 р. в Україні вийшов перший навчальний посібник з референдного права, в якому В. Ф. Погорілко і В. Л. Федоренко виклали основні теоретико-методологічні положення про референдне право і референдний процес у їх об'єктивному значенні. Показовим є те, що

¹ Конституційно-правові форми безпосередньої демократії в Україні: проблеми теорії і практики. – К., 2001. – С. 87.

В. Ф. Погорілку та В. Л. Федоренку вдалося виявити метод референдного права, як підгалузі конституційного права¹.

Нині позитивістська і неопозитивістська методологія дослідження проблем теорії та практики референдумів в Україні знаходить своє застосування й у розробках інших учених-конституціоналістів². Водночас дослідження проблем референдної демократії не може задовольнятися виключно позитивістською методологією. Сьогодні вимагає від дослідників цих проблем урахування як традиційних, так і нових методологічних підходів, а також пошуку такого методологічного інструментарію, який допоміг би найбільш об'єктивно і різнобічно дослідити конституційні основи референдної демократії в Україні та сприяв удосконаленню ідеологічної складової цього складного конституційно-правового явища.

На нашу думку, методологія дослідження конституційних проблем референдної демократії є вченням про світогляд і систему наукових підходів, принципів, методів, прийомів і способів пізнання та об'єктивної оцінки референдної ідеології, чинного референдного законодавства та правових механізмів реалізації референдної демократії. Разом з цим, відповідна методологія, поряд з референдною культурою, є важливою складовою такого елемента референдної демократії, як референдна ідеологія.

Методологія дослідження проблем референдної демократії, як і будь-якого іншого предмета конституційного права, має за основу перш за все систему різнопорядкових за змістом і формою методів. На сьогодні традиційним для української юридичної науки є положення про те, що методи науки конституційного права мають свою систему, представлену на трьох ієрархічних рівнях. Умовно прийнято виділяти такі зрізи цієї системи, як загальнофілософські, загальнонаукові та спеціальні методи науки конституційного права. Вказані складові властиві й для методології дослідження проблем референдної демократії в Україні.

В основу методології дослідження проблем референдної демократії, на нашу думку, має бути покладений комплексний підхід з використанням філософських принципів єдності, соціально-правового і гносеологічного аналізів, об'єктивності, історизму, конкретності істини, повинні використовуватися здобутки в дослідженні референдумів, що нині мають

¹ Погорілко В. Ф., Федоренко В. Л. Референдне право України: Навч. посіб. – К., 2006. – С. 10.

² Чистоколяний Я. В. Поняття і принципи форм безпосередньої демократії в Україні // Держава і право. – К., 2007. – Вип. 35. – С. 194–200.

місце у філософії, соціології, політології, а також загальній теорії права та філософії права. При цьому запровадження нових методологічних підходів і принципів до дослідження проблем референдної демократії не спростовує дієвості традиційної методології.

Дієвим щодо дослідження конституційних засад референдної демократії залишається лапласівський детермінаційний методологічний підхід, який свого часу став теоретичною основою позитивізму. На нашу думку, визначення категорії «референдна демократія» і виявлення її юридичних властивостей і, зокрема принципів цього виду демократії, є неможливим без визначення причинно-наслідкових зв'язків між досліджуваним явищем і соціальним середовищем.

Перспективним методологічним підходом у дослідженні проблем генезису референдної демократії залишається й метод історизму, більш відомий за радянських часів як метод історичного матеріалізму. Свого часу цей метод визначався формаційним підходом до історії становлення, розвитку і занепаду громадянського суспільства та держави. Класова спрямованість цього методу в цілому залишається виправданою і для референдної демократії, адже генезис референдумів має здебільшого формаційний характер, а основні віхи цього генезису пов'язані із соціальними перетвореннями, які здебільшого мають класовий або національний характер. Нагадаємо, що референдна демократія утверджувалася в періоди легітимізації результатів революцій, війн за незалежність тощо.

Зберігають свою актуальність і діалектичні методологічні підходи, які потребують всебічного підходу до вивчення проблем теорії та практики референдної демократії, вивчення її зв'язків з іншими видами безпосередньої та представницької демократії в Україні. Діалектичний підхід є важливим і в розв'язанні парадигми щодо минулого, теперішнього і майбутнього референдної демократії.

Останніми роками у вітчизняній конституційно-правовій науці широко застосовуються й новітні, раніше невідомі, або й заборонені за радянських часів методологічні підходи, що дозволяють під іншим кутом досліджувати проблеми конституційно-правового буття. Екзистенціалізм, персоналізм, біхевіоризм, нормативізм, синергетизм, соціологічна школа, психологічна школа тощо дійсно збагатили загальнолюдські уявлення про конституційне право. У гармонійному поєднанні з іншими методами, вони сприяють формуванню комплексної методології дослідження проблем референдної демократії в Україні.

Зокрема, заслуговують на увагу синергетичні методологічні підходи, які нині поширились у юридичній науці. Синергетика є комплексною

наукою про самоорганізовані, стохастичні (нелінійні, незбалансовані, слабо детерміновані) і саморозбудовні системи, поведінку яких складно передбачити і спрогнозувати¹. Таким характером, на нашу думку, певною мірою наділена і система референдної демократії, адже цій системі неможливо нав'язати якийсь шлях розвитку. Швидше, необхідно зрозуміти, як сприяти її власній тенденції розвитку і визнати за цією системою право на декілька альтернативних шляхів розвитку, що підтверджують сформовані на сьогодні основні типи референдної демократії (швейцарська модель, французька модель, американська модель, британська модель, скандинавська модель, іберійська модель, пострадянська модель тощо).

Останнім часом розвиток системи конституційно-правової методології відбувається за рахунок використання методів, які притаманні іншим наукам. Якщо спочатку використовувалися методи, що властиві філософії, політології, соціології та іншим гуманітарним наукам, то нині позитивно себе зарекомендували і методи теорії управління, кібернетики, статистики, математики тощо. Про це свідчить використання у сучасних дослідженнях конституційного права ряду системних методів, статистичного методу, методу абстрактного моделювання тощо². Зазначене повною мірою співвідноситься й з методологією дослідження проблем референдної демократії в Україні.

Найбільш рельєфно методи дослідження конституційних основ референдної демократії виявляються на рівні системи спеціальних методів пізнання проблем референдної демократії, тобто тих методів, які дозволяють найбільш оптимально дослідити відповідний об'єкт і предмет.

Водночас номенклатура спеціальних методів дослідження референдної демократії – системний, порівняльно-правовий, історичний, метод конкретних соціологічних досліджень, статистичний, формально-логічний, структурно-функціональний, конституційної компаративістики тощо – у своїй переважній більшості властиві не лише науці конституційного права в цілому³, а й іншим наукам, а отже, не можуть вважатися спеціальними методами дослідження виключно проблем референдної демократії. Разом із тим, указані методи набувають властивостей спеціальних методів під час здійснення дослідження проблем

¹ Князева Е. Н., Курдюмов С. П. Основания синергетики. Синергетическое мировидение. – М., 2005. – С. 199–203.

² Погорілко В. Ф., Федоренко В. Л. Конституційне право України. Академічний курс: Підручник: У 2 т. / За ред. В. Ф. Погорілка. – К., 2006. – Т. 1. – С. 186.

³ Тодька Ю. Н. Конституционное право Украины: Отрасль права, наука, учебная дисциплина. – Харьков, 1998. – С. 178.

конституційної компаративістики. Тобто, практика застосування цих методів при здійсненні відповідних наукових досліджень сприяє їх спеціалізації стосовно предмета дослідження.

Одним із таких методів є системний, який дає змогу розглядати предмет референдної демократії як цілісну, комплексну і динамічну систему. Системний метод визначає роль і місце кожного з елементів системи референдної демократії та характер їх взаємовідносин і взаємодії. Пізнання системності референдної демократії дає можливість визначити її роль і місце в системі безпосередньої демократії в Україні. До того ж системний метод сприяє формуванню нових категорій¹, позаяк створює методологічне підґрунтя для нових досліджень проблем референдної демократії.

Похідним від системного методу є функціональний метод, який дає змогу пізнати механізм функціонування структури елементів референдної демократії – референдної ідеології, чинного референдного законодавства України та правових механізмів реалізації референдної демократії. У цьому випадку функціональний метод пізнання проблем референдної демократії трансформується у структурно-системний метод.

Перспективним для дослідження проблем референдної демократії видається й застосування порівняльно-правового методу, або ж методу конституційної компаративістики, який дозволяє визначати загальні тенденції розвитку референдної демократії на основі порівняльного аналізу їх розвитку в різних країнах світу. Цей метод також дозволяє здійснити типологію основних моделей референдної демократії у світі.

Іншим методом науки конституційного права є метод конкретно-соціологічних досліджень, який дає можливість виявити думку громадян щодо розвитку референдної демократії в Україні взагалі та конституційно-правової реформи, зокрема. Цей метод є ефективним за умови існування гармонійно розвинутого громадянського суспільства, коли громадська думка, навіть якщо вона виражається не на референдумі, має характер імперативного рішення, є важливим чинником впливу на нормативно-правову та організаційно-правову конституційну практику. Тобто, з одного боку, метод конкретної соціології дозволяє пізнати юридичні властивості референдної демократії, а з іншого – є ефективним за умови існування в країні режиму референдної демократії.

Аналогічна ситуація склалася і зі статистичним методом дослідження проблем референдної демократії науки. Статистичні дані державних

¹ Ганьба Б. Системний підхід у державно-правових дослідженнях // Вісн. Львів. ун-ту. Сер. юридична. – Львів, 2000. – Вип. 35. – С. 61.

установ та різноманітних недержавних організацій і фондів містять розбіжності, що не дозволяє об'єктивно їх використовувати при проведенні наукових досліджень проблем референдної демократії. Проте аналіз статистичних даних про збір підписів на користь проведення всеукраїнського референдуму за народною ініціативою дає змогу досліджувати активність виборців, прогнозувати можливі результати всенародного голосування, а відтак – виробляти практичні рекомендації щодо подолання негативних тенденцій у розвитку референдної демократії в Україні.

Формально-догматичний метод дає змогу пізнавати зміст та властивості референдної демократії, виходячи з принципів формальної логіки. Становлення, розвиток та занепад референдної демократії відбуваються переважно логічно-послідовно, тому знання законів логіки дає змогу прогнозувати основні моделі генезису цього виду прямого народовладдя.

Запропонована система методів, що застосовуються для дослідження проблем референдної демократії в Україні, не є вичерпною, оскільки сама методологічна система конституційного права України, якій властивий динамізм, перебуває на стадії формування і постійно поповнюється новими методами. У подальшому ці методи можуть бути інстальованими у методологію дослідження проблем референдної демократії в Україні. Одночасно, проведення досліджень проблематики цього виду безпосередньої демократії може сприяти формуванню спеціальних методів, які будуть властиві виключно дослідженням конституційних основ референдної демократії.

Вищевикладені положення про основи методології дослідження проблем референдної демократії не є догмою для інших дослідників цієї проблеми. Можна погодитись із висловлюванням радянського правознавця І. М. Грязіна, що «... жодна наукова проблема, тим більше наукова дисципліна чи напрямок, ніколи ще не народжувались, тому що вони просто мали бути народженими в ім'я спасіння авторитету окремих абстрактних суджень. Вони народжуються тому, що сама наукова практика виявляла проблему, яка вимагала спеціального дослідження ... і вирішенню якої може сприяти знання того, чим є теорія, за допомогою якої ми намагаємось вирішити цю проблему»¹. Тому розвиток реальної референдної демократії в умовах сучасного конституційного процесу в Україні буде сприяти й удосконаленню методології відповідних наукових досліджень.

¹ Грязин И. Н. Методология права: некоторые вопросы // Сов. гос-во и право. – 1982. – № 6. – С. 23.

Л. Ніконова, викладач кафедри українознавства Белгородського державного університету

Реалізація теорії народного представництва у сучасній Україні

Після розпаду СРСР в 1991 р., більшість знову створених країн на пострадянському просторі проголосили про свій демократичний вибір, однак, перехід від посттоталітарних режимів до справжнього народовладдя — процес надзвичайно складний і тривалий, що спирається на основні постулати теоретиків народного представництва — базису народовладдя. На прикладі України, як однієї з країн СНД, де демократія розвивається найбільш динамічно, розглянемо деякі аспекти зазначеної проблеми.

Традиційне поняття «демократія» трактується як влада народу, однак, на нашу думку, із правових позицій, більш правильним було б надати визначення демократії як сукупності правових форм і методів, покликаних виявити й реалізувати волю народу, у чому й буде виражатися прояв його влади.

Не випадково, теоретики минулого, наводячи визначення конституційної держави, вкладали в це поняття, крім забезпечення прав і свобод людини, дотримання принципу поділу влади й «участь народного представництва в державних справах»¹ або, в інтерпретації сучасних авторів, теоретичний базис сучасної демократії це: політичне представництво через проведення прямих виборів; поділ влади й свобода політичної діяльності².

Уже з кінця XVIII ст. теорія народного представництва розроблялася як складова частина ідеології побудови держави. Це не могло не вплинути на необхідність конституційного закріплення таких концептуальних ідей, як народний суверенітет, поділ влади, верховенство закону. Їх положення й ідеї і сьогодні впливають на сучасні концепції державного будівництва у світі, зокрема і в Україні.

Ще у XVIII ст. Д. Дайер висловив думку, що саме «представницька система є мірилом політичної свободи суспільства»³. Традиційно в пра-

¹ *Карьев Н. И.* Исторический очерк представительных учреждений в Западной Европе // Конституционное государство: Сб. ст. – 2-е изд. – СПб., 1905. – С. 35.

² Див.: *Бирюков Н. И., Сергеев В. М.* Становление институтов представительной власти в современной России. – М., 2004. – С. 10.

³ *Гессен В. М.* Теория конституционного государства. – СПб., 1914. – С. 70.

вовій теорії вважається, що джерела ідей політичного представництва беруть свій початок від часів буржуазно-демократичних революцій у Європі в XVII–XVIII ст. Однак, можна погодитися з тим, що з цього періоду починається розвиток теоретичних засад політичного представництва, які оформилися в більш-менш закінчену теорію в XIX ст. Тоді як практична реалізація окремих форм народного представництва відбувалася й у набагато ранні періоди розвитку історії. Згадаємо стародавні грецькі республіки, коли в управлінні брали участь всі повноправні громадяни, народні віче давньоруських князівств, які безумовно вплинули на становлення й практичну розбудову на засадах представництва унікальної у своєму роді козацької держави Запорозька Січ.

У XIX ст. почалося теоретичне обґрунтування ідей народного суверенітету й політичного або народного представництва. Поряд з традиційно згаданими теоріями, — Ф. Вольтера, Г. Гегеля, Т. Гоббса, І. Канта, Д. Локка, Ш. Монтеск'є, Ж. Ж. Руссо, Б. Спінози зацікавленість дослідників викликають теоретичні ідеї народного представництва, викладені в петиції Народної Хартії в Англії, розробленої ще в XVII ст.: «щоб установити справедливе народне правління, наскільки це доступно людській передбачливості й мудрості, необхідно, щоб ті, хто має владу видавати закони, були підлеглі суворій відповідальності перед тими, обов'язок яких підкорятися законам, оскільки вони видані. Цю відповідальність найкраще організувати через корпорацію, що обирається із народу і йому безпосередньо підлегла й котра являє повною мірою почуття, бажання, думки й інтереси народу»¹. І важко не погодитися з одним із теоретиків французької теорії політичного представництва Л. Дюгі, який вважав, що представництво має місце щоразу, коли прояв однієї волі вважається таким, що володіє тієї ж ціною й приводить до тих самих наслідків, начебто вони надходили від іншої волі².

На думку Г. Єллінека, народ і народне представництво утворюють правову єдність. І при безпосередній та при представницькій демократії саме народ є органом держави, але при першій — створюється єдиним народом у всій його сукупності, а у другій — особливим органом волі народу. Тільки це дає підстави вважати, що член парламенту є представником усього народу³.

¹ Дюги Л. Конституционное право. Общая теория государства / Пер. приватдоц. Моск. ун-та А. Ященко, В. Краснокутского и Б. Сыромятникова. — М., 1908. — С. 411.

² Там само.

³ Єллінек Г. Общее учение о государстве / Под ред. В. М. Гессена, Л. В. Шаландина. — СПб., 1903. — С. 429–430.

Правознавець М. А. Рейснер на початку ХХ ст. писав: «Немає жодної держави, яка б у тій чи іншій формі не спиралася б на народ. На народній згоді вона засновує свою владу, на підставі договору з народом вона здійснює свої повноваження, народним дорученням вона виправдає свої права. Тільки з появою представницької держави стала реальністю ідея народних прав і народного верховенства»¹.

Найбільш чітко сформулював поняття народного представництва В. М. Гессен, який писав, що під представництвом сучасна теорія права розуміє відношення, в якому за волевиявленням однієї особи визнається таке ж значення, а тому викликає такі ж наслідки, якщо б воно було волевиявленням іншої особи².

На його думку, засади народного представництва можуть бути примірені із засадами народного суверенітету тільки за наявності двох умов: демократичного виборчого права й демократичної виборчої системи³.

Народне представництво не тільки служить органом суспільних потреб, але й надає уряду значну допомогу під час обговорення засобів усунення зла у суспільстві. Таким чином, прилучаючи до себе народне представництво, влада отримує нові чинники впливу. Вона ясніше бачить стан суспільства, глибше вникає в його потреби, одержує нові елементи судження й може діяти рішучіше, спираючись на довіру народу й на загальну готовність підтримувати заходи, схвалені виборними людьми.

Професор Казанського університету В. В. Іванівський зазначав, що народне представництво далеко не завжди представляє народ у повному розумінні цього слова. Усе тут залежить від самої системи виборів. Це досягається системою пропорційних виборів, коли можуть скористатися правом вибору не тільки групи з більшою кількістю виборців, але й більш дрібні⁴.

І в цей спосіб буде досягнуто такого стану речей, за якого кожний народний представник не буде представляти весь народ, а народне представництво, як ціле, відобразатиме організацію всього народу.

Теоретик А. А. Алексеев зауважував, що народ, як відоме органічне ціле, який живиться своїм особливим самостійним життям та має свій особливий характер, являє собою етико-політичну єдність, яка у консти-

¹ *Рейснер М. А.* Основные черты представительства // Конституционное государство: Сб. ст. – 2-е изд. – СПб., 1905. – С. 121–178.

² Див.: *Гессен В. М.* Теория конституционного государства. – СПб., 1914. – С. 71.

³ Там само. – С. 98.

⁴ *Ивановский В. В.* Учебник государственного права. – 2-е изд. – Казань, 1909. – С. 161.

туційній державі набуває юридичного вираження в представництві — органі, що прагненням і потребам всього народу надає юридичної форми¹.

Англійський правознавець Е. Дженкс наводить визначення політичного представництва як того або іншого способу, за допомогою якого народ виражає свою волю, а його виборні її виконують².

Необхідно назвати й деяких інших відомих теоретиків права, які зробили значний внесок у розвиток теорії народного представництва й ідеї яких активно використовуються сучасними теоретиками. Це К. Каутський³, що досліджував історію представницького правління, М. Карьєв⁴, що дав аналіз походження представницької системи в Європі; В. І. Дунаєв і А. А. Нікітський⁵, які проаналізували базові теоретичні засади народного представництва тощо.

В умовах представницької демократії різні соціальні групи впливають на процес здійснення державної влади через систему представництва політичних партій у парламенті як загальнонаціонального представницького органу влади.

Існування політичних партій надає життя виборним установам і робить їх більш дієвими, викликає зацікавленість мас до політичних питань.

Політичне представництво, рішення питань більшістю та система партій виявляються головними пружинами сучасного політичного механізму і однаково служать як для центрального, так і місцевого самоврядування⁶.

Сучасний англійський вчений А. Бірч у книзі «Представництво» виділяє три основні змісти цього поняття:

- 1) представництво як делегування повноважень;
- 2) представництво як «типовість», володіння типовими, середніми характеристиками певної групи осіб;

¹ Див.: *Алексеев А. А.* Контрассигнирование, его значение и объем в конституционном праве. — СПб., 1906. — С. 8–9.

² Див.: *Дженкс Э.* Происхождение верховной власти / Пер. с англ. Э. Серебрякова. — СПб., 1907. — 152 с.

³ Див.: *Каутский К.* Представительное правление: Пер. с нем. — СПб., 1905. — 94 с.

⁴ Див.: *Карьев Н.* Происхождение современного народно-правового государства: Исторический очерк конституционных учреждений и учений к середине 19 века. — СПб., 1908. — 496 с.

⁵ Див.: *Дунаев В. И., Никитский А. А.* Очерки науки в государстве / Вступ. ст. А. С. Яценко. — М., 1909. — 208 с.

⁶ Там само. — С. 132.

3) представництво як символ¹.

Якщо з цих позицій оцінити український парламент, то саме він реалізує всі три змісти представництва: депутати — це представники, делеговані виборцями; парламент у цілому — представник нації («нація в мініатюрі»²), символ нації. Діяльність Верховної Ради як організації визначається цими трьома змістами «представництва». Голосування — лише часткова реалізація тільки першого з них, так само як і інший важливий вид парламентської діяльності — переговори, тому що парламент — це система постійного ведення переговорів.

З певних ситуацій парламент повинен діяти, реалізуючи другий зміст представництва. Як «нації в мініатюрі» він має діяти, у першу чергу, у критичних ситуаціях — під час воєн, державних переворотів, народних хвилювань і т. п. Саме тому більшість демократичних країн конституційно закріплюють право оголошення війни саме за парламентами.

Третій зміст представництва — символічне представництво — також важливе для розуміння ролі й функцій парламенту в суспільному житті. Парламент символізує демократію, і у разі загрози демократичним завоюванням, як символ цього ладу, виявляється, з одного боку, під найбільшою загрозою з боку супротивників демократії, а з іншого — основним об'єктом захисту її прихильників. Якщо звернутися до недалекої української історії, то багато в чому саме витримані й продумані дії українського парламенту допомогли, на нашу думку, мирно, без кровопролиття завершити виборчу президентську кампанію 2004 року.

Неефективний парламент, втрачаючи роль символу, одночасно підриває й легітимність тієї політичної системи, у рамках якої він функціонує.

Після створення представницького органу виникає інституціональний конфлікт між виконавчою владою старого режиму й новоствореними представницькими інститутами, що зміцнили свою легітимність. При цьому істотним виявляється баланс влади й легітимності: політичний інститут, природно, вимагає для себе обсяг влади, «пропорційний» його легітимності³. На першому етапі цей конфлікт неминуче вирається представницькою владою, що руйнує старий режим. Пояснюється це масовою підтримкою суспільства (народу). При цьому, власне кажучи, представницький інститут виступає як самостійна політична чинність

¹ Birch A. Representation. – L.: Pall Mail, 1971. – P. 15.

² Бирюков Н. И., Сергеев В. М. Становление институтов представительной власти в современной России. – М., 2004. – С. 467.

³ Там само. – С. 467.

зі своєю політичною програмою. Іншими словами, у період конфлікту зі старим режимом представницький інститут являє собою не парламент у нормально функціонуючому демократичному суспільстві, а служить ареною взаємодії політичних сил і вироблення національного консенсусу¹.

Якщо оцінити український парламент із вищевикладених критеріїв, то слід зазначити таке. Діюча Конституція України проголошує, що єдиним органом законодавчої влади в Україні є парламент — Верховна Рада України (ст. 141). Однак, на відміну від багатьох країн, у тому числі й Російської Федерації, Конституція України безпосередньо не декларує представницький характер українського парламенту. На нашу думку, важко не погодитися з багатьма українськими вченими-конституціоналістами й, у першу чергу, з аргументацією українського правознавця Л. Т. Кривенка, який доводить, що відсутність у конституційному визначенні статусу Верховної Ради України як представницького органу влади, обумовлює однібічне розуміння правової природи останнього й створює можливості для неоднозначного розуміння природи інших органів державної влади, зокрема інституту президентства, а також сприяє появі тверджень про існуючий в Україні представницький дуалізм.

Необхідність чіткого конституційного визначення представницького характеру українського парламенту стає ще більш актуальною проблемою в умовах становлення парламентсько-президентської системи правління в Україні.

У 2006 році в Україні пройшли вибори до українського парламенту. Вперше ці вибори проводилися на основі пропорційної виборчої системи — за голоси виборців воювали партії. Саме у виборах своїх представників, на думку теоретика права початку ХХ в. Н. П. Дружиніна, народ здійснює своє вище право. Завдяки цьому праву, — праву вибору до законодавчої установи повноважних представників, кожний стає громадянином. У праві обирати представника до парламенту міститься найбільш правильне й тверде забезпечення прав людини й громадянина².

Теоретик В. М. Гессен вважав базовими для затвердження системи представницького правління два постулати: 1) вимога демократичного виборчого права, що визначає склад первинного органу державної влади, а також те, хто є виборцем або повноважним громадянином, хто

¹ Див.: *Бирюков Н. И., Сергеев В. М.* Становление институтов представительной власти в современной России. — С. 467.

² Див.: *Дружинин Н. П.* Избиратели и народные представители: Общедоступный очерк конституционного права с изложением предположений о реформе в России и закона о Государственной Думе. — М., 1906. — С. 52.

входить до складу народу в юридичному розумінні; 2) вимога демократичної виборчої системи — визначальну конструкцію вторинного органу, тобто парламенту¹. Виборча система повинна бути настільки демократичною, щоб парламент представляв не певну групу або клас населення, а все населення або весь народ у всій нескінченній розмаїтості його соціальних угруповань. На нашу думку, саме перехід України до найбільш справедливої з точки зору представлення інтересів як більшості, так і меншості виборців, став вибір пропорційної виборчої системи.

Цікавим є факт, що простежується на сторінках українських ЗМІ: більшість виборців досить швидко оцінили переваги виборів на принципах пропорційної виборчої системи й підтримали такі вибори, втім, досить серйозною проблемою, що значно ускладнила виборчий процес у сучасній Україні, стала величезна кількість партій (до участі у виборах було допущено більше 45 партій і блоків²), що, на нашу думку, у ряді випадків розпорошує голоси виборців і заважає проходженню до парламенту партій з досить серйозними програмами.

Як показує аналіз взаємин гілок влади в Україні після парламентських виборів 2006 року, політика «перетягування ковдри» не тільки не послабилася, а по деяких позиціях і посилилася.

Не став панацеєю і підписаний провідними політичними силами країни з ініціативи Президента України «Універсал національної єдності», хоча деякі українські правознавці й вважали, що це «обумовило за змістом забезпечення консолідації політичних сил» і «закріпило нові політичні відносини в новій конституційній моделі», і таким шляхом «через Універсал досягається впровадження такого конституційного механізму, що дозволяє з'єднати разом політичні підсумки виборів (президентських і парламентських) з формуванням Кабінету Міністрів України»³.

Новим для України конституційним інститутом реалізації законодавчої влади стала парламентська коаліція, яка отримала назву Антикризова коаліція (правляча парламентська більшість), а довіру глави держави представницькому депутатському складу було підтверджено збереженням Верховної Ради України, за умови можливого застосуван-

¹ Див.: *Гессен В. М.* Теория конституционного государства. – СПб., 1914. – С. 98.

² *Вибори-2006: Процес завершено. Підсумки. Аналіз. Перспективи* // Вісн. Центр. вибор. комісії. – 2006. – № 2, квіт. – С. 15–17.

³ Див.: *Селиванов А.* Конституционные ценности подтверждены парламентской коалицией // *Голос Украины*. – 2006. – № 143. – 4 авг. – С. 3.

ня права дострокового припинення її повноважень, як повноцінного владного суб'єкта, що є фундаментом демократичного порядку в країні¹.

Через волевиявлення провідних політичних сил, що становлять більшість у парламенті, Президентом України підтверджений обов'язок кожного владного органу реалізовувати свої права в межах повноважень, установлених Конституцією й законами України.

Саме як гарант конституційних прав громадян на представництво своїх інтересів у вищому законодавчому органі у квітні 2007 р. Президент України Віктор Ющенко у прямому ефірі зачитав Указ № 264/2007 «Про дострокове припинення повноважень Верховної Ради України». Головною причиною став перехід депутатів в інші фракції, що, на думку Президента, змінило реальне політичне представництво своїх інтересів громадян України у своєму парламенті.

Верховна Рада прийняла низку постанов про невизнання конституційності Указу Президента України, запропонувала Президенту відмінити Указ і одночасно звернулася з поданням до Конституційного Суду України про визнання неконституційності президентського акта.

Аналіз правової преси свідчить про те, що думки фахівців-правознавців стосовно конституційності Указу діаметрально розділилися, від повної підтримки до повного несприйняття і звинувачення у неконституційності. Але головним свідоцтвом демократизації розвитку України є, на нашу думку, те, що український політикум вчиться домовлятися, розуміючи, що це єдиний можливий шлях подальшої розбудови політичної системи України на принципах народовладдя. Саме тому після складних переговорів було підписано угоду і призначено дату наступних виборів до парламенту країни. 30 вересня в Україні відбулися вибори до Верховної Ради України.

Аналізуючи політичну кризу після Указу, суддя Конституційного Суду України, член Вищої Ради юстиції Степан Гавриш, на нашу думку, досить влучно відзначив, що «українська нація стає політично зрілою, демонструє можливість виживання в умовах деструктивних політичних трендів, які мали місце в Україні. Саме народовладдя стало основним фактором виходу з політичної кризи»².

¹ Селиванов А. Конституционные ценности подтверждены парламентской коалицией // Голос Украины. – 2006. – № 143. – 4 авг. – С. 3.

² Президент vs. Парламент: битва за державу: Мнения экспертов // Юрид. практика. – 2007. – № 31. – 31 июля. – С. 22.

ПИТАННЯ ІСТОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

В. Єрмолаєв, професор Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Правове регулювання організації роботи Верховної Ради Української РСР

Довгий час робота Верховної Ради УРСР не була врегульована відповідним регламентом, який би визначав порядок її організації та діяльності, процедуру законотворення. На конституційному рівні лише визначались правовий статус Верховної Ради, принципи її формування, порядок скликання сесій, обрання підзвітних їй органів, прийняття й публікації законів УРСР. Відповідно до конституційного законодавства було встановлено загальне правило, згідно з яким на сесіях розглядалися найважливіші питання, віднесені до відання Верховної Ради УРСР¹. Справді, лише на її сесіях формувалися органи самої ВР та підзвітні їй органи – органи державного управління та суду. Вирішення таких питань, як прийняття Конституції УРСР, внесення до неї змін, затвердження державних планів економічного і соціального розвитку, державного бюджету і звітів про їх виконання, утворення підзвітних органів, віднесених ст. 97 Конституції УРСР 1978 р. до виключних повноважень Верховної Ради, могли вирішуватися лише на її сесіях. Тож сесія, за Конституцією, була єдиною організаційно-правовою формою діяльності, яка забезпечувала колективність правотворчості.

Відповідно до ст. 114 Конституції, 25 березня 1980 р. перша сесія ВР УРСР X скликання прийняла свій Регламент з 12 глав та 65 статей². Згідно з ним, постійний і ефективний характер діяльності Верховної Ради забезпечується роботою її сесій, Президії, комісій і депутатів (ст. 2). У главі II Регламенту – «Сесії Верховної Ради Української РСР» встановлювався порядок її скликання, прийняття законів та інших рішень,

¹ Український парламентаризм: минуле і сучасне / За ред. Ю. С. Шемшученка. – К., 1999. – С. 171.

² Відомості Верховної Ради УРСР. – 1980. – № 15. – Ст. 268.

повноваження депутатів та їх обов'язки, розпорядок роботи. Установлювалося, що сесії ВР скликаються її Президією двічі на рік. Позачергові сесії скликаються Президією з її ініціативи, а також за пропозицією не менше третини депутатів. Новообрана Верховна Рада скликається Президією ВР попереднього складу не пізніше двох місяців після виборів (ст. 4). Вона ж заздалегідь повідомляє депутатів про час і місце скликання сесії, а також про питання, які вносяться на її розгляд, публікує відповідний указ в офіційних виданнях Верховної Ради (ст. 5).

Регламент визначав: сесії Верховної Ради складаються з її засідань та із засідань постійних комісій, що провадяться між ними (ст. 6). Попереднє обговорення порядку денного сесії, її організаційних питань покладалося на Раду старійшин, перше засідання якої скликається і проводиться Президією, а наступні Головою ВР (ст. 7). У наступних статтях Регламенту встановлювався порядок відкриття першої сесії, обрання Голови ВР та чотирьох його заступників, заслуховування Мандатної комісії та прийняття рішення про визнання повноважень депутатів, визначався необхідний кворум («більшість від загальної кількості депутатів») (статті 8–10). Відповідно до Регламенту та статусу депутата Верховної Ради при обговоренні всіх питань, що розглядалися на її засіданнях, депутат користується правом ухвального голосу (ст. 11). Далі регламентувався порядок засідань, проведення та припинення дебатів (статті 12–15). Регламентом обумовлювалося право дорадчого голосу на засіданнях ВР вищим посадовим особам – членам уряду, Голові Верховного Суду, Прокурору республіки, якщо вони не є її депутатами.

Регламент закріплював уже напрацьовану практику правил і процедур у роботі Президії Верховної Ради УРСР як її постійно діючого органу, «підзвітній їй в усій своїй діяльності»: її обрання, склад, порядок ведення засідань головою Президії чи одним із його заступників (статті 17–19). Цікаво, що порядок розгляду нею питань, пов'язаних із внесенням змін до чинних законодавчих актів УРСР, утворенням і ліквідацією міністерств та державних комітетів УРСР, тлумаченням законів УРСР, здійсненням керівництва місцевими Радами народних депутатів та вирішенням інших питань, віднесених до її компетенції, визначається самою Президією відповідно до Конституції УРСР, цього Регламенту та інших законів (ст. 20). Регламент закріплював за Президією й повноваження утворення в разі необхідності постійних і тимчасових комісій, координації їх діяльності (статті 21, 24). Тут унормовувався порядок винесення Президією на затвердження Верховної Ради її указів, забезпечення нею підготовки до розгляду на сесіях ВР проектів законів та

інших питань, скликання і проведення сесій, сприяння депутатам в їх роботі (статті 23, 25). Відповідно до Конституції УРСР і Регламенту Верховна Рада обирає з числа депутатів постійні і тимчасові комісії на строк її повноважень, за складом, обумовленим Регламентом. За Регламентом перша сесія ВР утворює Раду Міністрів УРСР, пропозиції зі складу якої вносить її Голова (статті 30–32).

Досить детально Регламент Верховної Ради УРСР унормовував процедуру розгляду проектів законів та інших питань – її основної законотворчої функції (статті 37–47). Вона розглядала ті проекти законів, які вносилися, разом із необхідними обґрунтуваннями, через Президію, тими органами, організаціями та особами, які мали за Конституцією право законодавчої ініціативи. Верховна Рада, а в період між сесіями – Президія, могли передати проект закону чи інше питання до одної або кількох комісій, які робили висновки з них. Регламент передбачав також процедуру винесення проекту закону на всенародне обговорення та узагальнення пропозицій громадян, трудових колективів, установ і організацій, що надійшли в ході їх обговорення.

Порядок обговорення проекту закону чи іншого питання визначався Верховною Радою. Виходячи з характеру законопроекту, вона могла прийняти рішення про проведення спочатку загального, а потім постатейного його обговорення (після прийняття рішення про схвалення основних положень законопроекту). Поправки до проекту закону чи іншого акта вносилися депутатами в усній або письмовій формі. Пропозиції депутатів чи відповідних комісій ставилися на голосування. Верховна Рада могла доручити постійній комісії підготовку тексту проекту закону з урахуванням внесення поправок, або обрати з цієї метою редакційну комісію. Передбачалася можливість попереднього розгляду пропозицій і зауважень депутатів відповідними державними і громадськими органами. За рішенням Верховної Ради голосування проекту закону чи іншого акта могло провадитись у цілому, або спочатку постатейно, а потім в цілому. Відповідно до ст. 102 Конституції УРСР закон вважався прийнятим, якщо за нього проголосувала більшість від загальної кількості депутатів Верховної Ради. Закон про внесення змін до Конституції УРСР вважався прийнятим, якщо за нього проголосувало не менше двох третин від загальної кількості депутатів Верховної Ради.

За Регламентом свої особливості мала процедура розгляду державних планів економічного і соціального розвитку УРСР, її державного бюджету і звітів про їх виконання (статті 48–50), а також розгляду зовнішньополітичних питань (статті 51–53).

Поряд з процедурою здійснення Верховною Радою УРСР законодавчої, установчої, бюджетно-фінансової, внутрішньополітичної і зовнішньополітичної функцій, її Регламент передбачав і порядок здійснення нею контрольних повноважень (статті 54–60). Передусім Верховна Рада безпосередньо і через утворені нею органи здійснювала контроль за додержанням і проведенням у життя державними і громадськими організаціями Конституцій СРСР і УРСР, законів СРСР та інших рішень Верховної Ради СРСР, законів УРСР та інших рішень Верховної Ради УРСР, за діяльністю всіх підзвітних їй державних органів. Регламент передбачав заслуховування нею звітів Ради Міністрів, окремих міністрів та голів державних комітетів, Комітету народного контролю, Верховного Суду УРСР про свою діяльність, їх систематичні доповіді на засіданнях Президії Верховної Ради. Регламент закріплював у своїх статтях і порядок здійснення контрольних повноважень депутатами (через запити), Президією Верховної Ради та постійними комісіями.

Окремо слід сказати про роль постійних комісій і депутатів у здійсненні Верховною Радою контрольних функцій. Уперше визначення правового статусу, прав і обов'язків постійних комісій було дано в Положенні про них, прийнятому дев'ятою сесією ВР VI скликання¹. Сформульовані в ньому основи правового статусу, функцій і повноважень постійних комісій були закріплені статтею 112 Конституції УРСР 1978 р. У ній зазначалося, що вони обираються з числа депутатів ВР для попереднього розгляду і підготовки питань, що належать до її відання, а також для сприяння проведенню в життя законів УРСР та інших рішень Верховної Ради і її Президії, контролю за діяльністю державних органів і організацій. Отже, Конституція значно розширила коло функцій постійних комісій Верховної Ради, включивши до них законотворчу, підготовчу, організаційну та контрольну функції.

Більш докладно функції, повноваження, порядок роботи були викладені після прийняття Конституції 1978 р. у Положенні «Про постійні комісії Верховної Ради Української РСР», прийнятому першою сесією X скликання². Їх основними завданнями були: розробка пропозицій для розгляду Верховною Радою або її Президією; підготовка висновків у питаннях, внесених на їх розгляд; сприяння державним органам і організаціям, а також депутатам Верховної Ради в їх роботі по здійсненню законів СРСР та інших рішень Верховної Ради СРСР і її Президії, законів УРСР та інших рішень Верховної Ради УРСР і її Президії; кон-

¹ Відомості Верховної Ради УРСР. – 1966. – № 25. – Ст. 150.

² Там само. – 1980. – № 15. – Ст. 269.

троль за діяльністю міністерств, державних комітетів і відомств УРСР, інших республіканських організацій по проведенню в життя Конституції СРСР і Конституції УРСР, законів СРСР та інших рішень Верховної Ради СРСР і її Президії, законів УРСР та інших рішень Верховної Ради УРСР та її Президії; контроль за діяльністю розташованих на території УРСР підприємств, установ і організацій союзного підпорядкування у питаннях, віднесених до відання УРСР (ст. 2).

Положення визначало предмети відання Мандатної комісії (ст. 9), Комісії законодавчих передбачень (ст. 10), Комісії в закордонних справах (ст. 11), Планово-бюджетної комісії (ст. 12), постійних комісій в інших питаннях державного, господарського і соціально-культурного будівництва (ст. 13). Питання, що належать до відома кількох постійних комісій, могли з ініціативи комісій, а також за дорученням Верховної Ради УРСР або її Президії розглядатися спільно (ст. 14). У розв'язок ст. 101 Конституції УРСР 1978 р. Положення визначало права і обов'язки, закріплювало право постійних комісій на законодавчу ініціативу, а також право вносити на розгляд Верховної Ради УРСР та її Президії відповідні питання державного, господарського і соціально-культурного будівництва; виступати на засіданнях Верховної Ради з доповідями і співповідями з питань їх відання; вносити пропозиції про передачу проектів законів або інших важливих питань державного життя республіки на народне обговорення; у питаннях, що належать до їх відання, комісії мають право заслуховувати представників уряду, керівників міністерств, державних комітетів і відомств УРСР, ради профспілок та інших державних і громадських органів та організацій. У статтях 16–26 Положення закріплено цілий спектр найважливіших повноважень комісій Верховної Ради УРСР і якби всі вони були реалізовані на практиці, вона б стала найдемократичнішим парламентом світу.

Відповідно до союзного законодавства Президія Верховної Ради УРСР вживала заходи щодо реалізації рекомендацій постійних комісій Верховної Ради, перевірки їх виконання міністерствами і відомствами. Так, 12 вересня 1979 р. вона прийняла постанову про реалізацію пропозицій і зауважень постійних комісій і депутатів Верховної Ради УРСР, висловлених на дев'ятій сесії ВР ІХ скликання під час обговорення Державного плану економічного і соціального розвитку та Державного бюджету на 1979 р. Постанова була прийнята після заслуховування і обговорення доповіді Голови Ради міністрів О. П. Ляшка. У постанові зазначалося, що Рада Міністрів, міністерства і відомства, виконкоми обласних Рад розробили відповідні заходи щодо реалізації пропозицій

і зауважень постійних комісій Верховної Ради, вказувалось на їх недоліки. Такі постанови Президія Верховної Ради приймала і пізніше, прагнучи підвищити дієвість рекомендацій постійних комісій Верховної Ради та звітуючи перед ЦК КП України¹. Проте формалізм в реагуванні на ці рекомендації став нормою державного й суспільного життя в умовах брежнєвського «застою».

Свого власного законодавчого акта про статус депутатів Верховної Ради УРСР протягом 1938–1990 рр. вона не мала. Конституція УРСР 1978 р. мала спеціальну главу «Народний депутат», де законодавчо було закріплено правовий статус депутатів усіх рівнів. Вони вважалися повноважними представниками народу в Радах народних депутатів. Беручи участь у роботі Рад, вони за ст. 92 вирішують питання державного, господарського і соціально-культурного будівництва, організовують проведення рішень Рад у життя, здійснюють контроль за роботою державних органів, підприємств, установ і організацій. У статті 93 Конституції закріплювався принцип: депутат здійснює свої повноваження, не пориваючи з виробничою або службовою діяльністю. Щодо контрольної функції депутатів, то Конституція закріплювала право депутата на запит до відповідних державних органів і службових осіб, які зобов'язані дати відповідь на запит на сесії Ради. Депутат мав право звертатися до всіх державних і громадських органів, підприємств, установ, організацій у питаннях депутатської діяльності і брати участь у розгляді поставлених ним питань. Тут закріплювалися гарантії депутатської діяльності (ст. 95), принцип підконтрольності та відповідальності депутата перед виборцями (ст. 96). Положення стосовно депутатів ВР (право запитів, гарантії недоторканності) були окремо прописані у статті 104 і 105 Основного Закону УРСР.

Конституційно визначені основні питання статусу депутатів ВР УРСР були конкретизовані й розвинуті у таких законодавчих актах: Регламенті Верховної Ради УРСР², Положенні про її Постійні комісії ВР УРСР³, Постанові Президії Верховної Ради УРСР про організацію виконання наказів виборців, даних депутатами Верховної Ради УРСР X скликання⁴ та ін.

До обов'язку депутатів ВР УРСР Конституція 1978 р. відносила й їх участь у виконанні наказів виборців. Відповідно до указу Президії ВР

¹ Відомості Верховної Ради УРСР. – 1979. – № 46. – Ст. 579; 1980. – № 40. – Ст. 775.

² Там само. – 1980. – № 15. – Ст. 268.

³ Там само. – Ст. 269.

⁴ Там само. – 1979. – № 16. – Ст. 207.

СРСР від 1 вересня 1980 р. «Про організацію роботи з наказами виборців»¹ і відповідного указу Президії ВР УРСР від 30 вересня 1981 р.² наказами виборців вважалися схвалені передвиборними зборами доручення виборців своїм депутатам.

Для більш ефективної роботи депутатів Верховної Ради у виборчих округах згідно з Положенням, затвердженим указом Президії ВР УРСР від 21 липня 1982 р.³, могли утворюватися депутатські групи і депутатські пости за територіальною чи виробничою ознакою. «Депутатські групи і депутатські пости, – наголошувалося в Положенні «Про депутатські групи і депутатські пости в УРСР», – сприяють більш повному здійсненню депутатами їх повноважень, зміцненню зв'язків Рад з трудовими колективами і населенням». У депутатські групи могли об'єднуватися як депутати однієї Ради, так і депутати Рад різних рівнів, включаючи й депутатів Верховної Ради УРСР. Вони створювалися в межах мікрорайонів, на підприємствах, установах і організаціях, у сільських населених пунктах і допомагали депутатам в організаційній роботі, спільних діях депутатів ВР і місцевих Рад. Рішення депутатських груп мали рекомендаційний характер і направлялися для вжиття заходів керівникам різних відомств і організацій. Президія ВР УРСР неодноразово приймала постанови про організацію роботи депутатів в округах, виконання наказів виборців.

Порядок опублікування законів, постанов та інших актів Верховної Ради, указів і постанов її Президії включав за Регламентом визначення термінів (не пізніше семи днів після їх прийняття), мови (українською і російською), промульгації (передбачено лише підписання законів та постанов Верховної Ради УРСР її Головою та Секретарем, а указів і постанов її Президії – Головою і Секретарем Президії), опублікування в офіційних виданнях Верховної Ради, занесення прийнятих актів у Державну книгу реєстрації актів Верховної Ради Української РСР і її Президії з наданням порядкового номера.

Таким чином, Регламент унормовував суто парламентську процедуру роботи Верховної Ради УРСР, формально закріплював її певну самостійність, правовий статус як єдиного законодавчого органу в УРСР. Порядок її роботи по суті включав всі прийняті процедури парламентської діяльності, форми реалізації її основних функцій.

Неприйнятно була практика проведення коротких сесій Верховної Ради УРСР: спочатку 3–4, а потім у 70–80 рр. 1–2 дні. Як і в минулому

¹ Вѣдомости Верховного Совета СССР. – 1980. – № 36. – Ст. 736.

² Вѣдомости Верховной Рады УССР. – 1981. – № 41. – Ст. 673.

³ Там само. – 1982. – № 31. – Ст. 462.

порядок їх роботи повторював практику з'їздів правлячої партії, які з кінця 20-х років ХХ ст. виключали вільний обмін думками, дискусії, а тим більше – виступи опозиції, інакомислення. Заздалегідь узгоджені в ЦК КП України проекти законів і рішень, кандидатури до керівних органів влади і управління, порядок проведення сесій Верховної Ради – все це породжувало тоталітарну колективність, одноголосся¹, неприйнятні демократизму законотворення. Звідси – пасивність депутатів на сесіях цього вищого органу влади. Дослідники підрахували: протягом семи сесій Верховної Ради II скликання участь в обговоренні питань узяли тільки 86 депутатів (20,7 %), протягом III скликання (6 сесій) – 98 (22,2 %), IV (7 сесій) – 154 (33,6 %), V (7 сесій) – 208 (44,3 %)². Ця тенденція зберігалась і в подальші роки.

Видання Верховної ради – «Відомості Верховної Ради Української РСР», газети «Радянська Україна», «Правда України» регулярно інформували читачів про сесії Верховної Ради, щотижневі засідання її Президії, про роботу постійних комісій, публікували прийняті закони, постанови, укази. Проте залишались осторонь зростаючі деформації й напруга в суспільстві, які призведуть наприкінці 1980-х років до подій, вирішальних і для самої Верховної Ради УРСР.

Так закінчилася довга і складна передісторія сучасного вітчизняного парламенту – Верховної Ради України. Період існування понад 70 років вищих представницьких і законодавчих органів в СРСР і УРСР позначений у світовому досвіді парламентаризму негативним і позитивним змістом, уроками на майбутнє. Передусім – системою організації державної влади, в якій законодавчий орган республіки лише декларувався вищим і єдиним, на практиці підпорядкований керівним органам правлячої Комуністичної партії. Вона була вимушена пристосовувати систему Рад до принципів і ознак парламентаризму. Досвід «радянського парламентаризму» на практиці довів безперспективність і шкідливість поширення законодавчих повноважень на різні державні органи влади і управління – Всеукраїнський з'їзд Рад, ВУЦВК, його Президію, Раднарком, а з 1938 р. – на Верховну Раду УРСР і її Президію, поєднання законодавчих, розпорядчих та виконавчих функцій.

Разом з тим, вибудовуючи сучасну систему українського парламентаризму, слід виходити з того, як вважав нині покійний академік Ю. М. Тодика, що суспільству потрібен ні «тиранічний», ні «карман-

¹ Див.: Кремень В. Г., Табачник Д. В., Ткаченко В. М. Україна: альтернативи поступу (критика історичного досвіду). – К., 1996. – С. 313, 324–325.

² Україна: друга половина ХХ століття. Нариси історії. – С. 35.

ний», а нормальний парламент, який би враховував досвід світового і вітчизняного парламентаризму і працював на благо людини і народу, на становлення України як суверенної держави¹. Плідний законотворчий досвід Верховної Ради УРСР, роботи її постійних комісій, народних депутатів, практика залучення до законопроектної роботи правознавців, спеціалістів народного господарства, працівників правоохоронних органів, винесення найважливіших законопроектів на їх обговорення громадськістю, врахування громадської думки, широке інформування населення республіки про роботу її законодавчого органу та народних обранців – безперечно, потребує врахування в організації діяльності Верховної Ради України.

¹ Див.: *Тодика Ю. М.* Конституція України: проблеми теорії і практики. – Х., 2000. – С. 519.

В. Кузьменко, кандидат історичних наук, доцент, докторант Харківського національного університету внутрішніх справ

Ліквідація національних районів та сільрад в Українській РСР наприкінці 1930-х років: політико-правовий аспект

Проблеми регулювання міжнаціональних відносин на сучасному етапі набувають все більшого значення і стають предметом розгляду не лише науковців, але й міжнародних організацій, органів державної влади, громадськості. Раціональне вирішення цих проблем неможливе без ґрунтовного осмислення як світового, так і вітчизняного досвіду, у тому числі й негативного. Саме тому з'ясування політико-правових аспектів процесу ліквідації національних районів та сільрад в Українській РСР наприкінці 1930-х років є актуальним.

Політико-правовим аспектам історії національних меншин України 1920–1930-х років було присвячено чимало наукових праць, але процес ліквідації національних районів та сільрад наприкінці 1930-х років залишається однією з найменш досліджених сторінок вітчизняної історії. У своїх працях Г. Єфименко, Л. Рябошапко, В. Чехович, Б. Чирко, Л. Якубова та ін. досить ґрунтовно з'ясовують проблеми становлення та функціонування національних адміністративно-територіальних одиниць. Однак завершують дослідники свій аналіз майже за усталеною схемою — справедливо наголошують на визріванні у тоталітарному суспільстві ідеї месіанської ролі російського народу, зазначають посилення політичних репресій щодо представників національних меншин та, вже як наслідок, говорять про знищення національних районів та сільрад. Стосовно ж самого процесу їх ліквідації інформація майже відсутня. Іноді дослідники лише цитують відомі постанови Політбюро ЦК КП(б)У від 16. 02. 1938 р. та 05. 03. 1939 р., за якими вимагалася ліквідація національних районів та сільрад.

Зауважимо, що саме зростання статусу російського народу навряд чи могло спричинити ліквідацію національних районів. Адже продовжували й надалі існувати національні округи, області та республіки. Водночас реорганізація національних районів та сільрад не передбачала русифікації їх населення. Звичайно, в УРСР реорганізовані райони та

сільради піддавалися, як не дивно, українізації, оскільки розпорошувалися переважно між українськими районами. Разом з тим посилення політичних репресій наприкінці 1930-х років теж не могло безпосередньо викликати потребу у знищенні національних районів та сільрад. Адже репресії зачепили все суспільство, і застосовувалися не лише до представників національних меншин.

Ще більше запитань викликає наявність аж двох однакових за своїм змістом постанов Політбюро ЦК КП(б)У, відповідно до яких національні райони та сільради підлягали ліквідації. Їх розділяє між собою майже рік політичних подій. У зв'язку з цим виникає чимало запитань. Зокрема, чому не була втілена у життя перша постанова Політбюро? Чим була викликана необхідність прийняття другої постанови? Нарешті, як жили, як існували протягом цього року національні райони та сільради? Водночас істориків права цікавить, на основі яких нормативно-правових актів здійснювалась безпосередня реорганізація національних районів, адже нам відомі лише постанови партії.

Ці та інші питання спонукали автора цієї наукової розвідки як до пошуку нових історичних джерел, так і критичного осмислення вже відомих з метою з'ясування політико-правових аспектів ліквідації національних районів та сільрад в Українській РСР наприкінці 1930-х років.

Розбудова тоталітарного режиму в СРСР об'єктивно вступала у протиріччя з національною адміністративно-територіальною децентралізацією країни. Так, до складу союзних республік, що утворювали СРСР, входили автономні республіки, області, округа, національні райони, а також національні сільради. У другій половині 30-х років статус «національної» мала кожна десята сільрада в СРСР. В національних адміністративно-територіальних одиницях органи державної влади, навчальні заклади, преса тощо переважно мали функціонувати мовою більшості населення. Це, на думку вищого партійного керівництва, зумовлювало своєрідну ізоляцію населення та об'єктивно шкодило не лише єдності країни, але й здійсненню тотального контролю над суспільством. Тому вже у прийнятій у 1936 р. Конституції СРСР та розроблених на її основі конституціях союзних республік існування національних районів та сільрад не отримало законодавчого закріплення. Ліквідація національних районів та сільрад стала питанням часу.

1 грудня 1937 р. питання «Про ліквідацію національних районів та сільрад» розглядалося на засіданні Оргбюро ЦК ВКП(б), а 17 грудня резолюція з цього питання була остаточно затверджена на засіданні Політбюро ЦК ВКП(б). У прийнятій постанові, зокрема, зазначалося, що

ЦК ВКП(б) встановлює, що в ряді областей і країв штучно створені різні національні райони і сільради (німецькі, фінські, корейські, болгарські та ін.), існування яких не виправдовується національним складом їх населення.

Більше того, в результаті спеціальної перевірки з'ясувалося, що багато з цих районів були створені ворогами народу у шкідницьких цілях. Буржуазні націоналісти і шпигуни, що пробралися на керівні посади в цих районах, проводили антирадянську роботу серед населення, забороняли в школах викладання російської мови, затримували випуск газет російською мовою і т. ін.

Виходячи з цього ЦК ВКП(б) визнає недоцільним подальше існування як особливих національних районів, так і сільрад і зобов'язує ЦК КП(б) України, Далекосхідний край, Алтайський і Краснодарський крайкоми, ЦК КП(б) Казахстану, Кримський, Оренбурзький, Ленінградський, Архангельський обкоми, де знаходяться національні райони і сільради, до 1 січня 1938 року подати в ЦК ВКП(б) пропозиції про ліквідацію цих районів шляхом реорганізації у звичайні райони і сільради»¹.

Зауважимо, якщо ліквідації національних районів можна було досягти шляхом проведення нових кордонів адміністративно-територіальних одиниць, розпорошуючи у такий спосіб компактно проживаючі національні меншини по різних районах, в яких вони вже перебуватимуть у меншості, то ліквідувати національні сільради можна лише заборонивши їх вважати такими, тобто надалі розглядати їх як «звичайні», навіть якщо населення цієї сільради є національною меншиною. Фактично ця постанова відверто порушувала «рівноправність громадян СРСР, незалежно від їх національності і раси, в усіх галузях господарського, державного, культурного і громадсько-політичного життя...», проголошену у статті 123 Конституції СРСР².

Одночасно з цією постановою на засіданнях Оргбюро та Політбюро ЦК ВКП(б) було обговорено та прийнято ще дві постанови, які певною мірою доповнювали та розвивали її: «Про російські газети на Україні» та «Про національні школи». Всі ці постанови у комплексі стали поворотним пунктом у національній політиці радянської влади.

¹ Російський державний архів соціально-політичної історії (далі – РДАСПІ). – Ф. 17, оп. 3, спр. 994, арк. 15.

² Конституція СРСР (Основной Закон) Союза Советских Социалистических Республик: Утверждена Чрезвычайным VIII съездом Советов Союза ССР 5 декабря 1936 г. // Кукушкин Ю. С., Чистяков О. И. Очерк истории Советской Конституции. – М.: Политиздат, 1987. – Ст. 122.

В Україні виконання постанов Політбюро ЦК ВКП(б) від 17 грудня 1937 р. збіглося у часі з піком сталінських репресій щодо вищого партійно-державного керівництва республіки. Так, наприкінці 1937 — на початку 1938 року було замінено (а згодом фактично винищено) майже все партійно-державне керівництво як республіканського, так і обласного рівнів. Наприклад, з 62 членів Центрального комітету КП(б)У, обраного XIII з'їздом у червні 1937 р., 55 осіб були звинувачені у ворожій діяльності. З 11 членів Політбюро ЦК КП(б)У репресували десятьох. Все це на певний час значною мірою паралізувало роботу ЦК КП(б)У. Чинovníки, які отримували розпорядження ЦК ВКП(б), у короткий час, іноді навіть не встигнувши розпочати підготовчу роботу, позбавлялися посад та заарештовувалися.

Разом з тим виконанню постанови «Про ліквідацію національних районів і сільрад» перешкождали перепони суто організаційного характеру. Перш за все, ліквідація національних районів та сільрад вимагала збору інформації і пропозицій з місць та їх аналізу. Адже не можна було просто ліквідувати райони і все. Їх необхідно було розформувати і, водночас, утворити нові, в яких населення національних меншин вже не становитиме більшість. Таким чином, фактичній реорганізації підлягали не лише національні райони, але й суміжні з ними українські.

У реорганізованих районах необхідно було витримати середні показники кількості населення, площі району тощо. Провести на карті нові кордони адміністративних одиниць, чітко розмежувавши землі колгоспів. Визначити нові райцентри, з переважаючим українським або російським населенням. Ці райцентри повинні бодай умовно мати: розгалужену сітку доріг, яка пов'язувала б їх із населеними пунктами району; мінімальну кількість адміністративних будівель для розташування районних органів державної влади; мінімальний ресурс місцевих партійних та державних кадрів. У новому райцентрі бажано мати хоча б одну середню або неповну середню школу, лікарню або медичний пункт, ветеринарну службу тощо. Необхідно також було рівномірно розподілити мережу МТС між реорганізованими районами, щоб у всіх колгоспів залишалася можливість обслуговуватись технікою тощо. Таким чином, це була велика копітка робота, що неминуче вимагала багато часу, а, отже, впоратися з нею у встановлені постановою ЦК ВКП(б) терміни було неможливо.

Фактично виконання в Україні постанов Політбюро ЦК ВКП(б) від 17 грудня 1937 р. було «провалено», на що побіжно вказувалося у по-

станові Оргбюро ЦК ВКП(б) від 24 січня 1938 р.¹ Цей «провал» був використаний центром як привід для майже суцільної заміни партійно-державної еліти України. Вже 27 січня 1938 р. відбувся пленум ЦК КП(б) У, на якому зі стандартним формулюванням «у зв'язку з переходом на іншу роботу» було звільнено від обов'язків першого секретаря і члена Політбюро ЦК КП(б)У С. В. Косіора. На його місце було призначено першого секретаря Московського міського партії М. С. Хрущова².

Зважаючи на те що його попередники, хоча із запізненням, але все таки виконали основні завдання постанови «Про російські газети на Україні», головну увагу нове керівництво УРСР зосередило на завданні ліквідації національних районів та сільрад. Так, уже 3 лютого 1938 р. Донецький обком партії підготував для ЦК КП(б)У «Довідку про національні райони по Донецькій області»³. 5 лютого 1938 р. Бюро Одеського обкому КП(б)У приймає постанову «Про реорганізацію національних районів Одеської області в райони звичайного типу», яка містила детальний план ліквідації національних районів області⁴. 16 лютого 1938 р. Політбюро ЦК КП(б)У ухвалює постанову «Про реорганізацію національних районів та сільрад УРСР в звичайні райони та сільради», яка була написана наче під копірку з постанови Політбюро ЦК ВКП(б) від 17 грудня 1937 р.⁵

Здавалося, що залишилося лише втілити постанову у життя. Проте її виконання було відкладено більш як на рік. У процес ліквідації вже фактично приречених національних районів та сільрад в Україні втрутилися інші політичні чинники. Тимчасова затримка у справі ліквідації національних районів та сільрад (у грудні 1937 — січні 1938 рр.) призвела до накладання у часі двох взаємовиключних політичних проєктів: демонстрації нерозривної єдності партії й народу під час перших виборів до Верховної Ради УРСР та кардинальних змін національної політики. Тому українським партійним керівникам довелося «покласти під сукно» фактично прийняте рішення.

В Україні на початку 1938 р. вже розпочалася активна підготовка до виборів у Верховну Раду УРСР. Це були перші вибори в Радянській

¹ РДАСП, ф. 17, оп. 114, спр. 637, арк. 7.

² Інформаційне повідомлення // Вісті ЦВК УРСР. – 1938. – 28 січ. – С. 1.

³ Державний архів Донецької області (далі – ДАДО), ф. П-326, оп. 1, спр. 1021, арк. 118–123.

⁴ Державний архів Одеської області (далі – ДАОО), ф. П-11, оп. 1, спр. 1262, арк. 92–93.

⁵ Центральний державний архів громадських об'єднань (далі – ЦДАГО) України, ф. 1, оп. 6, спр. 462, арк. 62.

Україні, що офіційно проводилися на основі загального виборчого права, без будь-яких обмежень виборчих прав окремих громадян за соціальним походженням або минулою діяльністю. Вибори були рівними, тобто за однаковими нормами представництва від міського і сільського населення (1 депутат на 100 000 населення); вони були прямими, тобто виборці самі безпосередньо обирали найвищий орган влади (у минулому вибори були багатоступеневими), щоправда, за єдиними (тобто безальтернативними) списками кандидатів. Таємне голосування мало створювати додаткову гарантію для волевиявлення виборців. Уперше вибори проходили за місцем проживання, а не роботи виборців, що відповідно могло ускладнити контроль за ними.

До організації та проведення виборів було залучено як широкі маси комуністів, так безпартійного активу. Лише у складі виборчих комісій в підготовці і проведенні виборів брало участь понад 150 тис. чоловік. Крім того, десятки тисяч агітаторів розгорнули широку пропагандистсько-роз'яснювальну роботу серед населення по вивченню Конституції УРСР та виборчого законодавства. На заводах і фабриках, у колгоспах і радгоспах, на всіх підприємствах і в установах створювалися гуртки, в яких ці документи вивчала переважна більшість виборців. Заздалегідь було підготовлено та надруковано величезними тиражами десятки видань пропагандистських матеріалів, у тому числі й мовами національних меншин. Фактично це було своєрідне шоу, театралізоване видовище загальнореспубліканського масштабу, покликане продемонструвати справедливість крилатої сталінської тези: «жити стало краще, жити стало веселіше». Ліквідація національних районів та сільрад аж ніяк не вписувалася в усе це дійство.

У прийнятій 20 квітня 1938 р. постанові ЦВК УРСР «Про виборчі округи по виборам до Верховної Ради УРСР» у списку утворених виборчих округів національні райони фігурували як чинні адміністративно-територіальні одиниці. Здається, єдине, про що потурбувалися законотворці, — щоб у національних районах не розташовувати центрів виборчого округу¹.

Однак навіть під час виборчої кампанії нове партійно-державне керівництво України продовжувало обережно, дещо приховано, але наполегливо впроваджувати у життя новий курс партії у національному питанні.

Нагадаємо, ще 17 грудня 1937 р. Політбюро ЦК ВКП(б) разом із іншими прийняло постанову «Про національні школи», згідно з якою їх

¹ Про виборчі округи по виборам до Верховної Ради УРСР: постанова ЦВК УРСР від 20 квіт. 1938 р. // Вісті ЦВК УРСР. – 1938. – 22 квіт. – С. 1, 2.

подальше існування визнавалося шкідливим. Для реалізації в Україні зазначеної постанови наркомат освіти УРСР, на замовлення ЦК КП(б) У, підготував аналітичну довідку «Про національні школи в Україні». За результатами її розгляду 10 квітня 1938 р. Політбюро ЦК КП(б)У прийняло постанову «Про реорганізацію національних шкіл на Україні»¹.

Хоча ця постанова зобов'язувала завершити всю підготовчу роботу з ліквідації національних навчальних закладів до 1 травня 1938 р., а до 1 серпня 1938 р. вимагалось завершити їх реорганізацію, проте, своє законодавче втілення, а разом з тим було загально оприлюднено цю постанову вже після проведення виборів до Верховної Ради УРСР. Так, лише 29 червня 1938 р. було прийнято постанову РНК УРСР «Про реорганізацію особливих національних шкіл, технікумів, Одеського німецького педагогічного інституту і особливих національних відділів і класів у школах, технікумах і ВУЗах УРСР»².

Інша річ із утіленням в Україні постанови ЦК ВКП(б) і РНК СРСР від 13 березня 1938 р. «Про обов'язкове вивчення російської мови у школах національних республік і областей»³. Адже саме по собі «вивчення російської мови», навіть якщо воно було «обов'язковим», не підривало основ попередньої радянської національної політики. Російську мову й раніше в обов'язковому порядку вивчали у кожній українській школі. Викликати подив могла лише передбачена постановою кількість годин на її вивчення. Тому прийнята в Москві значно пізніше від усіх аналізованих вище постанов ЦК ВКП(б), вона однією з перших була офіційно продубльована українською владою. Вже 20 квітня 1938 р. було прийнято постанову РНК УРСР та ЦК КП(б)У «Про обов'язкове вивчення російської мови в неросійських школах України»⁴.

Таким чином, хоча офіційно на час підготовки та проведення виборів національна політика радянської влади не зазнавала змін, однак, по суті вона кардинально змінилася. Наслідки цих змін були яскраво відбиті у результатах виборів. Так, за підрахунками Мандатної комісії до Верховної Ради УРСР I скликання було обрано 304 депутати, з них — 186 українців (61,2 %), 111 росіян (36,5 %) і лише 7 громадян інших національностей (2,3 %)⁵.

¹ ЦДАГО України, ф. 1, оп. 6, спр. 463, арк. 2–3.

² Збірник законів і розпоряджень робітничо-селянського уряду Української радянської соціалістичної республіки (далі – ЗЗ УРСР). – 1938. – № 38. – Ст. 153.

³ РДАСП, ф. 17, оп. 3, спр. 997, арк. 103–107.

⁴ ЗЗ УРСР. – 1938. – № 27. – Ст. 105.

⁵ Доповідь голови Мандатної комісії депутата М. С. Співака // Вісті ЦВК УРСР. – 1938. – 28 лип. – С. 2.

Однак незважаючи на те, що після проведення виборчої кампанії необхідності у маскуванні нової національної політики партії вже не було, в Україні національні райони та сільради продовжували існувати ще понад півроку. Фактично, ці райони були національними лише за назвою. Весь їх національний зміст вже був вихолощений. Адміністрація, навчальні та культурно-просвітницькі заклади, періодична преса — все це функціонувало українською або російською мовами. Їх ліквідація, на нашу думку, знову відкладалася у зв'язку з проведенням чергової політичної кампанії. У цьому разі вже не з причин пропагандистсько-агітаційного характеру, а з причин організаційного порядку. Тим більше, що нове партійне керівництво на чолі з М. С. Хрущовим могло собі це дозволити, оскільки його, навіть у зв'язку з тимчасовим невиконанням деяких розпоряджень ЦК ВКП(б), навряд чи можна було запідозрити у нелояльності до Кремля.

Річ у тім, що проведений у січні 1937 р. Всесоюзний перепис населення, незважаючи на всі старання влади (зокрема, заборона у 1936 р. абортів), показав реальні втрати населення від голодомору, репресій тощо. Так, якщо ще на XVII з'їзді ВКП(б) Сталін називав цифру чисельності населення СРСР на кінець 1933 р. у 168 млн, а Держплан СРСР офіційно прогнозував, що чисельність населення до 1937 р. становитиме 180 млн чол., то проведений перепис показав наявність лише 162 млн чол.¹ До речі, найбільші втрати населення (викликані, передусім, голодомором 1932–1933 рр.) були зафіксовані саме в Україні, і це незважаючи навіть на організовану Москвою у 1934–1935 рр. кампанію переселення в Україну десятків тисяч переселенців з інших регіонів СРСР, переважно з РРФСР. Так, зокрема, населення Вінницької області за переписом 1937 р. становило всього 89 % від перепису населення 1926 р., Київської обл. — 86,2 %, Чернігівської обл. — 89,8 %, Харківської обл. — 87,1 %, Одеської обл. — 88,7 %, Молдавської АРСР — 99,6 %. Приріст населення в УРСР простежувався лише у Дніпропетровській обл. — 105,4 % та у Донецькій обл. — 152,8 %². Зауважимо, що зростання кількості населення Дніпропетровської та Донецької областей було зумовлене не природним приростом населення, а, передусім, припливом населення до цих регіонів у зв'язку з великим індустріальним будівництвом.

¹ Всесоюзная перепись населения 1937 года: Общие итоги: Сб. док. и материалов / Отв. ред. Ю. А. Поляков, зам. отв. ред. В. Б. Жиромская. – М., 2007. – С. 7.

² Там само. – С. 32.

Результати перепису викликали значне роздратування партійно-державного керівництва країни. Адже їх оприлюднення могло викликати ряд незручних запитань як усередині країни, так і у світової громадськості. Тому перепис було оголошено «шкідницьким» та таким, що був проведений «ворогами народу» з численними порушеннями. Особливо у відповідних документах ЦК ВКП(б) наголошувалося на «пропусках» населення (цілих будинків, вулиць, населених пунктів) під час проведення перепису.

На січень 1939 р. було призначено новий перепис населення, який мав продемонструвати «шкідництво» попереднього. Всім місцевим органам влади наказувалося ще раз і ще раз здійснити ретельну підготовку до нового перепису, взяти на облік все, що «жило», щоб не допустити випадання з перепису населення жодного хутора, жодного будинку, жодної особи. Зрозуміло, що проводити ліквідацію національних районів, розпорозуючи національні сільради по «звичайних радянських» районах, що неминуче порушувало б існуючі адміністративні зв'язки і потенційно могло б призвести до «пропусків» населення під час проведення нового перепису (або хоча б дати підстави до подібних звинувачень), було небажано. Тому українське керівництво знову було змушено відкласти ліквідацію національних районів та сільрад до завершення перепису населення.

По закінченні перепису населення 1939 р. та підведенні його попередніх висновків, що певною мірою задовольнили вже скромні очікування партійного керівництва, настав час для адміністративно-територіальних реорганізацій. 5 березня 1939 р. Політбюро ЦК КП(б)У вже вдруге довелося приймати постанову «Про ліквідацію та реорганізацію національних районів і сільрад». У ній наказувалося «ліквідувати штучно створені національні райони»¹.

Постанова Політбюро ЦК КП(б)У від 5 березня 1939 р. очевидно була підкріплена окремою постановою Президії Верховної Ради УРСР, згадки про яку містяться у документах, на основі яких здійснювалась на місцях безпосередня ліквідація національних районів². Упродовж березня-квітня 1939 р. усі національні райони та сільради в Українській РСР було реорганізовано.

Таким чином, ліквідація національних районів та сільрад в Українській РСР, як і загалом в СРСР, здійснювалась за ініціативи вищого партійного керівництва, відповідно до постанови Політбюро ЦК ВКП(б)

¹ ЦДАГО України, ф. 1, оп. 6, спр. 530, арк. 18–19.

² ДАОО, ф. 11-П, оп. 1, спр. 1461, арк. 85–86.

від 17 грудня 1937 р. «Про ліквідацію національних районів і сільрад». Ця постанова брутально порушувала проголошені Конституцією УРСР 1937 р. права і свободи громадян, зокрема «рівноправність громадян УРСР, незалежно від їх національності і раси, в усіх галузях господарського, державного, культурного і громадсько-політичного життя...».

Реалізація цієї постанови в Україні мала ряд особливостей, зумовлених специфікою протікання суспільно-політичних процесів в республіці. По-перше, виконання постанови збіглося у часі з піком масових політичних репресій та майже повною заміною республіканського партійно-державного керівництва, що на деякий час паралізувало цю роботу. По-друге, нове партійне керівництво УРСР відразу наполегливо взялося за ліквідацію національних районів та сільрад. Проте, кампанія по перших виборах до Верховної Ради УРСР, що фактично розпочалася вже у лютому 1938 р., змусила на час виборів призупинити дію прийнятої 16 лютого 1938 р. постанови Політбюро ЦК КП(б)У «Про реорганізацію національних районів та сільрад УРСР в звичайні райони та сільради». По-третє, хоча після проведення виборів до Верховної Ради УРСР потреби приховувати нову національну політику партії вже не було, реорганізація національних районів та сільрад знову стала не на часі. Фактично вихолощені національні райони та сільради, в яких адміністрація, школи, преса позбавлялися права функціонувати рідною мовою, були тимчасово залишені як адміністративно-територіальні одиниці з метою якісного проведення нового перепису населення. По закінченні перепису населення 1939 р. та підведенні його попередніх висновків 5 березня 1939 р. було повторно прийнято постанову Політбюро ЦК КП(б)У «Про ліквідацію та реорганізацію національних районів і сільрад», яка згодом була продубльована відповідною постановою Президії Верховної Ради УРСР. У квітні 1939 р. національні райони та сільради в Українській РСР припинили своє існування.

В. Білик, завідувач лабораторії кафедри історії держави і права України і зарубіжних країн Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

До питання визначення особистих немайнових прав селян у законодавстві Центральної Ради

Питання визначення особливостей генезису особистих немайнових прав селян є однією з важливих проблем історико-правової науки. Надзвичайно цікавий досвід спроб її законодавчого вирішення належить етапу нормотворчої діяльності Центральної Ради України у період з листопада 1917 р. до квітня 1918 р., тим більше, що проблема визначення особистих немайнових прав людини та створення правових умов для їх існування як у добу Центральної Ради, так і дотепер, не стала предметом окремого спеціального дослідження історико-правової науки. Певною мірою питань з цієї категорії прав тієї доби торкалися А. Й. Рогожин, В. Д. Гончаренко¹, О. Л. Копиленко², В. О. Рум'янцев³ та ін.

Здійснення наукового дослідження надало змогу проаналізувати: створення політичного базису існування немайнових прав; характерних суспільно-економічних умов їх існування; законодавче визначення цієї категорії прав у добу Центральної Ради.

Під політичним базисом слід, на нашу думку, розуміти домінуючу державну ідеологію, направлену на створення широкої автономії, а згодом — незалежної держави на парламентських засадах. Головною суспільно-економічною умовою і гарантією існування особистих немайнових прав селян є приватна власність на землю.

Слід зазначити, що за радянських часів дослідження особливостей законодавчої політики Центральної Ради стосовно особистих немайнових прав людини, й селян зокрема, було одним з найбільш заполітизованих унаслідок таких чинників. По-перше, це було обумовлено негативним ставленням комуністичної ідеології до особистих немайнових прав людини та фундаменту їх існування — приватної власності. Таке

¹ Рогожин А. Й., Гончаренко В. Д. Центральна Рада і її правові акти // Вісн. Акад. прав. наук України. – 1993. – № 1. – С. 42–50.

² Копиленко О. Л. «Сто днів» Центральної Ради. – К., 1992. – 204 с.

³ Рум'янцеv В. О. Українська державність у 1917–1922 роках: національно-демократична і радянська альтернативи: Дис. ... д-ра юрид. наук. – Х., 1998. – С. 373.

положення цілком ґрунтувалось на висновках К. Маркса про те, що ця категорія прав, як і приватна власність, є виключно продуктами буржуазних відносин, які підлягали скасуванню поряд з належними їм інститутами. З цього приводу К. Маркс зазначав: «Насамперед ми констатуємо той факт, що так звані права людини... є не що інше, як права члена громадського суспільства, тобто еґоїстичної людини, відокремлої від людської сутності і спільнотності»,¹ а «право людини на свободу ґрунтується не на об'єднанні людини з людиною, а, навпаки, на відокремленні людини від людини... Практичне застосування права людини на свободу є правом людини на приватну власність»². Вождь світового пролетаріату В. І. Ленін йшов ще далі: «Ми нічого “приватного” не визнаємо»³.

По-друге, фактична заборона на дослідження становища особистих немайнових прав людини у законодавстві Центральної Ради обумовлювалася тим, що об'єктивне висвітлення цих питань було вкрай політично не вигідним для радянського політичного режиму, адже став би очевидним не лише факт скасування головної умови існування цих прав — інституту приватної власності, а й власне визнання цієї категорії прав. Цього режим не міг допустити, оскільки такі висновки піддавали б сумніву як ідеологічні підвалини політичного режиму, так і його практичні досягнення у дотриманні прав людини.

Сьогодні ми маємо змогу проаналізувати особливості кожного з наведених чинників у законодавстві Центральної Ради і на підставі історико-правового аналізу законодавства Центральної Ради у питаннях, пов'язаних з визнанням та створенням відповідних умов існування особистих немайнових прав людини, і селян зокрема, показати, що у цих питаннях українська правова думка мала як істотні досягнення, так і певні прорахунки.

За умови того, що у ті часи селяни були зрівняні в правах з іншими прошарками населення, для досягнення поставленої мети, слід зосередити увагу на аналізі особливостей як загальних норм, пов'язаних з визначенням видів і змісту особистих немайнових прав людини та створенням умов їх існування, так і спеціальних законодавчих актів стосовно українських селян.

Уже на початку своєї діяльності у першій відозві від 9 березня 1917 р. Центральна Рада наголосила: «Ми закликаємо спокійно, але рішуче до-

¹ К. Маркс. До єврейського питання // К. Маркс і Ф. Енгельс. Твори. – К., 1958. – Т. 1. – С. 371.

² Там само. – С. 371–372.

³ В. І. Ленін. О задачах наркомюста в условиях новой экономической политики. Письмо Курскому // Полн. собр. соч. – М., 1974. – Т. 44. – С. 396.

магатися від нового уряду всіх прав, які тобі природно належать і які ти повинен мати, великий народе»¹. Це гасло свідчить, що законодавча політика Центральної Ради стосовно особистих немайнових прав людини визначалася як одна з пріоритетних. Але ця заява мала ще не правовий, а політичний характер.

Процес законодавчого визнання особистих немайнових прав людини та створення умов для їх існування розпочався з проголошенням Української Народної Республіки у III Універсалі, де Центральна Рада до скликання Установчих зборів України наділялася повноваженнями «творити лад на землях наших, давати закони і правити»². У цьому Універсалі вперше на законодавчому рівні було визнано низку особистих немайнових прав людини, серед найважливіших з яких була норма про те, що «однині на землі Республіки Української смертна кара касується»³. Тобто, вперше в Україні на рівні національного законодавства відбулося визнання абсолютного права людини на життя. Без визнання права на життя інші види особистих немайнових прав мало чого варті. Законодавчо визначалася і норма про забезпечення «недоторканності особи»⁴. Ці права були пізніше підтвержені й у IV Універсалі⁵.

Крім того, Центральною Радою визнавалось таке особисте право людини, як право на судовий захист, для чого «нею була прийнята низка законодавчих актів, спрямованих на ... побудову судової системи»⁶. Суд,

¹ До Українського народу! Народе Український! Українська Центральна Рада: Док. і матеріали: У 2 т. – Т. 1: 4 берез. – 9 груд. 1917 р. Упоряд.: В. Ф. Верстюк (кер.), О. Д. Бойко, Ю. М. Гамрецький, Г. М. Михайличенко, А. П. Огінська, Т. С. Осташко, В. М. Устименко, Є. П. Шаталіна, О. Й. Щусь, Л. В. Яковлева – К., 1996. – С. 38.

² Третій Універсал Української Центральної Ради від 7 листопада 1917 р. Українська Центральна Рада: Док. і матеріали: У 2 т. – Т. 1: 4 берез. – 9 груд. 1917 р. / Упоряд.: В. Ф. Верстюк (кер.), О. Д. Бойко, Ю. М. Гамрецький, Г. М. Михайличенко, А. П. Огінська, Т. С. Осташко, В. М. Устименко, Є. П. Шаталіна, О. Й. Щусь, Л. В. Яковлева. – К., 1996. – С. 400.

³ Там само. – С. 400.

⁴ Там само. – С. 401.

⁵ Четвертий Універсал Української Центральної Ради від 11 січня 1918 р. Українська Центральна Рада: Док. і матеріали: У 2 т. – Т. 2: 10 груд. 1917 р. – 29 квіт. 1917 р. / Упоряд.: В. Ф. Верстюк (кер.), О. Д. Бойко, Ю. М. Гамрецький, Г. М. Михайличенко, А. П. Огінська, Т. С. Осташко, В. М. Устименко, Є. П. Шаталіна, О. Й. Щусь, Л. В. Яковлева. – К., 1997. – С. 104.

⁶ *Рогожин А. Й., Гончаренко В. Д.* Центральна Рада і її правові акти // Вісн. Акад. прав. наук України. – 1993. – № 1. – С. 47.

на їх думку, «повинен бути справедливий, відповідний духові народу»¹. Але для досягнення цих намірів у III Універсалі пропонувалося упорядкування судочинства не згідно із законодавчо визначеними нормами матеріального права, а з «правними поняттями народу»². За умови того, що ці поняття суттєво різнилися між собою й залежали від місцевості проживання, то, на нашу думку, цю норму слід визначити як таку, що не відповідає вимогам часу, тому що вона не могла не призвести до плутанини та зловживання у судочинстві. Для виправлення цієї помилки недовзі було видано акт, який вимагав керуватися законами і постановами, що діяли в Україні до 27 жовтня 1917 р., «оскільки вони не змінені і не скасовані Універсалами»³. За населенням України було також визнано право оскарження рішень і вироків судів першої інстанції в апеляційному і Генеральному судах, які діяли на підставі Декретів «Правителів створюючого Сенату», визнаних УНР «за правосильні і обов'язкові для судових установ України»⁴. Для зняття перешкод у використанні права на судовий захист для багатонаціонального населення України було також визнано «право і можливість уживання місцевих мов у зносинах з усіма установами»⁵. Важливість прийняття цієї норми обумовлювалася тим, що в Україні на той час проживало 33 980 740 осіб⁶, з яких

¹ Третій Універсал Української Центральної Ради від 7 листопада 1917 р. Українська Центральна Рада: Док. і матеріали: У 2 т. – Т. 1: 4 берез. – 9 груд. 1917 р. / Упоряд.: В. Ф. Верстюк (кер.), О. Д. Бойко, Ю. М. Гамрецький, Г. М. Михайличенко, А. П. Огінська, Т. С. Осташко, В. М. Устименко, Є. П. Шаталіна, О. Й. Щусь, Л. В. Яковлева. – К., 1996. – С. 400.

² Там само. – С. 400.

³ Закон про виключне право Центральної Ради видавати законодавчі акти УНР від 25 листопада 1917 р.: Док. і матеріали: У 2 т. – Т. 1: 4 берез. – 9 груд. 1917 р. / Упоряд.: В. Ф. Верстюк (кер.), О. Д. Бойко, Ю. М. Гамрецький, Г. М. Михайличенко, А. П. Огінська, Т. С. Осташко, В. М. Устименко, Є. П. Шаталіна, О. Й. Щусь, Л. В. Яковлева. – К., 1996. – С. 477.

⁴ Закон Центральної Ради про утворення Генерального Суду від 2 грудня 1917 р.: Док. і матеріали: У 2 т. – Т. 1: 4 берез. – 9 груд. 1917 р. / Упоряд.: В. Ф. Верстюк (кер.), О. Д. Бойко, Ю. М. Гамрецький, Г. М. Михайличенко, А. П. Огінська, Т. С. Осташко, В. М. Устименко, Є. П. Шаталіна, О. Й. Щусь, Л. В. Яковлева. – К., 1996. – С. 497.

⁵ Третій Універсал Української Центральної Ради від 7 листопада 1917 р. Українська Центральна Рада: Док. і матеріали: У 2 т. – Т. 1: 4 берез. – 9 груд. 1917 р. / Упоряд.: В. Ф. Верстюк (кер.), О. Д. Бойко, Ю. М. Гамрецький, Г. М. Михайличенко, А. П. Огінська, Т. С. Осташко, В. М. Устименко, Є. П. Шаталіна, О. Й. Щусь, Л. В. Яковлева. – К., 1996. – С. 401.

⁶ *Нагаєвський І.* Історія української держави двадцятого століття. – К., 1993. – С. 64.

27 210 000 становили українці¹. Більшість з них були селянами, які користувалися переважно українською мовою. Однак у судових та державних закладах використовувалась виключно російська мова, хоча на той час у судових палатах 90 % справ були селянськими². Таке становище безумовно обмежувало можливості використання селянами права судового захисту та право обіймати посади у судових та державних закладах України. Тому надзвичайно прогресивними для того часу були надані Центральною Радою гарантії використання мов національних меншин у їх зносинах з різними державними установами.

Разом з тим уже у IV Універсалі слід зазначити певне посилення обмежень права людини вільно обирати рід занять унаслідок того, що держава взяла «в свої руки найважливі галузі торгівлі»³. Для подальшого обмеження права займатися торгівлею Центральна Рада категорично заборонила видавати «на спекуляції на різну банкову експлуатацію (визиск)»⁴. Зокрема, селянам було заборонено торгувати сільгосппродукцією із зарубіжними країнами. Перелічені заходи Центральної Ради суттєво обмежили право селян займатися торгівлею, що неминуче призвело до загострення продовольчої кризи. Однак природне невдоволення з боку селян цими заходами було розцінено Центральною Радою як «підбиття несвідомих людей до старих порядків»⁵. Більше того, осіб, що виказували невдоволення переліченими заходами, називали темними контрреволюційними силами, «які хочуть знов підвернути всі вільні народи під єдине ярмо Росії», за що пропонувалося карати їх «як за державну зраду»⁶.

Більш послідовною видається законодавча політика Центральної Ради стосовно створення політичних умов для визнання та існування особистих немайнових прав людини. Про це свідчить той факт, що Цен-

¹ *Нагаєвський І.* Історія української держави двадцятого століття. – С. 64.

² Матеріали і документи п'ятої сесії Центральної Ради. Протокол від 27 червня 1917 р. Українська Центральна Рада: Док. і матеріали: У 2 т. – Т. 1: 4 берез. – 9 груд. 1917 р. / Упоряд.: В. Ф. Верстюк (кер.), О. Д. Бойко, Ю. М. Гамрецький, Г. М. Михайличенко, А. П. Огінська, Т. С. Осташко, В. М. Устименко, Є. П. Шаталіна, О. Й. Щусь, Л. В. Яковлева. – К., 1996. – С. 133.

³ Четвертий Універсал Української Центральної Ради від 11 січня 1918 р. Українська Центральна Рада: Док. і матеріали: У 2 т. – Т. 2: 10 груд. 1917 р. – 29 квіт. 1917 р. / Упоряд.: В. Ф. Верстюк (кер.), О. Д. Бойко, Ю. М. Гамрецький, Г. М. Михайличенко, А. П. Огінська, Т. С. Осташко, В. М. Устименко, Є. П. Шаталіна, О. Й. Щусь, Л. В. Яковлева. – К., 1997. – С. 104.

⁴ Там само.

⁵ Там само.

⁶ Там само.

тральна Рада від самого початку свого існування та у часи, коли УНР «стає самостійною, ні від кого незалежною, вільною, суверенною державою українського народу»¹, послідовно і наполегливо відстоювала засади парламентаризму з відповідним поділом влади на три гілки — законодавчу, виконавчу і судову. Гарантією того, що уряд діє згідно з законами, як писав Гегель, буде організація народу, що представляє його заклади, а «без подібного представницького закладу свобода... неможлива»².

Разом із цим слід визнати, що найбільш суперечливою була законодавча політика Центральної Ради стосовно приватної власності на землю, головної суспільно-економічної умови і гарантії існування особистих немайнових прав українських селян. Так, у III Універсалі Центральна Рада, з одного боку, скасувала «право власності на землі поміщицькі та інші землі нетрудових хазяйств сільськогосподарського значення, а також на удільні, монастирські, кабінетські та церковні землі» й визнавала ці землі власністю «всього трудового народу»³. Наслідком цього стало невдоволення селян цими заходами, які сподівались отримати перелічені землі не у користування, а у власність. Генеральним Секретаріатом було видано відповідне роз'яснення, в якому пояснювалося, що «право власності скасовується тільки на землі нетрудових господарств, тому всі землі трудових господарств, які б вони не були: чи то селянські, чи козачі (на Чернігівщині та Полтавщині), чи які інші, остаються у власності теперішніх хазяїв»⁴.

У IV Універсалі містилася норма «про передачу землі трудовому народові без викупу, прийнявши за основу скасування власності й соціа-

¹ Четвертий Універсал Української Центральної Ради від 11 січня 1918 р. Українська Центральна Рада: Док. і матеріали: У 2 т. – Т. 2: 10 груд. 1917 р. – 29 квіт. 1917 р. – С. 103.

² Гегель Ф. Конституція Германии. (Последняя редакция 1802 г.) // Гегель. Политические произведения. Памятники философской мысли / Ред. кол. тома: Д. А. Керимов (отв. ред.), Л. С. Мамут, В. С. Нерсисянц. – М., 1978. – С. 168.

³ Третій Універсал Української Центральної Ради від 7 листопада 1917 р. Українська Центральна Рада: Док. і матеріали: У 2 т. – Т. 1: 4 берез. – 9 груд. 1917 р. / Упоряд.: В. Ф. Верстюк (кер.), О. Д. Бойко, Ю. М. Гамрецький, Г. М. Михайличенко, А. П. Огіньська, Т. С. Осташко, В. М. Устименко, Є. П. Шаталіна, О. Й. Щусь, Л. В. Яковлева. – К., 1996. – С. 400.

⁴ Роз'яснення Генерального Секретаріату з земельного питання, викладеного у Третьому Універсалі. Українська Центральна Рада: Док. і матеріали: У 2 т. – Т. 1: 4 берез. – 9 груд. 1917 р. / Упоряд.: В. Ф. Верстюк (кер.), О. Д. Бойко, Ю. М. Гамрецький, Г. М. Михайличенко, А. П. Огіньська, Т. С. Осташко, В. М. Устименко, Є. П. Шаталіна, О. Й. Щусь, Л. В. Яковлева. – К., 1996. – С. 449.

лізацію землі»¹. З наведеного випливає, що позиція Центральної Ради полягала у визнанні приватної власності лише на невеликі господарства та ділянки. Однак, у Тимчасовому земельному законі від 18 січня 1918 р. містилася норма, що «право власності на всі землі... в межах Української Народної Республіки віднині касується», і земля стає «добром народу Української Народної Республіки»². Якщо III Універсал «касував право власності тільки на нетрудові землі поза містами», то цей Закон скасовував «власність і на селянські землі»³.

Замість права власності на землю ст. 3 Закону вводила для всіх громадян УНР право «на користування цим добром» «без різниці полу, віри і національності»⁴. Земля передавалась у користування селянам для створення «приватно-трудового господарства, яке ведеться власною працею окремими особами, сім'ями або спільно товариствами»⁵. Наголошення землі власністю «всього трудового народу»⁶, фактично означало її перехід у власність держави. Центральна Рада, скасовуючи приватну власність на землю, незалежно від суб'єктивних намірів, фактично скасувала важливу умову й гарантію існування природних прав селян.

Окремо необхідно зупинитися на дослідженні питань, пов'язаних з особистими немайновими правами людини, що містилися у «Статуті про Державний устрій, права і вільності УНР», прийнятому 29 квітня 1918 р. Хоча цей проект Конституції так і не було прийнято, але, без

¹ Четвертий Універсал Української Центральної Ради від 11 січня 1918 р. Українська Центральна Рада: Док. і матеріали: У 2 т. – Т. 2: 10 груд. 1917 р. – 29 квіт. 1917 р. – С. 103.

² Тимчасовий земельний закон, затверджений Українською Центральною Радою 18 січня 1918 р. Українська Центральна Рада: Док. і матеріали: У 2 т. – Т. 2: 10 груд. 1917 р. – 29 квіт. 1917 р. / Упоряд.: В. Ф. Верстюк (кер.), О. Д. Бойко, Ю. М. Гамрецький, Г. М. Михайличенко, А. П. Огінська, Т. С. Осташко, В. М. Устименко, Є. П. Шаталіна, О. Й. Щусь, Л. В. Яковлева. – К., 1997. – С. 128.

³ Клуний Г. В боротьбі за селянство. Земельне законодавство контрреволюційних урядів за час революції на Україні. – Х., 1926. – С. 20.

⁴ Тимчасовий земельний закон, затверджений Українською Центральною Радою 18 січня 1918 р. Українська Центральна Рада: Док. і матеріали: У 2 т. – Т. 2: 10 груд. 1917 р. – 29 квіт. 1917 р. / Упоряд.: В. Ф. Верстюк (кер.), О. Д. Бойко, Ю. М. Гамрецький, Г. М. Михайличенко, А. П. Огінська, Т. С. Осташко, В. М. Устименко, Є. П. Шаталіна, О. Й. Щусь, Л. В. Яковлева. – К., 1997. – С. 128.

⁵ Там само. – С. 128.

⁶ Третій Універсал Української Центральної Ради від 7 листопада 1917 р. Українська Центральна Рада: Док. і матеріали: У 2 т. – Т. 1: 4 берез. – 9 груд. 1917 р. / Упоряд.: В. Ф. Верстюк (кер.), О. Д. Бойко, Ю. М. Гамрецький, Г. М. Михайличенко, А. П. Огінська, Т. С. Осташко, В. М. Устименко, Є. П. Шаталіна, О. Й. Щусь, Л. В. Яковлева. – К., 1996. – С. 400.

сумніву, він є важливим історико-політичним документом, позбавленим «як ідеологічного, так і пропагандистського забарвлення»¹ і який відбивав систему пануючих поглядів серед провідних лідерів Центральної Ради тієї доби.

Проект Конституції (ст. 14) заборонив застосування смертної кари не тільки до громадян України, але й до будь-якої особи. Крім того, цією ж статтею заборонялось застосовувати до людей «яким-небудь карам по тілу, або іншим актам, які понижують людську гідність»². Затримання, тобто короткочасне позбавлення свободи й права на вільне пересування (ст. 13) мало відбуватися лише за судовим наказом і не «інакше, як на гарячій вчинку». Але особу слід було відпустити, коли суд за 24 години «не устанowitz якогось способу його затримання»³.

За громадянами України (ст. 12) визнавалися рівні права, незалежно від віри, національності, освіти, майнового становища⁴. Відповідно до ст. 11 проекту Конституції скасовувалася різниця у правах і обов'язках між чоловіком і жінкою⁵. До речі, у США тільки у 1963 р. Конгрес прийняв Акт про рівну оплату праці жінок з чоловіками; у 1966 р. було законодавчо заборонено дискримінацію за расовою і статевою ознаками; у 1969 р. жінки отримали рівні права з чоловіками при розірванні шлюбу; у 1973 р. рішенням Верховного суду жінкам дозволялося обіймати посади з більшою оплатою, ніж у чоловіків.

За кожним громадянином і всіма особами (ст. 18), що не є громадянами України, визнавалося право на «повну свободу переміни місця пробування»⁶. Перелічені норми свідчать про певне розуміння розробниками проекту Конституції поняття прав людини, тому що визнання особистих немайнових прав визнавалося, і це слід особливо підкреслити, саме за людиною, а не громадянами.

Цивільні, кримінальні та адміністративні справи селян розглядалися «виключно судовими установами»⁷. Як позитивний досвід розбудови

¹ *Рогожин А. Й., Гончаренко В. Д.* Центральна Рада і її правові акти // Вісн. Акад. прав. наук України. – 1993. – № 1. – С. 48.

² Конституція Української народної республіки. Українська Центральна Рада: Док. і матеріали: У 2 т. – Т. 2: 10 груд. 1917 р. – 29 квіт. 1917 р. / Упоряд.: В. Ф. Верстюк (кер.), О. Д. Бойко, Ю. М. Гамрецький, Г. М. Михайличенко, А. П. Огінська, Т. С. Осташко, В. М. Устименко, Є. П. Шаталіна, О. Й. Щусь, Л. В. Яковлева. – К., 1997. – С. 331.

³ Там само.

⁴ Там само.

⁵ Там само.

⁶ Там само.

⁷ Там само. – С. 334.

національного судочинства того періоду слід зазначити, що судова влада виносила рішення незалежно від законодавчих і адміністративних органів влади, а останні не мали права втручатися у винесені судом рішення (ст. 59). Також визнавалося право й на касаційне оскарження рішень та вироків судів першої та другої інстанцій (ст. 63).

Щодо створення політичного базису визнання та існування особистих немайнових прав, то Конституція виходила з того, що «тільки державність признавалась певною запорукою вільного політичного і національного розвитку українського народу»¹ на засадах парламентаризму.

У проєкті Конституції питання власності на землю не згадувалось. Ймовірно, Центральна Рада бажала залишити для себе у майбутньому можливість політичного маневру залежно від домінування тих чи інших політичних сил. Цю законодавчу невизначеність у такому доле-носному питанні не можна вважати доцільною. Ця суперечлива позиція Центральної Ради була наслідком суб'єктивних і об'єктивних обставин, але вона не відповідала сподіванням селян. Разом з тим автор цілком погоджується з висновками, що законотворча діяльність «Центральної Ради в галузі конституційного будівництва заслуговує найвищої оцінки»².

Викладене дозволяє зробити деякі висновки. У цілому правосвідомість й напрямок законодавчої політики Центральної Ради щодо визнання особистих немайнових прав людини та створення для їх визнання й існування відповідних політичних умов можна оцінити як такі, що відповідають кращим досягненням правової думки. Але суттєвим недоліком у цьому напрямку було те, що Центральна Рада так і не змогла створити системне законодавче регулювання цієї категорії прав. Більшість визнаних видів природних прав людини скоріше залишилися гаслами і не спиралися на певні законодавчі акти, які б надавали можливість гарантованого захисту та використання цих прав. Наприклад, право на життя та недоторканність, особливо після німецької окупації, стало часто порушуватись. Право на вільне обрання роду занять, наприклад торгівлі, також поступово було обмежено.

Однак найбільш суперечливою була законодавча політика Центральної Ради у питанні визнання приватної власності на землю, що не відповідало досягненням світової й національної думки того періоду. Слід нагадати слова Гегеля, який зазначав: «Лише у власності особа виступає

¹ *Грушевський М.* Хто такі українці і чого вони хочуть. – К., 1991. – С. 99.

² *Рогожин А. Й., Гончаренко В. Д.* Центральна Рада і її правові акти // Вісн. Акад. прав. наук України. – 1993. – № 1. – С. 49.

як розум»¹. Більше того, філософ вважав, що держава може розглядатися виключно «у правових формах приватної власності»².

Серед національних діячів такої ж думки дотримувався гетьман Павло Скоропадський, який також визнавав приватну власність «як фундамент і культури, і цивілізації»³. Вважаємо, що недооцінювання Центральною Радою цього фундаменту і головної умови особистих прав селян стало чинником, що призвів «до фатальних результатів»⁴.

З практичної точки зору вивчення національного історичного досвіду з питань зародження й становлення особистих немайнових прав людини та створення умов їх існування має сенс, тому що об'єктивне розкриття цієї проблеми дозволить відтворити не тільки національні гуманістичні традиції у законотворчості Центральної Ради, але й висвітлити недоліки й помилки у законодавчій діяльності, які можна враховувати й у сучасні часи.

Маємо також визнати, що повноцінне визнання та існування особистих немайнових прав людини і селян зокрема мають важливе значення для позитивного й стабільного політичного й суспільно-економічного розвитку держави. У свою чергу, без створення відповідних політичних і суспільно-економічних умов існування цієї категорії прав останні стають небезпечно залежними від свавілля держави.

Виходячи з цих міркувань, вважаємо актуальним подальше дослідження питань генезису особистих прав селян у добу українських урядів національного відродження.

¹ Гегель Г. В. Ф. *Філософія права*: Пер. с нем. / Ред. и сост. Д. А. Керимов и В. С. Нерсисянц; Авт. вступ. ст. и примеч. В. С. Нерсисянц. – М., 1990. – 524 с., 1 л. портр. – (Филос. наследие). – С. 101.

² Гегель Ф. *Конституция Германии*. (Последняя редакция 1802 г.). – С. 65–176 // Гегель. *Политические произведения*. Памятники философской мысли / Ред. кол.: Д. А. Керимов (отв. ред.), Л. С. Мамут, В. С. Нерсисянц. – 1978. – С. 126.

³ Грамота до всього українського народу (29 квітня 1918 р.). Хрестоматія з історії держави і права: Навч. посіб. для студ. юрид. спец. вищ. навч. заклад. / Уклад.: В. Д. Гончаренко, О. Д. Святоцький; За ред. В. Д. Гончаренка. – 3-тє вид., переробл. – К., 2003. – С. 304.

⁴ Коциленко О. Л. «Сто днів» Центральної Ради. – К., 1992. – С. 141.

Г. Мяких, викладач кафедри державного права і управління НГУ

Майнові та особисті немайнові права жінки в українських землях другої половини XIX — початку XX ст.

Дослідження правового статусу жінки набуває певної актуальності у зв'язку із специфікою формування правової системи України. Важливим засобом корегування ситуації є вивчення історичного аспекту правового становища жінки, яка проживала на українських землях другої половини XIX — початку XX ст., з метою виявлення умов та факторів сучасного розуміння особливостей правового регулювання майнових та особистих немайнових прав жінки.

Питання правового становища жінки привертало увагу багатьох вчених, але особливо активно воно почало вивчатися у XIX ст. зарубіжними і вітчизняними правознавцями, серед яких необхідно зазначити праці Л. Моргана, Ф. Енгельса, Ю. Зіперта, П. Жида, Й. Бахофена, М. Владимирського-Буданова, В. Сергєєвича, Г. Терещенка, В. Шульгіна, Ф. Леонтовича, К. Неволіна, К. Каверіна, В. Спасовича, С. Соловійова, Я. Оровича, А. Квачевського, Г. Шершеневича та ін.

У другій половині XIX ст. суб'єктами цивільного права були всі фізичні особи, незалежно від національності, віросповідання та соціального становища, але з певними застереженнями щодо жінок як окремої соціальної групи. Закон проголосив ідею рівноправності чоловіків та жінок, але не забезпечив її реалізацію. На практиці постійно виникали питання: чи має право жінка на ту чи іншу дію?¹. З приводу обмежень дієздатності жінки-юристи та державні діячі стверджували, що ці обмеження є лише бажанням законодавця захистити жінку; проте П. Жид зазначав: «Саме це заступництво свідчить про її безправність: законодавець не заступався би за неї, якщо б перед цим не знесли її»².

Переваги чоловіка обумовлювалися здатністю нести державну службу, а «...державна служба, як у Росії, так і в Литві, надавала переваги

¹ Див.: *Квачевский А.* Права женщин по законам Черниговской и Полтавской губерний. — 109 с.

² *Жид П.* Гражданское положение женщины. С древнейших времен: Пер. с фр. / Под ред. и с предисл. проф. Ю. Гамбарова. — М., 1902. — С. 44.

чоловіку перед жінкою в майнових правах як засобах для виконання служби...»¹. Наприклад, у Зводі Законів Цивільних (Від. IV, Гл. II, Р. II, Кн. II) виділено окремий вид володіння у Західних губерніях — майорат, пожалування імператора за службу, право на спадкування якого переходило лише по чоловічій лінії та було невідчужуваним².

Правовий статус жінки залежав від її становища в сім'ї — доньки, сестри, дружини, матері або члена громади. Опіка в першу чергу поширювалася на майнові, а не особисті права жінки. У законодавчих актах проявлялося бажання захистити майно роду від подрібнень через те, що після укладення шлюбу жінка переходила до родини чоловіка. По-перше, не дозволялося всиновлення незаконнонароджених дітей, щоб родові володіння не переходили до осіб нижчих станів; порядок усиновлення був ускладнений (лише за згоди імператора) і поширювався саме на тих осіб, яким було що передавати у спадок (для міщан та селян усиновлення навіть не вимагалось, достатньо було простої приписки особи до сімейства)³. По-друге, цивільне законодавство визначало поділ майна на придбане та родове (спадкове) майно, встановлюючи щодо останнього особливий порядок розпорядження: наприклад, його не можна було дарувати, оминаючи спадкоємців за законом (Від. I, Гл. II, Р. I Кн. III Зводу Законів)⁴. По-третє, ст.1157 Зводу Законів Цивільних встановлювала, що чоловік та дружина успадковують лише майно, яке було нажите у шлюбі, за умов передачі третини дітям, і тільки за відсутності дітей — усе майно. Тобто діє принцип вільного розпорядження лише придбаним майном.

Обмеженням залишалось право особи на пересування, усі мешканці Російської імперії були приписані за місцем їх осілості. Відповідно до ст.1 «Статуту про паспорти та утікачів» ніхто не міг відлучатися з місця проживання без наявності законного посвідчення на проживання або паспорта⁵. Стосовно жінок ці обмеження були більш суворими: згідно з «Положенням про види на проживання», що було затверджено 4 липня 1894 р., кожна особа повинна була мати вид на проживання, який отри-

¹ *Квачевский А.* Права женщин по законам Черниговской и Полтавской губерний. — С. 39.

² *Сводъ Законовъ Гражданских // Сводъ Законовъ Российской Империи.* — Т. 10, 4. 1. — СПб., 1887. — С. 75.

³ Там само. — С. 23–25.

⁴ Там само. — С. 120.

⁵ Див.: *Лизогуб В. А.* Законодавство про основні політичні і громадянські права і свободи підданих Російської імперії у другій половині XIX — на початку XX століття: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12. 00. 01. — Х., 2004. — С. 9.

мував глава родини, а жінка та діти лише вносилися до нього, що було логічним продовженням юридичного обов'язку дружини завжди супроводжувати чоловіка. Жінка могла отримати окремий вид на проживання лише за згодою батька, опікунів (якщо була неодружена та не досягла 21 року) або чоловіка (якщо була одружена, незалежно від віку). Такі ж правила були встановлені для отримання паспортних книжок¹.

П. Жид указував, що справжній характер приниження правоздатності жінки виявляється щодо третіх осіб². Продовжували зберігатися певні обмеження цивільної дієздатності жінок: щодо обтяження векселями (повнолітні жінки, не відділені від батьків, відповідно до ст. 6 Вексельного статуту, не могли давати векселів на себе без дозволу батьків) та щодо укладення договору особистого найму, для чого заміжні жінки повинні були отримувати дозвіл від своїх чоловіків³.

У майнових відносинах Звід Законів 1832 р. надавав жінці лише відносну самостійність: майном, яке вона отримала як придане, шляхом дарування, купівлі та іншим законним способом вона могла розпоряджатися незалежно від чоловіка. Торговий Статут закріплював можливість брати на себе зобов'язання представникам обох статей, Податний Статут передбачав можливість отримання промислового свідоцтва та свідоцтва купця для жінок і чоловіків⁴. Статут Промисловості Фабрично-Заводської та Ремісничої закріплював за вдовою право продовжувати ремесло чоловіка, мати учнів (Р. IV, ГЛ. II, ст. 365–366), але обмежував її впливати на рішення важливих питань функціонування відповідних галузей виробництва: жінки не мали права брати участь у виборах та бути членами Комітету Торгівлі та Мануфактур (Р. II. Гл. I, ст. 32)⁵.

Поступово, через нестачу робітників-чоловіків, жінок почали допускати до служби в громадських установах: але на нижчих посадах рахункової та письмової частин практично всіх державних установ та відомств за вільним наймом (без надання прав та переваг, передбачених для державних службовців-чоловіків); до посад акушерських, фельдшер-

¹ Сводь Законовъ Гражданскихъ // Сводь Законовъ Российской Империи. — Т. 10, 4. 1. — СПб., 1887. — С. 248–249.

² Жид П. Гражданское положение женщины. С древнейших времен: Пер. с фр. / Под ред. и с предисл. проф. Ю. Гамбарова. — М., 1902. — 480 с.

³ Миронов Б. Н. Социальная история России периода империи (XV — начало XX в.): В 2 т. — 2-е изд., испр. — СПб. — С. 178.

⁴ Сводь Законовъ Гражданскихъ // Сводь Законовъ Российской Империи. — Т. 10, 4. 1. — СПб., 1887. — С. 6–7.

⁵ Уставъ о Промышленности Фабрично-Заводской и Ремесленной // Сводь Законовъ Российской Империи. — ТЛЦ, Ч. 2. — СПб., 1913. — С. 13, 72.

ських, аптекарських у жіночих лікувальних установах, пізніше до посад лікарів (але без права отримувати чини та нагороджуватися орденами); до виховних, поштових, телеграфних та телефонних установ. З 1908 р. університети отримали право видавати дипломи на звання лікаря жінкам, які вже мали дипломи іноземних університетів на ступінь доктора медицини.

Сімейне право на 90 % продовжувало зберігати норми візантійської Еклоги, рецепція існувала у формах як прямого запозичення правових положень, так і опосередкованого — запозичення концепцій, ідеологічний вплив (вимога попередніх заручень, що забезпечувалося неустойкою, поняття шлюбного договору, майнові взаємини чоловіка і жінки, опіка і піклування)¹. Але Звід Законів 1832 р. вніс певні зміни в сімейне право (наприклад, шлюбний вік було підвищено для жінок — до 16 років, для чоловіків — до 18 років), проте зберігалися обмеження особистих прав (як чоловіків, так і жінок) волею батьків, опікунів, церкви, військових та цивільних начальників (Від. I, Гл. I, Р. I, Кн. I Зводу Законів Цивільних)².

Особливої уваги потребує аналіз положень Зводу Законів щодо надання згоди на шлюб батьками для повнолітніх (21 рік) дівчат у Чернігівській та Полтавській губерніях, які за відсутності такої згоди могли її отримати в суді. Пояснення цього положення міститься в самому законі: правило запроваджено для запобігання зловживань батьківською або опікунською владою, коли вони прагнуть зберегти право на управління майном дівчини. Як указував А. Квачевський, суди надто формально підходили до цих справ та намагалися відсторонитися від їх вирішення, тому зберігалася необхідність детально вписати та максимально спростити процедуру надання судом дозволів на заміжжя³.

Статус жінки залежав також від її перебування у шлюбі. Жінка спочатку перебувала під батьківською владою, а потім під владою чоловіка. Але положення закону є переважно традицією, ніж правилами, які б реально втілювалися в життя: «Дружина зобов'язана коритися чоловікові, як главі сімейства, перебувати до нього в любові, повазі та необме-

¹ Див.: *Достдар Р. М.* Рецепція принципів візантійської Еклоги сучасним сімейним та спадковим законодавством України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12. 00. 03. — Одеса, 2005. — С. 11.

² *Сводъ Законовъ Гражданскихъ // Сводъ Законовъ Российской Империи.* — Т. 10, 4. 1. — СПб., 1887. — С. 2.

³ Див.: *Квачевский А.* Права женщин по законам Черниговской и Полтавской губерній. — С. 49.

женій слухняності»¹. Чоловік мав право вимагати спільного проживання, але закон не вказував на способи забезпечення цього права². Дружина повинна була супроводжувати чоловіка навіть тоді, коли він за вироком общини мав переселитися (виняток становили: згода чоловіка, невиліковна хвороба дружини, за наявності жорстокого поводження чоловіка з дружиною або його відкрито розпусної поведінки)³. Аналогічного обов'язку для чоловіка закон не містив, але можливо внаслідок того, що жінки через незначну участь у суспільних відносинах значно рідше скоювали правопорушення та підлягали відповідному покаранню.

Дружина, яка належала до нижчого стану, отримувала від чоловіка всі станові привілеї на відміну від чоловіка та дітей⁴. Підданство жінки залежало від підданства чоловіка. Іноземки, які взяли шлюб з російським підданим, набували російського громадянства автоматично. Вдови та розлучені жінки зберігали підданство чоловіків. Заміжні іноземки не допускалися до прийняття російського підданства окремо від чоловіків⁵.

Підстави для розлучення залишалися такими, як і в попередній історичний період: перелюбство, позбавлення одного з подружжя цивільних прав, смерть, безвісна відсутність протягом 5 років, вступ до монастиря, нездатність до шлюбного життя, прийняття православ'я та небажання жити з нехристиянином (усі підстави були однаковими для жінок і чоловіків). Для лютеран додатковими підставами були божевілля, інфекційна хвороба, розпусне життя. Шлюб католиків не міг бути розірваним взагалі. Зміни у шлюбно-сімейних відносинах відбувалися головним чином на практиці: світська влада намагалася вирішувати ті питання, які влада церковна була неспроможною вирішити. Наприклад, на практиці встановився порядок вирішення питання щодо роздільного проживання подружжя: III відділення канцелярії Його Величності, департамент державної поліції на підставі особливих вказівок Його Величності в особливо небезпечних випадках дозволяли роздільне проживання подружжя; цим шляхом пішли також і суди, від волосних до Урядового Сенату⁶.

¹ *Сводъ Законовъ Гражданскихъ* // *Сводъ Законовъ Российской Империи*. — Т. 10, 4. 1. — СПб., 1887. — С. 18.

² Див.: *Орович Я.* Женщина в праве. С приложением всех постановлений действующего законодательства, относящихся до лиц женского пола. — 3-е изд-е. — СПб. — С. 93.

³ *Сводъ Законовъ Гражданскихъ*. — С. 177.

⁴ Там само. — С. 175, 201, 204.

⁵ Там само. — С. 206.

⁶ Див.: *Михайлова В.* Русские законы о женщине. Бесплатное приложение к журналу «Женское дело» за 1913 г. — М., 1913. — С. 111–112.

Визнання шлюбу недійсним спричиняло такі наслідки: якщо винним визнавався чоловік, дружина залишала собі придане та вено; 2) якщо винною була дружина, вона позбавляється і першого, і другого; 3) якщо винними були обидва, вони позбавлялися майна на користь дітей, або, за їх відсутності, інших родичів¹.

Шлюб не встановлював спільності майна подружжя. За загальним правилом придане та майно, придбане на ім'я дружини до та під час шлюбу, вважалося їх окремою власністю; у губерніях Чернігівській та Полтавській придане хоча й вважалося окремою власністю дружини, але перебувало у спільному володінні, через що дружина під час шлюбу не могла без згоди чоловіка розпоряджатися цим майном. Логічним продовженням цього припису був обов'язок чоловіка не відчужувати та не обтяжувати боргами нерухоме майно, яке було забезпеченням приданого, без згоди дружини. За загальнодержавним законом чоловік не мав на придане ніяких прав, за місцевим — права володіння та користування². Окремою власністю дружини був також її торговий капітал, якщо вона вела торгівлю окремо від чоловіка³.

Придане та вено мали суттєве значення для майнового забезпечення жінки. Наділення приданим у Чернігівській та Полтавській губерніях було правом, а не обов'язком батька, визначення його обсягу залежало цілком від його волі, тобто придане було не лише засобом забезпечення доньок, але й засобом впливу на вибір чоловіків⁴. Ці постанови подібні до так званої дотальної системи подружніх відносин, установлені римським правом, за якою приданим було майно, яке надавалося дружині її рідними або сторонніми людьми для допомоги чоловіку у витратах під час подружнього життя. За Литовським статутом надання приданого також було не юридичним, а моральним обов'язком батька; але він передбачав юридичний обов'язок спадкоємців батька видати дівчині встановлену законом частку як придане. Загальний же закон розглядав на придане, як виділ, який заміняв спадок і не мав зв'язку із шлюбом; останній сприймався лише як привід отримати придане. Він не визнавав за чоловіком прав на придане, вважав його окремою власністю дружини, тому і не регулював ці відносини, розглядаючи їх як особливий правовий інститут. Від цього на практиці розпочалися плута-

¹ Див.: *Орович Я.* Женщина в праве. С приложением всех постановлений действующего законодательства, относящихся до лиц женского пола. — 3-е изд-е. — СПб. — С. 97.

² Див.: *Сводъ Законовъ Гражданскихъ // Сводъ Законовъ Российской Империи.* — Т. 10, 4. 1. — СПб., 1887. — С. 18–19.

³ Там само. — С. 180.

⁴ Там само. — С. 19.

нина та колізії. За Литовським статутом придане ні в якому разі не ототожнювалося із спадком¹. Закон загальний та місцевий стосовно права власності на придане відповідали один одному лише в тому, що придане в будь-якому випадку залишається власністю дружини. Вено ж спочатку було даром нареченій за вінець, а пізніше визнавалося за майно, що надавалося нареченим з метою забезпечення приданого і становило спосіб для утримання вдови після смерті чоловіка. Венівий запис брався тим, хто видавав дівчину заміж, ще до укладення шлюбу; відсутність такого запису позбавляла жінку після смерті чоловіка забезпечення, яке б придане вона не мала. Дошлюбні борги чоловіка на придане покладатися не могли; борги ж, зроблені подружжям разом та використані на подружнє життя, покладалися на все майно без розрізень².

Якщо на момент смерті батьків лише деякі з дочок були незаміжні, а інші вже вийшли заміж та отримали придане, то тим, що залишилися, придане призначалося з 1/4 частини майна, але не всієї, а за кількістю сестер, скільки б їх не було — одна або десять. Вони отримували придане з 1/4 всього майна навіть за наявності заповіту³.

Загальний закон не містив жодних указівок щодо майна подружжя на випадок розірвання шлюбу. Стосовно губерній Чернігівської та Полтавської діяли окремі правила: закон карав позбавленням майна ту сторону, яка була винна в розірванні шлюбу. Якщо провини подружжя не було — кожен залишався при своєму⁴.

Важливою сферою, в якій продовжувала зберігатися нерівність, було спадкування. Першочергове право на наслідування за батьками належало їх дітям чоловічої статі порівну. Сестри при братах отримували 1/4 нерухомого майна та 1/8 рухомого (на всіх). Але в Чернігівській та Полтавській губерніях спадок за матір'ю розподілявся порівну між дітьми чоловічої та жіночої статі⁵. Якщо після спадкодавця не залишилося низхідних, то право спадкування переходило у бокові лінії, в яких сестри при братах взагалі не спадкували. Родові ж батьківські володіння завжди переходили до батьківського роду, материнські — до роду матері. Володіння, придбане самим бездітним спадкодавцем, за відсутності особливих вказівок, переходили до роду батька⁶.

¹ Див.: *Квачевский А.* Права женщин по законам Черниговской и Полтавской губерний. — С. 59–60.

² Там само. — С. 85.

³ Там само. С. 70–73.

⁴ Там само. — С. 51–52.

⁵ Сводъ Законовъ Гражданскихъ // Сводъ Законовъ Российской Империи. — Т. 10, 4. 1. — СПб., 1887. — С. 148–150.

⁶ Там само. — С. 191.

Лише законом від 3 червня 1912 року жінка набула: права спадкування після смерті батьків та дітей; за їх відсутності — онуків обох статей. Крім того, в бокових лініях сестри отримали право спадкувати майно порівну з братами; у зв'язку з цим було відмінено правило стосовно виділу приданого донькам після смерті батька, через те, що за новим правилом вони також ставали спадкоємицями. Але при спадкуванні земель сестри при братах отримували лише 1/7 частину всього майна¹. За загальним законом опікуном дітей був той з батьків, хто залишився в живих, якщо в заповіті батька не вказана опікуном інша особа. За положеннями закону стосовно Чернігівської та Полтавської губерній опіка матері суттєво обмежувалася, вона могла бути опікуном, якщо на це була пряма вказівка в заповіті батька. Але мати до заміжжя доньок та віддачі синів до училищ не могла розлучатися з дітьми, навіть якщо вона не була їх опікуном (виняток становили: поважні причини та рішення Дворянської опіки та Сирітського суду). За загальними правилами Зводу Законів Цивільних мати здійснювала опіку разом з іншими опікунами. Щодо губерній Полтавської та Чернігівської таких обмежень не було: мати або не призначалася опікуном, або здійснювала її без участі інших осіб².

Заслуговує на окрему увагу питання щодо прав вдови на пенсію померлого чиновника, якщо її чоловік помер на службі. Пенсія видавалася нероздільно матері з дітьми, тобто всій родині, яка залишилася. Якщо жінка хотіла виділити свою частку, вона отримувала половину. Пенсія вдовам припинялася у зв'язку зі смертю, заміжжям, вступом до монастиря, вироком суду, перебуванням за кордоном довше дозволеного терміну³. Заміжжям не припинялася виплата пенсії, що була призначена жінці за її особисту працю⁴. Вчительки, які отримали свідоцтво, та виконували свої обов'язки бездоганно, мали право на пенсію — але за умови, якщо вони могли документально довести відсутність засобів для проживання⁵.

¹ Див.: Михайлова В. Русские законы о женщине. Бесплатное приложение к журналу «Женское дело» за 1913 г. — М., 1913. — С. 35–37.

² Див.: Квачевский А. Права женщин по законам Черниговской и Полтавской губерний. — С. 53–55.

³ Уставъ о Пенсиях и единовременных пособиях // Сводъ Законовъ Российской Империи. Уставы о службе гражданской. — Т. 3. — СПб., 1857. — С. 10, 23–24.

⁴ Там само. — С. 46.

⁵ Див.: Лизогуб В. А. Законодавство про основні політичні і громадянські права і свободи підданих Російської імперії у другій половині XIX — на початку XX століття: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12. 00. 01: — Х., 2004. — С. 283.

З кінця XVI ст. позитивне право розвивалося шляхом формалізації та запозичення іноземних термінів, а звичаєве право дедалі більше розходилося з ним. Шлюб у селян порівняно з іншими станами, втратив ознаки майнової угоди, права подружжя були такими, як у інших станів. Поняття власності для селян було новим і в південній частині Імперії раніше засвоїлося, через що на півночі Росії встановлювалося спільне спадкування общини, а в південній частині чітко визначалося, який член родини що спадкує¹. Правила спадкування у селян мали значні особливості: враховувалися не лише споріднення, але й трудовий внесок у сімейне майно, тому доньки могли спадкувати нарівні з братами, якщо їх чоловік був приймаком. Узагалі сімейна власність в українському звичаєвому праві була власністю колективною, а не індивідуальною. Тому глава сім'ї, переважно батько, був не власником, а розпорядником майна. Мати також могла розпоряджатися майном у разі: смерті чоловіка, його перебування у війську, на заробітках або через його марнотратство².

Отже, законодавство зберігало окремі переваги чоловіка над жінкою у майнових та особистих немайнових правах, але певна обмеженість цивільної дієздатності жінок була обумовлена суспільно-політичними особливостями, тому кожен суб'єкт правовідносин мав певні обмеження: чоловіки протягом усього життя підкорялися владі батька, начальства на службі або церковній владі, а жінки до того ж підкорялися владі чоловіка.

¹ Див.: *Квачевский А.* Права женщин по законам Черниговской и Полтавской губерний. — С. 32.

² Див.: *Орович Я.* Женщина в праве. С приложением всех постановлений действующего законодательства, относящихся до лиц женского пола. — 3-е изд-е. — СПб. — С. 150–151.

ПИТАННЯ ЦИВІЛЬНОГО І ГОСПОДАРСЬКОГО ПРАВА

І. Спасибо-Фатєєва, член-кореспондент Академії правових наук України

Спiрні питання недiйсностi правочинiв та її наслiдкiв

Укладення правочинiв iз тими чи iншими вадами є ненормальним правовим явищем, на яке право має певним чином реагувати. Для цього було введено поняття недiйсних правочинiв, що само по собi завжди викликало спори стосовно прийнятностi такої термiнологiї, адже правочини з певними вадами волi, суб'єктного складу, форми, змiсту тощо, тобто тi, якi не вiдповiдають вимогам, визначеним у ст. 203 ЦК, тим самим порушують право. Разом iз тим правочин сам по собi має бути *правомiрною* дiєю, i якщо недiйснi правочини є неправомiрною дiєю, то постає питання про те, чи є вони правочинами?

Очевидно, що термiн «недiйснi правочини» є умовним i покликаний пiдкреслити, що це дiя, яка мала вигляд правомiрностi, була квазиправочином, тобто немовби правочином, але виявилось, що це не так. Причому це виявляється як шляхом зiставлення правочину i вимог закону без звернення до суду (у разi нiкчемностi правочинiв), так i судом шляхом з'ясування i доведення того, що спричинило недiйснiсть правочину (для оспорюваних правочинiв).

Отже, на перший погляд, недiйсний правочин сприймається як правомiрна дiя. Бiльше того, не виключено, що i його учасники (або, принаймнi, один з них) вважають цю дiю правомiрною, наприклад при помилцi. А iнодi її неправомiрнiсть усвiдомлюється лише значно пiзніше, а не пiд час вчинення правочину, наприклад при обманi.

iнколи трапляється, що правочин вчинено (дiю здiйснено, наприклад, договiр укладено), тобто воля на виникнення прав та обов'язкiв виражена, але на цьому все й закiнчилося. Сторони правочину так i не приступали до його виконання. У такому разi ця дiя є юридично нейтральною. Вона нi юридично, нi фактично так i не спричинила юридично значущих наслiдкiв.

iнодi ж, навпаки, правочин iз порушеннями вимог ст. 203 ЦК було не тiльки вчинено, а й виконано, i нiхто не висловлює заперечень щодо цього i не оспорує його наслiдки. Як бути в такiй ситуацiї?

Це залежить від того, який правочин вчинено — нікчемний чи оспорюваний. Якщо *оспорюваний*, то діє загальне правило про те, що правочин є дійсним, доки ніхто не доведе зворотного. Отже, доки судом не буде прийняте рішення про визнання правочину недійсним, він буде дійсним, а наслідки, породжені ним, — юридично значущими. Тому майно, передане, скажімо, за правочином, вчиненим під впливом помилки, обману тощо, потрапить у власність набувача. А вже при доведенні в суді цих підстав недійсності правочину таке майно має бути повернено колишньому його власникові — стороні недійсного правочину. Право власності набувача в такому разі має припинитися і відновитися право власності відчужувача майна, адже за ч. 1 ст. 216 ЦК недійсний правочин не породжує юридичних наслідків, тобто і права власності.

Так само і *нікчемний* правочин, незважаючи на виконання за ним, все одно юридичних наслідків не спричинить. І для визнання його недійсним не потрібно рішення суду, бо цей наслідок правопорушення випливає із закону. Візьмемо за приклад укладення договору з порушеннями вимог закону про нотаріальне посвідчення. Він є нікчемним. Нічого не треба доводити чи спростовувати. Сам факт порушення цієї вимоги закону сторонами вже дає підстави розцінювати його як недійсний.

Вищезазначене більш-менш усталилося як у теорії, так і в практиці. Разом із тим правове регулювання недійсних правочинів та їх наслідків залишає бажати кращого і породжує питання, на які складно відповісти однозначно. Більше того, практика надає приклади використання поняття недійсності, яке зазвичай пов'язується з правочинами, до інших правових категорій. Передусім це стосується недійсності установчих документів господарських товариств, недійсності рішень загальних зборів або інших органів юридичної особи, недійсності рішень органів влади, які послужили підставою для укладення договору, недійсності торгів тощо. Таке розширення сфери поняття недійсності одразу привертає увагу своєю невідповідністю тим механізмам та наслідкам, які розроблялися правом для недійсності правочинів і навряд чи можуть поширюватися без відповідного опрацювання на інші інституції. Спробуємо розібратися в цьому питанні.

1. Стосовно недоліків правового регулювання важливо звернути увагу на таке. Насамперед, це суперечності з термінологією, що вживається при укладенні дво- та багатосторонніх правочинів, тобто договорів. Загальне правило диктує, що договір вважається укладеним шляхом досягнення домовленості, *по-перше*, з усіх істотних умов, а *по-друге*, у належній формі (ч.1 ст. 638 ЦК). Тоді можна зробити висновок, що за

відсутності істотних умов договору він вважається неукладеним. Однак, чому тоді за відсутності належної форми договору (це, як правило, стосується нотаріального посвідчення правочину) він вважається недійсним (тобто нікчемним)? Це нелогічно. При недодержанні нотаріального посвідчення та державної реєстрації правочину немовби настають подвійні негативні наслідки — він буде і недійсним, і неукладеним. Щоправда, до його неукладеності¹ справа не дійде, бо вади форми зумовлять вже на цьому етапі його «неіснування».

Складнішою буде ситуація, коли правочин нотаріально посвідчений, але не зареєстрований, хоча це вимагається законом. Утім, на сьогодні, коли функції нотаріуса охоплюють і посвідчення, і державну реєстрацію правочину, це практично неможливо. Якщо такі дії є різними, то, теоретично припустивши таку ситуацію, виникне юридичний тупик: нотаріально посвідчений правочин є здійсненою дією, тобто вона не тільки спрямована на набуття цивільних прав (ч. 1 ст. 202 ЦК), а й це спрямування можна вважати здійсненим, реалізованим у договорі. Отже все, що вимагається ч. 1 ст. 638 ЦК для цього, вже має місце — і домовленість, і істотні умови, і форма. Проте ст. 210 ЦК вносить резонанс до логіки послідовності таких дій і встановлює, що правочин без державної реєстрації є не вчиненим. Чи можливо, щоб правочин був дійсним, але не вчиненим? Очевидно, що ні.

Нарешті, не вирішеним є те, як поводитися у ситуації, коли особа скористалася можливістю і подала до суду позов про визнання правочину, що потребував нотаріального посвідчення, але цього зроблено не було, дійсним, і суд задовольнив цей позов? На підставі чого перейде до позивача право власності на майно — правочину чи рішення суду? І як тоді бути з державною реєстрацією, адже рішення суду свідчить лише про дійсність правочину, але доки він не буде зареєстрованим, він є не вчиненим? Отже, ще один парадокс, що потребує вирішення, бо інакше виходитиме, що одні правочини потребують державної реєстрації, а інші, такі самі, але визнані дійсними за рішенням суду, цього не потребують. Тоді яку ж функцію виконує державна реєстрація?

Взагалі аналіз державної реєстрації правочинів, прав та їх обмежень приводить до висновків про необхідність перегляду цього питання і відмови від державної реєстрації правочинів².

¹ У цій статті не розглядається питання співвідношення понять недійсності та неукладеності правочинів, або, за термінологією В. А. Кіяшко, правочини, що не сталися (див.: *Кіяшко В. Я.* Несостоявшиеся сделки. — СПб., 2007), яке також є спірним і потребує окремого дослідження.

² Див.: *Спасибо-Фатеева І.* Нотаріальне посвідчення правочинів із нерухомістю та їх державна реєстрація як способи «укріплення» прав // *Нотаріат для вас.* — 2006. — № 12. — С. 34–39.

2. Не менш проблематичними є наслідки вчинення недійсного правочину. Розглянемо ситуацію, коли за відсутності нотаріального посвідчення правочину однією стороною майно було передано, іншою отримано і гроші сплачені. Зовні все нагадувало правочин, але право власності на таке майно не перейшло. Разом із тим, якщо особа або її спадкоємці продовжують відкрито і добросовісно володіти ним упродовж десяти (для нерухомих речей) або п'яти років (для рухомих речей), то чи можуть вони стати власниками за правилами набувальної давності (ст. 344 ЦК)? Часто саме таку схему застосовують для набуття права власності, яке виникає у них не за нікчемним правочином, а за рішенням суду (якщо це майно нерухоме або транспортні засоби чи цінні папери) і після спливу зазначеного часу.

Інший можливий варіант: звернення зацікавленої особи до суду з позовом про застосування наслідків нікчемного правочину. Тоді має місце реституція. Але на практиці далеко не завжди вчиняється такий позов, а як правило, позивач заявляє про повернення саме йому одержаного другою стороною правочину. Передусім, це інший позов, він має немов проміжний характер між реституцією та віндикацією. І якщо судді не вбачають у цьому проблем, ймовірно, виходячи з невичерпності переліку способів захисту, що містяться у ст. 16 ЦК, то навряд чи можна підтримати таке їх «прогресивне» мислення, адже виникають численні непорозуміння. Так, чи може суд задовольнити такий позов, не зважаючи на те, що в цьому разі не буде додержано передбачене ч. 1 ст. 216 ЦК правило, що *кожна* сторона має повернути другій стороні все, що вона одержала на виконання такого правочину? Чи може суд, незважаючи на позов, за яким особа просить *їй* повернути майно, винести рішення про застосування реституції та зобов'язати *її* також повернути одержане нею за недійсним правочином? Якщо ж ніхто не звертався з таким позовом, то чи має суд підстави і право застосувати ці наслідки самостійно, скажімо, якщо він виявив недійсність правочину при розгляді якоїсь іншої справи, наприклад, при поділі майна між подружжям або при банкрутстві?

Є два бачення з цього питання: автоматичність застосування цих наслідків¹ та недопустимість цього без звернення особи до суду, адже інакше порушуватимуться принципи приватного права².

¹ Див.: *Спасибо-Фатєєва І. В.* Проблемні аспекти недійсних правочинів (на прикладі договору міни акцій) // Підприємництво, господарство і право. – 2002. – № 7 – С. 29–32; *Вона ж.* Нікчемні правочини та їх наслідки // Вісн. госп. судочинства. – 2004. – № 2. – С. 178–184.

² Див.: *Джусь В. В.* До питання про обов'язковість застосування реституції у разі неправозгідності угоди // Вісн. госп. судочинства. – 2002. – № 4.

Дійсно, з одного боку, заявлення позову про застосування реституції або повернення майна саме позивачеві є правом особи, здійснюваним нею самостійно, за власною волею і на свій розсуд. Ніхто не може не тільки примусити її здійснити таке право, а й зробити це замість неї. З другого ж боку, якщо одна сторона заявила такий позов, і суд виніс рішення про його задоволення, в однієї зі сторін правочину залишатиметься те, що вона отримала від іншої сторони, та те, що їй повернули за рішенням суду. Невже це справедливо і буде відповідати принципам приватного права? Якщо додержуватися цієї логіки, то виходить, що при зверненні до суду сторони недійсного правочину про повернення їй майна суд не може винести й рішення про застосування реституції, бо тим самим він порушить право іншої особи на самостійний захист її прав, адже вона до суду з такими вимогами про повернення їй майна не зверталася.

За радянських часів судова практика та теорія йшли шляхом зазначення на *обов'язок* суду застосувати реституцію під час розгляду справ щодо недійсності правочинів. Нині такі дії передбачені ч. 5 ст. 216 ЦК, але в ній вже вказується, що суд *може* застосовувати наслідки недійсності нікчемного правочину з власної ініціативи. І це послужило причиною дорікання щодо порушення приватних засад правового регулювання, принципів права, попри загальновідомий принцип діяти за власною ініціативою. При цьому вказується, що цим для реституції створюється якийсь особливий, виключний режим, не властивий для приватноправових способів захисту¹.

З іншого ракурсу ця проблема бачиться так. Якщо недійсний правочин не створює юридичних наслідків, то, можливо, не слід і піклуватися, щоб у законодавстві точніше було сформульовано про поводження суду в цьому разі (тобто, чи має він застосовувати реституцію, або чекати заяву про це від зацікавленої особи), бо яка різниця, у кого перебуває майно, якщо право на нього не перейшло? Тоді ситуація ще суперечливіша, бо виходить, що відомо, кому насправді належить майно на праві власності і, більше того — це доведено в судовому порядку, як і доведено сам факт правопорушення. Але ніхто не реагує на таке становище, коли володіння (безпідставне) має одна особа, а право на це майно — інша. При цьому самих сторін це з якихось причин влаштовує. Як бути з утриманням майна, відповідальністю власника у разі завдання цим майном шкоди? Нарешті, існують вимоги про відповідність дій-

¹ Див.: Тузов Д. О. Реституция при недействительности сделок. – М., 2007. – С. 96.

ності даних держреєстру про права на майно, що використовуються не тільки для укладення договорів із цим майном, а й для значно ширшого кола потреб. Тоді ці дані не відповідатимуть дійсності і на майно існуватиме два речових права — *власності* у відчужувача за недійсним правочином і *володіння* у набувача за недійсним правочином. Якщо стверджувати про допустимість такого становища, то це свідчитиме про підтримку правопорушень, адже правопорушення не може породити права, навіть якщо це не право власності, а право володіння.

Більше того, така поведінка породжує й питання про те, чи можна наголошувати, що при цьому матиме місце правомірне і добросовісне володіння, адже воно виникло з правопорушення, бо недійсний правочин є правопорушенням? Отже, сумнівною є й можливість набуття права власності на це майно зі впливом набувальної давності. Наведене доводить недопустимість маніпуляції принципами права, що може призвести до правової безвиході.

3. Слід зробити ще кілька застережень стосовно реституції та її співвідношення з поняттям захисту прав. У ч. 1 ст. 216 ЦК зазначається на відсутність юридичних наслідків недійсного правочину, крім тих, що пов'язані з його недійсністю. Цим наслідком і є, насамперед, реституція. Ця норма імперативна і її виконання забезпечується судом. Відтак, про яку ініціативу з боку приватної особи, зацікавленої в застосуванні наслідків недійсності правочину, може йтися, коли правочин є недійсним? Тут ні до чого приплутувати взагалі право на захист з приватною ініціативою його застосування, бо відсутнє те право, яке має захищатися. Ним же не може бути те, що не виникло за недійсним правочином, або те, що називається недобросовісним та неправомірним володінням! Не можна й не звернути увагу на те, що у ст. 16 ЦК серед способів захисту реституція не передбачена, тоді як у ній позначається на вимогу про недійсність правочинів¹.

Отже, слід оцінити ситуацію з такої позиції: *суд має забезпечити наслідки, передбачені ч. 1 ст. 216 ЦК* — і не більше того.

4. «Реституція» — це повернення. За ЦК УРСР 1963 р. існували дво- та одностороння реституція. Нині в ЦК України 2003 р. передбачається тільки двостороння реституція, а за ГК — і одностороння. Звичайно, що це само по собі є ненормальним і потребує виправлення, бо призводить до повної плутанини. По-перше, в ГК йдеться про недійсність зобов'язань, а не правочинів та, як наслідок їх недійсності — по-

¹ У цьому разі немає сенсу в демагогії з приводу незакритого переліку цих способів.

вернення отриманого по них. Разом із тим, безумовно, правочин як юридичний факт відрізняється від зобов'язання як правовідносин. По-друге, якщо навіть абстрагуватися від таких «дрібниць», то невідомо, як бути з тим, що одні й ті самі дії спричиняють різні наслідки: за ЦК — двосторонню реституцію за правочини, які порушують публічний порядок (ст. 228), а за ГК — односторонню (ч. 1 ст. 208) або ж конфіскацію одержаного сторонами за цим правочином за наявності умислу в обох сторін. Навіть деякі цивілісти вагаються і підтримують збереження односторонньої реституції, тим самим допускаючи публічні механізми в приватноправовому регулюванні¹. По-третє, із задоволенням вимого про повернення майна одній стороні недійсного правочину, яка звернулася з позовом, виникає на перший погляд схожа з односторонньою реституцією ситуація. Але звичайно, що це не так, адже у цієї особи нічого не вилучається в дохід держави, а навпаки — залишається й не своє, а те, що належить на праві власності другій стороні недійсного правочину.

5. Інший бік наслідків недійсності правочинів являє те, що реституція може застосовуватися лише тоді, коли майно, передане за правочином, залишається у його сторони. Як тільки це майно переходить до третьої особи, вже йдеться не про реституцію (як наслідок недійсності правочину), а про ввідикацію (майна). При цьому для останньої важливе значення має добросовісність набувача. Часто трапляється, що особа, яка добросовісно набула майно, захищена більше за власника, який це майно передав за недійсним правочином. Останній далеко не завжди може витребувати своє майно від неї, а лише коли він передав його на підставі правочину з вадами волі — під впливом обману, погрози тощо (ч. 1 ст. 388 ЦК). Якщо ж виявляться інші порушення дійсності правочину (наприклад, вимог до його суб'єктного складу, коли правочин вчинено недієздатною особою), а майно вже перейшло від набувача за недійсним правочином до третіх осіб, то повернути його стає майже неможливим. Однак недієздатна особа і не є виразником своєї волі, бо вона не усвідомлює значення своїх дій. Тоді правочини, вчинені такими особами, мають вважатися не тільки такими, що мають вади суб'єктного складу, а й такими, що мають пороки волі. Відтак, уже можна говорити про можливість ввідикації.

¹ Див.: Дзера О., Отраднова О. Недійсність правочину (угоди) за новим Цивільним кодексом України // Юридична Україна. – 2003. – № 10. – С. 17–18. З цього приводу не будемо дискутувати, відіславши читача до дисертації В. І. Жекова «Правочини, що порушують публічний порядок за цивільним законодавством України», захищеної в 2005 р.

Отже, презумпція добросовісності правочину (ст. 204 ЦК) є тим каменем спотикання, до якого звертаються, аби завадити захисту власника. Цей «козир» часто спрацьовує не на користь, а являє собою зворотне. Покликаний захищати цивільний оборот, насправді (особливо сьогодні) він використовується для того, щоб унеможливити для власника захист його прав. Приклади численні: укладається недійсний правочин, майно за яким декілька разів перепродається, і останній його володар, посилаючись на свою добросовісність, стає власником на підставі ст. 330 ЦК. А власник цього майна (відчужувач за недійсним правочином) вважається таким, що діяв за своєю волею і хоча мали місце правопорушення, вони вже втратили своє значення, оскільки ніяких наслідків не породили.

Наскільки правильним є таке твердження? Справді, недійсний правочин не породив права власності у набувача на майно, одержане ним за недійсним правочином. Незважаючи на це, набувач його відчужив. Добросовісний набувач придбав майно не у власника, і це також містить вади, бо можна передати лише право, яке маєш, а якщо відчужувач власником не був, то й право власності передати не міг. Попри це право власності у добросовісного набувача виникає — і не на підставі правочину, а внаслідок прямої вказівки закону щодо цього і факту наявності у нього майна, переданого йому особою-невласником. *Так чи інакше — наслідки є, ці наслідки нівелюють правопорушення і свідчать, що правопорушення породжує право, як це не парадоксально.*

Ніхто не заперечуватиме, що цивільний оборот слід підтримувати і запроваджувати механізми, які роблять його найефективнішим, що слід захищати добросовісного набувача, інакше виникає невпевненість у результатах придбання майна. Однак нехитрі дії з перепродажу майна дозволяють залишити власника «у розбитого корита». Такі «операції» провадяться в тому числі й для рейдерства, що сьогодні є актуальним для України. Кількаразовий перепродаж пакетів акцій та ведення подвійних і потрійних реєстрів робить свою негативну справу. З іншого ж боку, її підтримує становище з неможливістю реституції.

Наведене переконливо свідчить про те, що реституція як правовий механізм на сьогодні практично паралізована: а) тим, що вона відсувається віндикацією; б) незастосуванням судами як наслідку недійсності правочину та фактичною її заміною вимогою про повернення майна одній стороні; в) тим, що вона як така навіть не позначена як спосіб захисту в ст. 16 ЦК.

6. Коло проблем, пов'язаних із недійсністю правочинів, збільшується включенням до нього питань про недійсність установчих документів

юридичної особи та наслідків цього. По-перше, виникає непорозуміння з тим, як бути з правочинами, що укладаються юридичною особою в проміжок часу після визнання судом її установчих документів недійсними, адже вона продовжує існувати, доки не виключена з державного реєстру, а значить — може укласти правочини. По-друге, чи це спричиняє недійсність договорів, які уклалися такою юридичною особою з моменту її створення, посиляючись на ч.1 ст.216 ЦК? Інакше кажучи, чи можна припустити такі міркування: установчі документи, визнані недійсними, не породили юридичну особу, а якщо її немає (і не було) як суб'єкта права, то вона не могла укласти правочини, а це значить, що всі укладені нею правочини є недійсними? По-третє, установчими документами тільки повного та командитного товариств є договір (засновницький), більшість же юридичних осіб мають установчим документом статут. Наскільки правильним є визнання недійсним статуту, адже статут спірно відносити до договорів¹?

Та й взагалі, невже така схема відповідатиме принципам цивільного права та позитивно впливатиме на цивільний оборот? Важко собі уявити, скільки договорів, укладених і виконаних, можна піддати сумніву, застосовуючи механізм визнання установчих документів недійсними. При цьому не матиме значення навіть добросовісність контрагентів по цих договорах, які дійсно не могли навіть припустити такі наслідки, адже уклали договори з юридичною особою, яка існувала і мала всі підстави та атрибути (печатка, рахунок в банку, керівника) для їх укладення.

Важливо також зіставляти це питання з такими наслідками недійсності установчих документів, як ліквідація юридичної особи. Вони виходять за межі наслідків недійсності правочинів. Утім і в цьому питанні виникає чимало проблем. Річ у тім, що у п. 2 ч. 1 ст. 110 ЦК йдеться про визнання судом *недійсною державної реєстрації* (а не установчих

¹ За розуміння статуту юридичної особи як договору або правового феномену, заснованого на договорі, або такого, що містить у собі договір (елемент договору) були висловлені аргументи (див.: *Шершеневич Г. Ф.* Учебник торгового права (по изд. 1914 г.). – М., 1994. – С. 153–154; *Степанов Д. И.* Правовая природа устава юридического лица // <http://www.lin.ru/db/Emitent/E2CVCBE9CE043CC5C3256C6E0067C817/doc.html>. І. Б. Новицький його відносив до підзаконних нормативних актів (див.: *Новицький И. Б.* Источники советского гражданского права. – М., 1959. – С. 37), а нині часто вказують на нього як на локальний акт (Див.: *Ценов Г.* Договор или обязательство // Журн. для акционеров. – 1999. – № 1 – С. 36). Разом із тим заперечення стосовно цього є вагомими. Див.: *Степанов Д. И.* Вказ. праця. – С. 7–8, 37.

документів!) юридичної особи через допущені при її створенні порушення, які не можна усунути. У ч. 2 ст. 38 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців» дещо по-іншому визначається ця підстава ліквідації юридичної особи, а саме внаслідок визнання недійсним *запису* про проведення державної реєстрації через порушення закону, допущені при створенні юридичної особи, які не можна усунути. Однак за наявності певних розбіжностей у виразах, ці підстави є тотожними. Тоді постає питання про те, яке рішення виноситиме суд, якщо подається позов про визнання недійсними установчих документів: (вар. 1) чи буде він його задовольняти і не більше того; (вар. 2) чи буде він одночасно виносити рішення й про визнання недійсною державної реєстрації/запису в держреєстрі; (вар. 3) чи буде він одночасно виносити рішення про скасування державної реєстрації юридичної особи¹; (вар. 4) чи буде він одночасно вирішувати наслідки цього — про ліквідацію юридичної особи та долю всіх договорів, укладених нею?²

Щодо договорів, які були укладені такою юридичною особою під час свого існування, то чи можна їх визнати недійсними «оптом», чи кожен окремо? За зверненням чи без такого? Чи правомірним буде, якщо кілька договорів за зверненням до суду визнати недійсними, а інші — ні? Хто взагалі має провадити цю роботу, адже логічно було б припустити, що це має бути ліквідаційна комісія.

До цієї купи питань слід додати ще одне немаловажне — щодо *ліквідації, а не перетворення* юридичної особи, установчі документи якої визнані недійсними (чи державна реєстрація, чи запис в реєстрі). Так, у судовій практиці трапляються випадки прийняття рішень про повернення юридичної особи в стан, що передував тому, який виявився з порушенням при її створенні. Прикладом є порушення, допущені при приватизації державних підприємств, зокрема, невірному визначенні статутного капіталу АТ, створених унаслідок приватизації, із вини відповідальних за цей процес осіб або без такої. В цих випадках вважається,

¹ Тим більше, враховуючи те, що йдеться у цьому Законі про скасування державної реєстрації змін до установчих документів, а не про скасування самої державної реєстрації.

² Тут доречно згадати бачення щодо недопустимості втручання в приватні відносини і виносити рішення з приводу того, з чим до суду не зверталися, про що йшлося вище стосовно недійсних правочинів. Тоді також було б дивно, якби суд визнав установчі документи недійсними і поставив би на цьому крапку, чекаючи на відповідне звернення про скасування державної реєстрації юридичної особи та її ліквідацію.

що АТ можна припинити шляхом його повернення в статус державного підприємства і розпочати заново процес приватизації. Це неможливо¹.

7. Останнім часом почали застосовувати ще такий спосіб впливу на правочини, як виявлення вад підстав їх укладення. Прикладів надто багато, щоб запліщувати очі на цей шлях використання механізму недійсності правочинів для вирішення тих чи інших питань на замовлення зацікавленої особи. Так, органом влади або місцевого самоврядування може бути відмінено рішення про надання права або на уповноваження до укладення договору, скажімо, на будівництво певного об'єкта². Тоді особа не має права на це або її право є нині недійсним. Так само, якщо було прийнято рішення про укладення договору оренди або купівлі-продажу державного чи комунального майна, яке визнається в подальшому по суду недійсним, то виходить, що недійсними будуть і договори, укладені на виконання цього рішення. Поширено також механізми визнання недійсними торгів або конкурсу, аукціону, а значить, це неминуче вплине на договори, укладені на них. Для цього власне і запроваджуються такі механізми, незважаючи на безліч проблем, які ними породжуються, зокрема про відшкодування заподіяних цим збитків добросовісному набувачеві майна, забудовнику тощо.

8. Отже, заманливість терміна «недійсність» приводить до його застосування не тільки до недійсності правочинів, а й в інших випадках. Це, крім зазначених недійсності державної реєстрації та запису в державному реєстрі, також визнання прав інтелектуальної власності недійсними (статті 469, 479, 499 ЦК); недійсність заборони відступлення права грошової вимоги (ст. 1080 ЦК); недійсність свідочтва права на спадщину (ст. 1301 ЦК), недійсність шлюбу, недійсність вимоги (ст. 197 ЦК), недійсність зобов'язання (статті 198, 548, 562 та ін. ЦК, статті 202, 207, 208 ГК), недійсність умови договору (ст. 668 ЦК), умови зобов'язання (ст. 178 ГК), недійсність акта (ст. 882 ЦК), недійсність чека (ст. 1102 ЦК), недійсність актів органів державної влади та органів місцевого самоврядування, актів інших суб'єктів (статті 20, 23, 76 ГК), недійсність

¹ Виходом із такого становища є або збільшення статутного капіталу акціонерного товариства на різницю дооцінки вартості державного майна з додатковою емісією акцій, або ліквідація акціонерного товариства. Це, до речі, має враховуватися при заявках до реприватизації внаслідок помилок та зловживань, які мали місце.

² Такий підхід широко використовується при зміні влади, обґрунтовуючи це зловживаннями з боку попередньої влади, що мали місце при наданні дозволу, прийнятті тих чи інших рішень тощо. При цьому слід розуміти, що це може як відповідати дійсності, так і ні. Для дослідження поставленої в цій статті проблеми це не має значення.

державного замовлення (ст.183 ГК). У законах йдеться також про недійсність векселя, недійсність рішень загальних зборів учасників товариств тощо.

З наведеного переліку видно, що в ЦК та ГК йдеться не тільки про недійсність правочинів або їх частин (окремих умов договору або односторонніх правочинів), а й недійсність зобов'язань¹ чи їх частин, недійсність документів (акта приймання-передання, свідоцтва, запису в реєстрі, чека), цінних паперів (векселя), недійсність різноманітних рішень (актів органів державної влади та місцевого самоврядування, органів юридичних осіб). Це демонструє розмивання поняття недійсності у різних його проявах, підставах застосування та наслідках. Причому в окремих випадках застосування терміна «недійсний» стосовно, наприклад, нормативно-правових актів є неправильним, адже слід говорити про їх незаконність або нечинність. Навпаки, недійсність актів органів юридичної особи навряд чи слід відвертати, хоча це не правочин. Потребує з'ясування й доцільність використання цього терміна щодо документів, які посвідчують певне право, та саме право, бо воно або є, або його немає.

Підсумовуючи викладене, можна однозначно стверджувати про багатогранність цього поняття і необхідність його всебічного дослідження² як завдання широкої сфери цієї тематики та опрацювання правового регулювання питань недійсності правочинів, наслідків цього і порядку застосування норм про реституцію як вужче коло проблем цієї сфери.

¹ Очевидно, при цьому зроблено «грамплін» між договором як правочином та договором як зобов'язанням, що надало таку можливість. Однак, на наш погляд, такий підхід є удаванним, адже зобов'язання є правовідносинами, а слід говорити про недійсність їх витоків, юридичного факту, що лежить в їх основі.

² Російські правники спробували охопити різні аспекти недійсності, не обмежуючись правочинами (див.: Недействительность в гражданском праве: проблемы, тенденции, практика: Сб. ст. / Отв. ред. М. А. Рожкова. – М., 2006), що слід всіляко вітати. Разом із тим залишилися багато питань, які вчені оминули увагою, а в українській науці взагалі таких досліджень обмаль.

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

Сучасні підходи до визначення правової природи шлюбу

Однією з особливостей нового Сімейного кодексу (СК) України є те, що в ньому вперше надається легальне визначення поняття «шлюб». У зв'язку з цим хотілося б детальніше розглянути ст. 21 СК України і надати науковий коментар закріпленим у ній положенням.

Шлюб — це багатогранне соціальне явище, яке має різноманітні аспекти свого прояву і може розглядатися з різних точок зору. Не буде перебільшенням, якщо сказати, що осмислення природи та визначення основних ознак шлюбу здійснювалося протягом століть. За цей час склалися різні теорії шлюбу. Зокрема, шлюб розглядався як вільний союз чоловіка та жінки, священне таїнство, цивільний договір¹, спеціальний статус особи тощо.

У найбільш узагальнюючому розумінні шлюб — це родинний союз співжиття чоловіка й жінки за взаємною згодою². Однак у юридичному сенсі таке визначення є неприйнятним. Справа в тому, що шлюб викликає цілу низку правових наслідків, що мають важливе значення як для самих учасників шлюбних відносин, так і для інших осіб та суспільства у цілому. З урахуванням цього юридичне визначення шлюбу повинно бути чітким та лаконічним і містити його конкретні ознаки.

У юридичних текстах одним із перших відомих було визначення шлюбу, надане римським юристом Модестіном, який вказував, що шлюб — це союз чоловіка та дружини, спільність усього життя, єднання божого та людського права³. У дореволюційній літературі це визначення характеризувалося як достатньо точне, однак, не суто юридичне.

¹ Сімейне право України: Підручник / Л. М. Баранова, В. І. Борисова, І. В. Жилінкова та ін.; За заг. ред. В. І. Борисової та І. В. Жилінкової. — К., 2004. — С. 72.

² Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / Уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. — К., 2005. — С. 1625.

³ Памятники римського права: Законы XII таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана. — М., 1997. — С. 530.

О. І. Загоровський зазначає, що в юридичному розумінні шлюб — це унормований правом довічний статевий союз чоловіка та жінки¹. У свою чергу Г. Ф. Шершеневич визначав шлюб як союз чоловіка та жінки, з метою співжиття, заснований на взаємній згоді і укладений у встановленій формі².

До прийняття нового СК України в сімейному законодавстві, як відомо, не надавалося поняття шлюбу. Законодавець не намагався цього зробити, враховуючи неоднозначність поняття «шлюб» і незбіг юридичного та інших (соціологічного, демографічного) підходів до його визначення. У літературі такий підхід вбачався виправданим. Зокрема, при розробці КпШС 1969 р. вносилися пропозиції щодо легального визначення шлюбу, однак із указаних міркувань вони були відкинута і визначення цього поняття було залишено науці сімейного права³.

У новому СК України вперше надане легальне визначення шлюбу. Можна вважати, що в законі зроблена лише спроба окреслити певні ознаки шлюбу, що мають юридичне значення. Згідно із ч. 1 ст. 21 СК України шлюбом є: сімейний союз, який поєднує жінку та чоловіка; який має певну формальну ознаку — реєстрацію у державному органі реєстрації актів цивільного стану.

1. Звертає на себе увагу, що шлюб у першу чергу характеризується як **сімейний союз** чоловіка та жінки. Визначення шлюбу через поняття «союз чоловіка та жінки» можна вважати традиційним. Однак вказівка на те, що це — сімейний союз, має очевидні вади. Воно розкривається через поняття, яке саме потребує визначення. Термін «сімейний союз» відзначається такою ж багатоваріантністю змісту, як власне і «шлюб», тому характеристика шлюбу як сімейного союзу потребує додаткових пояснень. У літературі сімейний союз чоловіка та жінки зазвичай розглядається як союз двох осіб, відносини яких характеризуються спільністю сімейного життя, взаємною турботою та підтримкою, а також взаємними правами й обов'язками.

У легальному визначенні шлюбу не відображаються усі його характерні ознаки. На відміну від цього наукові визначення шлюбу відзначаються більшою деталізацією. У літературі підкреслюється, що

¹ Див.: *Загоровский А. И.* Курс семейного права / Под ред. и с предисл. В. А. Томсинова. — М., 2003. — С. 6.

² Див.: *Шершеневич Г. Ф.* Учебник русского гражданского права (по изд. 1907 г.). — М., 1995. — С. 408.

³ Советское семейное право / Под ред. В. Ф. Маслова и А. А. Пушкина. — Киев, 1982. — С. 63; Советское семейное право / Под ред. В. А. Рясенцева. — М., 1982. — С. 64; *Матвеев Г. К.* Семейное право: Учебник. — М., 1985. — С. 44.

шлюб — це моногамний, вільний, рівноправний та довічний союз чоловіка та жінки, який породжує взаємні права та обов'язки подружжя, спрямований на створення сім'ї, народження та виховання дітей¹. З урахуванням викладеного можна зробити висновок, що законодавець застосував мінімальний підхід, закріпивши в легальному визначенні шлюбу лише його окремі ознаки. Можна припустити, що саме для запобігання переліку усіх можливих ознак шлюбу, у законі як узагальнюючий і було введено термін «сімейний союз», хоча, як зазначалося, це ускладнює, а не спрощує ситуацію.

2. Другою ознакою шлюбу, що закріплена в законі, є визначення його суб'єктного складу. Законодавець однозначно висловлюється щодо цього питання. Шлюб — це союз *жінки та чоловіка*, тобто осіб різної статі.

3. Конститутивною (правостворюючою) ознакою шлюбу визнається *реєстрація шлюбу* у державному органі реєстрації актів цивільного стану. Саме з цього моменту виникає шлюбне праввідношення, права та обов'язки подружжя. Державна реєстрація шлюбу встановлена для забезпечення стабільності відносин між жінкою та чоловіком, охорони прав та інтересів подружжя, їхніх дітей, а також в інтересах держави та суспільства.

Підсумовуючи, можна зазначити таке. Із закріплених у коментованій статті ознак шлюбу, дві мають формальний зміст (суб'єктний склад шлюбних праввідносин та вимога щодо державної реєстрації шлюбу). Ознака, згідно з якою шлюб — це сімейний союз чоловіка та жінки, не відзначається чіткістю і не репрезентується через юридичні терміни.

При визначенні сутності шлюбу треба враховувати ту обставину, що юридичний аналіз соціальних явищ має свої особливості. Для нього інтерес становлять лише ті аспекти цих явищ, які визначаються через юридичні категорії та поняття. Якщо відсторонитися від загального погляду на шлюб як союз жінки та чоловіка, який базується на взаємній любові та повазі, то можна дійти таких висновків.

У праві визначення шлюбу має базуватися на поліфонічному підході, оскільки навіть у юридичній площині категорія «шлюб» не може

¹ Науково-практичний коментар Сімейного кодексу України / За ред. Є. О. Харитоновна. — Х., 2006. — С. 48; Науково-практичний коментар Сімейного кодексу України / За ред. Ю. С. Червоного. — К., 2003. — С. 57; *Маслов В. Ф., Подопригора З. А., Пушкін А. А.* Действующее законодательство о браке и семье. — Харьков, 1972. — С. 33; *Матвеев Г. К.* Семейное право: Учебник. — М., 1985. — С. 44.

застосовуватися однаково для всіх випадків. У сучасному суто юридичному розумінні шлюб може розглядатися в трьох основних аспектах¹:

- 1) як правовідношення;
- 2) як юридичний факт-стан;
- 3) сімейно-правовий інститут.

1. У першу чергу необхідно розглянути питання щодо визначення шлюбу як певного **правовідношення (шлюбного правовідношення)**. З урахуванням загальних уявлень про природу правових відносин шлюбне правовідношення можна розглядати як складову трьох елементів: а) суб'єктів правовідношення, якими виступають чоловік та дружина (подружжя); б) об'єктів, до яких належать певні майнові та немайнові блага; в) змісту правовідношення, який становлять відповідні права та обов'язки подружжя. Саме в розумінні шлюбу як правовідношення використовують такі вислови, як «сторони перебувають у шлюбі», «сторони пов'язані шлюбом» тощо.

Можна вважати, що юридичне розуміння шлюбу як правовідношення найбільш повно збігається з визначенням шлюбу як союзу чоловіка та жінки. Однак, як зазначалося, поняття «союз чоловіка та жінки» не має юридичного смислового навантаження. Тому якщо в загальному сенсі союз чоловіка та жінки розглядається як спільність життя та інтересів, взаємна підтримка та турбота, то в юридичному — увага акцентується на взаємних правах та обов'язках сторін, що є першочерговим при визначенні шлюбу як правовідношення.

Шлюбне правовідношення відповідає усім загальним ознакам правовідношення. Воно виникає, розвивається та припиняється за правилами розвитку правовідносин. Для виникнення шлюбного правовідношення необхідна низка юридичних фактів, які у своїй сукупності входять до відповідного юридичного складу, що породжує виникнення шлюбу. Згідно із законом до таких юридичних фактів належать: а) подача до державного органу реєстрації актів цивільного стану заяви про реєстрацію шлюбу; б) повідомлення нареченими один одного про стан свого здоров'я; в) прилюдне висловлення згоди на шлюб у процесі його реєстрації; г) державна реєстрація шлюбу². Усі вказані юридичні факти є

¹ Саме такий багатоаспектний підхід пропонується Л. Ю. Рузаковою в сучасній сімейно-правовій літературі. Хоча не з усіма доводами авторки можна погодитися (зокрема, викликає заперечення розуміння шлюбу як акта цивільного стану), сам підхід до багатоаспектного визначення шлюбу вбачається цілком виправданим. Див.: Семейное право: Учебник / Б. М. Гонгало, П. В. Крашенинников, Л. Ю. Михеева, О. А. Рузакова; Под ред. П. В. Крашенинникова. – М., 2007. – С. 35.

² У літературі свого часу розглядалися й інші юридичні факти, необхідні для виникнення шлюбного правовідношення, зокрема, відсутність іншого зареєстрованого шлюбу та відсутність відповідного ступеня споріднення. Див.: *Оридога М. Т.* Брачное правоотношение. – К., 1971. – С. 22.

обов'язковими і лише у своїй сукупності, як єдиний юридичний склад, служать підставою виникнення шлюбного правовідношення.

Згода на шлюб є найбільш значущою умовою його дійсності. По суті, така згода оприлюднюється сторонами двічі — при подачі заяви про реєстрацію шлюбу до державного органу реєстрації актів цивільного стану та безпосередньо в процесі реєстрації шлюбу. Головне значення, без сумніву, має друга стадія, коли сторони прилюдно висловлюють свою вільну волю на шлюб у процесі його реєстрації у відповідному державному органі. На першій стадії — після подачі заяви про реєстрацію шлюбу сторона може змінити своє рішення та відмовитися від шлюбу (ст. 31 СК України). Однак друга стадія є вирішальною, оскільки вона свідчить про остаточне рішення особи зареєструвати свій шлюб і взяти на себе усі права та обов'язки чоловіка або дружини.

Слід підкреслити, що поняття «шлюб» та «волевиявлення чоловіком та жінкою своєї згоди на шлюб» — це різні правові категорії¹, хоча в літературі нерідко між ними не проводиться чіткої різниці. Тому не можна погодитися з думкою про те, що шлюб як юридичний факт — це волевиявлення чоловіка та жінки на виникнення між ними правовідносин². Коли чоловік та жінка висловлюють свою згоду на шлюб, шлюб як такого ще не існує. Для його існування бракує ще державної реєстрації, яка є останнім юридичним фактом, необхідним для виникнення шлюбного правовідношення. Тому розглядати таку згоду як шлюб-юридичний факт неможливо.

На жаль, у літературі виявлення волі сторін на шлюб нерідко асоціюється із шлюбом як таким. Саме в такому розумінні говорять про шлюб як договір або правочин і на цьому підході ґрунтується договірна теорія шлюбу. Більш ніж сто років тому К. Анненков зазначав, що умови, необхідні для укладення шлюбу та його дійсності, виставляються законом як необхідні умови здійснення і будь-яких інших юридичних правочинів, чим закон, очевидно, *надає і шлюбу значення договору, як одного з юридичних правочинів*³. Саме збіг вимог, які висуваються до згоди на укладення шлюбу та до правочинів (свободна воля, відсутність негативного впливу на свідомість особи тощо), і спричиняють змішування таких понять, як «шлюб» та «правочин» («договір»).

З огляду на це хотілося б зазначити чітку позицію В. І. Бошка з цього питання. Автор, зокрема, вказував, що *згода сторін на вступ до*

¹ Більш детально див.: *Жилинкова І. В.* Брачний договір. — Харьков. — С. 64–66.

² Семейное право: Учебник / Б. М. Гонгало, П. В. Крашенинников, Л. Ю. Михеева, О. А. Рузакова; Под ред. П. В. Крашенинникова. — М., 2007. — С. 35.

³ Див.: *Анненков К.* Система русского гражданского права. Т. 5: Права семейные и опека. — С. 7.

шлюбу є юридичною підставою шлюбу. Така згода зберігає своє значення впродовж усього часу існування шлюбного відношення. Саме згоду на шлюб (не шлюб як такий) В. І. Бошко порівнює із договором, зазначаючи при цьому, що на таку згоду поширюють свою дію окремі норми цивільного законодавства про правочини. Зокрема, йдеться про норми щодо недійсності правочинів, укладених під впливом насильства, омани, погроз, насильства¹.

2. Інколи поняття «шлюб» використовують в іншому значенні — як **юридичний факт-стан**, тобто такий різновид юридичних фактів, які характеризуються тривалістю свого існування. Перебування у шлюбі — це життєва обставина, з якою пов'язується виникнення відповідних правових наслідків. По суті, шлюб (шлюбне правовідношення) за таких обставин відіграє роль самостійного юридичного факту. Саме в такому розумінні шлюб включається до відповідних юридичних складів поряд з іншими юридичними фактами. У літературі зверталася увага на існування юридичних фактів-правовідносин. В. Б. Ісаков зазначає, що за певних обставин правовідношення може виступати юридичним фактом, однак, не в цілому, (як сукупність прав та обов'язків), а лише в одній своїй площині — як факт існування (або відсутності) такого правовідношення².

При регулюванні сімейних відносин наявність шлюбного правовідношення як юридичного факту відіграє значну роль. У багатьох випадках шлюб виступає юридичним фактом, з яким пов'язується виникнення або зміна сімейних прав та обов'язків. Наприклад, для виникнення аліментного правовідношення між подружжям необхідна наявність таких юридичних фактів, як: а) зареєстрований шлюб; б) непрацездатність одного з подружжя; в) потреба в матеріальній допомозі; г) здатність другого з подружжя надати матеріальну допомогу. Шлюб за таких обставин має значення не як правовідношення (сукупності прав та обов'язків подружжя), а саме як факт наявності шлюбу — юридичного зв'язку між сторонами. Шлюб як юридичний факт відіграє свою роль і при регулюванні інших цивільно-правових відносин, зокрема, при спадкуванні, укладенні договорів за участю подружжя тощо (статті 747, 1261, 1306 ЦК України).

3. Термін «шлюб» може використовуватися і для позначення відповідного **сімейно-правового інституту**. Цей інститут поєднує норми,

¹ Див.: Бошко В. И. Очерки советского семейного права. – К., 1952. – С. 105–106.

² Див.: Исаков В. Б. Фактический состав в механизме правового регулирования. – Саратов, 1980. – С. 46.

що визначають права та обов'язки подружжя, умови та порядок реєстрації шлюбу, його припинення та визнання недійсним. Основні норми цього інституту закріплюються у Розділі другому СК України, який має назву «Шлюб. Права та обов'язки подружжя».

У частині 2 ст. 21 СК вказується, що за загальним правилом проживання однією сім'єю жінки та чоловіка без шлюбу не є підставою для виникнення у них прав та обов'язків подружжя. На перший погляд, вказана норма закріплює традиційний для вітчизняного права підхід, згідно з яким перебування осіб у фактичних шлюбних відносинах не спричиняє правових наслідків.

Утім, подальший аналіз норм СК України свідчить про інше. Згідно із ст. 74 СК України, якщо жінка та чоловік проживають однією сім'єю, але не перебувають у шлюбі між собою або з іншою особою, майно, набуте ними за час спільного проживання, належить їм на праві спільної сумісної власності, якщо інше не встановлено письмовим договором між ними. Набувають такі особи і взаємних прав на утримання, які належать подружжю (ст. 91 СК України). Таким чином, указані особи мають обсяг взаємних майнових прав та обов'язків, який дорівнює обсягу прав та обов'язків подружжя.

Співвідношення ст. 21 та статей 74, 91 СК України та їх очевидна суперечність викликали в теорії та практиці багато запитань. Вони заводять у глухий кут практиків, які намагаються зрозуміти сутність нових положень СК України¹. Розібратися в цьому нелегкому питанні було б неможливо, якби не пояснення, зроблені автором нового СК України З. В. Ромовською: «Розвиток нашого законодавства має йти не шляхом надання жінці та чоловікові, які спільно проживають без шлюбу, прав та обов'язків подружжя, а надання їм прав та обов'язків як особам, які проживають однією сім'єю. Ці права можуть бути тотожними за змістом... але підстави їх виникнення є різними».

Якщо послідовно деталізувати це пояснення, воно виглядатиме таким чином:

а) жінка та чоловік, які проживають однією сім'єю без шлюбу, не мають прав та обов'язків подружжя;

б) вони набувають прав та обов'язків як особи, які проживають однією сім'єю;

в) загальних прав та обов'язків осіб, які проживають однією сім'єю, не існує;

¹ Див.: *Мирошниченко Е.* Стаття 74 Семейного кодекса Украины – новелла законодательства или законодательная ошибка? // Мала енциклопедія нотаріуса. – 2004. – № 2 (14). – С. 19.

г) тому права та обов'язки жінки та чоловіка, які проживають однією сім'єю без шлюбу, збігаються з правами та обов'язками подружжя.

Отже, майнові права та обов'язки подружжя й осіб, які проживають однією сім'єю, але не перебувають у шлюбі між собою або в будь-якому іншому шлюбі, є тотожними. Однак у правовому статусі вказаних категорій осіб існують і відмінності. Ці *відмінності мають два вектори спрямування: а) підстава виникнення прав та обов'язків; б) обсяг прав та обов'язків сторін.*

Зокрема, *підставами виникнення прав та обов'язків* вказаних осіб є:

а) для подружжя — зареєстрований шлюб; б) для жінки та чоловіка, які проживають однією сім'єю без реєстрації шлюбу, — факт проживання однією сім'єю без шлюбу. Реєстрація шлюбу викликає у сторін виникнення прав та обов'язків подружжя автоматично. У свою чергу проживання жінки та чоловіка однією сім'єю без реєстрації шлюбу може служити підставою для виникнення у них відповідних прав та обов'язків лише після доведення факту проживання однією сім'єю в суді.

Існують деякі відмінності в правовому статусі вказаних осіб і залежно від *обсягу належних їм прав та обов'язків*. Різниця, зокрема, полягає у тому, що особи, які проживають однією сім'єю без шлюбу, не набувають *особистих* взаємних прав та обов'язків, передбачених статтями 49–56 СК України (права на материнство та батьківство, права на повагу до своєї індивідуальності, обов'язку турбуватися про сім'ю тощо). Цей момент вбачається дуже спірним і суперечливим. Оскільки щодо осіб, які проживають без шлюбу, закон застосовує термін «сімейний союз», можна було б очікувати, що він надасть учасникам такого союзу не лише майнові, а й особисті права та обов'язки подружжя.

Немає підстав вважати, що учасники такого сімейного союзу не набувають права на материнство та батьківство (статті 49, 50); рівне право на повагу до своєї індивідуальності, своїх звичок та уподобань (ст. 51); рівне право на фізичний та духовний розвиток, на здобуття освіти, прояв своїх здібностей, на створення умов для праці та відпочинку (ст. 52 СК); право розподілити між собою обов'язки в сім'ї, вирішуватися подружжям спільно, на засадах рівності, право протиставитися усуненню їх від вирішення питань життя сім'ї (ст. 54 СК); обов'язку спільно піклуватися про побудову сімейних відносин між собою та іншими членами сім'ї на почуттях взаємної любові, поваги, дружби, взаємодопомоги (ст. 55 СК); право на вільний вибір місця свого проживання (ст. 56 СК).

Особи, які проживають однією сім'єю без шлюбу, не можуть набувати лише одного права подружжя — права на зміну прізвища. Якщо при реєстрації шлюбу дружина, чоловік зберегли дошлюбні прізвища, вони мають право подати до державного органу реєстрації актів цивільного стану, який зареєстрував їхній шлюб, або відповідного органу за місцем їхнього проживання заяву про обрання прізвища одного з них як їхнього спільного прізвища або про приєднання до свого прізвища прізвища другого з подружжя (ст. 53 СК). Оскільки це право нерозривно пов'язано із реєстрацією шлюбу, сторони, які перебувають у фактичних шлюбних відносинах, не можуть його набувати.

Підсумовуючи, можна зазначити наступне. Аналіз ч. 2 ст. 21 СК України та її співвідношення із статтями 74, 91 СК України свідчить про закріплення в законі занадто складної конструкції правового статусу подружжя та осіб, які проживають без шлюбу. Залишається незрозумілим, чому за жінкою та чоловіком, які проживають однією сім'єю без реєстрації шлюбу, не можуть бути прямо визнані майнові та основні особисті права і обов'язки подружжя, якщо в кінцевому підсумку вони їх все ж таки мають? Позицію законодавця можна було б визнати більш послідовною, якби він однозначно легалізував фактичні шлюбні відносини, а не вмщував у законі норми, які є незрозумілими навіть фахівцям і які потребують спеціальної «розшифровки».

У частині 3 ст. 21 СК вказується, що за загальним правилом релігійний обряд шлюбу не є підставою для виникнення у жінки та чоловіка прав та обов'язків подружжя. У цьому знаходить свій вияв конституційний принцип, згідно з яким церква і релігійні організації в Україні відокремлені від держави (ч. 3 ст. 35 Конституції України). Шлюб в Україні має суто світський характер і в точному розумінні цього слова є громадянським (цивільним) шлюбом на відміну від шлюбу церковного. Церковне вінчання не спричиняє правових наслідків і визнається приватною справою чоловіка та жінки.

Однак, указане правило має певні винятки. У вітчизняній історії існували часи, коли державні органи реєстрації актів цивільного стану не були створені або відновлені. За таких обставин обряд шлюбу відбувався за релігійними правилами. У зв'язку з цим виникало питання щодо правової сили таких шлюбів.

Уперше в Україні державна реєстрація шлюбу була проголошена Декретом «Про громадянський шлюб і про введення книг актів громадянського стану» від 20. 02. 1919 р.¹ Отже, шлюби, укладені до цього

¹ СУ УССР. – 1919. – № 12. – Ст. 144.

часу, не втрачали своєї сили і визнавалися дійсними. Однак і після революції виникали історичні обставини, коли здійснення реєстрації шлюбу державними органами було неможливо (воєнні роки, відсутність органів державної реєстрації актів цивільного стану тощо). За таких обставин держава визнавала шлюби, укладені в іншому порядку.

Так, законодавство чітко визначало певні території та час створення або відновлення відповідних державних органів, які реєстрували шлюби. Церковна реєстрація шлюбів визнавалася дійсною, якщо вона була здійснена до строків, указаних у відповідних актах. Наприклад, в Указі Президії Верховної Ради УРСР «Про реєстрацію актів громадянського стану в Волинській, Дрогобицькій, Львівській, Ровенській, Станіславській і Тернопільській областях УРСР» вказувалося, що записи одруження, вчинені служителями релігійних культів, єврейськими общинами і метрикальними конторами до 5. 05. 1940 р., вважаються такими, що мають законну силу (п. 2). За часів війни в деяких випадках реєстрація шлюбу здійснювалася в партизанських загонах, органах влади, створених окупаційними військами, або за релігійними обрядами. За шлюбами, укладеними до створення або відновлення державних органів реєстрації актів цивільного стану, визнавалася юридична сила, а за своїми наслідками вони прирівнювалися до шлюбів, укладених у державних органах запису актів цивільного стану.

Слід підкреслити, що у ч. 3 ст. 21 СК мова йде про шлюби, які хоча і не було зареєстровано державними органами, однак укладено за релігійними обрядами. Відносини, що виникають із таких шлюбів, треба відрізняти від фактичних шлюбних відносин, які взагалі не мали будь-якої зовнішньої фіксації. Коментована стаття передбачає лише випадки, коли держава визнає юридичну силу за шлюбами, укладеними за релігійними обрядами (коли релігійний обряд шлюбу відбувся до створення або відновлення державних органів реєстрації актів цивільного стану).

І. Пучковська, доцент Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Щодо незалежного характеру гарантії як виду забезпечення виконання зобов'язань

Інститут гарантії, запропонований ЦК України 2004 р., суттєво відрізняється від того, що існував за радянських часів. Гарантія розглядається принципово по-новому, з урахуванням міжнародних норм і правил як самостійний спосіб забезпечення виконання зобов'язань, що має специфічний зміст та особливості застосування. Головною рисою, що виділяє її серед інших видів забезпечення виконання зобов'язань, є її незалежність від основного зобов'язання, виконання якого гарантія має забезпечити.

Ця властивість ніяк не узгоджується із звичайними уявленнями про забезпечувальні зобов'язання як акцесорні – додаткові до основного, що повністю поділяють його долю, в зв'язку з чим серед науковців та юристів-практиків розгорнулася дискусія. Одні дослідники, вказуючи на незалежність гарантії, наголошують на її ефективності порівняно з іншими забезпеченнями¹, другі – говорять про неможливість віднесення гарантії як самостійного зобов'язання до видів забезпечення виконання зобов'язань², треті зазначають, що «незалежність банківської гарантії не перекреслює її додаткового (акцесорного) характеру»³.

У зв'язку з цим метою статті є з'ясування складної юридичної природи гарантійного механізму, який дозволяє гарантії, оголошеній законодавцем незалежною, виступати одним із видів забезпечення виконання зобов'язань.

Незалежність гарантії, з одного боку, укріплює становище бенефіціара і цим посилює ефективність забезпечувального зобов'язання, що дозволяє вважати гарантію досить надійним, ефективним забезпеченням, а з другого – протиставляє гарантію іншим видам забезпечення виконання зобов'язань, передбачених у гл. 49 ЦК, як зобов'язанням акцесор-

¹ Див.: *Волошина М. В.* Банковская гарантия: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – СПб., 2003. – С. 4.

² Див.: *Рассказова Н. Ю.* Вопросы общей теории обеспечительных обязательств // *Правоведение*. – 2004. – № 4. – С. 57; *Павлодский Е. А.* Обеспечение исполнения обязательств поручительством // *Закон*. – 1995. – № 5. – С. 25.

³ *Гонгало Б. М.* Учение об обеспечении обязательств. – М., 2002. – С. 38.

ним. Саме в цьому, на нашу думку, і полягає конфлікт юридичної природи гарантії.

Питання про те, наскільки незалежною є гарантія як один із видів забезпечення виконання зобов'язань від основного зобов'язання та чи незалежна вона дійсно, сьогодні є основним предметом спору науковців щодо цього забезпечувального інституту.

Справа в тому, що види забезпечення виконання зобов'язань є акцесорними (додатковими) і тому залежними зобов'язаннями. Відповідно до ч. 2 ст. 548 ЦК: «Недійсність основного зобов'язання (вимоги) спричиняє недійсність правочину щодо його забезпечення, якщо інше не встановлено цим Кодексом». Запровадивши ж інститут гарантії, законодавець зробив виняток із загального правила щодо акцесорності забезпечувальних зобов'язань. Незалежність гарантії означає, що у разі недійсності основного зобов'язання гарантія, на відміну від поруки, застави та інших видів забезпечення виконання зобов'язань, зберігає силу, а гарант може бути притягнутий до відповідальності перед кредитором. Незалежність гарантії від основного зобов'язання знаходить вияв і в тому, що вплив строку позовної давності за зобов'язанням, забезпеченим гарантією, не спричиняє впливу строку дії зобов'язання, що впливає з гарантії.

Незалежність забезпечувального зобов'язання, виступаючи альтернативною акцесорності, означає відсутність у зобов'язання тих ознак, які притаманні традиційним забезпеченням.

Як підкреслюється у науковій літературі, міжнародні суди вбачають прояв принципу незалежності гарантії в тому, що взаємовідносини між принципалом і бенефіціаром аж ніяк не впливають на обов'язок гаранта платити. Останній не має права відмовитися від виконання за гарантією, посиляючись на порушення сторонами основного договору, його недійсність або припинення. Гарант не має права вимагати від бенефіціара доказів того, що той звертався до принципала з вимогою виконати основне зобов'язання. Він не має права не платити за вимогою на підставі вказівок принципала, навіть якщо останній наводить переконливі доводи на користь відмови від платежу. Все, що стосується основного зобов'язання, як указує Н. Ю. Рассказова, досліджуючи гарантію, має бути предметом окремого розгляду¹. М. І. Брагінський та В. В. Вітрянський вбачають прояв принципу незалежності банківської гарантії у тому, що «підставами для відмови у задоволенні вимог бенефіціара

¹ Див.: *Рассказова Н. Ю.* Банковская гарантия по российскому законодательству. – М., 2005. – С. 27.

можуть служити виключно обставини, пов'язані із недотриманням умов самої гарантії»¹. На думку вчених, «можна констатувати практично повну відсутність будь-якого зв'язку між зобов'язанням гаранта сплатити відповідну суму бенефіціару та основним зобов'язанням, забезпеченим банківською гарантією»².

Незалежність гарантії від основного зобов'язання виявляється у тому, що зобов'язання гаранта розвивається самостійно. Якщо розглядати безпосередньо зобов'язання між гарантом та бенефіціаром – власне гарантію, то його виникнення, зміна та припинення визначаються його власними умовами.

«Незалежність гарантії від основного зобов'язання є природним наслідком відсутності у гаранта забезпечувального інтересу», – зазначає Н. Ю. Рассказова³. І це дійсно так. Забезпечувальний інтерес – це інтерес у наданні кредитору додаткового джерела виконання основного зобов'язання на випадок несправності боржника. Наявність такого інтересу встановлюється умовами вчинюваних сторонами правочинів. Цей інтерес є, наприклад, у поручителя, оскільки він бере на себе обов'язок відповісти перед кредитором за порушення боржником зобов'язання, забезпеченого порукою (ч.1 ст. 553 ЦК), і заставодавця, оскільки надає кредитору за основним зобов'язанням право отримати задоволення із вартості заставленого майна у разі невиконання боржником цього зобов'язання (ч. 1 ст. 572 ЦК). Гарант же не бере на себе зобов'язання платити у разі порушення зобов'язання боржником (що впливає із тлумачення норм статей § 4 гл. 49 ЦК). Він лише торгує коштами на певних умовах, тому його зобов'язання і не є залежним від основного⁴.

Одночасно у дослідників виникають цілком закономірні запитання: як гарантія може бути незалежною від основного зобов'язання, якщо у своїй вимозі бенефіціар повинен посилатися на порушення цього зобов'язання? Про яку незалежність іде мова, якщо в гарантії можна вказати, що вона виконується у разі надання документів, що підтверджують факт невиконання основного зобов'язання? Вказівка законодавця у нормах про гарантію на основне зобов'язання (статті 560, 563, 565 ЦК) створює підстави для висновків про зв'язок гарантії з цим зобов'язанням. Висновки багатьох дослідників спираються на ці норми, які на перший погляд

¹ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. – Кн. I: Общие положения: 3-е изд., стереотип. – М., 2001. – С. 593.

² Там само.

³ Рассказова Н. Ю. Банковская гарантия по российскому законодательству. – М., 2005. – С. 27.

⁴ Там само. – С. 31.

явно свідчать про наявність зв'язку між ним і гарантією¹. При цьому вчені посилаються на похідність гарантії від основного зобов'язання і мають рацію. Оскільки гарантія видається на прохання принципала для його кредитора, то вона не може існувати без основного зобов'язання, а якщо безпосередньою правовою метою надання гарантії є забезпечення основного зобов'язання (ч. 1 ст. 546 ЦК), то вона не може розглядатися у відриві від нього. На користь цього висновку свідчить також і те, що вимозі бенефіціара можуть бути протиставлені заперечення, пов'язані із основним зобов'язанням (ч. 3 ст. 565 ЦК).

Як бачимо, дослідники намагаються поєднати непоєднуване – самостійність гарантії та її залежність від основного зобов'язання. Така позиція призводить до половинчатих висновків. Так, Г. Аванесова називає зв'язок гарантії з основним зобов'язанням слабким. Зокрема, вона зазначає: «Слабкий зв'язок банківської гарантії і основного зобов'язання простежується у статті, відповідно до якої, якщо гаранту до задоволення вимоги бенефіціара стало відомо, що основне зобов'язання, забезпечене банківською гарантією, повністю чи у відповідній частині вже виконане, припинилося, він повинен негайно повідомити про це кредитора і боржника. Таке повідомлення не знімає з гаранта зобов'язання задовольнити повторну вимогу бенефіціара, отриману ним після направлення повідомлення, що і підтверджує слабкий зв'язок гарантії і основного зобов'язання»². Б. М. Гонгало зазначає, що «незалежність банківської гарантії не перекреслює її додаткового (акцесорного) характеру», і в зв'язку з цим робить висновок, що можливе існування акцесорних зобов'язань в їх традиційному розумінні, а також є допустимим акцесорне зобов'язання, яке дійсне у разі недійсності основного зобов'язання³. На питання ж, у чому полягає сенс правила про незалежність гарантії, автор відповідає: «...очевидно... у тому, що, розглядаючи вимогу бенефіціара, гарант не може висувати заперечення, засновані на відносинах бенефіціара і принципала»⁴.

На нашу думку, гарантію не можна розглядати лише як односторонній правочин, учинений гарантом на користь бенефіціара, оскільки га-

¹ Див.: Рубанов А. Международная унификация правил о банковской гарантии и Гражданский кодекс России // Хозяйство и право. – 2000. – № 5. – С. 65–66; Гонгало Б. М. Учение об обеспечении обязательств. – М., 2002. – С. 37; Бирюкова Л. А. Банковские гарантии: Теория и практика. – М., 2004. – С. 92–93.

² Аванесова Г. О банковской гарантии // Хозяйство и право. – 1997. – № 7. – С. 161.

³ Див.: Гонгало Б. М. Учение об обеспечении обязательств. – М., 2002. – С. 38.

⁴ Там само.

рантії, виданої банком за певну винагороду принципала, не може існувати без договору принципала з бенефіціаром, для забезпечення виконання за яким бенефіціар вимагає від принципала забезпечення у вигляді гарантії банку.

Вважаємо, що вираз «незалежність гарантії від основного зобов'язання» на підставі прямої вказівки ст. 562 ЦК може розглядатися як свідчення її самостійності лише щодо основного зобов'язання, обов'язку гаранта за гарантією щодо права вимоги бенефіціара за основним зобов'язанням. Якщо ж розглядати відносини бенефіціара з принципалом, то у цих відносинах бенефіціар зобов'язаний користуватися гарантією відповідно до домовленості між ним і принципалом, і в цих відносинах право бенефіціара заявити вимогу за гарантією виявляється залежним від основного зобов'язання.

Таким чином, з одного боку, незалежна гарантія не може виникнути без певного зобов'язання, яке вона має забезпечувати, а з другого – видана гарантія є самостійним, не пов'язаним з дійсністю, припиненням, виконанням основного зобов'язання.

На нашу думку, щоб зрозуміти феномен гарантії як виду забезпечення, необхідно розглянути весь механізм цього забезпечувального інституту, що складається, на відміну від інших видів забезпечення виконання зобов'язань, не з двох (основного та забезпечувального), а з трьох правочинів. Гарантія не може існувати інакше ніж чинник забезпечувальної конструкції, яку становлять відносини принципала і бенефіціара; принципала і гаранта; бенефіціара і гаранта, а така конструкція, безумовно, є забезпечувальним механізмом, який використовується сторонами договірних відносин з метою забезпечення виконання зобов'язань.

Лише такий підхід дозволяє відповісти на питання, як можна незалежну гарантію використовувати з метою забезпечення виконання зобов'язання.

Якщо при дослідженні гарантії як правового інституту центральною фігурою стає гарант, то з економічної точки зору головною дійовою особою у системі відносин у зв'язку з гарантією є бенефіціар. Саме він, укладаючи договір з принципалом, вимагає надання забезпечення, тобто ініціює появу гарантії. Бенефіціар, піклуючись про надійність гарантії, вибирає гаранта, а також пред'являє вимогу за гарантією, користуючись, як і будь-яка уповноважена особа, правом вибору щодо здійснення належного йому права. Бенефіціар бере на себе і ризик та відповідальність пред'явлення необґрунтованої вимоги.

Умова щодо забезпечення основного зобов'язання гарантією узгоджується між бенефіціаром та принципалом. Як правило, це оформлюється одним із трьох способів. По-перше, сторони можуть укласти попередній договір про укладення у майбутньому основного договору за умови надання принципалом гарантії. По-друге, сторони можуть укласти основний договір за умови, що права та обов'язки за договором виникнуть у момент видачі на користь бенефіціара гарантії (правочин під відкладальною умовою). По-третє, сторони можуть укласти основний договір, вказавши, що моментом виконання бенефіціаром обов'язку за цим договором виступає момент виникнення у нього права за банківською гарантією.

Домовляючись про забезпечення основного зобов'язання гарантією, сторони зазвичай обговорюють участь певного гаранта та суттєві умови гарантії. Саме ці умови будуть передані принципалом гаранту для узгодження тексту гарантії.

Договір про видачу гарантії, що укладається між гарантом та принципалом, стає сполучною ланкою між існуючим основним договором принципала і бенефіціара, оскільки у розділі договору про видачу гарантії, присвяченому предмету договору, вказується, що гарантія видається на прохання принципала в зв'язку з його обов'язком перед бенефіціаром за певним контрактом та гарантією, яка має бути видана гарантом на користь бенефіціара, що є основним обов'язком гаранта за цим договором і відповідно належить до предмета договору. Саме у договорі про видачу гарантії мають бути чітко визначені умови гарантії, строк її видачі та передбачене забезпечення зобов'язання принципала про повернення гаранту його витрат, пов'язаних з оплатою за гарантією.

Гарантія визначена законодавцем незалежним зобов'язанням саме для того, щоб визнати обставини, які стосуються основного зобов'язання, незначущими для правовідношення між гарантом та бенефіціаром. Властивість незалежності гарантії – виключно правова властивість і сама по собі є достатнім обґрунтуванням права бенефіціара отримати платіж незалежно від того, чи відповідає принципал за порушення основного зобов'язання.

У правовому житті гарантія виникає і існує виключно у зв'язку з основним зобов'язанням та домовленістю між принципалом та бенефіціаром. Саме ці правовідносини разом із гарантією створюють стійку юридичну конструкцію, елементи якої, в першу чергу права та обов'язки учасників, залежать один від одного. Консолідуючим елементом такої юридичної конструкції є відома всім її учасникам забезпечувальна мета виникнення гарантії. Однак ця мета має правове значення лише у відносинах між принципалом та бенефіціаром. Як правильно наголошує Н. Ю. Рассказова: «Забезпечувальна функція банківської гарантії ви-

являється у відносинах між бенефіціаром та принципалом, а не між бенефіціаром та гарантом»¹.

Ці відносини засновані на юридично значущому забезпечувальному інтересі, наявність якого визначає права та обов'язки сторін по використанню гарантії. Сама ж гарантія як відношення між бенефіціаром і гарантом є просто грошовим зобов'язанням. Особливістю цього грошового зобов'язання є те, що воно має цінність як правовий інструмент лише у межах указаної юридичної конструкції.

За гарантією у ЦК врегульовані лише відносини між гарантом та бенефіціаром, що не дає цілісного уявлення про цей забезпечувальний інститут. Тому вважаємо, що до § 4 гл. 49 ЦК, присвяченого гарантії як одному із видів забезпечення виконання зобов'язань, включити норми, що регулюють правовідношення: 1) між гарантом та бенефіціаром; 2) між гарантом та принципалом; 3) між принципалом та бенефіціаром у тій частині, в якій ці відносини стосуються видання та використання гарантії.

Наприкінці зазначимо, що забезпечувальний гарантійний механізм включає три правочини, за якими кредитор-бенефіціар виступає стороною лише в одному – основному договорі, а право вимоги має як за основним зобов'язанням, так і за незалежною від цього зобов'язання гарантією. Якщо він не отримає виконання за основним договором, то, пред'являючи вимогу гаранту, отримає виконання за гарантією, до речі, отримає терміново. Як можна відмовляти цьому інституту у праві належати до видів забезпечення виконання зобов'язань, якщо він надійно і швидко спрацює в інтересах кредитора за основним зобов'язанням? Розглядаючи цю конструкцію, на нашу думку, слід звертати увагу не на можливість зловживання бенефіціаром своїми правами за гарантією, а на реальність забезпечення інтересів бенефіціара як кредитора за основним зобов'язанням у разі порушення останнього боржником. Принципал (боржник) виконує свій обов'язок за основним зобов'язанням або за регресною вимогою гаранта. А бенефіціар (кредитор) відповідно отримує виконання від боржника або від гаранта. Якщо ж бенефіціар (кредитор) скористається своїми правами за гарантією не у зв'язку з порушенням боржником (принципалом) основного зобов'язання, наприклад, у разі належного виконання боржником останнього, що означає прийняття ним подвійного виконання – і від боржника за основним договором, і від гаранта за гарантією, то відповідно це означатиме, що боржник, виконавши зобов'язання перед кредитором, має виконати і регресне зобов'язання гаранта після виплати останнього бенефіціару за гарантією. За таких обставин боржник (принципал)

¹ *Рассказова Н. Ю.* Банковская гарантия по российскому законодательству. – М., 2005. – С. 123.

має право звернутися до суду про стягнення з кредитора (бенефіціара) суми виконання за гарантією як безпідставно отриманої. Безумовно, неможливо розглянути цей спір інакше, як з позиції визнання гарантії одним із видів забезпечення виконання зобов'язань, установленого в інтересах кредитора за основним зобов'язанням.

Висловлена точка зору знаходить підтримку і в науковій юридичній літературі. Так, російський учений П. Г. Резго, підкреслюючи забезпечувальний характер гарантії, зазначає, що гарантія призначена перш за все для того, щоб кредитор за основним зобов'язанням мав можливість задовольнити свої вимоги за рахунок гаранта, якщо принципал належним чином не виконає зобов'язання¹. Схожою є позиція вітчизняного дослідника Т. В. Бондар, яка зазначає, що виконуючи платіж за гарантією, гарант, по суті виконує, в межах гарантії, повністю або у певній частині грошове зобов'язання принципала². Підкреслюючи самостійність і незалежність гарантії від договірних правовідносин між принципалом і бенефіціаром, О. В. Латинцев наголошує, що ці властивості дозволяють вважати гарантію одним із найнадійніших способів забезпечення виконання зобов'язань³. Він підкреслює, що «при гарантії бенефіціар не лише забезпечує свій ризик порушення боржником забезпеченого зобов'язання, але й звільняється від ризику висування заперечень, не вказаних у гарантії»⁴.

Визначальна ознака видів забезпечення виконання зобов'язань – наявність додаткового джерела на випадок порушення зобов'язання боржником, за рахунок якого здійснюється задоволення майнових інтересів кредитора. Це джерело складає обов'язок гаранта. Незалежність же гарантії від основного зобов'язання, як уже зазначалося, стосується виключно відносин бенефіціара і гаранта і закріплена в законі саме для підвищення ефективності цього зобов'язального (особистого) забезпечення в цілому. Вищенаведене дає підстави зробити висновок про правомірність віднесення інституту гарантії як цілісної юридичної конструкції, що складається з трьох правочинів, одним із яких є власне гарантія, до одного з видів забезпечення виконання зобов'язань, що спрямований на захист інтересів кредитора у разі порушення зобов'язання боржником.

¹ Див.: Резго П. Г. Проблемы материально-правового регулирования отношений по банковской гарантии в Российской Федерации: Дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2003. – С. 105.

² Див.: Бондар Т. В. Гарантія як вид забезпечення виконання зобов'язання за Цивільним кодексом України // Вісн. госп. судочинства. – 2003. – № 2. – С. 146.

³ Див.: Латынцев А. В. Обеспечение исполнения договорных обязательств. – М., 2002. – С. 247.

⁴ Там само.

І. Бровченко, заступник голови господарського суду Харківської області, пошукувач кафедри цивільного права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Деякі проблемні питання виконання зобов'язання третіми особами за цивільним законодавством України

Виконання зобов'язання являє собою складний, багатогранний процес, динаміка якого зачіпає інтереси різних осіб. Підкреслюючи його значення, Г. Н. Амфітеатров ще у 30-ті роки минулого століття зазначав, що виконання є тією кінцевою метою, заради якої приводиться в рух увесь складний механізм договірних зв'язків і без якої договір перетворився б на нісенітницю¹. Суб'єктами зобов'язання і одночасно учасниками відповідних правовідносин виступають боржник і кредитор. Утім до процесу виконання зобов'язання можуть залучатися й інші особи. Причому залучення цих осіб може здійснюватися як за ініціативою чи за згодою суб'єктів зобов'язання, так і без їх згоди. Моделювання участі інших осіб у процесі виконання зобов'язання здійснюється в цивільному праві за допомогою конструкції виконання зобов'язання третьою особою, яка була відома як попереднім кодифікаціям цивільного законодавства, так і чинному ЦК України. Присутня ця юридична конструкція і в цивільному праві багатьох іноземних держав. На думку науковців, правила про належний суб'єкт договору передбачають широкі можливості здійснення виконання третіми особами².

У скарбницю дослідження цієї тематики значний внесок зроблено науковими працями Т. В. Боднар, В. В. Луця, М. М. Сібільова, С. В. Сарбаша, М. К. Сулейменова, інших авторів, доробками практичних працівників, зокрема С. О. Тенькова. Однак застосування в судовій практиці цивільно-правових норм, що регламентують порядок виконання зобов'язань третіми особами, породило низку проблем, вирішенню яких присвячено цю публікацію.

¹ Див.: Амфітеатров Г. Н. Основные черты законопроекта о договорах. – М., 1934. – С. 38.

² Гражданское и торговое право зарубежных стран: Учебное пособие / Под общ. ред. В. В. Безбаха, В. К. Пучинского. – М., 2004. – С. 298.

Відомий дослідник проблем зобов'язального права С. В. Сарбаш сформулював структуру інституту виконання зобов'язання третіми особами у вигляді наявності трьох груп правовідносин. *Першу* утворюють випадки покладення виконання зобов'язання на третю особу. *Другу* — виконання обов'язку боржника третьою особою з власних міркувань та за відсутності акта покладення з боку боржника. *Третю групу* становлять випадки виконання обов'язку боржника іншими особами на підставі нормативних актів¹.

Із теоретичних позицій такий підхід може викликати певні зауваження, зокрема стосовно критеріїв виокремлення вказаних груп правовідносин, які, на наш погляд, є недостатньо чіткими, внаслідок чого тісно зближуються правовідносини першої та третьої групи. Однак ці недоліки компенсуються міркуваннями практичного характеру, коли виділення на підставі відповідних правових норм таких груп правовідносин дозволяє визначити основні закономірності функціонування правовідносин кожної групи окремо, їх взаємодію, що є важливим для практичного застосування такої класифікації. Так, істотною ознакою правовідносин першої групи є та обставина, що при покладенні виконання зобов'язання на третю особу боржник залишається відповідальним за її дії. ЦК України закріплює вказане правило у ст. 618, за якою боржник відповідає за порушення зобов'язання іншими особами, на яких було покладено його виконання. Враховуючи смисловий зв'язок даної норми із ст. 528 ЦК, на питання, *ким* було покладено виконання, відповідь може бути однозначною — тільки самим боржником. Відповідальність безпосереднього виконавця перед кредитором за власні дії розглядається законодавцем як виняток із загального правила ст. 618 ЦК, що може мати місце лише у випадках, передбачених договором або законом. Визначені акценти відповідальності, з ухилом у бік відповідальності боржника, а не виконавця, не завжди правильно сприймаються в практичній площині правозастосування. В окремих випадках суди невірно розуміють вказане правило.

Прикладом може бути така справа. Дочірня компанія «Газ України» НАК «Нафтогаз України» звернулася з позовом до Вовчанського підприємства теплових мереж про стягнення боргу та грошових санкцій за невиконання зобов'язання. Судом першої інстанції було залучено до участі у справі як другим відповідачем обласне комунальне підприємство теплових мереж. У ході судового розгляду встановлено, що між

¹ Див.: Сарбаш С. В. Исполнение договорного обязательства. – М., 2005. – С. 120.

відповідачами був укладений договір доручення, відповідно до умов якого Вовчанське підприємство теплових мереж доручило обласному комунальному підприємству теплових мереж проводити розрахунки з кредиторської заборгованості перед позивачем за надані послуги з постачання природного газу. Оскільки другий відповідач свої зобов'язання не виконав, господарський суд першої інстанції дійшов висновку про необхідність стягнення боргу з другого відповідача — обласного комунального підприємства теплових мереж. Рішенням господарського суду Харківської області позов задоволено частково, присуджено до стягнення з другого відповідача суму боргу, інфляційних втрат та процентів річних, в іншій частині позову відмовлено. На судове рішення була подана касаційна скарга, в якій позивач просив переглянути і скасувати його з тих підстав, що стягнення заборгованості з другого відповідача неправомірне, оскільки позовні вимоги були заявлені до першого відповідача як особи, зобов'язаної сплатити заборгованість за поставлений природний газ.

Вищий господарський суд України, розглянувши справу за касаційною скаргою позивача, зазначив, що другим відповідачем на порушення умов договору доручення не перераховано позивачу суму кредиторської заборгованості першого відповідача за договором постачання. Установивши неналежне виконання другим відповідачем узятих на себе зобов'язань за договором доручення, суд першої інстанції дійшов помилкового висновку про те, що особою, яка має нести відповідальність за даним позовом, є саме цей відповідач. Така позиція суду касаційної інстанції ґрунтується на тому, що відповідно до ч. 2 ст. 528 ЦК у разі невиконання або неналежного виконання обов'язку боржника іншою особою цей обов'язок боржник повинен виконати сам.

Таким чином, невиконання другим відповідачем зобов'язань за договором доручення не звільняє першого відповідача від обов'язку виконати свої зобов'язання щодо сплати позивачу боргу за поставлений природний газ. Невиконання ж умов договору доручення може бути предметом іншого позову в іншій справі. З урахуванням викладеного Вищий господарський суд цілком обґрунтовано змінив рішення суду першої інстанції, постановив стягнути суму боргу з першого відповідача — Вовчанського підприємства теплових мереж, а в частині стягнення заборгованості з другого відповідача в позові відмовив¹.

¹ Постанова Вишого господарського суду України від 17 липня 2006 р. № 08/31-06 // Архів господарського суду Харківської області за 2006 р. Справа № 08/31-06.

Наведений приклад є показовим по багатьох аспектах. Як слушно зазначає М. М. Сібільов¹, при покладенні виконання зобов'язання на іншу особу, боржник із зобов'язання не вибуває. Отже, не можна вести мову про застосування до відносин, пов'язаних із виконанням обов'язку боржника іншою особою, норм ЦК, що регулюють заміну осіб у зобов'язаннях, зокрема щодо наслідків заміни осіб у зобов'язаннях. У цьому сенсі слід відмежовувати при застосуванні на практиці правила п. 4 ч. 1 ст. 512 ЦК і ч. 2 ст. 528 ЦК. При виконанні обов'язку боржника третьою особою (п. 4 ч. 1 ст. 512 ЦК) остання посідає місце кредитора, на користь якого нею виконано обов'язок, що спричиняє заміну осіб у зобов'язанні та застосування правил статей 512–519 ЦК. Однак така ситуація має місце лише у випадках, передбачених ч. 3 ст. 528 ЦК, тобто у разі небезпеки для третьої особи втратити право на майно боржника (право оренди, право застави тощо). Таким чином, можна виділити *два види* виконання обов'язку боржника іншою особою: 1) виконання обов'язку боржника *без заміни* осіб у зобов'язаннях (ч. 1 ст. 528 ЦК); 2) виконання обов'язку боржника *із заміною* осіб у зобов'язаннях (ч. 3 ст. 528 ЦК).

Існує необхідність чіткого розмежування цих юридичних конструкцій з огляду на їх «генетичну» близькість та схожість. Істотна різниця бачиться у підставах виконання. У першому випадку виконання обов'язку боржника іншою особою здійснюється не тільки з його згоди, а й унаслідок існування певних юридичних зв'язків між боржником і безпосереднім виконавцем зобов'язання. В наведеному прикладі це були відносини, що ґрунтувалися на договорі доручення. Слід зазначити, що в цій конструкції третя особа підкоряється вказівкам боржника виконати зобов'язання на підставі тих правовідносин, в яких вона знаходиться з боржником, а це можуть бути як цивільно-правові (зокрема, договірні), так і інші відносини². С. О. Теньков зазначає, що в більшості випадків

¹ Цивільний кодекс України: Наук.-практ. комент. / За ред. розробників проекту Цивільного кодексу України. – К., 2004. – С. 390.

² Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України: [У 4 т.] / А. Г. Ярема, В. Я. Карабань, В. В. Кривенко, В. Г. Ротань. – К.; Севастополь, 2004. – Т. 2. – С. 188.

Звичайно, при цьому виникає питання про природу і галузеву належність цих відносин. У історичному аспекті цікаво навести рішення, в якому з посиланням на ст. 38 Основ цивільного законодавства Союзу РСР 1961 р. визнається, що виконання зобов'язання може покладатися на третю особу, пов'язану з однією із сторін адміністративною підпорядкованістю (тобто відносинами, що перебувають за межами предмета цивільно-правового регулювання). Однак відповідальність за виконання чи неналежне виконання зобов'язання все одно несе сторона. Див.: Хозяйство и право. – 1971. – № 11. – С. 105.

ці відносини регулюються договором, а його відсутність виправдана лише тоді, коли обов'язок іншої особи виконати договір виникає з інших підстав — із закону або ж на підставі установчих документів юридичної особи¹, рішень органів юридичної особи. У другому випадку виконання зобов'язання здійснюється без згоди боржника, про що прямо наголошується у ч. 3 ст. 528 ЦК. Утім це не означає, що між боржником і виконавцем взагалі не може існувати юридичних зв'язків. Оскільки додатковою підставою виконання обов'язку боржника із заміною осіб у зобов'язаннях є небезпека втратити право на майно боржника (право оренди, право застави тощо), у літературі зазначається, що можливість виконати зобов'язання боржника надається особі, яка має *речові* права на його майно².

Такий підхід, на наш погляд, є цілком прийнятним. Утім не можна зводити відносини між боржником та третьою особою, які були підставою для застосування ч. 3 ст. 528 ЦК, виключно до існування речових прав третьої особи на майно боржника. Це можуть бути й інші, зокрема корпоративні права. Більш широко до розуміння цього питання підходить С. В. Сарбаш, який із посиланням на Принципи Європейського договірної права вказує на випадки виконання зобов'язання третьою особою без згоди боржника за наявності у третьої особи законного інтересу у виконанні зобов'язання. Такий інтерес вбачається у разі сплати наймачем боргу наймодавця, забезпеченого майном, що передане в найом, для уникнення примусового продажу відповідного майна; сплати дружиною в інтересах сім'ї боргів чоловіка, за які вона не відповідає; сплати материнською кампанією боргів дочірньої³. Як уявляється, коло випадків, на які розраховане застосування ч. 3 ст. 528 ЦК, ширше за її буквальний зміст. Тому при застосуванні на практиці ч. 3 ст. 528 ЦК слід піддавати розширювальному тлумаченню.

Оскільки при виконанні обов'язку боржника із заміною осіб у зобов'язаннях третя особа діє без згоди боржника, його вказівки щодо виконання зобов'язання для неї є не обов'язковими. Тому, на відміну від першої конструкції, боржник за дії третьої особи не відповідає. Унаслідок цього позовні вимоги до боржника щодо недоліків виконання

¹ Див.: *Теньков С. О.* Коментар судової практики розгляду юридичних помилок у документах // Бюл. законодавства і юрид. практики України. – 2006. – № 11. – С. 119.

² Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України: [У 4 т.] / А. Г. Ярема, В. Я. Карабань, В. В. Кривенко, В. Г. Ротань. – К.; Севастополь, 2004. – Т. 2. – С. 152.

³ Див.: *Сарбаш С. В.* Исполнение договорного обязательства. – М., 2005. – С. 144.

зобов'язання третьою особою при застосуванні другого виду виконання задоволенню не підлягають.

Інша ситуація спостерігається у першому випадку. Боржник, ініціюючи залучення іншої особи на стадії виконання зобов'язання, залишається не тільки учасником зобов'язальних правовідносин, а й відповідальним за дії третьої особи. Його відповідальність слідує, перш за все, з приписів ч. 2 ст. 528 ЦК, за якою у разі невиконання або неналежного виконання обов'язку боржника іншою особою цей обов'язок боржник повинен виконати сам. При цьому слід мати на увазі, що при покладенні виконання на іншу особу, солідарна чи часткова множинність на стороні боржника не створюється. Тому кредитор не наділяється правом вибору — до кого (боржника чи іншої особи) пред'явити позов у разі неналежного виконання обов'язку іншою особою. Кредитор зобов'язаний прийняти виконання, запропоноване за боржника іншою особою, однак має право вимагати виконання обов'язку безпосередньо від боржника у випадку невиконання обов'язку цією особою.

Боржник є відповідальним за дії виконавця лише у разі невиконання або неналежного виконання ним обов'язку. В інших випадках, наприклад, коли строк (термін) виконання зобов'язання (ст. 530 ЦК) не настав, говорити про відповідальність боржника передчасно.

У площині досліджуваного питання необхідно з'ясувати характер правових норм ч. 1 та ч. 3 ст. 528 ЦК. Правила про покладення боржником виконання зобов'язання на іншу особу (ч. 1 ст. 528 ЦК) сформульовані законодавцем як диспозитивні, тобто боржник має право покласти виконання свого обов'язку на іншу особу, якщо з умов договору, вимог ЦК, інших актів цивільного законодавства або суті зобов'язання не випливає обов'язок особистого його виконання. Що стосується ч. 3 ст. 528 ЦК, то однозначний висновок про її імперативний чи диспозитивний характер був би певною мірою поверховим. З одного боку, в ній не міститься правила «якщо інше не встановлено договором або законом», з другого, виходячи із загального правила про диспозитивність цивільно-правових норм, у смислового зв'язку із ч. 3 ст. 6 ЦК, сторони (боржник і кредитор) вправі відступити від указаних положень. Однак при цьому слід мати на увазі, що вказана цивільно-правова норма, яка регулює питання виконання зобов'язання третьою особою без згоди боржника, спрямована перш за все на захист інтересів третьої особи. Саме з метою захисту інтересів третьої особи їй надається можливість здійснити виконання власною волею та за власний рахунок¹.

¹ Див.: Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Общие положения. – М., 1999. – С. 374.

Т. В. Боднар указує, що ч. 3 ст. 528 ЦК імперативно встановлює можливість і правові наслідки виконання зобов'язання іншою (третьою) особою у своєму інтересі¹. Виходячи з цього, боржник і кредитор не можуть відступити від положень ч. 3 ст. 528 ЦК, оскільки це призведе до порушення прав третіх осіб. Однак не можна виключати існування домовленості сторін за договором і третіх осіб про зміну запропонованої законодавцем конструкції, у межах прав, наданих ч. 3 ст. 6 ЦК. Тому повністю погодитись з позицією Т. В. Боднар щодо суто імперативного характеру ч. 3 ст. 528 ЦК немає достатніх підстав.

Таким чином, проаналізувавши дві юридичні конструкції виконання обов'язку боржника іншою (третьою) особою, слід назвати характерні ознаки, що їх відрізняють — підстави залучення виконання обов'язку боржника інших осіб (а у разі виконання обов'язку боржника із заміною осіб у зобов'язанні — наявність додаткової підстави), наявність згоди боржника, наслідки виконання та обсяг відповідальності боржника. Термінологічно першу конструкцію можна визначити як *покладення виконання обов'язку*², тоді як другу — *прийняття* обов'язку боржника іншою особою. Крім того, не можна не відмітити і схожих рис указаних юридичних конструкцій. По-перше, кінцевим результатом їх застосування є спрямованість на припинення зобов'язання між кредитором і боржником шляхом належного виконання. Мабуть, саме ця обставина і зумовила підхід законодавця, який розмістив норми, що їх регламентують, в одній статті (ст. 528) ЦК. По-друге, залучення третьої особи на стадії виконання зобов'язання не вимагає згоди кредитора. У цьому сенсі судам слід ураховувати викладене у п. 5 Роз'яснення ВАС України від 14 грудня 1993 р. № 01-6/1301 «Про деякі питання уступки вимоги і переводу боргу», за яким покладення виконання зобов'язання на третю особу не вимагає згоди іншої сторони. У такому випадку зобов'язання між сторонами за договором — кредитором та боржником — залишається незмінним.

Важливе значення при дослідженні й практичному вирішенні питань участі третіх осіб у виконанні зобов'язання має з'ясування сутності відносин, що складаються між учасниками, зокрема між третьою особою і кредитором. Так, на думку Т. В. Боднар, при покладенні виконання

¹ Див.: *Боднар Т. В.* Виконання договірних зобов'язань у цивільному праві: Монографія. – К., 2005. – С. 144.

² У літературі покладення виконання зобов'язання на третю особу отримало назву передоручення виконання (*Боднар Т. В.* Знач. праця. – С. 77.). Нам уявляється, що поняття «покладення виконання» і «передоручення виконання» слід розглядати як синоніми.

зобов'язання на іншу особу вона не стає стороною у зобов'язанні і одночасно не перебуває в юридичному зв'язку із кредитором. Такий підхід автор обумовлює тим, що при покладенні виконання інша особа вчиняє щодо кредитора лише фактичні дії: передає майно, виконує роботи, надає послуги, сплачує гроші тощо, а стороною у зобов'язанні все одно залишається боржник, який до того ж є відповідальним за дії іншої особи, якщо договором або законом не встановлено відповідальність безпосереднього виконавця (ст. 618 ЦК)¹.

Погодитись з такою думкою цілком не можна. Цивільно-правова конструкція «покладення виконання на іншу особу» у розрізі окремих видів зобов'язань набуває такого «забарвлення», яке суттєво відрізняється залежно від специфіки кожного виду. Так, за договором підряду до змісту зобов'язання підрядника включається виконання роботи, тому хоча підрядник особисто зобов'язаний передати роботу замовникові, доручення виконання роботи субпідрядникам кваліфікується як покладення виконання зобов'язання на іншу особу, хоча і безпосередній «контакт» між субпідрядником і замовником, за загальним правилом, неможливий (ст. 838 ЦК). Інша ситуація спостерігається у договорі купівлі-продажу, за яким покупець, зобов'язуючись сплатити за товар певну суму, має право покласти цей обов'язок на іншу особу, яка здійснить безпосередній платіж на користь продавця.

Отже, в окремих випадках дії третьої особи по виконанню обов'язку боржника мають лише фактичний характер, в інших же ситуаціях, обумовлених специфікою зобов'язання, дії третьої особи набувають характеру юридично значущих, що свідчить про наявність правових зв'язків між кредитором і третьою особою. Тому твердження, що між безпосереднім виконавцем і кредитором відсутні правові зв'язки, є, як слушно вказав С. О. Теньков, певним спрощенням². На нашу думку, виконання обов'язку боржника третьою особою є за своєю правовою природою правочином, водночас і прийняття такого виконання кредитором від цієї особи слід розглядати як правочин. Докази прийняття виконання (наприклад, розписка кредитора, акт прийняття робіт та ін.) від третьої особи виконують подвійну функцію: є письмовим оформленням такого правочину між третьою особою і кредитором та одночасно підтвердженням виконання зобов'язання між кредитором і боржником (ст. 545 ЦК).

¹ Див.: Боднар Т. В. Виконання договірних зобов'язань у цивільному праві. – С. 77.

² Див.: Теньков С. О. Коментар судової практики розгляду юридичних помилок у документах // Бюл. законодавства і юрид. практики України. – 2006. – № 11. – С. 116.

В. Пашков, кандидат юридичних наук
(Полтавський факультет Національної
юридичної академії України імені
Ярослава Мудрого)

Вітальна безпека та господарсько-правові аспекти в системі регулювання відносин охорони здоров'я

Саме здійснення процесу формування ринкової економіки в Україні і фундаментальні зміни у правовому просторі призвели до суттєвих перетворень у галузі охорони здоров'я. При цьому важливими регуляторами господарських відносин у цій галузі залишаються господарсько-правові норми, які закріплюють вимоги держави щодо забезпечення конституційних прав громадян на ефективне і доступне медичне обслуговування, а також на безоплатну медичну допомогу шляхом забезпечення державного фінансування відповідних соціально-економічних, медико-санітарних і оздоровчо-профілактичних програм. У свою чергу, суб'єкти господарювання та інші учасники відносин у сфері господарювання здійснюють свою діяльність у межах встановленого правового господарського порядку, конституційні основи якого задекларовані у ст. 5 ГК України. На це звертає увагу Д. Задохайло, підкреслюючи, що зміст категорії «правовий господарський порядок» досить чітко пов'язаний із конституційно-правовими нормами, які й мають визначити правові засади такого порядку не лише безпосередньо, а також і через визначення змісту всього поточного господарського законодавства¹. А якщо врахувати, що Конституція та закони України, міжнародні договори, а також видані на виконання законів інші нормативно-правові акти становлять правову основу у сфері національної безпеки України, то й зрозуміло, що загальні принципи господарювання викладені в ст. 6 ГК, що зобов'язують суб'єктів господарювання та інших учасників відносин у сфері господарювання здійснювати свою діяльність у межах встановленого правового господарського порядку, є похідними та тісно пов'язаними з основними принципами національної безпеки, викладеними в Законі України «Про основи національної безпеки України».

¹ Див.: *Задохайло Д. В.* Правовий господарський порядок в Україні: десятирічний досвід конституційно-правового забезпечення // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2006. – № 3(46). – С. 143–153.

З огляду на те, що мета реформування галузі охорони здоров'я як соціальної домінанти національної безпеки полягає у підтриманні нормального функціонування системи охорони здоров'я, виявленні загроз життєдіяльності і вжиття адекватних заходів щодо їх відвернення та нейтралізації, захисті здоров'я громадян, необхідно визначити, що система забезпечення галузі охорони здоров'я як невід'ємної частини соціальної безпеки має відповідати таким основним вимогам: функціонування в межах, визначених законодавством; забезпечення надійного захисту національних інтересів у галузі охорони здоров'я як невід'ємної частини соціальної сфери; прогнозування та своєчасне відвернення загроз здоров'ю громадян з метою забезпечення соціальної безпеки; ефективне функціонування галузі охорони здоров'я як у звичайних, так і у надзвичайних умовах; наявність чіткої структури галузі охорони здоров'я і функціональне розмежування органів виконавчої влади та місцевого самоврядування щодо охорони здоров'я.

Основними негативними факторами діяльності в системі охорони здоров'я в організаційному контексті є: несприятливі прогнози розвитку демографічної ситуації; недосконалість правового забезпечення діяльності галузі охорони здоров'я, в тому числі щодо правового регулювання діяльності державних, комунальних і приватних закладів охорони здоров'я та інших суб'єктів господарювання, що здійснюють діяльність у галузі охорони здоров'я; відсутність правових підстав запровадження многоканального фінансування в галузі охорони здоров'я у зв'язку з неприйняттям законодавства про медичне страхування; відсутність управлінської вертикалі у системі охорони здоров'я; недосконала система прогнозування та планування діяльності в галузі охорони здоров'я; неефективне використання бюджетних коштів у системі охорони здоров'я та неможливість ефективного використання державних коштів державними й комунальними підприємствами, що здійснюють діяльність у галузі охорони здоров'я; недосконалість організаційно-правової форми державних та комунальних закладів охорони здоров'я, що знижує ефективність їх діяльності в умовах ринкової економіки; недосконалість державної інноваційної політики в галузі охорони здоров'я тощо.

Проблеми забезпечення вітальної безпеки України крізь призму соціальної безпеки як невід'ємної умови відродження сфери охорони здоров'я привертають до себе дедалі пильнішу увагу не лише вчених-правознавців, а й інших науковців та політичних діячів. Така увага аж ніяк не випадкова. Масштаби загроз і навіть реальні втрати держави через недосконалість системи охорони здоров'я висувають зазначену

проблему на авансцену суспільного життя. Тому принципово важливими є необхідність розкриття суті проблеми вітальної безпеки, виявлення реальних загроз та надійних і ефективних шляхів їх вирішення. З нашої точки зору, під вітальною безпекою слід розуміти спроможність системи охорони здоров'я забезпечувати реалізацію немайнового блага — права на здоров'я, у тому числі репродуктивного, як основи стабільності громадянського суспільства та конституційної основи правового господарського порядку в Україні, її здатність до сталого функціонування за будь-яких несприятливих умов, а також здатність держави до захисту національних інтересів у сфері охорони здоров'я від можливих загроз.

Отже, саме проблема визначення, кваліфікації та правової регламентації вітальної безпеки як об'єкта господарсько-правового регулювання може бути запорукою ефективного функціонування соціальних систем. На основі проведеного аналізу можна зробити висновок, що первинні господарсько-правові форми сприяння забезпеченню національної безпеки в галузі охорони здоров'я утворюються на основі Господарського кодексу України та застосовуються у процесі здійснення компетенції суб'єктів, зобов'язаних на підставі Конституції України та інших законодавчих актів формувати напрямки існуючих загроз вітальної безпеки, їх попередження та встановлювати шляхи взаємодії суб'єктів господарського права в галузі охорони здоров'я, спрямовуючи їх на ефективне використання й упровадження господарсько-правових засобів державного регулювання сфери охорони здоров'я.

Досвід удосконалення господарсько-правових засобів державного регулювання галузі охорони здоров'я в контексті забезпечення національної безпеки засвідчив, що воно не є великомасштабним і цілісним, а скоріше, має фрагментарний характер, здійснюється спонтанно без цілісної обґрунтованої програми дій з боку держави. Глибокі структурні перетворення фактично не здійснюються, досвід розвинутих країн не запроваджується. З огляду на це слід наголосити на нагальній потребі подолання тривожного становища в галузі охорони здоров'я протягом останнього часу шляхом застосування господарсько-правових засобів. Звичайно, у цьому контексті не слід недооцінювати ринкові форми господарювання і разом з тим їх не треба фетишизувати, забуваючи, що ринкові регулятори мають взаємодіяти з державним регулюванням процесів, які відбуваються у сфері охорони здоров'я, де позитивний вплив ринкових важелів є недостатнім, а подеколи й небажаним. Водночас системно виважене здійснення трансформаційних перетворень у галузі охорони здоров'я має сприяти попередженню загроз вітальної безпеки.

І саме право є інструментом, за допомогою якого ринкова економіка стає соціалізованою. У сфері охорони здоров'я функція права полягає у попередженні загроз вітальної безпеки, зокрема, від тих, що провокують-ся стихійним упровадженням ринкових відносин.

Таким чином, на нашу думку, цілком логічним буде включення до переліку конституційних основ правового господарського порядку (ч. 2 ст. 5 ГК) — положення про забезпечення державою вітальної безпеки — обов'язкової складової державних концепцій, програм, яка на етапі їх розробки має містити аналіз негативних чинників, пов'язаних із можливістю застосування основних засобів регулюючого впливу держави (ч. 2 ст. 12 ГК), формування необхідних функцій захисту та постановку перед відповідними органами завдань щодо запобігання впливу цих чинників на реалізацію вітальної безпеки.

Перед тим як окреслити загрози, які створюються для національної безпеки у сфері охорони здоров'я, слід зазначити, що розвиток неконтрольованих державою господарсько-правових відносин у галузі охорони здоров'я сам по собі є індикатором існування в державі певних деструктивних тенденцій. Криза системи охорони здоров'я суттєво ускладнює вирішення завдань пов'язаних із відображенням загроз вітальної безпеки. Крім того, відсутність загальнонаціональних орієнтирів, інтуїтивний перехід до стратегії самовиживання відсувають на другий план вирішення загальнодержавних завдань, зокрема в системі охорони здоров'я. Але ключова функція держави полягає в тому, щоб забезпечити стабільність суспільства, його самозбереження і розвиток, передбачити можливі загрози вітальної безпеки як складової національної безпеки. При цьому вирішальне значення має попередження виникнення цих загроз, а не пасивне спостереження подій.

Так, аналіз загроз вітальної безпеки, її аспектів та засобів забезпечення свідчить про необхідність збереження державного сектору в сучасній економіці. При цьому В. Мамутов та Л. Савельєв звертають увагу на те, що західноєвропейські країни мають не лише розвинуту ринкову економіку, але й розвинутий державний сектор, основою якого є державна власність. Сформувалася *державно-корпоративна модель управління* економікою. Співвідношення між різними формами власності та формами господарювання коливається в той або інший бік, але завжди залишається закономірним положення — *держава завжди координує всю систему економічних відносин з метою недопущення спаду в розвитку економіки країни та забезпечення її соціальної орієнтації*. В Україні же відсутність дієвого законодавства щодо управління

державною власністю призводить до суттєвих негативних наслідків — 50 % підприємств, у тому числі державних, є збитковими, відсутня межа роздержавлення, не визначені галузі державної безпеки країни, що, як правило, в європейських країнах перебувають у державній власності та управляються державними структурами. Це означає, що Україна не має власної моделі управління економікою країни та не враховує європейську¹.

Якщо Україна і надалі буде йти шляхом, визначеним у стратегії економічного та соціального розвитку України на 2002–2011 роки, то доля державного сектору, яка на 2002 рік складала 25 %, до кінця цього десятиріччя становитиме 8–10 %². Проте аналіз економічних закономірностей функціонування і розвитку державного та корпоративного секторів економіки за останні 130 років в індустріально розвинутих країнах, на які припадає більш ніж 2/3 світового ВВП, таких як Австралія, Австрія, Бельгія, Канада, Франція, Німеччина, Ірландія, Італія, Японія, Нідерланди, Норвегія, Іспанія, Швеція, Швейцарія, Велика Британія, США тощо, свідчить про те, що державні витрати в цих країнах зросли в 4 рази, державний прибуток — у 3,9 разу, а кількість зайнятих у державному секторі — у 7,7 разу. Тобто держави не лише постійно збільшують витрати на розвиток державного сектору економіки, а й створюють нові робочі місця, скорочуючи тим самим безробіття³. Якщо порівнювати в Україні кількість працюючих у сфері послуг різних форм власності у 2005 році, то простежується така тенденція: у приватних структурах працює — 44,8 %, у державних структурах — 37,2 %, у комунальних структурах лише — 18 %⁴. Серед європейських країн частка державного сектору в Україні є найменшою. Але наявність кількісної межі господарських та розподільних функцій сучасної країни означає, що основними важелями впливу держави на економіку та в цілому на соціальні процеси дедалі більше стають правові та інституціональні перетворення в країні. Адже масова приватизація, під-

¹ Див.: *Мамутов В., Савельєв Л.* Доля государственного сектора в современной экономике // Підприємництво, господарство і право. – 2002. – № 9. – С. 3–5.

² Див.: *Європейській вибір.* Концептуальні засади стратегії економічного та соціального розвитку України на 2002–2011 роки: Послання Президента України до Верховної Ради від 4 черв. 2002 р. – К., 2002. – С. 30.

³ Див.: *Бирюков В., Кузнецова Е.* Госсобственность и госсектор в рыночной экономике // Мировая экономика и междунар. отношения. – 2002. – № 3. – С. 14–16.

⁴ Див.: *Грищенко І.* Формування конкурентного середовища на ринку послуг в Україні // Підприємництво, господарство і право. – 2007(137). – № 5. – С. 163–166.

креслює Д. В. Задихайло та Г. В. Назарова, проведена на початку 90-х років ХХ ст., привела до створення десятків тисяч досить значних за своїми розмірами компаній, що гостро потребують інвестиційних ресурсів для виживання. Низький рівень внутрішніх накопичень, недовіра дрібних інвесторів і відплив національного капіталу створюють проблеми для залучення інвестиційних ресурсів¹. Безумовно, наявність об'єктивно існуючих недоліків ринкової економіки передбачає необхідність державного регулювання економіки. Одним із завдань та функцією держави в ринковій економіці є перерозподіл ВВП, необхідність якого зумовлена тим, що при оптимальній економіці, коли ресурси суспільства розподілено ефективно, завжди існують умови та здатність конкурентних ринків породжувати нерівномірність розподілу доходів. Завдання держави і полягає в ефективному розподілі ресурсів і перерозподілі доходів через різні соціальні програми у формі трансфертних платежів². Крім того, за прогнозами Всесвітнього банку, у зв'язку з демографічною кризою, Україні загрожує обвал економіки, адже, в Україні найгірші демографічні показники серед країн колишнього Радянського Союзу та Східної Європи. Очікується, що до 2025 року населення України зменшиться на 12 млн. І якщо не будуть уведені реформи, то в Україні 20 % ВВП будуть вимушені витратити на пенсії, 10 % — на систему охорони здоров'я, стільки ж на навчання та перекваліфікацію кадрів та 4% ВВП — витрати по догляду за особами похилого віку, що становитиме майже половину всього ВВП. Такого навантаження не витримає жодна економіка країн світу. З точки зору експертів Всесвітнього банку, поліпшити ситуацію в Україні можна лише за рахунок збільшення витрат на соціальну допомогу, охорону здоров'я, освіту та пенсійне забезпечення, оскільки сьогодні вік кожного п'ятого українця — перевищує 60 років³.

Конкретизоване усвідомлення загроз вітальної безпеки має такий вигляд.

По-перше, це загроза втрати фармацевтичної незалежності України, що пов'язано: з недостатньо врегульованим відкриттям внутрішнього ринку для імпорту малоефективних лікарських засобів та застарілої медичної техніки; відсутністю індивідуального підходу в частині дирек-

¹ Див.: Задихайло Д. В., Кібенко О. Р., Назарова Г. В. Корпоративне управління: Навч. посіб. — Х., 2003. — 688 с.

² Державне регулювання економіки: Навч. посіб. / С. М. Чистов, А. Є. Никифоров, Т. Ф. Куценко та ін. — К., 2000. — 316 с.

³ Див.: Україне грозит обвал економіки [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://president.com.ua> — Перевірено 25. 06. 2007.

тивного впровадження виробничих стандартів (GMP), що фактично пов'язано з різким скороченням вітчизняного виробництва лікарських засобів; неефективною приватизацією стратегічних фармацевтичних підприємств; утратою науково-технічного потенціалу галузі охорони здоров'я та зменшення виробництва інноваційних лікарських засобів і виробів медичного призначення та медичної техніки; руйнуванням та наявністю стимулів збереження аптечного виробництва, у тому числі за індивідуальними рецептами лікарів; суттєвою зміною структури фармацевтичного виробництва, що пов'язано з поширенням виробництва генерованих лікарських засобів та відсутністю стимулів виробництва інноваційних лікарських препаратів.

По-друге, поширення в галузі охорони здоров'я каналів тіньової економіки, а також розповсюдження без суттєвих обмежень через роздрібну торгівлю мережу спеціальних споживчих продуктів (СПП), біологічно активних домішок (БАД) та продуктів харчування, які містять генетично модифіковані організми (ГМО), що пов'язано: з розвитком нелегального виробництва лікарських засобів і виробів медичного призначення та розповсюдженням фальсифікованих лікарських засобів; з оплатою медичної допомоги та медичних послуг у вигляді неофіційних гонорарів медичному персоналу без несення будь-якої відповідальності та надання гарантій; зі сплатою із власної кишені вартості ліків, харчування, білизни тощо при отриманні медичної допомоги.

По-третє, втрата управлінської вертикалі та відсутність концепції вдосконалення управління сферою охорони здоров'я саме в умовах ринкової економіки, що пов'язано: з відсутністю відповідних господарсько-правових засобів державного регулювання діяльності лікувально-профілактичних закладів усіх форм власності та медичної практики; із впровадженням стратегії заміни безоплатної медичної допомоги на оплатне медичне обслуговування; відсутністю державного замовлення на медичну допомогу та відповідних медичних стандартів; з надмірною комерціалізацією медицини і втратою орієнтиру в самому призначенні лікарської праці.

По-четверте, зменшення питомої ваги державного сектору економіки у сфері фармацевтичного виробництва, що пов'язано: з недосконалістю державно-корпоративної моделі управління державним сектором економіки у фармацевтичній сфері; відсутністю у галузі охорони здоров'я об'єднань у вигляді державних та національних акціонерних компаній або фінансово-промислових груп, наділених господарською компетенцією щодо здійснення організаційно-господарських повноважень.

При цьому, на нашу думку нейтралізація загроз вітальної безпеки має забезпечуватися шляхом: забезпечення співвідношення наукових можливостей із державними цільовими програмами щодо створення інноваційних лікарських засобів, виробів медичного призначення та медичної техніки нового покоління; встановлення для національних фармацевтичних виробників квот щодо вироблення та випуску інноваційних лікарських засобів не менш як 40 %, частина яких, не менше 50 %, повинна бути забезпечена державним замовленням відповідно до цільових національних програм, інша частина має поступати у вільний продаж та відповідати медичним стандартам; встановлення у зовнішньоекономічній діяльності квот у частині ввезення генерованих препаратів не більше 40 % згідно з медичними стандартами; встановлення для фармацевтичних виробників життєво необхідних ліків мінімального внеску держави у статутному фонді не менше як 30 %, максимального внеску у статутний фонд іноземного капіталу таких підприємств не більше як 30 %; створення інноваційного фонду для галузі охорони здоров'я за допомогою встановлення мінімальної націнки на кожну упаковку лікарського засобу на зазначену мету; концентрації капіталу в галузі охорони здоров'я, що має забезпечуватися за ініціативою МОЗ або Кабінету Міністрів України в державних цільових програмах через створення фінансово-промислових груп, фармацевтичних холдингів або господарсько-виробничих асоціацій для підтримки публічних інтересів у галузі охорони здоров'я, наділених господарською компетенцією щодо здійснення організаційно-господарських повноважень; встановлення вітальної безпеки як окремого напрямку діяльності РНБО; забезпечення координації зусиль МОЗ, РНБО та інноваційних органів в частині створення лікарських засобів, виробів медичного призначення та медичної техніки нового покоління; створення державної інвестиційної компанії, на яку покласти обов'язок придбання акцій фармацевтичних підприємств з виробництва життєво необхідних ліків з метою забезпечення відповідного впливу в цілому на державну політику в галузі охорони здоров'я через державні корпоративні права; застосування господарсько-правової договірної форми як засобу державного регулювання; впровадження господарсько-правового засобу державного регулювання в частині встановлення обмежень на господарську діяльність, а саме роздрібної реалізації на території навчальних закладів СПП, БАДів, продуктів харчування які містять ГМО, канцерогени (чіпси, гумові продукти тощо). Але, зазначені шляхи нейтралізації загроз вітальної безпеки потребують, крім відповідної політичної волі, внесення відповідних змін до законо-

давства, по-перше, в частині внесення відповідних змін до Закону України «Про промислово-фінансові групи в Україні» щодо порядку створення ПФГ; по-друге, в частині внесення змін в Закон України «Про безпечність та якість харчових продуктів» щодо встановлення обмежень на господарську діяльність в частині роздрібної реалізації у навчальних закладах СПП, БАДів, продуктів харчування, які містять ГМО, канцерогени (чіпси, гумові продукти тощо); по-третє, передбачити в структурі МОЗ України спеціальний підрозділ або окремо як єдиний урядовий орган, на який покласти обов'язки щодо регулювання фармацевтичного сектору галузі охорони здоров'я, в частині надання державних прав та інтересів, у тому числі у зовнішньоекономічній діяльності та в частині забезпечення державного замовлення на фармацевтичну продукцію.

Отже, при забезпеченні вітальної безпеки основною системною функцією господарсько-правових засобів державного регулювання у галузі охорони здоров'я, що відображає практичний сенс їх існування у межах соціального цілого, є: прогностична функція у вигляді прогнозування та програмування економічного і соціального розвитку України шляхом видання правового документа; пов'язана з нею функція управління у вигляді прийняття юридично значущих рішень, шляхом державної реєстрації суб'єктів господарювання, ліцензування певних видів господарської діяльності, ліцензування і квотування зовнішньоекономічних операцій, встановлення нормативів і медичних стандартів, реєстрації лікарських засобів і виробів медичного призначення, сертифікації лікарських засобів тощо; контроль — як правова форма державного регулювання, у вигляді сукупності організаційно-технічних і правових заходів, спрямованих на визначення компетентними органами ступеня відповідності фактичних напрямів і результатів діяльності суб'єктів господарського життя, встановлених державою, правилам, нормам і нормативам, а також виявлення порушень у діяльності цих суб'єктів, вжиття заходів щодо їх усунення, у тому числі застосування господарсько-правових санкцій.

Для належного рівня забезпечення конституційних гарантій у сфері охорони здоров'я необхідно, на наш погляд, звернути увагу на такі напрями вирішення проблеми.

По-перше, визначити організаційно-правовий статус та особливості діяльності медичних страхових організацій та правового режиму коштів обов'язкового медичного страхування. Зокрема, це має стосуватися законодавчого визначення основних засад діяльності товариств взаємного страхування — лікарняних кас, оскільки передбачені організаційно-

фінансові засади діяльності медичних страхових організацій, система управління, фінансові нормативи, відповідають саме основам взаємного страхування, яке, отримуючи законодавчий характер і поширюючись на території та галузі, набуває рис соціального страхування. Крім цього, слід звернути увагу на можливість альтернативного обов'язкового медичного страхування у формі як соціального, так і цивільно-правового, за вибором особи — такий порядок.

По-друге, необхідно законодавчо вирішити цілу низку питань, а саме: визначення статусу закладу охорони здоров'я, як надавача медичних послуг з відповідними правами та повноваженнями, порядку формування державного та комунального замовлення щодо надання населенню України медичних послуг за Державною програмою медичного забезпечення, визначення прав та обов'язків пацієнта, перелік медичних послуг, що надаються в державних та комунальних закладах охорони здоров'я, обсяги надання медичної допомоги населенню на життєзабезпечувальному рівні та гарантований рівень надання медичної допомоги на здоров'язберігаючому рівні для окремих категорій громадян, а також відповідні нормативи фінансування з державного та місцевих бюджетів.

По-третє, необхідною є розробка значного масиву нормативних документів стосовно стандартів реалізації Програми обов'язкового медичного страхування. Тому реальне запровадження системи обов'язкового медичного страхування, а не просто формування фонду, куди спрямовуються внески, вимагає розробки спеціальної державної програми, що має передбачити порядок здійснення відповідних заходів у правовій, адміністративній та фінансовій сфері.

ПИТАННЯ ФІНАНСОВОГО ПРАВА

А. Монаєнко, старший науковий співробітник Науково-дослідного інституту фінансового права

Правовий механізм фінансування у сфері освіти

Розширення позабюджетних джерел фінансування залишається, по суті, єдиним способом вирішення фінансових проблем навчальних закладів, а саме проблем оновлення матеріальної бази, а в окремих випадках і проблем виплати заробітної плати в повному обсязі працівникам державних навчальних закладів.

Метою статті є дослідження правового механізму фінансування у сфері освіти.

Слід зазначити, що останнім часом окремим проблемам вдосконалення освітянської діяльності було присвячено низку наукових праць, зокрема В. С. Журавського «Вища освіта як фактор державотворення і культури в Україні», І. С. Каленюк «Освіта в економічному вимірі: потенціал та механізм розвитку», Т. В. Фінікова «Сучасна вища освіта: світові тенденції і Україна», правове регулювання видатків досліджувала Л. К. Воронова та ін. Проте комплексне дослідження, присвячене аналізу правових проблем вдосконалення організації діяльності та управління у сфері освіти, поки що відсутнє.

Одним із перспективних напрямів удосконалення механізму фінансування освіти в ринкових умовах є створення на законодавчому рівні стимулів для залучення якомога більшої кількості споживачів платних освітніх послуг до процесу отримання освіти як у державних, так і приватних навчальних закладах.

Йдеться передусім про те, що частина бюджетних коштів, які передбачаються на фінансування освіти, не передається безпосередньо закладу освіти, а спрямовується на стимулювання потенційних споживачів платних освітніх послуг¹.

¹ Освіта України за роки незалежності: стан, факти, події / За ред. В. Г. Кременя. – К., 2001. – 159 с.

Із запровадженням зазначених механізмів стимулювання зростання обсягу платного навчання та надання додаткових освітніх послуг змінюється й загальна модель бюджетного фінансування освіти.

Проте на законодавчому рівні необхідно створити такі правові умови, які дозволять суттєво збільшити обсяги позабюджетних коштів для фінансування навчальних закладів усіх форм власності, що у свою чергу дасть змогу спрямувати їх на стимулювання розвитку інноваційних напрямів професійної освіти¹.

У світі відомі механізми залучення додаткових коштів в освіту. Йдеться про запровадження освітніх ваучерів, оплати чеками, приватних освітніх ощадних банків, системи банківських кредитів на освіту, укладення договорів із суб'єктами господарювання на навчання співробітників тощо. Необхідно, на нашу думку, стимулювати платоспроможний попит на професійну освіту з боку підприємств, фірм і сімей як за рахунок проведення гнучкої податкової політики, так і шляхом запровадження нових механізмів фінансування освіти.

Для залучення позабюджетних коштів в освіту доцільно заохочувати не лише освітні заклади та інвесторів, а й безпосередніх споживачів і користувачів освітніх послуг шляхом використання нових систем фінансування, зокрема запровадження освітнього кредиту, індивідуальних ощадних освітніх рахунків та інших механізмів. Такий підхід також є державною підтримкою, але не безпосередньо навчальних закладів, а їх підтримкою з боку споживачів.

Доктор Вольфганг Ройтер у статті «Фінансування освіти: міжнародні моделі, шляхи, досвід та мислення»² наводить такі можливі механізми фінансування, які з певною адаптацією до реалій соціально-економічного розвитку України могли б застосовуватися й у нашій державі:

заощадження на освіту: такий шлях стимулювання попиту на освіту пов'язаний, насамперед, із тим, що освіту цілком справедливо можна розглядати як інвестицію в людський капітал. Автор зазначає, що у Німеччині вже багато років є популярними спеціальні ощадні програми на потреби будівництва і програми для створення добробуту працівників. Наприклад, ідея програми на потреби будівництва полягає в тому, що держава стимулює індивідуальні заощадження, надаючи річні бонуси в межах певних сум заощаджень і річного доходу, а фінан-

¹ Див.: *Ниженник Н., Машков О.* Системний підхід в організації державного управління. – К., 1998. – 160 с.

² Див.: *Ройтер В.* Финансирование образования: международные модели, пути, опыт и мышление // Университетское управление. – 2000. – № 4 (15). – С. 4–9.

сові установи розробляють гнучкі рішення: звичайно, період заощаджень (наприклад, 7 років) не закінчується витрачанням суми, що зберігається, а за ним настає період кредитування (співвідношення між заощадженням і кредитом коливається між 40:60 або складає 50:50). Низькі процентні ставки в період заощаджень компенсуються дуже вигідними (нижчими, ніж на ринку позикового капіталу) процентними ставками на етапі кредитування (втім, в Україні подібні схеми кредитування будівництва (тільки без бонусів від держави) запроваджує АБ «Аркада»). Пропонується аналогічний підхід запровадити і в освітній галузі. Такі ощадні програми, на думку автора, можуть бути об'єднані з програмами кредитування і з відкриттям індивідуальних освітніх рахунків, на які вносятимуться заощадження, кредити і можливі державні бонуси, а також внески від третіх осіб. У принципі, такі освітні рахунки можуть відкриватися відразу після народження дитини. На нашу думку, такий підхід міг би бути запроваджений і в Україні спочатку хоча б у невеликих обсягах, збільшуючись із зростанням добробуту громадян;

кредити на освіту, вважає доктор В. Ройтер, можуть бути перспективним інструментом фінансування освіти. Джерелом погашення таких кредитів є, по суті, майбутні доходи випускників. Держава ж має виступати гарантом повернення цих кредитів. Такі кредити є достатньо ризикованими, оскільки не всі випускники зможуть отримати роботу з таким рівнем доходу, який би забезпечив повернення кредиту¹. Отже й запровадження кредитів на освіту потребує детального опрацювання всіх аспектів такого кредитування, зокрема щодо встановлення кола осіб, які мають право на отримання кредиту, механізму визначення процентної ставки та механізму здійснення виплат і основне — механізму участі держави у забезпеченні державних гарантій погашення кредиту. Хоча такий підхід і виглядає достатньо привабливим, передусім для випускників з низьким доходом, безробітних і соціально неблагополучних членів суспільства, проте існування хоча б теоретичної можливості настання гарантійного випадку та можливість здійснення розрахунку за кредитом за рахунок держави може спонукати випускників саме до пошуку таких схем;

освітні ваучери: ідея освітнього ваучера належить американському економісту Мілтону Фрідману. Самі по собі ваучери не приносять додаткових коштів у сферу освіти і не є додатковим джерелом фінансування. Тому важливий момент полягає в тому, що ваучери не змінюють

¹ Див.: Ройтер В. Вказ. праця. – С. 4–9.

загальний рівень фінансування, а впливають на спосіб розподілу фінансів. По суті, за допомогою ваучера державні кошти розподіляються не через навчальний заклад (як це звичайно відбувається), а через індивідуума («гроші слідує за студентом»). Ваучери застосовуються в обмеженому масштабі, в основному у вищій освіті. Основна ідея ваучера полягає в тому, що студенти, після задовільної здачі вступних іспитів одержують ваучер (стипендію) певної цінності (вартості) для використання у вищому навчальному закладі за їх вибором. Як визначити цінність (вартість) ваучера? Вона може залежати від вартості курсу, або визначатися залежно від матеріального становища студента (соціальний чинник), або варіюватися залежно від типу освіти, наприклад, з метою стимулювати навчання по спеціальностям, що не мають попиту з боку студентів (наприклад, інженерно-технічні й інші спеціальності та напрями). З цієї точки зору ваучер є гнучким інструментом розподілу суспільних коштів.

На нашу думку, ефективніше проводити суспільні субсидії на освіту через покупця (або користувача), ніж через постачальника (навчальний заклад). При запровадженні ваучерів вузи стають безпосередніми конкурентами і зацікавлені в залученні кращих студентів, а студенти отримують можливість вибору навчального закладу. Система ваучерів може сприяти також ефективнішому використанню державних коштів, оскільки заклади освіти отримуватимуть державні кошти залежно від кількості бажаних здобути в них освіти. Разом із тим слід зазначити, що система ваучерів практикується не в багатьох країнах (наприклад, у Данії, Великій Британії) і навіть там не є загальною системою фінансування освіти. Що ж стосується України, то запровадження такої системи повною мірою на сьогодні навряд чи можливе, зважаючи на існуючу модель фінансування освіти. Втім, запровадження такого підходу дозволило б сформувати цивілізований ринок якісних освітніх послуг, адже навчальні заклади, які не користуються попитом серед майбутніх студентів, поступово закривалися б або ж об'єднувалися з більш «сильними» та конкурентоспроможними. За такого підходу, однак, немає місця розвитку спеціальностей, які не користуються попитом серед майбутніх студентів, проте є важливими для розвитку інноваційної складової економіки держави.

Слід зауважити, що хоча в Україні ще не знайшли широкого застосування зазначені вище механізми стимулювання платоспроможного попиту на платні освітні послуги, проте перші кроки на цьому шляху все ж робляться. Так, відповідно до ст. 30 Закону України «Про Державний бюджет України на 2004 рік» у межах державної програми «Освіта населення України» 13 500 тис. грн було передбачено на надання молодим громадянам пільгових довгострокових кредитів для здобуття вищої освіти.

Правові основи надання таких кредитів встановлюються Постановою Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку надання цільових пільгових державних кредитів для здобуття вищої освіти» від 16 червня 2003 р. № 916¹.

Відповідно до затвердженого Порядку цільовий пільговий державний кредит для здобуття вищої освіти за денною, вечірньою та заочною формою навчання у вищих навчальних закладах незалежно від форми власності можуть одержати громадяни України віком до 28 років, які успішно склали вступні іспити або навчаються на будь-якому курсі вищого навчального закладу. Розмір кредиту визначається щороку до 1 квітня вищим навчальним закладом державної форми власності, виходячи з вартості навчання відповідно до форми навчання і затверджується центральним органом виконавчої влади, у підпорядкуванні якого перебуває вищий навчальний заклад. Відповідно до обсягу коштів, які виділяються на цю мету, МОН України, виходячи з обсягу державного замовлення, потреби на підготовку фахівців з гостродефіцитних спеціальностей та кількості одержувачів кредиту, розподіляє бюджетне призначення, встановлене йому в Державному бюджеті України, для:

– центральних органів виконавчої влади, у підпорядкуванні яких є вищі навчальні заклади державної форми власності;

– вищих навчальних закладів державної форми власності, підпорядкованих МОН України;

– акредитованих вищих навчальних закладів приватної форми власності, внесених у встановленому порядку до розпису Державного бюджету України;

– МОН України, інші центральні органи виконавчої влади, які одержали відповідно до внесених до розпису змін бюджетні асигнування на надання кредиту, розподіляють суми між підпорядкованими вищими навчальними закладами.

Рішення про зарахування абітурієнта до вищого навчального закладу з оплатою його навчання за рахунок кредиту приймає приймальна комісія вищого навчального закладу за результатами складання вступних іспитів. Таке рішення затверджується керівником вищого навчального закладу.

Невикористані кредити орган, який видав направлення на навчання за рахунок кредиту, має право надавати студентам вищих навчальних закладів незалежно від курсу навчання.

¹ Про затвердження Порядку надання цільових пільгових державних кредитів для здобуття вищої освіти: Постанова Кабінету Міністрів України від 16. 06. 2003 р. № 916 // Офіц. вісн. України. – 2003. – № 25. – Ст. 1203.

Сума кредиту повертається із сплатою 3 % річних протягом 15 років. Проте є можливість взагалі не повертати кредит. Так, склалася практика: одержувач кредиту, який після закінчення вищого навчального закладу пропрацював за фахом не менше 5 років у державному або комунальному закладі чи установі у сільській місцевості, кредит та відсотки за користування ним не повертає.

Слід зазначити, що останніми роками спостерігається тенденція до зростання кількості бажаючих здобути вищу освіту на платній основі, що створює постійно зростаючий попит на платні послуги недержавних вузів і платні відділення державних вузів¹. Як видно, процедура розподілу бюджетних коштів на надання кредитів для здобуття вищої освіти (які можуть виявитися й не кредитом, а бюджетним фінансуванням) є достатньо непрозорою та практично на кожному етапі містить достатньо можливостей для прийняття суб'єктивних рішень. Якщо б дефіцитність бюджету не була перешкодою на шляху отримання кредиту на освіту будь-яким бажаючим, то такий підхід можна було би визнати оптимальним. Проте, якщо визнати такий підхід перспективним і широко застосованим, то у складі державного і місцевих бюджетів необхідно буде передбачити значні обсяги коштів, що відволікаються на досить тривалий термін (принаймні не менше 5 років). В умовах обмеженості бюджетних ресурсів такий підхід може бути застосований тільки щодо окремих громадян, і це може створити підстави для зловживань. Отже, в умовах бюджетного дефіциту така форма підтримки індивідуальних інвестицій в освіту не може бути визнана обґрунтованою.

З огляду на це доцільно, на нашу думку, змінити концепцію кредиту на освіту, а саме — встановити загальноновизнану процедуру особистого освітнього кредиту, тобто надати можливість для особистого освітнього кредитування громадян комерційним банкам. При цьому особа, якщо вона згодна отримати вищу освіту на платній основі, але ще не має в своєму розпорядженні достатніх коштів для оплати освітніх послуг, бере в банку довгостроковий кредит, який з відсотками відшкодовується з її майбутніх доходів.

Роль держави у функціонуванні цього інституту полягає в забезпеченні стимулів для комерційних банків здійснювати таке довгострокове кредитування, наприклад, шляхом надання їм податкових пільг. До того ж банки матимуть право вимагати від громадянина тих або інших гарантій повернення кредиту (поручительство, застава тощо). Можна, крім

¹ Ринок освіти в системі кадрового забезпечення сталого розвитку України / Нац. ун-т «Львівська політехніка». – Л., 2002. – 337 с.

того, надати стимули для одержувача кредиту, наприклад, шляхом погашення відсотків за користування кредитом (повністю чи частково) за рахунок бюджету. Ні в якому разі не може йти мова про зобов'язання держави погашати за громадянина наданий йому кредит у разі відпрацювання одержувача кредиту за фахом не менше 5 років у державному або у комунальному закладі чи установі в сільській місцевості, що передбачено зазначеною вище постановою, інакше такий підхід створюватиме підґрунтя для можливих зловживань.

Таким чином, необхідною умовою подальшого розвитку платності освіти та надання платних освітніх послуг є надійна банківська система, яка дозволить запровадити різні механізми, зокрема такі, як кредити на освіту для окремих осіб, спеціальні програми заощаджень на освіту тощо.

Доцільно на законодавчому рівні встановити загальновизнану процедуру особистого освітнього кредиту, тобто надати можливість для особистого освітнього кредитування громадян комерційним банкам. При цьому громадянин, якщо він згодний отримати вищу освіту на платній основі, але ще не має в своєму розпорядженні достатніх коштів для оплати освітніх послуг, бере в банку довгостроковий кредит, який з відсотками відшкодовується з його майбутніх доходів.

ПИТАННЯ ПОРІВНЯЛЬНОГО ПРАВознавства

О. Дашковська, доцент Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Державно-правові механізми забезпечення гендерної рівності в Скандинавських країнах

Скандинавські країни значно випереджають інші країни світу за багатьма параметрами політичної активності жінок, зокрема за представленістю в законодавчих і виконавчих органах влади та органах регіонального управління. Ці досягнення є результатом перебудови суспільної свідомості і державної політики, наслідком чого стало залучення широких верств населення до політичних процесів у Скандинавських країнах.

Процес політичної емансипації жінок у кожній зі Скандинавських країн має свої специфічні особливості, пов'язані з їх історією, традиціями, політичними системами, державним устроєм і соціальною структурою. Проте він дозволяє виділити спільні риси, що характеризують масове просування жінок на керівні посади в органах влади і місцевого самоврядування. Передусім, це активна участь жінок у процесах партійного і державного будівництва, створення ефективного механізму державної підтримки гендерної рівноправності, залучення жінок у виробничі процеси за державного сприяння добробуту родини.

Стаття присвячена порівняльному аналізу формування державних механізмів гендерної рівності в трьох країнах Північного регіону — Норвегії, Швеції і Фінляндії. В усіх Скандинавських країнах протягом останніх сорока років склалися державні механізми подолання дискримінації за ознакою статі і забезпечення рівних можливостей усіх членів суспільства. Ці механізми містять, з одного боку, широку мережу установ і організацій по забезпеченню гендерної рівності, а з другого — систему антидискримінаційного законодавства. Державні органи по забезпеченню рівності в цих країнах були створені до прийняття відповідних законів і сприяли розробці й проходженню цих законів через парламент.

Виникнення державних інститутів з питань рівного становища чоловіків і жінок у Скандинавії датується початком 70-х років ХХ ст., коли у Норвегії, Фінляндії й Швеції при урядах і парламентах були створені Ради по рівному становищу чоловіків і жінок з метою привернути увагу суспільства до проблем дискримінації за ознакою статі. До кінця 70-х років у структурі й характері діяльності цих органів існувала подібність між трьома Скандинавськими країнами, але ускладнення механізмів забезпечення гендерної рівності визначило окремі національні відмінності в цих процесах.

Зокрема, у Фінляндії Рада з питань гендерної рівності призначається урядом на три роки і складається з тринадцяти членів, які пропорційно представляють усі великі політичні партії. Голова Ради, його заступник і члени повинні бути членами парламенту. На Раду покладаються такі обов'язки: спільно з державними і муніципальними органами брати участь у підготовці законопроектів, що сприяють поширенню гендерної рівноправності в суспільстві; координувати дослідницьку діяльність щодо становища чоловіків і жінок у різних сферах громадського життя; контролювати реалізацію принципу гендерної рівноправності; знайомитися з вирішенням питань гендерної рівності в інших країнах, взаємодіяти з ними в просуванні до рівноправності¹. Виявлення фактів дискримінації за ознакою статі у фінському суспільстві, набуло широкого розголосу і прискорило підготовку й проведення реформ у напрямі забезпечення рівноправності статей.

У Швеції Рада з питань рівності складається з 27 представників від жіночих організацій, політичних партій та підприємців і збирається чотири рази на рік². Після створення консультативних рад з питань гендерної рівності в Скандинавських країнах були створені органи по контролю за реалізацією відповідної політики, і насамперед контролю за виконанням законів по забезпеченню гендерної рівності (Норвегія і Швеція відповідно в 1978 і 1979 роках, Фінляндія — у 1986 р.).

Норвегія була першою країною у світі, яка в 1979 р. заснувала інститут омбудсмена по гендерній рівності та апеляційну Комісію з розгляду питань, пов'язаних із забезпеченням гендерної рівності. Швеція ввела посаду омбудсмена і створила аналогічну комісію в 1980 р., а Фінляндія — в 1987 р. У всіх трьох країнах головним завданням омбуд-

¹ Пионер движения за равноправие: цели, результаты, фотографии, 1972–1997. – Хельсинки: Совет по вопросам равноправия, 1997. – С. 11.

² Women and Government: New Ways to Political Power / Ed. by Mim Kelber. Westport, Connecticut, London: Praeger, 1994. – P. 109

смена є контроль за дотриманням законодавства про рівноправність статей та інформування громадськості про відповідні вимоги закону. Омбудсмени вимагають добровільного виконання законів про гендерну рівність і не мають повноважень застосовувати будь-які покарання. Проте в разі відмови діяти за законом омбудсмени звертаються в апеляційні комісії, які можуть або заборонити певні дії, або вимагати запровадження певних заходів. Практика показала, що в більшості випадків омбудсмени самостійно вирішують спірні питання.

Попри спільність цілей цих посадових осіб і пов'язаних з ними комісій в їх діяльності існують певні відмінності. Так, у Норвегії і Швеції до функцій омбудсмена й апеляційної комісії не входить розгляд гендерних конфліктів, пов'язаних із колективними угодами між профспілками і підприємцями. Конфлікти такого роду розглядає Суд з трудових відносин. На відміну від Норвегії і Швеції, у Фінляндії повноваження омбудсмена поширюються і на вирішення спорів з приводу колективних угод¹.

Органи з питань забезпечення рівного становища в Скандинавських країнах поширилися до урядового рівня, включаючи введення посад міністрів з питань рівності, які не є членами кабінету міністрів (у Швеції в 1976 р., у Фінляндії — у 1980 р.). У Норвегії в 1997 р. при коаліційному уряді була введена посада заступника прем'єр-міністра, що відповідає за питання гендерної рівності. Однак спеціальних міністерств з питань гендерної рівності в жодній зі Скандинавських країн не існує, як і в усій Європі. Відповідні міністри входять до складу інших міністерств, причому їх місце може варіюватися.

У Норвегії в 1978 р. з ініціативи парламенту був створений відділ з питань рівного становища і сім'ї при міністерстві споживання і сім'ї, який у 1994 р. було перейменовано у відділ з питань гендерної рівності і приписано до міністерства в справах сім'ї і дітей. Відділ відповідає за координацію і проведення в життя політики рівноправності статей. Хоча на нього не покладена загальна відповідальність за ініціативи в напрямі гендерної рівності в інших міністерствах, у той же час цей відділ в окремих випадках може втручатися в їхні справи.

У Швеції уряд виходить з того, що всі міністри кабінету зобов'язані вирішувати проблеми гендерної рівності у відповідній галузі суспільних відносин. Однак і там був створений особливий урядовий відділ з питань рівності, до функцій якого належать підготовка урядових рішень, коор-

¹ Див.: Мельник Т. Міжнародний досвід гендерних перетворень. – К., 2004. – С. 116–120.

динація політики з питань рівності і виступ з ініціативами проведення реформ. Він працює під егідою міністерства охорони здоров'я і соціальних проблем.

У Фінляндії міністр із питань рівності наприкінці 90-х років ХХ ст. входив до структури міністерства з соціальних питань і охорони здоров'я. На відміну від Швеції, він не мав у своєму розпорядженні спеціального апарату для виконання покладених на нього обов'язків. Тому активісти жіночого руху Фінляндії вимагають від уряду виділення коштів на створення спеціального відділу при міністрі з питань рівності.

Значну роль у процесі створення механізмів гендерної рівності у Фінляндії, Норвегії і Швеції відіграло прийняття законів про рівноправність статей, що стало підсумком пройденого шляху і створило законодавчу базу для подальшого забезпечення рівних можливостей для жінок. Формально закони про рівність статей мають гендерно нейтральний характер і можуть використовуватися для захисту як жінок, так і чоловіків. Проте допускають і позитивні дії (тобто спрямовані на активне подолання проявів дискримінації) щодо жінок, яких дискримінують.

У розробці законодавства про рівність статей у кожній країні брали участь різні політичні й громадські сили, що намагалися вплинути на його характер. Наприклад, у Норвегії до обговорення законопроекту про рівне становище, крім політичних партій, були залучені Конфедерація профспілок і феміністський рух. Феміністки не погоджувалися з первинною концепцією закону тільки як засобу боротьби з дискримінацією в трудових відносинах. Вони стверджували, що сама по собі заборона практики такого роду ще не забезпечує проведення в життя принципу рівних можливостей, пропонували відійти від нейтрального характеру закону і встановити позитивні заходи щодо жінок.

Норвезька конфедерація профспілок критикувала положення законопроекту про рівне становище, які були пов'язані з вирівнюванням заробітної плати жінок і чоловіків. Конфедерація виступила проти втручання уряду в сферу регулювання заробітної плати, наполягаючи на тому, що це питання повинно залишатися прерогативою підприємців і найманих працівників під час колективних переговорів. Прагнучи звужити сферу втручання ззовні, Конфедерація спочатку вимагала обмежитися включенням до закону формули «рівна плата за рівну працю», а не за «рівноцінну працю», як пропонувала конвенція МОП, але поступилася, негативно оцінюючи питання про зрівняння заробітної плати жінок і чоловіків, зайнятих на різних підприємствах. Не погоджувалася вона і з можливістю примусового регулювання оплати праці з метою її

вирівнювання. Конфедерація профспілок наполягала на тому, щоб конфлікти, пов'язані з оплатою праці жінок і чоловіків, залишалися у віданні судів з трудових спорів, а не передавалися на розгляд омбудсмена з питань рівності або комісії з упровадження в життя Закону про рівний статус.

Таким чином, у норвезькому Законі про рівний статус, прийнятому 9 червня 1978 р., було закріплено положення, що дискримінації піддаються в основному жінки і тому вони потребують особливої підтримки. У загальних розділах цього Закону передбачаються можливості для використання позитивних дій. Положення закону про те, що він «має на меті поліпшити становище переважно жінок», було результатом компромісу між різними суспільно-політичними силами завдяки голосам соціалістичної лівої партії. Консервативна партія, що підтримала при голосуванні лейбористську партію, яка висунула гендерно нейтральний законопроект, виступала проти будь-якої позитивної дискримінації на користь жінок¹. У Швеції критика профспілками законопроекту про рівність статей розвивалася в іншому напрямі і була спрямована проти його нейтрального характеру. Багато шведських профспілок вважали, що необхідно встановити нерівний підхід до жінок, які повинні мати право на компенсацію, щоб протистояти дискримінації.

Останньою з північних країн у 1986 р. офіційно прийняла закон про рівність статей Фінляндія, хоча це не означало її відставання в політиці рівних можливостей. Відмінності між статями за рівнем освіти, участю в трудових відносинах та політичною активністю на початку 80-х років у Фінляндії були менш помітні, ніж в інших країнах. Проте і там зберігалася дискримінація за ознакою статі, що спонукало уряд до законодавчої ініціативи.

Фінський закон 1986 р. мав подвійну мету: по-перше, зупинити пряму і непрямую дискримінацію за ознакою статі; по-друге, сприяти поширенню рівних можливостей шляхом застосування спеціальних заходів, що поліпшують становище жінок на ринку праці. Закон вимагав, щоб чоловіки і жінки мали рівні можливості у сфері освіти і професійної підготовки і передбачав, що у разі доведення фактів дискримінації при прийомі на роботу в приватному секторі потерпіла особа може добитися виплати компенсації, а на державних підприємствах — навіть поновлення на робочому місці. Закон передбачав цілеспрямоване і систематичне подолання умов і обставин, що перешкоджають рівноправності статей.

¹ Див.: Степанова Н. М. Политика гендерного равенства в Скандинавских странах. Гендерная реконструкция политических систем / Ред.-сост. Н. М. Степанова, Е. В. Кочкина. – СПб, 2004. – С. 204–225.

У Фінляндії, як і в Норвегії, закон про гендерну рівність від самого початку містив положення, що фактично забороняють непряму дискримінацію. Однак заборона непрямой дискримінації була введена у фінське законодавство лише в 1992 р. У Швеції це було зроблено на рік раніше. Поступово в усіх Скандинавських країнах гендерний нейтралітет законодавства про рівність статей був модифікований уведенням до нього статей, що прямо заявляють про мету законів — поліпшити становище жінок.

У Фінляндії багато положень закону про рівність 1986 р. залишилися невиконаними і в березні 1995 р. до нього були прийняті доповнення, які встановлювали більш чіткі приписи щодо реалізації політики рівних можливостей. Одночасно в тому ж році положення про рівність статей було переглянуто Конституцію Фінляндії як одне з основних прав, що декларується нею. Одним із нововведень закону було прийняття квоти, відповідно до якої представництво кожної статі серед членів державних і муніципальних комітетів, комісій, робочих груп і інших органів, зайнятих розробкою і прийняттям рішень, не може бути меншим за 40 %. Квота поширювалася тільки на ті органи, що призначаються, а не на виборні. Вона значно вплинула на гендерний склад державної і муніципальної адміністрації. Згідно з моніторингом, проведеним на державному рівні за рік після вступу закону в силу, жінки становили 43 % членів комітетів, 37 % членів робочих груп, 40 % — членів виконавчих органів державних департаментів. Уведення квоти змінило також гендерний вигляд виконавчих органів, сформованих місцевою владою після муніципальних виборів 1996 р. Кількість жінок у них досягла рекордного рівня — 44,9 %.

З 1988 р. керівники адміністративних органів центрального і регіонального рівня зобов'язані представляти в риксдаг щорічні звіти про гендерний склад цих органів. Прийняття цільових настанов і систематична перевірка їх виконання значно збільшили присутність жінок в органах, які приймають рішення. У 1997 і 1998 роках 38 % посад голів правлінь адміністративних органів на центральному рівні у Швеції обіймали жінки.

Відставання в гендерному складі адміністративного керівництва на регіональному рівні порівняно з центральним пояснюється тим, що уряд має меншу можливість контролювати процедури призначень на рівні регіонів. Заходи, яких починає вживати уряд Швеції для здійснення поставлених цілей, поділяються на три типи: процедурні, статистичні і заохочувальні. Відповідно до процедури призначень посадових осіб

кандидатури, висунуті міністерствами, мають бути зареєстровані під розділом з питань гендерної рівності до того, як вони потраплять в уряд для затвердження. Організації, в яких відбуваються призначення, представляють дві кандидатури — чоловіка і жінку, щоб уряд міг вибрати особу, чия стать не представлена. До статистичних заходів належить надання парламентові щорічних звітів про гендерний склад правлінь адміністративних органів. Заохочувальні заходи в першу чергу набувають форми фінансової підтримки організацій, правлінь та інших структур за їхні проекти та інші ініціативи по збільшенню представництва жінок. Ці фонди розподіляються через національний бюджет і мають на меті стимулювати політичні партії, їх жіночі федерації і соціальних партнерів до того, щоб знаходити нові і неординарні методи збільшення кількості жінок в органах, які приймають рішення¹.

У Швеції була розпочата широка кампанія зі збільшення кількості жінок у регіональних адміністративних органах, у якій уперше тісно співпрацюють жіночі секції різних політичних партій. Вони намагалися привернути увагу суспільства і влади до гендерного складу регіональних правлінь і до процедур призначень у кожній з організацій.

Ще в 60-х роках ХХ ст. як частина жіночого руху в Скандинавії розпочалися дослідження жіночих проблем. Уряди фінансують дослідження жіночої тематики, покладаючи на них важливу державну роль. Багато дослідників одночасно беруть активну участь у феміністському русі й у політичному житті. Результати цих наукових праць допомагають урядам упроваджувати політику рівних можливостей, якнайкраще формулювати програми для жінок. Під тиском національних центрів жіночих досліджень у Фінляндії, Норвегії, Швеції, Ісландії, Данії Північна Рада міністрів прийняла рішення про фінансування посади координатора жіночих досліджень у регіоні, що відіграє важливу роль в обміні інформацією, координації програм досліджень, обміні студентами і вченими тощо. Характерною ознакою останнього часу є підвищення інтересу чоловіків до досліджень гендерної проблематики. Саме скандинавські дослідники феміністської проблематики ввели термін «державний фемінізм» у застосуванні до скандинавської моделі гендерної рівності². Суперечності, що зберігаються, у поступальному русі до гендерної рівності в регіоні породжують дискусії в середовищі скандинавського

¹ Див.: *Мельник Т.* Міжнародний досвід гендерних перетворень. – К., 2004. – С. 139–148.

² Див.: *Темкина А. А.* Женское движение как общественное движение: история и теория // Гендерная реконструкция политических систем. – С. 41–70.

наукового співтовариства і відповідно різні оцінки досягнутих успіхів, невирішених проблем і подальшої стратегії жіночого руху.

Успішне просування до гендерної рівності в Скандинавських країнах пов'язане з тим, що в цих державах не ставляться до емансипації жінок тільки як до справи «маргіналізованих жіночих груп», а розглядають її як найважливішу проблему всього суспільства. Вони вважають забезпечення рівних прав і можливостей для жінок одним із пріоритетних завдань держави, за що їх справедливо називають «феміністськими». Поєднання динамічної ринкової економіки і державного регулювання соціальної сфери дозволило Скандинавським країнам просунути у вирішенні цього завдання далі за інші країни світу. Їх ефективний економічний розвиток і пов'язаний з цим високий рівень життя створили належну матеріальну базу для поліпшення соціально-економічного становища жінок, що значно полегшило інтеграцію жінок у суспільно-політичне життя.

ПИТАННЯ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА

Ю. Щокін, доцент Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Місце звичаїв загального міжнародного права у правопорядку України

У переважній більшості українських наукових публікацій питання застосування норм міжнародного права обмежуються тільки одним джерелом — міжнародним договором. У той же час інше джерело, що користується в сучасному міжнародному праві заслуженим авторитетом, виявилося поза увагою українських фахівців. Фактично єдиним, хто в українській науковій літературі звертався до питання співвідношення міжнародно-правових звичаїв із внутрішнім правом України, є М. В. Буроменський¹.

У зв'язку з тим, що тематика міжнародного звичаєвого права має безліч відтінків, які у рамках однієї статті висвітлити неможливо, нижче зупинюся лише на одному, на мій погляд, найважливішому й принциповому — місці звичаїв загального міжнародного права у внутрішньому правопорядку України. Вбачається, що його дослідження може стати базовим пунктом для постановки і подальшого вивчення інших питань цього наукового напрямку.

Почнемо з того, що для правової системи України пряма вказівка на міжнародно-правовий звичай (не говорячи вже про загальний міжнародно-правовий звичай) як на самостійне джерело внутрішнього права є досить нетиповою. Основний Закон нашої держави — Конституція України — прямих посилань на нього не містить. У ній взагалі немає слова «звичай».

У чинному законодавстві міжнародно-правовий звичай згадується тільки в тих нормативно-правових актах, що стосуються регулювання відносин, які вже традиційно відносяться українською наукою до при-

¹ Див.: Міжнародне право: Навч. посіб. / За ред. М. В. Буроменського. – К., 2005. – С. 76–79.

ватноправових. Так, ч. 1 ст. 4 Закону України «Про міжнародне приватне право» називає міжнародні звичаї, «які визнаються в Україні» одним із джерел визначення права, що підлягає застосуванню до приватноправових відносин з іноземним елементом; ч. 1 ст. 6 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» наділяє суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності при складанні тексту зовнішньоекономічного договору (контракту) правом використовувати, між іншим, і міжнародні звичаї.

Чи маються на увазі у зазначених випадках у тому числі й звичаї загального міжнародного права? Оскільки жоден із указаних законів будь-якого тлумачення поняття «міжнародно-правовий звичай» (а буквально за текстом — «міжнародний звичай» — термін, який традиційно використовується як скорочений варіант першого) не дає, звернемося до вітчизняної доктрини міжнародного приватного права.

Багато вчених вважають, що цим поняттям охоплюються як звичаєво-правові норми, що регулюють міжнародні публічні відносини, так і звичаєво-правові норми, що присвячені регулюванню міжнародних відносин приватного характеру, а саме відносин у сферах міжнародної торгівлі й міжнародного торговельного мореплавства. Останні розглядаються як різновид перших. Таку позицію поділяв Л. А. Лунц¹. Про це тепер пишуть М. М. Богуславський², В. О. Канашевський³, О. Р. Кібенко⁴, Г. С. Фединяк⁵.

Тут слід зазначити, що в чинному законодавстві України безпосередньо поняття «міжнародний торговельний звичай» прописано тільки у ч. 5 ст. 4 Господарського процесуального кодексу України (далі — ГПК України). У статті 6 Кодексу торговельного мореплавства України (далі — КТМ України) йдеться про «звичаї торговельного мореплавства». І так, як і раніше, ні в першому, ані в другому випадках законодавець не визначає зміст цих понять, їх співвідношення між собою та з поняттям «міжнародний звичай».

У цілому ж ніхто з вищеназваних учених прямо не говорить про звичаї загального міжнародного права. Навіть тоді, коли робиться вка-

¹ Див.: *Лунц Л. А.* Курс международного частного права: В 3 т. – М., 2002. – С. 111–113.

² *Богуславский М. М.* Международное частное право: Учебник. – 3-е изд., перераб. и доп. – М., 1998. – С. 70.

³ Див.: *Канашевский В. А.* Нормы международного права и гражданское законодательство России. – М., 2004. – С. 94.

⁴ Див.: *Кибенко Е. Р.* Международное частное право: Учеб.-практ. пособие. – Харьков, 2003. – С. 24.

⁵ Див.: *Фединяк Г. С.* Міжнародне приватне право: Курс вибр. лекцій. – К., 1997. – С. 25, 26.

зівка на міжнародно-правові публічні звичаї, вона використовується в об'єднаному значенні, без поділу їх на категорії.

Даний підхід повністю зберігся в оновленому Цивільному кодексі України (далі — ЦК України). Його ст. 7 уперше у вітчизняному законодавстві прямо закріпила звичай як самостійне джерело виникнення юридичних прав і обов'язків. У частині 1 цієї статті передбачається, що цивільні відносини можуть регулюватися звичаєм і, зокрема звичаєм ділового обороту. Частина 2 ст. 7 ЦК України дає перше офіційне внутрішньодержавне визначення поняття звичаю: «Звичаєм є правило поведінки, яке не встановлено актами цивільного законодавства, але є ustalеним у певній сфері цивільних відносин».

Чіткої вказівки на міжнародно-правовий звичай у ст. 7 ЦК України немає. Втім учені-цивілісти переконані, що тут також маються на увазі будь-які звичаї міжнародного права. Так, Є. О. Харитонов, пояснюючи ст. 7, пише: «У коментованій статті вперше у вітчизняному законодавстві вказується на звичай як на джерело цивільного права і визначаються засади його застосування... Залежно від характеру правового звичаю можна виокремити кілька його видів: міжнародні звичаї; звичаї внутрішньодержавні; звичаї, що ґрунтуються на звичаєвому праві; судовий звичай; звичай ділового обігу (обороту) та ін.»¹. Сюди ж учений відносить і загальні принципи права².

Незважаючи на відсутність офіційних внутрішньодержавних тлумачень поняття міжнародно-правового звичаю (міжнародного звичаю), у тих випадках, коли український законодавець все-таки звертається до цього джерела, він відводить йому допоміжну роль стосовно писаних позитивних норм.

Зокрема, відповідно до ч. 1 ст. 6 Закону «Про зовнішньоекономічну діяльність» суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності при складанні тексту зовнішньоекономічного договору можуть використати відомі міжнародні звичаї тільки тоді, коли це не заборонено прямо й у виключній формі цим та іншими законами України. У Законі «Про міжнародне приватне право» вторинна роль міжнародних звичаїв явно простежується з того, що, окрім згадуваної ч. 1 ст. 4, у Законі більше немає жодного посилання на можливість застосування міжнародних звичаїв, що явно контрастує з постійними застереженнями на користь застосування міжнародних договорів, укладених Україною. Згідно з ч. 2 ст. 7 ЦК України,

¹ Цивільний кодекс України: Коментар. — 2-ге вид.: із змінами станом на 15 січ. 2004 р. — Х., 2004. — С. 13.

² Там само.

«звичай, що суперечить договору або актам цивільного законодавства, у цивільних відносинах не застосовується».

Ставлення українського законодавця до міжнародних торговельних звичаїв і звичаїв торговельного мореплавства як до норм вторинного плану поширюється і на міжнародні звичаї в цілому (ч. 5 ст. 4 ГПК України і ст. 6 КТМ України).

Чи правомірний такий підхід? Чи має застосування міжнародних звичаїв: загальних, регіональних, двосторонніх, торговельних і навіть загальних принципів права цілком і повністю залежати від волі державної влади?

Вбачається, що відповідь має бути диференційованою залежно від особливостей формування та впливу на підтримку міжнародного правопорядку й на розвиток внутрішньодержавної правової системи України. Однак якщо говорити в цілому, то практика звертання до міжнародно-правових звичаїв при вирішенні спорів у міжнародних судових (арбітражних) органах і величезний інтерес до них особливо за останні два десятиліття в закордонній юридичній літературі свідчать про те, що реальний вплив міжнародно-правових звичаїв на регулювання суспільних відносин не тільки не знижується, а, навпаки, усіяко зростає.

Глибокі дослідження, проведені за останні роки в українській науці, зокрема із проблем правових звичаїв міжнародної торгівлі, дозволили зробити висновок про те, що вони є різними: одні виконують допоміжну («доповнюючу») функцію стосовно зовнішньоекономічних договорів, інші, навпаки, — є імперативними нормами¹. О. О. Щокіна пише: «Доцільно надавати імперативної сили тим звичаям міжнародної торгівлі, які спрямовані на захист прав учасників міжнародних комерційних відносин і споживачів і забезпечення стабільності міжнародного комерційного обороту в цілому (такі імперативні звичаї міжнародної торгівлі, як принципи добросовісності і чесної ділової практики)»². Завдяки такого роду звичаям в українській доктрині міжнародного приватного права знову виявилася затребуваною теорія *lex mercatoria*³.

Уже з урахуванням таких зауважень вищенаведені норми приватно-правових законів України виглядають не настільки однозначними і мають потребу в корегуванні. Необхідність змін стає ще більш очевидною,

¹ Див.: Щёкина Е. А. Правовой обычай международной торговли как источник международного частного права. — Харьков, 2007. — С. 190.

² Там само.

³ Див.: Мережко А. А. Lex mercatoria: теория и принципы транснационально-торгового права. — К., 1999. — 416 с.; Очерки международного частного права / Под ред. проф. А. Довгерта. — Харьков, 2007. — С. 70–82.

якщо зачіпаються міжнародні звичаї, які традиційно відносяться наукою до міжнародного публічного права, де загальні міжнародно-правові звичаї завжди грали й будуть відігравати провідну роль.

Загальне міжнародне право охоплює своїм впливом усі держави світу і за своєю юридичною силою є основним як для міжнародного спілкування, так і для побудови національних правових систем. Воно поєднує насамперед імперативні норми міжнародного права (*jus cogens*). Багато хто з юристів-міжнародників розглядають його в контексті зобов'язань *erga omnes*¹.

Від виконання зобов'язань за загальним міжнародним правом не можна відмовитися в односторонньому порядку. У статті 53 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р. указується, що «імперативна норма загального міжнародного права є нормою, яка приймається й визнається міжнародним співтовариством держав у цілому як норма, відхилення від якої неприпустиме і яка може бути змінена тільки наступною нормою загального міжнародного права, що має такий же характер».

Отже, держави зобов'язані виконувати зобов'язання за загальним звичаєвим міжнародним правом поза залежністю від положень їх внутрішнього законодавства з цього приводу. Ігнорування даного виду міжнародних звичаїв спричиняє міжнародно-правову відповідальність. І в цьому сенсі міжнародно-правовий звичай як джерело міжнародного права за своєю юридичною силою переважає над міжнародним договором, від положень якого можна відмовитися в односторонньому порядку, хоча, можливо, і з дотриманням у деяких випадках досить складної процедури.

З огляду на вищевикладене, чи можна зробити висновок про те, що діюче українське законодавство взагалі не враховує імперативний характер норм загального звичаєвого міжнародного права?

Конституція України, як і українське законодавство в цілому, поняттями «загальне міжнародне право», а тим більше «загальне звичаєве міжнародне право» не користується. Разом з тим ст. 18 Конституції закріплює норму, що пропонує спрямовувати зовнішньополітичну діяльність України «на забезпечення її національних інтересів і безпеки шляхом підтримки мирного й взаємовигідного співробітництва із членами міжнародного співтовариства на основі загально визнаних прин-

¹ Див.: *Obligations Erga Omnes in International Law*. Resolution of the Institute of International Law. Adopted on August 27, 2005. Krakow Session – 2005 (текст резолюції див. на сайті Ін-ту міжн. права: [www. icj-cij. org](http://www.icj-cij.org)).

ципів і норм міжнародного права». А раніше прийнята Декларація про державний суверенітет України від 16. 07. 1990 р. проголосила, що «Українська РСР визнає перевагу загальнолюдських цінностей над класовими, пріоритет загальновизнаних норм міжнародного права перед нормами внутрішньодержавного права» (розділ X).

Річ у тім, що зазначені в обох документах «загальновизнані принципи й норми міжнародного права» у доктрині й практиці міжнародного права традиційно отожднюються з нормами загального міжнародного права. Слово «загальне» у цьому випадку саме й припускає «загальновизнаність» — загальне визнання. Будь-яких інших загальновизнаних принципів і норм міжнародного права поза загальним міжнародним правом не існує. Можна повністю погодитися з Б. Л. Зимненком, який «розуміє під “загальним міжнародним правом” сукупність загальновизнаних принципів і норм міжнародного права, основним джерелом яких є міжнародний звичай»¹. Тому є всі підстави вважати, що і ст. 18 Конституції, і розділ X Декларації створюють юридичну підставу для застосування міжнародно-правових звичаїв. Але тільки для тих, які закріплюють норми загального міжнародного права.

М. В. Буроменський коментує ст. 18 Конституції так: «Ця норма лише на перший погляд не пов'язана з національним правом. Насправді ж уся зовнішньополітична діяльність України знаходиться під юрисдикцією України. Це допускає безумовну можливість оцінки такої діяльності національними судами саме на основі ст. 18 Конституції України»².

До цього можна додати, що ця норма також чітко вказує, що оскільки в основі зовнішньополітичної діяльності України (і відповідно її юридичних оцінок національними судами) повинні лежати загальновизнані принципи й норми міжнародного права, то за цими принципами й нормами визнається пріоритет над усіма іншими правовими нормами, включаючи норми національної правової системи України. А з огляду на звичаєво-правове втілення норм загального міжнародного права висновок вбачається очевидним: ст. 18 Конституції України визначає й співвідношення звичаїв загального міжнародного права з національною правовою системою України на користь перших і наділяє національні судові й адміністративні органи правом на їх безпосереднє застосування, але тільки, підкреслю, при юридичному оцінюванні зовнішньополітичної діяльності України.

¹ *Зимненко Б. Л.* Нормы международного права в судебской практике Российской Федерации: Пособие для судей. — М., 2003. — С. 43.

² *Міжнародне право: Навч. посіб. / За ред. М. В. Буроменського.* — К., 2005. — С. 77.

Положення, закріплене в розділі X Декларації про державний суверенітет України, має більш загальний характер. Воно вже поширює дію звичаїв загального міжнародного права в тому числі й на правовідносини, що виникають усередині держави. Питання, однак, у юридичній характеристиці самої Декларації. Чи є вона рівною за своєю юридичною силою Конституції України? Переважає над нею? Або, навпаки, підлегла їй?

Підходи до пошуку відповідей на ці питання різні. Так, існує думка, що Декларація про державний суверенітет України належить до нормативно-правових актів конституційного рівня і тому закріплена в Декларації норма про співвідношення міжнародних загальновизнаних норм і норм внутрішнього права України за своїм характером є конституційною¹.

Разом з тим інші вчені схиляються до думки, що з моменту прийняття Конституції Декларація свою роль вичерпала, та й раніше Декларація не була нормативно-правовим актом вищої юридичної сили. Зокрема, В. П. Колісник зазначає, що «за змістом Декларація могла б відігравати роль малої Конституції України, проте час запровадження її положень у повній мірі тоді ще не настав, і вона так і залишилася за юридичною природою передконституційним документом»². Однак, на мій погляд, найбільш чітко роз'яснення юридичної сутності Декларації дає Л. Юзьков. Він указує: «У прикінцевій частині Декларації міститься положення про те, що вона (Декларація) є «основою для нової Конституції, законів України і визначає позиції Республіки при укладанні міжнародних угод». Це положення виявилось надто привабливим щодо прискорення державно-правової розбудови України. Чимало народних депутатів у зв'язку з цим навіть ставили питання про надання Декларації статусу Конституційного закону. Перемогла ідея, що Декларація має залишитись у якості, зумовленій її сутністю саме як декларації — документа урочистого проголошення державного суверенітету України»³.

Таким чином, навряд чи можна розглядати Декларацію про державний суверенітет України як і нині діючий нормативно-правовий акт

¹ Міжнародне право: Навч. посібник / За ред. М. В. Буроменського. – К., 2005. – С. 77.

² Колісник В. П. Національно-етнічні відносини в Україні: теоретичні засади та конституційно-правові аспекти: Монографія. – Х., 2003. – С. 80.

³ Юзьков Л. Від Декларації про державний суверенітет України до Концепції нової Конституції України // Конституція незалежної України: У 3 кн. – Кн. 1: Документи, коментарі, статті / За заг. ред. С. Головатого; Упоряд.: С. Головатий, Л. Юзьков. – К., 1995. – С. 9.

вищого (конституційного) рівня, що має пряму дію. Це означає, що питання про місце звичаїв загального міжнародного права у внутрішньому правопорядку всебічно не врегульоване, що, повторимося, не знімає з України міжнародно-правових зобов'язань з їх виконання.

Тим часом у ч. 1 ст. 8 Конституції України закріплено, що «в Україні визнається і діє принцип верховенства права». На думку М. В. Буроменського, ця норма є юридичною підставою для застосування в межах національної правової системи України загальноновизнаних принципів і норм міжнародного права в їх звичаєво-правовому втіленні. Як зазначає вчений, «вживання виразу “верховенство права” у ч. 1 ст. 8 Конституції, поза сумнівом, не обмежене національними рамками»¹. У такій інтерпретації «загальноновизнані норми міжнародного права мають примат і над Конституцією України»².

Вбачається, що тлумачення поняття «верховенство права», дійсно, не обмежено державними кордонами. Значеннєвий зміст поняття «справедливість», що лежить в основі принципу верховенства права, універсальний, що на сьогодні доведено численними дослідженнями³. Конституційний Суд України повністю погодився із цим, вказавши в п. 4. 1 свого рішення від 02. 11. 2004 р. № 15-рп/2004 таке: «Одним із проявів верховенства права є те, що право не обмежується лише законодавством як однією з його форм, а включає й інші соціальні регулятори, зокрема норми моралі, традиції, звичаї тощо, які легітимовані суспільством і зумовлені історично досягнутим культурним рівнем суспільства. Усі ці елементи права об'єднуються якістю, що відповідає ідеології справедливості, ідеї права, яка значною мірою дістала відображення в Конституції України. Таке розуміння права не дає підстав для його ототожнення із законом, який іноді може бути й несправедливим... Справедливість — одна з основних засад права, є вирішальною у визначенні його як регулятора суспільних відносин, одним із загальнолюдських вимірів права»⁴.

Звернемо увагу на те, що, по-перше, інші (тобто крім законодавства) соціальні регулятори й елементи права — норми моралі, традиції, звичаї — лише «значною мірою дістали відображення в Конституції

¹ Міжнародне право: Навч. посіб. / За ред. М. В. Буроменського. — К., 2005. — С. 79.

² Там само.

³ Див., напр.: Максимов С. И. Правовая реальность: опыт философского осмысления: Монография. — Харьков, 2002. — 328 с.; Цвік М. Про сучасне праворозуміння // Вісн. Акад. прав. наук України. — 2001. — № 4 (27). — С. 3–13 та ін.

⁴ Див.: Офіційний вісник України. — 2004. — № 45. — Ст. 2975.

України», і, по-друге, саме право не ототожнюється із законом, «який іноді може бути й несправедливим». Із цього випливає, що розуміння права визначає зміст Конституції України, виступає мірилом обґрунтованості включення норм до неї. Таким чином, право переважає над Конституцією як законом, нехай навіть і основним. У цьому зміст верховенства права.

КС України зазначає, що норми моралі, традиції і звичаї як незаконодавчі елементи права обумовлені історично досягнутим культурним рівнем суспільства. Навряд чи тут мається на увазі досвід культурного розвитку виключно України. Скоріше за все, йдеться про історично досягнутий культурний рівень людської цивілізації в цілому. Адже із проголошенням незалежності й початком формування власної правової системи Україна значною мірою орієнтувалася на кращі світові зразки правотворчості (у рішенні КС України говориться про справедливість як «один із загальнолюдських вимірів права»). Під світовими зразками в цьому випадку можуть розумітися й іноземні, що втілюють найцінніший правотворчий досвід інших країн, і міжнародні, що втілюють досвід міжнародно-правового співробітництва. А найбільш яскравим вираженням останнього і виступають загальновизнані принципи й норми міжнародного права. При цьому в співвідношенні національно-правового і міжнародно-правового останнє у наш час відіграє провідну роль, оскільки воно в силу специфіки свого формування виступає як узагальнення розвитку безлічі перших. Тому, власне, багато сучасних конституцій світу в тій або іншій формі закріпили пріоритет норм міжнародного права над національними правовими системами. І тому як для інших країн, так і для України є логічним визнання примата звичаїв загально- міжнародного права над звичаями національного права.

Однак у цьому випадку необхідно зробити деяке істотне уточнення. Справа в тому, що загальне міжнародне право теж різне. Воно охоплює норми, які мають різну предметну спрямованість. У більшості випадків це відносини міжнародної безпеки (заборона агресії і погрози нею, мирне вирішення спорів, заборона геноциду, апартеїду, колоніалізму, обов'язкове виконання міжнародно-правових зобов'язань та ін.). Величезну частину становлять норми, спрямовані на гуманізацію ведення збройних конфліктів міжнародного й неміжнародного характеру. До загального міжнародного права також можна віднести деякі норми міжнародного дипломатичного права (недоторканність дипломатичних представників на території держав акредитації, недоторканність дипломатичної кореспонденції, архівів і документів та ін.). Дедалі більше

міжнародне визнання як норми загального міжнародного права здобувають зобов'язання із захисту навколишнього середовища.

У контексті ж верховенства права мова йде насамперед про ті норми загального міжнародного права, які стосуються розуміння й застосування категорії «право» як такої. Інакше кажучи, йдеться про застосування загальних принципів права. У доктрині міжнародного права існують різні точки зору з приводу втілення (об'єктивізації) цих принципів. Деякі вчені вважають, що загальні принципи в міжнародному праві виступають самостійним джерелом, інші — загальні принципи об'єктивуються через інші загальноновизнані джерела, — у першу чергу міжнародні договори і міжнародно-правові звичаї. Причому саме звичаї є найбільш адекватною й первинною формою їхнього зовнішнього вираження. Останньої точки зору дотримується й автор цієї статті.

На підставі вищевикладеного можна зробити такі висновки:

1. У Конституції та внутрішніх законах України питання про співвідношення норм загального звичаєвого міжнародного права і національного права України належним чином не врегульоване. У нормах національних законів України, які містять відсилання до міжнародних звичаїв, відсутній диференційований підхід до їх застосування, заснований на місці та ролі кожного з різновидів звичаїв у регулюванні міжнародних відносин.

2. Чинна Конституція України:

а) закріпленням у ст. 8 принципу верховенства права дає підставу для пріоритетного застосування у внутрішньому правопорядку України тих звичаїв загального міжнародного права, які закріплюють загальні принципи права, причому й у тих випадках, коли такі звичаєві норми суперечать самій Конституції;

б) стаття 18 установлює пріоритетне застосування звичаїв загально-міжнародного права («загальноновизнаних принципів і норм міжнародного права») національними судовими й адміністративними органами України при здійсненні юридичних оцінок зовнішньополітичної діяльності України.

3. Норми ч. 1 ст. 6 Закону «Про зовнішньоекономічну діяльність» і ч. 2 ст. 7 ЦК України в контексті застосування звичаїв загального міжнародного права суперечать міжнародно-правовим зобов'язанням України, що випливають із цього ж загального міжнародного права.

В. Белєвцева, здобувач Інституту законодавства Верховної Ради України

Міжнародно-правові інструменти у сфері прикордонного співробітництва

Співробітництво, що у наш час швидко розвивається між європейськими державами в різних сферах, приводить до пошуку його нових організаційних і правових форм. При цьому постає подвійне завдання — посилити роль держав у розвитку взаємних економічних, політичних і культурних зв'язків у цілому, та водночас підвищити активність їх окремих регіонів у проведенні цієї діяльності.

Створення в Європі широкої системи міждержавних структур, правова основа яких варіюється від заяв про наміри щодо співпраці до багатобічних міждержавних договорів, що встановлюють конкретні організаційні форми діяльності, також розширило концепцію міждержавного співробітництва та великою мірою визначило його міжнародно-правові основи. Проте пошук нових шляхів для інтенсифікації економічного розвитку призвів до нових підходів, що дозволили виділити прикордонну співпрацю між сусідніми регіонами в окрему галузь, яка регулюється специфічними для неї принципами і нормами публічного права, як це наголошується у відповідних угодах, які мають міжнародний або приватний характер¹.

У цьому аспекті доцільно уточнити, що саме автор відносить до поняття публічного права. Так, на думку автора, публічне право включає сукупність галузей права, які регулюють відносини, що забезпечують загальний публічний інтерес. Галузями публічного права є: міжнародне публічне право; конституційне право; адміністративне право; фінансове право; кримінальне та кримінально-процесуальне право та ін.

Дослідженням питань правового регулювання прикордонного співробітництва приділяли увагу такі зарубіжні науковці, як Дж. Брунн, П. Шмідт-Егнер, Х. Мартинос, Ж. Габбе, Ж. -П. Ленер, Р. Ратті, С. Романов, О. Реут. Серед вітчизняних авторів, які торкалися проблем розвитку прикордонного співробітництва, можна виділити таких, як: Р. Дацків, М. Лендел, П. Луцишин, І. Ілько, О. Кірюхін, Т. Жилінкова, І. Студенніков та ін. Але головним чином увага в наукових працях вітчизняних

¹ *Шаров В. Ф.* Новые формы межгосударственного сотрудничества в Европе // www.rami.ru/publications/gorchakov/index.html

учених приділяється економічному і геополітичному аспекту розвитку прикордонного/транскордонного співробітництва, наголошується на актуальності такого виду міжрегіональних зв'язків для українських прикордонних областей.

Метою цієї статті є розгляд правового регулювання прикордонного/транскордонного співробітництва на міжнародному рівні, існуючих правових підвалин здійснення такого виду діяльності як на території України, так і за її межами. Це, на думку автора, дасть змогу удосконалити існуюче законодавство України у сфері прикордонного/транскордонного співробітництва, виділити напрями спрощення співробітництва прикордонних областей України з прикордонними територіями сусідніх країн.

Не тільки у державах-членах Європейського Союзу, але й у Центральній та Східній Європі прикордонне співробітництво між урядами та державними органами влади на регіональному/місцевому рівні останнім часом достатньо швидко поширюється. Існує багато форм юридичних угод, включаючи протоколи та договори, що направлені на забезпечення прикордонної діяльності, розширення специфічних повноважень комплексу прикордонних структур.

Пряма участь прикордонних областей в управлінні прикордонною діяльністю все ще стримується низкою перешкод або обмежень правової природи. Ці перешкоди мають відношення до таких факторів¹:

1. Не існує єдиного інструмента міжнародного права, що підходить до прикордонного співробітництва як в Європі, так і за її межами. Здійснення прикордонного співробітництва продовжує управлятися багатосторонніми угодами між державами. Ці угоди, головним чином, залежать від політичних уподобань країн-сусідів.

2. Окремі національні правові системи делегували повноваження щодо здійснення прикордонного співробітництва на регіональний/місцевий рівень. Участь регіональних органів влади в управлінні прикордонною діяльністю через укладання міжнародних угод повністю змінює Європу в тому аспекті, що це впливає на існуючий рівень централізації/децентралізації управління прикордонним співробітництвом.

3. Різні види угод, у тому числі конвенції та договори, також необхідні для того, щоб спростити прикордонну кооперацію.

¹ Жилінкова І. В. Транскордонне співробітництво суб'єктів місцевого самоврядування // Проблеми удосконалення правового регулювання місцевого самоврядування в Україні: Матеріали Міжнар. наук.-практ. конф., м. Харків, 25 трав. 2004 р. / За ред. проф. Ю. П. Битяка. – Х., 2004. – С. 27–30.

Джерелами міжнародного права, що регулює певним чином прикордонну кооперацію, є окрема група міжнародних договорів. Розглянемо їх детальніше.

Багатосторонні угоди — це найбільш важливі правові інструменти, що мають на меті забезпечення прикордонного співробітництва. До них можна віднести:

по-перше, міждержавні угоди у сфері регіональної інтеграції (наприклад, Угода про прикордонне співробітництво між Північними країнами 1977 року)¹.

По-друге, угоди, що укладені під патронатом міжнародних організацій таких як Європейський Союз (Європейська (Мадридська) рамкова конвенція про транскордонне співробітництво між територіальними общинами або властями, до якої приєдналися у 1999 р. понад 33 країни. Додатковий протокол до неї був підписаний 14 країнами у кінці 1999 р.)².

Ці правові інструменти створюють певну основу для міждержавних угод, а також для договорів між регіональними/місцевими органами влади прикордонних країн. Однак вони є обмеженими, як наприклад Європейська (Мадридська) рамкова конвенція про транскордонне співробітництво між територіальними общинами або властями, тому що ці правові інструменти не містять норм щодо укладання договорів про прикордонне співробітництво, вони є структурою, яку необхідно перенести до національного законодавства прикордонних держав. До того ж існують відмінності у регіональних та місцевих структурах влади різних країн, а також відмінності правових систем країн, що приєдналися до вищезазначених угод. У більшості випадків це унеможлиблює:

1) укладання прямих угод між регіональними органами влади прикордонних держав;

2) надання виключної компетенції місцевим органам влади прикордонних країн щодо здійснення прикордонного співробітництва.

Двосторонні та тристоронні угоди надають можливість здійснення прикордонного співробітництва виключно між національними урядами через протоколи або угоди. Цей вид співробітництва здійснюється через об'єднані державні комісії.

¹ *Batt J. and K. Wolczuk*, 2001. Keep an Eye on the East. The European Union should not ignore regions that fall outside its plans for enlargement. In: *Financial Times*. International Edition, 23 February.

² Там само.

Прикладами угод про добросусідські відносини, що поглиблюють дружбу, взаєморозуміння, співробітництво, можуть бути угоди між:

1. Україною та Угорщиною 1991 р.
2. Угорщиною і Словенією 1992 р.
3. Угорщиною і Словацькою Республікою 1995 р.
4. Угорщиною і Румунією 1996 р.

Угоди Західних Європейських країн, наприклад Угода між Швейцарією та Францією 1973 р.; Швейцарією, Німеччиною та Францією 1980 р.; Італією та Францією 1981 р.; Іспанією та Францією 1994 р., привели до утворення об'єднаних урядових комісій, головним завданням яких є збільшення міжнародного співробітництва¹.

У 1980 — 1990-х роках були також створені урядові об'єднані комісії з регіонального співробітництва у Центральних та Східних країнах Європи через укладання міжурядових угод, таких як²:

1. Австрія — Угорщина 1985 р.
2. Німеччина — Республіка Польща 1992 р.
3. Словацька Республіка — Республіка Польща 1994 р.
4. Словацька Республіка — Угорщина 1995 р.
5. Чеська Республіка — Республіка Польща 1995 р.

Ці угоди можуть дозволити регіональним органам влади бути задіяними у прикордонному співробітництві між національними урядами. Це поширено у федеральних державах. Конституції держав, зокрема федеральних, відносять ведення зовнішніх відносин до компетенції центральних органів. У статті 1 розділу 10 Конституції США указується, що жоден зі штатів не може без згоди Конгресу укладати угоди з іноземними державами. Подібне визначення міститься також у конституціях ФРН, стаття якої встановлює, що «ведення відносин з іноземними державами належить Федерації»; (землі) можуть з відома федерального уряду укладати договори з іноземними державами». Подібна вимога міститься також у конституції Австрії та інших країн. У більшості випадків регіональні/місцеві органи влади уповноважені безпосередньо підписувати міжнародні угоди з будь-яких питань співробітництва у межах їх компетенції. Однак нормативні акти регіональних/місцевих органів влади повинні відповідати національному законодавству та пере-

¹ Rahmenabkommen zwischen der Republik Österreich und der Italienischen Republik über die grenzüberschreitende Zusammenarbeit von Gebietskörperschaften, Wien am 27. Jan. 1993, kundgemacht in BGBl. Nr. 421 am 30. Juni 1995, S – 241 f.

² *Bramanti A. and R. Ratti*, 1993. *Towards a Europe of the Regions. Opportunities and Challenges of Trans-boundary Economic Cooperation*. Milan: Franco Angeli (in Italian).

бувають під контролем національного уряду, який має право накладати вето або ухвалити. Крім того, держави можуть прийняти рішення про підписання угод, що мають на меті закладення основних засад щодо здійснення прикордонного співробітництва¹. Конвенція про прикордонне співробітництво країн БЕНІЛЮКСУ 1989/1997 р., Міжнародна Угода між Німеччиною та Голландією 1991 р. та ін. є прикладами міждержавних угод, що засновані на Європейській рамковій конвенції прикордонного співробітництва та надають можливість регіональним та місцевим органам влади займатися прикордонним співробітництвом на основі міжнародного публічного права².

В Україні порядок укладання і виконання договорів, а також питання юридичної відповідальності за їх порушення регулюються чинним законодавством, зокрема Законом «Про міжнародні договори України» 2004 р. Міжнародні договори регулюються правом міжнародних договорів — Віденська конвенція про право міжнародних договорів 1969 р., Віденська конвенція про правонаступництво держав стосовно договорів 1978 р.

Підсумовуючи вищевикладене, можна зробити такі висновки.

1. У найжорсткішому та формальному розумінні терміна «прикордонний інститут» — це міжнародний правовий інструмент, що визнається міжнародним правом як відповідний контекст для відносин у прикордонних районах. Цей міжнародний інструмент, з точки зору застосування, належить до ведення адміністративних структур, зацікавлених у розвитку прикордонного співробітництва держав.

2. Існує два головних типи угод у сфері прикордонного співробітництва залежно від їх рівня. До першого рівня можна віднести типові міждержавні угоди, укладання яких належить виключно до компетенції держави. Другий тип становлять угоди, статuti, договори між місцевими властями, які регулюють безпосередньо реалізацію прикордонного співробітництва складових частин комплексу прикордонних структур, тобто суб'єктів місцевого самоврядування.

¹ *Bauer J.*: Verträge der Länder der Bundesrepublik Deutschland mit ausländischen Staaten über Fragen der kommunalen Zusammenarbeit, NWVB1. 2/94, S- 41-50; *Browning C.*, 2001. The Region-Building Approach Revisited: The Continued Othering of Russia in Discourses of Region-Building in the European North. COPRI Working Paper 6. Copenhagen: Copenhagen Peace Research Institute; *Reut O.*, 2000. Republic of Karelia: A Double Asymmetry or North-Eastern Dimensionalism. COPRI Working Paper 13. Copenhagen: Copenhagen Peace Research Institute.

² *Bauer J.*: Verträge der Länder der Bundesrepublik Deutschland mit ausländischen Staaten über Fragen der kommunalen Zusammenarbeit, NWVB1. 2/94, S-41-50.

3. Міждержавні угоди спрямовані на чітке визначення змісту, форм та меж, в яких регіональні/місцеві органи влади можуть здійснювати управління прикордонним співробітництвом, також повинні сприяти усуненню юридичних розбіжностей прикордонних країн, що можуть створити проблеми при здійсненні прикордонної діяльності.

4. Принципи міжрегіональної співпраці в Європі представлені в двох основних документах — Європейській рамковій конвенції про прикордонну співпрацю територіальних співтовариств і властей, підписаній у Мадриді 21 травня 1980 р. і що набула чинності в червні того ж року, і Європейській Хартії місцевого самоврядування від 15 жовтня 1985 р.

5. Для України доцільно ввести практику підписання міждержавних угод нового типу, що спрямовані на сприяння розвитку прикордонного співробітництва. Їх актуальність полягає у передачі державами, які укладають такі угоди, місцевим органам влади всієї повноти відповідальності і повноважень в ухваленні рішень щодо прикордонної кооперації у питаннях, що належать до сфери їх компетенції за внутрішнім законодавством. За такого типу угодами регіональні і місцеві органи влади мають можливість самостійно і без додаткових узгоджень з державними органами влади укладати з прикордонними партнерами юридично зобов'язуючі угоди про кооперацію. Таким чином, створюється загальна правова основа, що надає місцевим органам влади набагато більші можливості для розвитку прикордонної співпраці і самостійного вирішення проблем співробітництва.

6. В українській зовнішній політиці прикордонні зв'язки відіграють помітну роль. Її напрями і пріоритети, що сформувалися останнім часом, включають як одну з можливих форм міжнародної регіональної взаємодії відносини з прикордонними державами ближнього і далекого зарубіжжя.

ПРОБЛЕМИ БОРОТЬБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ

М. Погорецький, доктор юридичних наук (Міжвідомчий науково-дослідний Центр з проблем боротьби з організованою злочинністю при РНБО України)

Проблема взаємозв'язку оперативно-розшукової діяльності і кримінального процесу

Дослідження проблем удосконалення боротьби зі злочинністю та захисту прав і свобод людини від злочинних посягань є одним із пріоритетних напрямів для сучасної теорії оперативно-розшукової діяльності (далі ОРД) та теорії кримінального процесу. Враховуючи зазначене, актуальним є дослідження проблеми взаємозв'язку ОРД і кримінального процесу, який дозволяє більш ефективно й раціонально використовувати у цьому напрямі спільні можливості цих самостійних видів діяльності.

У філософському розумінні під поняттям «взаємозв'язок»¹ певних речей, процесів тощо розуміють відношення їх взаємозалежності, що проявляється у різних формах, за якого зміна певних властивостей і станів одних спричиняє відповідні зміни в інших. При цьому категорія «взаємозв'язок» розглядається як діалектична єдність зв'язку і відособленості, за якої категорія «зв'язок» відбиває взаємозв'язок, а категорія «відособленість» (роздільність), фіксує момент їхнього зв'язку, — їх відносну незалежність і самостійність.

Виходячи з цього, розкриття взаємозв'язку сучасних ОРД і кримінального процесу в методологічному плані потребує, насамперед, визначення їх змісту та понять, які до цього часу є дискусійними в теорії

¹ У філософській літературі взаємозв'язок нерідко називають відношенням, розуміючи їх як рівнозначні поняття. Див.: *Парнюк М. А., Кирилук С. К., Кизима В. В.* Связь и обособленность. – Киев, 1988. – С. 13–20; *Современный философский словарь / Под общ. ред. В. Е. Кемерова.* – Лондон; Франкфурт-на-Майне; Париж; Люксембург; Москва; Минск, 1998. – С. 769–771.

та практиці, що можливе лише через такі філософські категорії діалектики, як «зв'язок» і «відособленість», які являють собою універсальні форми відображення їхнього співвідношення, а також такі категорії, як «загальне», «особливе» й «одиничне»¹. Це дає змогу, з одного боку, виявити загальні риси ОРД і кримінального процесу як самостійних сучасних діяльнісних систем, що перебувають між собою у взаємозв'язку за досягнення спільних мети та завдань, а з іншого — виявити в них індивідуальні ознаки, що дозволяють розрізнити їх між собою, показати їх відносну самостійність і відособленість.

З філософськими категоріями діалектики «взаємозв'язок», «зв'язок», «відособленість» тісно пов'язана й така категорія, як «взаємодія», що використовується нами для підкреслення того, що ОРД і кримінальний процес мають не пасивний зв'язок між собою, а по-різному активно взаємодіють у різних відносинах при вирішенні спільних завдань. Така взаємодія ОРД і кримінального процесу при використанні матеріалів ОРД у кримінальному процесі здійснюється, як правило, через їх суб'єктів — органи дізнання, уповноважені на здійснення оперативно-розшукових і кримінально-процесуальних функцій (ст. 101 КПК України), та досудового слідства (ст. 102 КПК України).

Під такою взаємодією слід розуміти необхідний, заснований на законі та відомчих нормативних актах, координований за проміжними цілями напрям діяльності незалежних один від одного в адміністративному відношенні органів (дізнання та слідства), спрямований слідчим чи прокурором і здійснюваний у формі правових відносин при комплексному сполученні та ефективному використанні повноважень, методів та форм, властивих кожному з них, який, будучи процесуально й тактично правильно організованим, дозволяє об'єднати й на цих засадах більш ефективно й раціонально використати їх кримінально-процесуальні та оперативно-розшукові можливості для досягнення як спільної мети і вирішення завдань ОРД і кримінального процесу, так і цих двох самостійних видів діяльності зокрема.

При визначенні змісту та понять ОРД і кримінального процесу, а також їх взаємозв'язку як самостійних діяльнісних систем слід виходити з концептуальних засад людської діяльності, сформульованих у філософській, психологічній, юридичній та іншій літерату-

¹ Современный философский словарь / Под общ. ред. В. Е. Кемерова. — С. 276–279.

рі¹, оскільки і ОРД, і кримінальний процес є її різновидами, а суб'єкти ОРД і кримінального процесу виконують визначені для них законодавством завдання саме завдяки здійсненню відповідних видів діяльності, які є засобом досягнення соціально значущих цілей. Такий підхід, на наш погляд, дає змогу виокремити сутнісні ознаки ОРД і кримінального процесу та індивідуалізувати їх як самостійні складні, високоорганізовані й динамічні діяльнісні системи, що включені до соціально-правового механізму суспільства й відіграють провідну роль у боротьбі зі злочинністю та захисті прав і свобод людини, забезпеченні безпеки суспільства та держави, а також визначити їх зв'язок як між собою, так і з іншими видами діяльності, та їх відособленість.

Досліджуючи взаємозв'язок ОРД і кримінального процесу, слід виходити з того, що будь-які види діяльності, які здійснюються в предметно-

¹ Ми дотримуємося діалектично-матеріалістичної концепції людської діяльності, яка виходить з цілісного розуміння її як предметної, органічної єдності практичної й теоретичної, пізнавальної й перетворювальної форм (Див.: *Маркс К., Енгельс Ф.* Сочинения. – 2-е изд. – Т. 2. – С. 211). Діяльність характеризується як метод пізнання і перетворення навколишнього світу, який являє собою сукупність принципів, що орієнтують людей у їх пізнавальній і предметно-перетворювальній діяльності (Див.: *Шентулин А. П.* Диалектический метод познания (Вопросы применения диалектики в качестве метода познания и революционного преобразования действительности). – М., 1984. – С. 5); як специфічно людський спосіб ставлення до світу; як процес, у ході якого людина відтворює й творчо перетворює природу, стаючи тим самим діяльним суб'єктом, а засвоювані нею явища природи стають об'єктом її діяльності (Див.: *Философский словарь / Под ред. И. Т. Фролова.* – М., 1987. – С. 118); як спосіб існування людини (Див.: *Каган М. С.* Человеческая деятельность. – М., 1974. – С. 5); як специфічну людську форму активного ставлення до навколишнього середовища, зміст якої складає доцільну зміну й перетворення світу на підставі освоєння й розвитку наявних форм культури (Див.: *Юдин Е. Г.* Системный подход и принципы деятельности. Методологические проблемы современной науки. – М., 1978. – С. 268); як активну взаємодію людини з матеріальними системами (Див.: *Алексеев П. В., Панин А. В.* Философия: Учебник. – М., 2001. – С. 455).

Різновидом людської діяльності є юридична діяльність, яка включає в себе в тому числі й ОРД та кримінальний процес і яку у правовій літературі співвідносять з юридичною практикою. При цьому одні автори ототожнюють указані поняття, другі проводять розмежування між юридичною діяльністю та юридичною практикою, вважаючи, що юридична практика – самостійне явище, до якого належать лише відповідні висновки, узагальнення, результати, соціальний досвід юридичної діяльності, на думку третіх, юридична практика включає в себе дві складові – юридичну діяльність і соціально-правовий досвід (Див.: *Карташов В. Н.* Юридическая деятельность: понятие, структура, ценность / Под ред. Н. И. Матузова. – Саратов, 1989. – С. 43–45).

практичній формі¹, мають перетворювальний та пізнавальний характер і здійснюються у формі правових відносин. У зв'язку з цим повнота дослідження взаємозв'язку ОРД і кримінального процесу як методологічної основи використання матеріалів ОРД у кримінальному процесі, на нашу думку, може бути досягнута лише через аналіз їх зв'язку і відособленості як перетворювальних видів діяльності, єдності й відмінності їх гносеологічної природи та взаємозв'язку правових відносин їх суб'єктів. При цьому зазначимо, що вказані аспекти ОРД та кримінального процесу можуть окремо розглядатися лише в науковому плані для повноти і всебічності їх дослідження, проте в практичній діяльності більшість діяльнісних актів одночасно є пізнавально-практичними перетворювальними й здійснюються у формі правових відносин.

ОРД і кримінальний процес, як і будь-які інші види діяльності, є змістовними і складаються з окремих відносно самостійних елементів, що перебувають між собою в певному взаємозв'язку та взаємозалежності. Кожний з цих видів діяльності являє собою цілісне соціально-правове утворення, що природно має свою індивідуальну внутрішню структуру², яка уточнює загальну структуру, властиву будь-якій діяльності. Тому для визначення змісту й поняття ОРД і кримінального процесу важливим є аналіз їх структурних елементів, які за своїм змістом та формою можуть бути критеріями виявлення їх співвідношення як між собою, так і з будь-якими іншими видами діяльності, що є актуальним з точки зору методології наукового, законодавчого й практичного вирішення спірних питань³.

¹ ОРД і кримінальний процес досліджуються нами лише як практичні форми діяльності.

² У філософській, правовій та психологічній літературі поняття «структура» плумачиться по-різному. Докладний аналіз точок зору на це поняття зроблений Д. А. Керимовим (Див.: *Керимов Д. А.* Методология права (предмет, функции, проблемы философии права). – М., 2001. – С. 186–200). Нами поділяється погляд тих учених, які вважають, що поняттям «структура» визначається міцний відносно стійкий зв'язок (відношення) і взаємодія елементів, сторін, частин предмета, явища, процесу як цілого, закон зв'язку елементів, що утворює відповідну систему (Див.: *Алексеев П. В., Панин А. В.* Философия: Учебник. – М., 2001. – С. 463; *Кондаков Н. И.* Логический словарь-справочник / Отв. ред. Д. П. Горский. – М., 1975. – С. 572). У науці ця категорія використовується для вираження взаємозв'язку частин та цілого, елементів і системи, кількісних та якісних змін, змісту й форми об'єкта дослідження (Див.: *Теория государства и права: Курс лекций* / Под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. – М., 2000. – С. 498–501).

³ Докладніше див.: *Погорецький М. А.* Поняття «діяльність» та його значення для теорії ОРД // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2004. – № 3 (38). – С. 202–213; *Він же.* Про визначення співвідношення оперативно-розшукової, розвідувальної й контррозвідувальної діяльності та його методологічне значення // Державна безпека України: Наук.-практ. зб. НАН України і СБ України. – К., 2004. – № 1. – С. 40–45.

Виходячи із загальнонаукових засад діяльності та критично оцінюючи точки зору щодо визначення її структурних елементів¹, вважаємо за доцільне виділити внутрішні структурні елементи змісту ОРД і кримінального процесу, якими, на наш погляд, є: мета, завдання, дії та суб'єкти, що утворюють їх як цілісні діяльнісні системи, а також зовнішні їх елементи, якими є стадії, етапи, організаційно-правові форми (види проваджень), що є їх складовими і утворюють їх як цілісні діяльнісні системи.

Принципи, методи та функції, на наш погляд, не є структурними елементами змісту ОРД і кримінального процесу як діяльнісних систем, однак, відіграють важливу роль у їх функціонуванні й характеризують внутрішні та зовнішні сутнісні ознаки цих видів діяльності, а також можуть бути використані як критерії визначення їх зв'язку та відособленості.

Об'єкт будь-якої діяльності, в тому числі й ОРД та кримінального процесу, на нашу думку, не можна віднести до її внутрішніх структурних елементів. Об'єкт цих видів діяльності обумовлюється їх метою та за-

¹ У літературі висловлюються думки, що діяльність включає в себе такі елементи: мету, засіб і результат (Див.: *Трубников Н. Н.* О категориях «цель», «средство», «результат». – М., 1968. – С. 86–94, 123–130), або мету, засіб, результат і сам процес діяльності (Див.: *Юдин Е. Г.* Системный подход и принципы деятельности. Методологические проблемы современной науки. – М., 1978. – С. 268), або мету, засіб, результат і форму самого процесу діяльності (Див.: *Кузьмичов В. С., Черноус Ю. М.* Слідча діяльність: характеристика та напрямки удосконалення. – К., 2005. – С. 22), або об'єкт, суб'єкт, мету й очікуваний результат, а також засоби, методи та способи діяльності (Див.: *Бараненко Б. І., Дідоренко Е. О., Курочка М. Й.* Сучасні методологічні проблеми теорії та практики ОРД // Вісн. Луган. акад. внутр. справ МВС України. – 2002. – № 4. – С. 145), або суб'єктів, учасників, юридичні дії й операції, засоби і способи їх здійснення, результати дій (Див.: *Карташов В. Н.* Юридическая деятельность: понятие, структура, ценность / Под ред. Н. И. Матузова. – Саратов, 1989. – С. 52), або мету, завдання, цілі, суб'єктів і об'єктів, принципи, функції та напрямки (Див.: *Яценко В. А.* Філософсько-правові засади оперативно-розшукової діяльності. – К.: Вид-во НА СБ України, 2004. – С. 137).

Висловлюється також думка, що структуру діяльності утворюють такі елементи, як стадії, етапи, дії, операції (Див.: *Строгович М. С., Алексеев Л. Б., Ларин А. М.* Уголовно-процессуальный закон и проблемы его эффективности. – М., 1979. – С. 110; *Дубинский А. Я.* Понятие, структура и содержание уголовно-процессуальной деятельности // Проблемы социалистической законности: Респ. межвед. науч. сб. – Харьков, 1989. – Вып. 24. – С. 49).

Мету, умови, засоби, мотиви, стимули й власне процеси їхньої реалізації та використання, а також результат діяльності у філософській літературі називають основними її характеристиками (Див.: *Філософія: Навч. посіб. / За ред. І. Ф. Надольного.* – К., 2001. – С. 315).

вданнями, і як справедливо наголошував А. Я. Дубинський, перебуває поза її межами¹. Однак при цьому не можна погодитися з ученим, що об'єкт кримінального процесу є його наслідком², оскільки у такому разі помилково здійснюється отожднення об'єкта діяльності та її результату, як реалізації її мети.

Об'єкт, як слушно зазначається у літературі, є найбільш універсальною підставою для відособлення будь-яких видів діяльності³, у тому числі й ОРД та кримінального процесу. Виходячи із загальнофілософського розуміння об'єкта⁴, під об'єктами ОРД і кримінального процесу нами розуміється те, на що спрямовані перетворювальна й пізнавальна діяльність їх суб'єктів.

Аналіз норм Закону України про ОРД та КПК України дає підстави вважати, що об'єкти ОРД і кримінального процесу у цих законах окремо не визначені, проте їх можна вивести з мети та завдань, які викладені у ст. 1 Закону про ОРД та ст. 2 КПК України, а також з інших норм цих законів, що спрямовують перетворювальну та пізнавальну діяльність їх суб'єктів на досягнення певних юридично значущих цілей. Наприклад, зі ст. 6 Закону про ОРД, що визначає підстави для проведення ОРД, якими є наявність достатньої інформації, одержаної в установленому порядку, що потребує перевірки за допомогою оперативно-розшукових засобів, про: злочини, що готуються або вчинені невстановленими особами; осіб, які готують або вчинили злочин; осіб, які переховуються від органів розслідування, суду або ухиляються від відбування кримінального покарання та ін. і спрямовує суб'єктів ОРД на їх встановлення; зі статей 64 та 23 КПК України, що визначають предмет доказування у кожній кримінальній справі, який належить встановити суб'єктам доказування, на яких законом покладається цей обов'язок та ін.

Виходячи із мети та завдань кримінального процесу загальним об'єктом його є встановлення порушення суспільних відносин, що охороняються кримінальним законом України (встановлення наявності чи відсутності кримінально-правових відносин у визначеній кримінально-

¹ Див.: Дубинский А. Я. Понятие, структура и содержание уголовно-процессуальной деятельности // Проблемы социалистической законности: Респ. межвед. науч. сб. – Харьков, 1989. – Вып. 24. – С. 48.

² Там само. – С. 48.

³ Див.: Леонтьев А. Н. Деятельность. Сознание. Личность. – М., 1975. – С. 102.

⁴ Философский энциклопедический словарь / Редкол.: С. С. Аверинцев, Э. А. Орб-оглы, Л. Ф. Ильичев и др. – М., 1989. – С. 151; Новейший философский словарь / Сост. и гл. науч. ред. А. А. Грицанов. – Мн., 2001. – С. 710, 1001.

процесуальним законом формі й на підставі встановлених обставин, передбачених ст. 64 КПК України).

Виходячи з аналізу норм Закону про ОРД можна зробити висновок, що загальним об'єктом ОРД є оперативна обстановка як соціально-правовий стан конкретної ділянки оперативно-розшукового забезпечення на певний строк, що складається з сукупності таких взаємопов'язаних і взаємообумовлених елементів: 1) криміногенне середовище й об'єкти, що піддаються криміногенному впливу; 2) злочинність — як соціальне явище, що включає сукупність злочинів, які здійснюються на об'єктах чи напрямках оперативного забезпечення в певний період, що характеризуються кількісними (динаміка, стан) і якісними (структура, характер) показниками; 3) фактори соціально-економічного, політичного та правового середовища, які справляють криміногенний вплив на злочинність у цілому й на окремі її види, у тому числі й фактори, події та обставини, які визначають специфіку (за цілями, мотивами, способами, формами та обставинами) вчинення конкретних злочинів; 4) конкретний злочин, у тому числі такий, що готується, вчиняється або вже вчинений, причини й умови, які йому сприяють чи сприяли, обставини, які впливають на ступінь і характер відповідальності обвинуваченого, або наявність чи відсутність відносин, що охороняються кримінальним законом відповідно до визначеної компетенції; 5) власна діяльність оперативно-розшукових підрозділів, що включає власні сили й засоби.

Порівняльний аналіз змісту зазначених норм дає підстави для висновку, що ОРД значно ширша ніж об'єкт кримінального процесу. Спільним для них є встановлення незаконного посягання на суспільні відносини, які охороняються кримінальним законом України (встановлення наявності чи відсутності кримінально-правових відносин), що підтверджує їх зв'язок, проте об'єкти ОРД і кримінального процесу повністю між собою не збігаються, що свідчить і про їх відмінність.

Взаємозв'язок ОРД і кримінального процесу проявляється й через співвідношення їх мети та завдань як структурних елементів їх змісту, оскільки, як мету та завдання ОРД, що здійснюється в інтересах кримінального процесу, неможливо реалізувати без реалізації мети та завдань кримінального судочинства, так і мету й завдання кримінального процесу в більшості випадків неможливо реалізувати без реалізації мети і завдань ОРД.

Метою кримінального процесу, на наш погляд, повинно бути вирішення соціально-правового конфлікту, що виник у зв'язку із завданням злочинном шкоди особі, суспільству та державі, на підставі істини, вста-

новленої уповноваженими на провадження у кримінальній справі особами. Закріплення такої мети в проєкті нового КПК України запровадить пріоритет інтересів особи над публічними інтересами, що відповідає засадам розбудови правової держави і громадянського суспільства, де конкретна людина є найвищою соціальною цінністю.

Завданнями кримінального процесу, на нашу думку, є: захист прав і законних інтересів осіб, яким злочином завдано шкоду, та недопущення незаконного і необґрунтованого порушення кримінальної справи, пред'явлення обвинувачення, засудження, обмеження прав та свобод людини.

Мета й завдання ОРД обумовлюються метою й завданнями кримінального процесу, але не зводяться лише до останніх¹, оскільки на ОРД слід покласти й виконання попереджувально-профілактичної функції, а тому для більш чіткого формулювання мети й завдань ОРД і спрямування її на вирішення мети й завдань кримінального судочинства в Законі про ОРД відповідні норми доцільно викласти в такій редакції:

1) «Метою оперативно-розшукової діяльності є попередження й припинення правопорушень, відповідальність за які передбачена Кримінальним кодексом України, та сприяння оперативно-розшуковими засобами реалізації мети й завдань кримінального судочинства»;

2) «Завданнями оперативно-розшукової діяльності є пошук і фіксація фактичних даних про протиправні діяння окремих осіб і груп, відповідальність за які передбачена Кримінальним кодексом України, встановлення й розшук таких осіб та груп для досягнення мети оперативно-розшукової діяльності, а також мети й завдань кримінального судочинства».

Важливим елементом у структурі ОРД і кримінального процесу, що виражає їх активний діяльнісний динамічний аспект, є певні дії як елементарні діяльнісні акти, які у своїй сукупності, будучи узгодженими, взаємопов'язаними й поєднаними між собою загальною метою та завданнями, утворюють відповідно оперативно-розшукові заходи² та процесуальні, в тому числі й слідчі, дії.

Під оперативно-розшуковими заходами слід розуміти сукупність узгоджених, взаємопов'язаних і поєднаних між собою загальною метою

¹ Докладніше див.: *Погорецький М. А.* Мета і завдання оперативно-розшукової діяльності // Проблеми законності: Респ. міжвід. наук. зб. / Відп. ред. В. Я. Тацій. – Х., 2004. – Вип. 70. – С. 95–103.

² Докладніше див.: *Погорецький М. А.* Оперативно-розшукові заходи: удосконалення правового регулювання // Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика): Наук.-практ. журн. – К., 2006. – № 14. – С. 135–145.

та завданнями дій уповноважених державних органів та їх посадових осіб, що здійснюються на підставі та у спосіб, визначені Законом про ОРД і відомчими нормативно-правовими актами.

Законодавчий статус слідчих дій мають ті, які відповідають таким ознакам: передбачені кримінально-процесуальним законодавством; мають пізнавальний характер і безпосередньо спрямовані на отримання, перевірку й оцінку доказів; застосовуються (крім окремих винятків, зазначених у КПК (статті 190, 187, 187¹)) лише після порушення кримінальної справи; підпорядковані єдиним правилам та вимогам щодо фіксації їх ходу й закріплення отриманих результатів, що забезпечує їх об'єктивність; проводяться уповноваженим суб'єктом, що наділений владними повноваженнями примусового характеру.

Сукупність зазначених ознак дає підстави визначити слідчі дії як вид процесуальних дій, передбачених кримінально-процесуальним законом, що здійснюються у визначеному ним порядку уповноваженими на це особами, які наділені владними повноваженнями примусового характеру для отримання доказів (виявлення фактичних даних та їх джерел, їх перевірки й оцінки й надання їм статусу доказів), перевірки й оцінки самих доказів та їх використання у кримінальній справі.

Порівняльний аналіз сутності оперативно-розшукових заходів (ОРЗ) та слідчих дій дає підстави для висновку, що вони суттєво розрізняються між собою за метою та завданнями проведення; за підставами здійснення; за формою, порядком та сферами здійснення; за вимогами щодо фіксації їх ходу та закріплення отриманих результатів; за отриманими результатами; за правовим статусом суб'єктів їх здійснення; за характером правовідносин, що виникають у ході їх здійснення; за об'єктом, формами та методами відомчого контролю, прокурорського нагляду та судового контролю за їх здійсненням, що обумовлює їх відособленість. Водночас ОРЗ і слідчі дії мають певний зв'язок між собою, який проявляється в тому, що так чи інакше реалізація кінцевої мети ОРД щодо сприяння реалізації мети та завдань кримінального процесу може бути здійснена лише через слідчі дії, а з іншого боку, слідчі дії в багатьох випадках не лише не можуть досягти своєї мети без ОРЗ, а й навіть розпочатися за відсутності до цього приводів та підстав. Діалектична єдність їх зв'язку та відособленості свідчить про їх взаємозв'язок.

Одним з центральних інтегруючих елементів змісту ОРД та кримінального процесу є їх суб'єкти. Аналіз правового статусу цих суб'єктів свідчить про те, що він є різним у суб'єктів ОРД і кримінального процесу, що вказує на відмінність ОРД і кримінального процесу. Разом

з цим окремі суб'єкти ОРД та кримінального процесу, що виконують функцію органу дізнання (начальник оперативно-розшукового підрозділу й особа, яка здійснює дізнання), уповноважені на виконання функцій ОРД та кримінального процесу, які вони, як правило, у практиці органів СБ України виконують одночасно, що свідчить про взаємозв'язок ОРД та кримінального процесу.

Взаємозв'язок суб'єктів ОРД і кримінального процесу проявляється також при використанні матеріалів ОРД у кримінальному процесі як приводів і підстав для порушення кримінальної справи або проведення слідчих дій та прийняття інших процесуальних рішень; при виконанні підрозділами, що здійснюють ОРД, доручень слідчого чи прокурора про проведення оперативно-розшукових заходів з метою отримання фактичних даних та інформації про їх джерела, що можуть бути використані для отримання доказів у кримінальній справі, та надання таких матеріалів суб'єктам, що ведуть кримінальний процес, особами, які здійснюють ОРД, за власною ініціативою; при перевірці заяв або повідомлень про злочин до порушення кримінальної справи шляхом проведення відповідних оперативно-розшукових заходів.

Хоча результат ОРД та кримінального процесу не є структурним їх елементом, як підсумок цих видів діяльності, він також дає можливість визначити їх взаємозв'язок.

Для правильного вирішення питання про роль результату для ОРД і кримінального процесу потрібно співвіднести його з тими завданнями й цілями, які ставляться перед їх суб'єктами. Таке співвіднесення необхідне не лише тому, що результат є здійснюваною метою ОРД і кримінального процесу, а й для встановлення соціальної цінності та ефективності ОРД і кримінального процесу як специфічного державно-правового механізму (їх норм, заходів, засобів і способів, методів, прийнятих рішень тощо). Результат є тим, заради чого здійснюються ці види діяльності. Результат будь-яких видів діяльності може бути як позитивним, якщо мета досягнута, так і негативним, якщо не вдалося досягти мети. Тому, виходячи з визначених нами мети ОРД і мети кримінального процесу, їх кінцевими результатами є: для кримінального процесу — вирішення соціально-правового конфлікту, що виник у зв'язку із завданням злочином шкоди особі, суспільству та державі, на підставі встановленої істини уповноваженими на провадження у кримінальній справі особами, а для ОРД, що здійснюється в інтересах кримінального процесу, — сприяння оперативно-розшуковими засобами реалізації завдань кримінального судочинства.

Викладене дає підстави для висновку, що взаємодія і взаємовідносини зазначених структурних елементів змісту ОРД і кримінального процесу вказують на те, що ці види діяльності є цілісними соціально-правовими утвореннями, які можна уявити як самостійні функціональні системи — сукупність об'єднаних, взаємопов'язаних і розміщених у відповідному порядку елементів (частин); вони піддаються структурно-функціональному аналізу, суть якого полягає в тому, що кожний елемент їх структури має своє чітко визначене функціональне призначення, взаємодіє з іншими в загальній системі, залежить від них і визначає специфіку їх структури.

Порівняльний аналіз зазначених структурних елементів змісту ОРД і кримінального процесу дозволяє зробити висновок, що вони як самостійні діяльнісні системи перебувають у взаємозв'язку, який проявляється у різних його формах; зміна певних властивостей і станів кожного з них спричиняє відповідні зміни в іншому. Цей взаємозв'язок має тенденцію до посилення, яка виявляє себе в зближенні органів розшуку й досудового слідства, що обумовлюється необхідністю удосконалення правового механізму підвищення ефективності боротьби зі злочинністю та захисту прав і законних інтересів людини, забезпечення безпеки суспільства й держави від злочинних посягань.

В. Голіна, член-кореспондент Академії
правових наук України

Соціальні та психологічні чинники кримінологічної віктимізації в Україні

Протягом ХХ ст. зусиллями вчених світу створюється цілісна кримінологічна теорія вчення про жертву злочину — віктимологія (від *лат.* *victima* — і *грец.* *logos* — вчення). Віктимологія, як галузь знань про злочинність, досліджує закономірності, пов'язані із жертвою злочину. Кримінологами роль жертви злочину розглядається з етіологічних позицій, тобто як криміногенний об'єкт, який у значній кількості випадків вчинення злочинів своєю поведінкою, скажімо, зайвою інформацією про себе та майновий стан, сприяє виникненню і формуванню злочинної рішучості і її реалізації або забезпечує досягнення злочинного результату. Кримінологічне значення має не будь-яка поведінка жертви злочину, яка обумовлена, наприклад, збігом певних несприятливих для неї обставин у конкретній життєвій ситуації, а більше як така, що сприяє, провокує, зумовлює вчинення злочину. Жертва своїми віктимологічними девіаціями нерідко «спокушує» злочинця на посягання. Це не означає, що за межами кримінології залишаються кримінальні ситуації, де жертвою стають особи з так би мовити нейтральною поведінкою. Але наукове і практичне значення має сам процес перетворення людини у жертву злочину, тобто потребує вирішення питання: внаслідок яких негативних явищ об'єктивного і суб'єктивного характеру люди на індивідуальному чи груповому рівні стають більш уразливими для злочинних дій, ніж — за тих же умов — інші. Віктимологія як галузь знань про злочинність намагається установити закономірності формування особистості жертви злочину, які описуються в цій науці певним понятійним апаратом, зокрема: віктимність, віктимогенні фактори, віктимогенні ситуації, віктимологічне запобігання, віктимізація.

Стосовно кожного з цих понять існують певні, часом суттєві, розбіжності у розумінні та їх описанні, тому з урахуванням мети і обсягу статті ми не будемо порушувати дискусійні питання.

Віктимність визначається як можливість і навіть «здатність» особи стати жертвою злочину в ситуації, коли такі наслідки могли б і не настати, якби жертва виявила достатню обережність, обачність, серйозність в оцінці виниклої обстановки, сміливість, здоровий глузд, і водночас не була б

легковажною, ризикованою, розпусною, провокаційною тощо. Емпіричні дослідження підтверджують відомий у віктимології висновок, що злочинна мотивація нерідко залежить не тільки від внутрішніх настанов і властивостей особи злочинця, але й від поведінки потерпілого (жертви), який своєю поведінкою або вчинками чи ролевим становищем може подати ідею злочину, створити сприятливу «кримінальну» обстановку або навіть спровокувати злочин¹. Сучасна віктимологія цим терміном позначає і певне негативне соціальне явище і уразливу поведінку конкретної особи².

Отже, віктимність розрізняють на індивідуальному і масовому рівнях. На індивідуальному рівні віктимність визначається як потенційна «здатність» окремої особи, що обумовлена її соціальними, біофізичними, психологічними та іншими якостями, стати в певній життєвій ситуації жертвою злочину. Віктимність на груповому (масовому) рівні — це загальна для окремих категорій людей (спільноти) сукупність соціальних, психологічних і біологічних властивостей, які виділяють їх із навколишнього середовища і роблять «привабливою», «зручною» і «вигідною» ціллю для вчинення злочинів або певних їх видів³. Необхідно звернути увагу на те, що в комплексі можливих дій щодо підготовки до вчинення тих чи інших злочинів особливу роль можуть відігравати віктимологічні дані. За низкою злочинів перед їх вчиненням злочинець ретельно вивчає віктимологічні властивості своєї майбутньої жертви⁴.

Під віктимологічними факторами слід розуміти, на наш погляд, соціальні і психологічні чинники, з якими пов'язані виникнення, існуван-

¹ Див.: Франк Л. В. Виктимология и виктимность. – Душанбе, 1972. – С. 27; Франк Л. В. Некоторые теоретические вопросы становления советской виктимологии // Потерпевший от преступления. – Владивосток, 1974. – С. 13; Курс криминології: Загальна частина: Підручник: У 2 кн. / О. М. Джужа, П. П. Михайленко, О. Г. Кулик та ін.; За заг. ред. О. М. Джужа. – К., 2001. – С. 123; Юрченко О. Ю. Роль віктимної поведінки потерпілих при вчиненні тяжких насильницьких злочинів проти життя та здоров'я особи в Україні: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2004. – С. 8; Криминологічна віктимологія: Навч. посіб. / Є. М. Моїсєєв, О. М. Джужа, В. В. Василевич та ін.; За заг. ред. проф. О. М. Джужа. – К., 2006. – С. 61–67; Колб О. Г. Запобігання злочинності у місцях позбавлення волі: Навч. посіб. – Луцьк, 2005. – С. 213–214.

² Ривман Д. В. Виктимологические факторы и профилактика преступлений. – Л., 1975. – С. 14.

³ Див.: Российская криминологическая энциклопедия / Под общ. ред. проф. А. И. Долговой. – М.: НОРМА, 2000. – С. 101.

⁴ Див.: Вандышев В. В. Роль и значение виктимологических данных в системе факторов, обуславливающих способы подготовки и совершения краж личного имущества // Виктимологические проблемы борьбы с преступностью: Сб. науч. тр. – Иркутск, 1988. – С. 94.

ня і прояви індивідуальної і масової віктимності, віктимологічних ситуацій. Нарешті, саме з ними, а точніше під їх впливом відбувається процес віктимізації.

Віктимологічна (іноді її називають віктимогенною) ситуація є не тільки елементом конкретної життєвої ситуації, яка складається і під значним впливом певних віктимологічних властивостей жертви, її поведінки, але й частина навколишнього середовища, що сприяє прояву цих віктимних якостей особи і викликає або «заохочує» злочинця на вчинення злочину¹.

Ще на початку 80-х років ХХ ст. Л. В. Франк пропонував увести новий термін «віктимізація» для визначення процесу і наслідків реалізації потенційної віктимності у реальну у зв'язку із вчиненням злочину. Розвиваючи це визначення, Л. В. Франк пояснював, що «віктимізувати» означає перетворювати особу у потерпілого; віктимізуватися — бути перетвореним на жертву злочину та ін. Відтоді під віктимізацією розуміють процес і результат перетворення особи (спільноти) в жертву злочину. Віктимізація, на думку Д. В. Ривмана, до речі, як і інших авторів, поєднує у собі і динаміку — набуття віктимності, і статику — реалізовану віктимність. Отже, віктимізація — це, перш за все, процес надбання або збільшення віктимності на індивідуальному і масовому рівні². Особливість віктимізації полягає в тому, що внаслідок різних об'єктивних причин держава і суспільство або не в змозі усунути віктимізацію населення, або призупинити її негативну динаміку. Тобто віктимізація, як процес набуття віктимності, підкорюється процесу детермінації. Саме завдяки наявності різних за природою суспільних і психологічних чинників виникає потенційна віктимність, яка в умовах існування злочинності реалізується при вчиненні злочинів. У багатьох працях з віктимології основна увага звертається на віктимізацію як на реалізовану віктимність, а в такому разі усі потерпілі (а саме про них наводяться дані) перетворюються на віктимних осіб злочинців³. Деякі автори стверджують, що «віктимізація» і «злочинність» — категорії, нерозривно пов'язані одна з одною. Віктимізація є складовою частиною процесу криміналі-

¹ Див.: *Кальман О. Г., Христич І. О.* Понятийный аппарат современной криминологии (терминологический словарь) / Под общ. ред. проф. В. В. Голины. — Х., 2005. — С. 33.

² Див.: *Ривман Д. В.* Криминальная виктимология. — СПб., 2002. — С. 80–81.

³ Див., напр.: *Курс советской криминологии. Предмет. Методология. Преступность и ее причины. Преступник.* — М., 1985. — Т. 1. — С. 181–182; *Шнайдер Г. Й.* Криминология: Пер. с нем. / Под общ. ред. и с предисл. Л. О. Иванова. — М., 1994. — С. 355–360; *Криминологічна віктимологія.* — С. 75–80.

зації суспільства. На рівні масового явища віктимізація завершує процес формування злочинності, отже, без віктимізації немає злочинності, й навпаки¹. Але це не так. Далеко не всі жертви стали такими внаслідок своєї віктимності і віктимної поведінки. Якщо стати на таку позицію, то будь-яка людина зі звичайною (навіть обережною) поведінкою стає віктимною і таким чином наче виправдовує злочинців. І ще одне зауваження. У кримінологічних літературних джерелах часто взагалі відсутній опис тих чинників, завдяки яким звичайні люди (спільнота) віктимізуються — набувають стану віктимних осіб. Саме такому аспекту процесу віктимізації і присвячується ця стаття.

У статті 3 Конституції України проголошено: людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави. Свого часу К. Маркс зазначав, що безпека — це найвище соціальне поняття громадянського суспільства, поняття політики, поняття, відповідно до якого все суспільство існує лише для того, щоб забезпечити кожному із своїх членів недоторканність його особистості, його прав і власності². Отже, процес віктимізації — це, по-перше, невиконання, неналежне або ще недостатнє виконання державою конституційних прав і свобод стосовно безпеки людини; по-друге, її (безпеки) навмисне чи необережне порушення самою людиною (спільнотою); по-третє, використання першого і другого аспектів злочинцями.

Соціальні та психологічні чинники віктимізації на масовому рівні в Україні визначаються таким узагальнюючим поняттям, як примітивна боротьба за виживання. Наведемо деякі з цих чинників.

1. До таких, що формують віктимність населення, належать такі негативні явища, які з 90-х років ХХ ст. загалом характеризуються як соціально-економічна криза. Відомо, що в основі всіх кризових явищ лежить руйнування людської моралі і викривлення системи духовних цінностей, на яких базуються всі міжлюдські відносини. Складовими цієї кризи стали зниження життєвого рівня більшості населення. Соціальна сфера щорічно руйнується, порушення соціальних прав і свобод набуває системного характеру і впливає на якість життя не тільки незможних маргінальних прошарків населення, але й нечисленного «середнього класу» і навіть дрібної буржуазії. Мірилом людської гідності

¹ Кримінологічна віктимологія. — С. 74.

² Див.: Маркс К., Енгельс Ф. Сочинения. — Т. 2. — С. 182.

стали не любов до батьківщини, народу, не честь та звитяга, а гроші; економіка працює не і в інтересах цього народу, а лише незначної групи людей, знищується природа і здоров'я мільйонів людей тільки для того, щоб хтось заробив на цьому гроші. І цей процес назвати природним чи стихійним неможливо¹. Отже, безробіття, багатокладна економіка і соціальний прошарок дрібних власників — господарюючих суб'єктів, які часто вимушені діяти поза межами правового поля, тіньовий сектор економіки, кримінальна конкуренція, болісне майнове розшарування населення та його ганебна поляризація — все це соціальні та психологічні чинники зубожіння нації, а значить, і віктимізації. Ці та інші фактори призвели до підвищення рівня знедолення, ризикованості, низької самооцінки, проявів психопатії, невротизму, зневіри у допомогу з боку держави, як це було раніше, зменшення соціальної солідарності, справедливості, обережності, підвищення конфліктності, фрустрації, очікування месіанства, безпідставної довіри рекламі, шахраям, політичним проєктам.

2. Спад виробництва та пов'язане з ним масове безробіття, недоступні ціни багатьох форм позитивного дозвілля, майже відверта пропаганда порнографії, проституції, насильства та жорстокості, як стандартів поведінки у суспільстві «крутих» хлопців часів ринкових відносин, кулачного права, глуму над особистістю, чесною працею, порядністю зумовили занепад людської моралі, аморальну та неправомірну поведінку потерпілих, нерозбірливість при виборі знайомих, зайву довіру до незнайомих «друзів» та сторонніх людей тощо.

3. Дисфункція сім'ї веде до такого віктимогенного (і одночасно криміногенного) стану, як безпритульність, бездоглядність, бездомність, насильство в сім'ї та ін. Це стосується і дорослих, і дітей. В Україні понад 200 тис. безпритульних, бездоглядних дітей, під профілактичним наглядом служб по справах неповнолітніх перебуває, за неповними даними, більш як 145 тис. неповнолітніх; випускники інтернатів, притулків, приймачів-розподільників у 20 % випадків стають «бомжами», ізгоями, 15 % — удаються до самогубства². Серед чинників віктимізації неповнолітніх особливо слід вказати сімейне насильство та негативний вплив засобів масової інформації. Зараз суспільство постійно зазнає

¹ Див.: *Данилов А.* Размышления о дне сегодняшнем // *Голос України.* – 2007. – 5 июля; *Ильши И.* Изгоями не рождаются // *Голос України.* – 2007. – 19 июня.

² Див.: *Бойко А.* Точных данных нет. Несовершеннолетние беспризорные как деталь интерьера столицы // *Голос України.* – 2006. – 27 сент.; *Барецкова І.* Чи існує «страховка» від зловмисників? // *Урядовий кур'єр.* – 2007. – 21 черв.; *Ильши И.* Вказ. праця.

різного роду інформаційних впливів. Деякі організатори інформаційно-комунікативних процесів, прикриваючись гаслами свободи інформації, демократії, відверто маніпулюють людською свідомістю, що можна постійно спостерігати і в рекламних оголошеннях, двозначних кліпах, фактичній пропаганді насильства, яка переповнює численні демонстровані у нас телепередачі (фільми, серіали, кіноролики, анонси тощо). І це незважаючи на заборону показу насильства, жорстокості, сексу. Феномен маніпуляції особистістю стає вже клінічною проблемою. Соціальний невроз — це є і наслідком віктимізації, і її результатом¹.

4. Маргінальність, поширення соціальних патологій серед населення і особливо у молодіжному середовищі: алкоголізація, наркоманія, проституція, дитяча бездоглядність, бездомність, жебрацький спосіб існування тощо. Слід погодитися з В. О. Туляковим, який зауважив, що маргінальність і низький рівень прибутку є супутниками віктимізації².

5. Фактична відстороненість населення від наведення порядку в країні. Байдужість — ось загальний показник ставлення значної частини населення до держави, влади та правопорядку взагалі і до громадської безпеки зокрема. Безперечно, що громадська і політична пасивність населення — це ідеально сприятливе середовище для розгулу насильства та іншого кримінального безкраю, які підвищують рівень реалізації віктимності населення.

6. Панування правового нігілізму в державі. Це негативне соціальне явище полягає у легально-офіційному поширенні звичаїв, традицій і норм поведінки злочинців, вихвалення способу життя кримінальної еліти, незважаючи на те, що і ця пропаганда, і кримінальна субкультура суперечать загальнолюдській моралі і соціальним цінностям. Кримінальна ідеологія виправдовує злочинну діяльність негативною поведінкою потерпілих (жертв), які нібито винні у вчиненні проти них певних дій. Беззаконня, корупція, беззахисність пересічного громадянина перед злочинністю, чиновниками, безсоромне порушення законів органами влади, лицемірство і брехливе виправдовування «елітних» прошарків населення за порушення Конституції України і законодавчих актів — все це та багато іншого сприяє уразливості населення, залишає його вічна-віч зі злочинцями³. За таких умов люди втрачають позитивні соціальні

¹ Див.: *Когда с экранов исчезнет насилие? // Голос Украины. – 2007. – 6 июля; Панченко О. Соціальний невроз // Уряд. кур'єр. – 2007. – 18 травня.*

² Див.: *Туляков В. О. Виктимология (социальные и криминологические проблемы). – Одесса, 2000. – С. 247.*

³ Див.: *Быстрык Н. Скажите своё слово, Президент! // Голос Украины. – 2007. – 8 июня; Янович В. Проблемы демократии // Голос Украины. – 2007. – 5 июня; Данилов А. Размышления о дне сегодняшнем // Голос Украины. – 2007. – 5 июля.*

орієнтири щодо загально визнаних цінностей, перетворюючись на віктимних манекенів, якими маніпулюють усі, кому завгодно.

7. Засоби масової комунікації і особливо телебачення, інтернет стали невід'ємною частиною культури сучасного суспільства. Саме ЗМІ здійснюють своєрідний інформаційний фон, на основі якого людина формує певний світогляд щодо способу і стилю життя, моделей поведінки¹. Зазначене стосується і реклами². Указом Президента України «Про серйозні недоліки у здійсненні заходів щодо захисту моральності та утвердження здорового способу життя в суспільстві» від 4 лютого 2003 р. від органів влади і управління вимагається «негайно запровадити контроль за недопущенням пропаганди в електронних, інших засобах масової інформації та під час проведення видовищно-масових акцій насильства, жорстокості та бездуховності, розповсюдження порнографії й іншої інформації, що підриває суспільну мораль»³. Але цей, як і інші корисні законні, підзаконні акти, ні органами влади, ні управління, ні ЗМІ не виконуються.

8. Наявність злочинності як соціального явища припускає процес віктимізації певної частини населення. Злочинність, висловлюючись образно, наче паразитує на віктимізації. Масова віктимізація нібито «підштовхує» криміналітет до реалізації, стає своєрідним «полем полювання» на «лохів». Отже, суспільна аномія породжує і сприяє процесу віктимізації і криміналізації.

9. Відставання соціального контролю над злочинністю від тенденцій девіантності, а отже, над поширенням віктимності. Відомо, як зазначає професор В. В. Лунєєв, що злочинність має динамічний, ініціативний, «творчий», ринковий характер. Вона негайно, без жодних бюрократичних зволікань, і грамотно заповнює усі неконтрольовані або слабко контрольовані державою і суспільством ніші, адекватно обстановці змінює види, форми і способи своєї діяльності, безперервно винаходить нові її прояви, не обмежує свої дії, по суті, жодними правовими, моральними і навіть технічними нормами і правилами⁴. Злочинність «успішно»

¹ Див.: Бугера О. І. Проблеми використання засобів масової інформації для запобігання злочинів неповнолітніх. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2006. – С. 1,10; Виговський Д. Л. Кримінальна субкультура в механізмі злочинності неповнолітніх. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2006. – С. 13.

² Див.: Источник распространения идей насилия – средства коммуникаций // Голос Украины. – 2007. – 8 июня; Малецький Л. Рекламная грязь заполнила телевидение // Голос Украины. – 2007. – 8 июня.

³ Див.: Офіційний вісник України. – 2003. – № 7. – Ст. 225.

⁴ Див.: Лунєєв В. В. Преступность XX века: мировые, региональные и российские тенденции. – 2-е изд., перераб. и доп. – М., 2005. – С. 65.

реалізує процес масової віктимізації. Держава не вживає майже ніяких радикальних заходів, щоб припинити масову віктимізацію. Складається таке враження, що це явище взагалі другорядне або навіть невідоме владі.

10. Певним чином на обсяг віктимізації впливають: тіньова економіка, незаконна міграція, туризм, недоліки у плануванні та розвитку мікрорайонів, кварталів, окремих будинків, неосвітленість вулиць, під'їздів, погане медичне обслуговування населення тощо.

Отже, проблема масової віктимізації населення України в сучасних умовах потребує подальших досліджень.

Майже неможливо перелічити усі чинники віктимізації особи на індивідуальному рівні. Не існує «уроджених жертв», риси яких свого часу намагався виявити Ч. Ломброзо, або «жертв від природи». Але набуті особою фізичні, психічні і соціальні риси та властивості можуть перетворити її на потенційну і реальну жертву, тобто жертвою злочину особа стає у процесі індивідуальної віктимізації під впливом певних соціальних і психологічних чинників.

Здавна відомо, що жити у суспільстві і бути незалежним від нього неможливо. Ті явища, які детермінують процес віктимізації на масовому рівні, через суспільну свідомість, малі соціальні групи, навколишнє середовище, сім'ю, різні спільноти тощо трансформуються у соціальні і психологічні чинники на рівні конкретної особи. Слід наголосити і на тому, що «зародження» жертви з певним рівнем потенційної віктимності може бути значно віддаленим від завершеного етапу віктимізації. Людина набуває віктимності у процесі особистого розвитку, онтогенезу. Віктимізуючого характеру набувають такі явища матеріального і духовного буття людини, як:

– рання деморалізація та соціально-психологічна деформація особистості внаслідок безконтрольності, бездоглядності у сім'ї за поведінкою дітей і підлітків, сімейні негаразди, насильство у родинах, аморальна вулична поведінка, рання статева розпуста, алкоголізація, наркотизація, проституція та ін. З поглибленням деморалізації відбувається дедалі більша ізоляція підлітків від соціально корисних зв'язків і тіснішим стає взаємозв'язок з асоціальним середовищем, в якому людина легко може стати як жертвою злочину, так і злочинцем¹;

– безробіття та відсутність гарантії працевлаштування і отримання нормальної заробітної плати, низький рівень соціальної забезпеченості,

¹ Див.: *Арсеньєва М. І.* Истоки половой деморализации молодежи // Проституция и преступность. – М., 1991. – С. 221.

фрустрація, відчай, суспільна байдужість до долі окремої людини роблять її ризикованою, необережною, легковажною, надмірно довірливою, жадібною, конфліктною, психологічно неврівноваженою. Вона легко стає віктимним «резервом» таких злочинів, як шахрайство, торгівля людьми, зґвалтування, корисливе вбивство та ін.;

– легковажність ставлення особи до свого соціального, вікового, статевого статусу або до функціональних обов'язків, які зобов'язують дотримання підвищених правил безпеки, уважності, елементарного передбачення можливого розвитку подій, обережності; бездіяльність; відсутність і здатність протистояти злочинним посяганням тощо;

– провокаційність, конфліктність поведінки, деякі негативні риси характеру, акцентуації, аморалізм, маргіальність, судимість, що створюють криміногенні ситуації;

– наявність психічних розладів, дефектів психіки, фізичних вад, алкогольне сп'яніння, що обмежують здатність особи протистояти посяганням, тощо.

Б. Романюк, кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник, керівник Міжвідомчого науково-дослідного центру при РНБО України, заслужений юрист України

Використання моделювання на стадії досудового розслідування

Досудове розслідування являє собою процес пізнання, в якому важливу роль відіграють його методи, форма застосування яких регламентується кримінально-процесуальним законом. Серед таких методів важливе місце посідає моделювання – дослідження об’єкта пізнання за допомогою моделей на основі абстрактно-логічного мислення.

Моделювання як метод пізнання досліджувалося науковцями різних галузей знань (М. Амосов, Р. Белкін, М. Вартофський, А. Вінберг, В. Дорохов, І. Лузгін, А. Уйомов, В. Штофф та ін), проте на сьогодні існують деякі розходження у поглядах на його природу, а також на процес та межі застосування на стадії досудового розслідування, що негативно впливає на його ефективність.

З урахуванням зазначеного, а також виходячи із встановлених обсягів цієї роботи, нами робиться спроба дослідження окремих проблемних питань застосування методу моделювання на стадії досудового розслідування та висловлення певних міркувань щодо їх вирішення.

М. Амосов писав, що всяке пізнання – це моделювання інформації про іншу систему¹. Отже, моделювання здійснюється за допомогою перенесення подібних властивостей об’єкта пізнання на модель, за допомогою якого він вивчається.

Існують й інші точки зору щодо моделювання. «Процес пізнання – це процес відображення дійсності... що здійснюється у вигляді моделювання світу, у вигляді дедалі точнішого наближення до дійсності»²; «Модель – це система, що уявляється розумово або реалізується матеріально, яка, відображаючи або відтворюючи об’єкт дослідження, здатна заміщати його таким чином, що дослідження моделі дає нову інформацію про об’єкт, який вивчається»³.

¹ Див.: Амосов Н. М. Моделирование мышления и психики. – Киев, 1966. – С. 46.

² Смирнов В. А. Логические методы анализа научного знания. – М., 1987. – С. 126.

³ Штофф В. А. Моделирование и философия. – М., 1966. – С. 19.

Говорячи про застосування методу моделювання для пізнання соціальної дійсності, В. Рудашевський наводить таке визначення: «Моделювання як метод дослідження соціальної дійсності являє собою процедуру встановлення відносин сумісності і узгодженості у сукупності наявних даних, характеристик і змінних для опису і пояснення того чи іншого суспільного явища або інституту, розкриття механізму його походження, функціонування й розвитку»¹.

Цей метод використовується, якщо реально вже не існує самого об'єкта пізнання чи його складових, або він недоступний, тощо. Форми моделювання різноманітні та залежать від самих моделей і сфери їх застосування.

Процес моделювання складається із розумового і матеріального конструювання моделей. Завдяки моделюванню можливе відтворення предметів, подій та явищ минулого, що дуже важливо при розслідуванні злочину, матеріальні сліди, обставини якого не повністю зберігаються і не можуть бути об'єктами безпосереднього пізнання слідчим. Специфіка моделювання дозволяє абстрагуватися від таких якостей, складових об'єкта пізнання, які на певному етапі або взагалі є несуттєвими, або дослідження їх не перебуває у причинному зв'язку між об'єктом і кінцевою метою пізнання.

Яким би чином модель не відрізнялася від дійсності, вона все ж таки є способом відображення у думках або матеріальних уявленнях дійсних предметів та явищ пізнання. Відмінність моделі від оригіналу не позбавляє її пізнавального значення².

Процес моделювання у розслідуванні, як і в будь-якій іншій сфері діяльності, починається з пізнання перших, одиничних даних, фактів і наступного перспективного розмірковування про стан та розвиток минулої події. Важливу роль при цьому відіграють також інтуїція та висунення відповідних версій. Останні є основою для обрисів майбутньої будови моделі. Не можна погодитися з однозначним твердженням, що за допомогою моделей оцінюються докази і будуються версії³. Все розвивається навпаки. Моделювання, докази і версії дійсно є тісно взаємопов'язаними. Але модель — це спочатку розумове припущення образу злочинної події чи його певних частин, а, відтак, може бути й відповід-

¹ Рудашевский В. Д. Право и моделирование // Методологические проблемы советской юридической науки. — М., 1980. — С. 293.

² Див.: Белкин Р. С., Винберг А. И., Дорохов В. Я. и др. Теория доказательств в советском уголовном процессе. — 2-е изд. — М., 1973. — С. 311.

³ Див.: Лузгин И. М. Методологические проблемы расследования. — М., 1973. — С. 164.

ним чином вибудований його матеріальний прототип. Основою цього є саме певні дані чи докази і наявність відповідних версійних припущень. Образ об'єкта пізнання вибудовують з метою наступної перевірки, у тому числі й за допомогою доказів, а не навпаки. Не можна не сказати, що не відбувається і зворотної діяльності, коли проводиться перевірка достовірності моделі. Але це вже вторинний, а не первинний процес, що відбувається після опрацювання моделі.

Таким чином, моделювання застосовується досить широко для позначення сутностей численних систем. Проте деякі автори вважають, що моделями можуть бути тільки ті сутності, які прямо пов'язані з принципом аналогії. Звідси робиться висновок, що всякі уявні образи, теорії чи навіть рисунки, діаграми не можуть бути моделями, а лише пояснюють їх¹.

З таким підходом, на наш погляд, не можна погодитися. Будь-яка побудова сутнісної системи, що за певними аналогічними даними будь-що відтворює певним чином (логіко-теоретично, математично, матеріально тощо) форму та сутнісну будову предмета, явища, події довколишньої дійсності, що пізнається, є їх моделлю. А щодо теоретичного пояснення, то навіть матеріальна модель є також свого роду теоретичним поясненням реального об'єкта вивчення.

З другого боку, важливо враховувати, що будь-що може бути моделлю іншого лише тоді, коли той, хто пізнає, може віднайти і виділити у прототипі і об'єкті пізнання певні і достатні релевантні властивості, що дають можливість вивчати його систему чи окремі її елементи. Чому ми говоримо про певні і достатні релевантні властивості? А тому, що ми користуємося аксіоматичним твердженням того, що навіть найдосконаліша модель не може замінити реального об'єкта пізнання.

Тому переважною більшістю науковців визнано за доцільне вживати більш ширше визначення моделей. Звучать ніби досить незвичайні, але, на нашу думку, правильні за своєю суттю твердження: «...все що завгодно може бути моделлю всього чого завгодно!»².

Недарма у науці моделі прийнято поділяти на ідеальні, або уявні (мислені), матеріальні або фізичні. «У процесі мислення дослідник оперує деяким розумовим матеріалом, який має двояку психологічну

¹ *Achinstein P. Models, Analogies and Theories // Philosophy of Science. – 1964. – Vol. 31. – № 4. – P. 328–350; Achinstein P. Theoretical Models // British Journal for the Philosophy of Science. – 1965. – Vol. 31. – № 62. – P. 102–119; Achinstein P. Models and Analogies: A Reply to Girill // Philosophy of Science. – 1972 – Vol. 39 – № 2. – P. 235–240.*

² *Вартофський М. Модели. Репрезентация и научное понимание: Пер. с англ. / Общ. ред. и послесл. И. Б. Новика и В. Н. Садовского. – М., 1988. – С. 30.*

природу. Це, по-перше, більш або менш яскраві образи; по-друге, це той чи інший зміст, значення образів, виражене у поняттях і судженнях. При отриманні чуттєвої і словесної інформації у свідомості взаємопов'язано виникають і образи, і поняття»¹. У даному випадку йдеться про уяву моделі. Така модель безперервно розвивається із накопиченням та осмисленням науковцем, слідчим додаткової інформації про об'єкт пізнання. Спочатку за первинною інформацією про об'єкт пізнання виникають найпростіші моделі певних обставин. Чуттєво-наочні образи цих обставин виникають у слідчого вже у процесі огляду місця події, проведення невідкладних слідчих дій тощо. Логічне осмислення їх малює у свідомості слідчого найпростіші уявлення про них.

Роль уявних моделей у процесі досудового розслідування як ні в жодній із наступних стадій надзвичайно велика. Приступаючи до розслідування будь-якого злочину, слідчий завжди стикається з тим, що бракує навіть будь-яких даних про цю подію, не говорячи уже про якісь докази чи інші її матеріальні сліди. Тому переважно все слідче пізнання на початковому етапі розслідування вибудовується на уявному моделюванні.

Підтвердження у процесі подальшого розслідування уявних образів дозволяє слідчому створити загальну модель події злочину, яка також удосконалюється та в ході слідства вибудовується у завершену структуру, що являє собою подію злочину в удаваному вигляді. Динамічність в уявному моделюванні не суперечить стабільності самої основи моделі або її окремих складових.

Таке моделювання І. Лузгін називає ретроспективним, а умовне моделювання самих слідчих дій, способів досягнення завдань розслідування — перспективним моделюванням. На його думку, перспективне моделювання формується на основі інформації, що отримує слідчий у результаті проведення слідчих дій. Оскільки воно прогнозує перспективу розслідування і досягнення бажаних результатів, тому він назвав його перспективним моделюванням. Концентрованим виразом такого моделювання І. Лузгін вважає план розслідування у кримінальній справі².

О. Рагінов інформаційне (умовне) моделювання у кримінальному судочинстві розподіляє на вірогідне і достовірне. За його словами, перше служить засобом пізнання, друге — його результатом і ціллю.

¹ Див.: Белкин Р. С., Винберг А. И., Дорохов В. Я. и др. Теория доказательств в советском уголовном процессе. — 2-е изд. — М., 1973. — С. 313.

² Див.: Лузгин И. М. Расследование как процесс познания: Учеб. пособие. — М., 1969. — С. 117.

Найбільш суттєвою властивістю інформаційної моделі як способу пізнання, за його словами, є те, що «вона не обмежується накопиченням і збереженням інформації, а перетворює її, відкриваючи шляхи подальших пошуків, указує на джерела і способи отриманих знань, яких не вистачає».

Далі О. Ратінов зазначає, що практичні дії процесу розслідування до їх реального здійснення виконуються умовно, що дозволяє передбачити хід і результати нашої діяльності, планувати і направляти її. Такі моделі він називає ще допоміжними, спрямованими в майбутнє, або умовними моделями динамічного планування¹.

На наш погляд, такий поділ моделювання є штучним, суперечить самій логіці розумового мислення. Для того щоб у процесі мислення уявити собі спершу навіть вірогідну модель, потрібно мати певну інформацію, про що вже згадувалося, а для цього здійснити конкретні цілеспрямовані дії (оглянути місце події, допитати очевидців тощо). Навіть інтуїтивне породження підсвідомістю простої уявної моделі будь-чого не може мати місця без певної частини інформації, сприйнятої свідомістю, про бажане пізнання чогось. Механічність у моделюванні є неприпустимою. Вона може призвести до негативних наслідків. Це доводить А. Уйомов у своїй праці, присвяченій логічним основам моделювання².

Усі ці логічні та умовно-практичні дії взаємопов'язані, спрямовані на перспективу, у майбутнє, метою якого є накопичення знань про об'єкт пізнання. Цей взаємопов'язаний процес у подальшому триває, відображаючись у планах, документах процесуальних рішень та дій, до завершення формування як окремих допоміжних моделей, так і загальної моделі події злочину. З цим погоджується і О. Ратінов, коли він зазначає, що понятійно-образне моделювання предметів і явищ дійсності й логічні операції становлять єдиний процес³. Уявне планування слідчих рішень, дій та тактики їх здійснення до початку реального, практичного втілення, дійсно, має місце. Але це не якість окреме моделювання, а лише спосіб побудови, як уже зазначалося, ретроспективної моделі злочину.

Наведене дає підстави дійти висновку, що умовне моделювання — це важлива сфера діяльності і вимагає глибокого наукового опрацювання, але на сучасному етапі воно ще не знайшло належної уваги. Якщо гово-

¹ Див.: Ратінов А. Р. Вопросы познания в судебном доказывании // Сов. гос-во и право. — 1964. — С. 107–108.

² Див.: Уйомов А. И. Логические основы метода моделирования. — М., 1971.

³ Ратінов А. Р. Вказ. праця. — С. 110.

рити про уявне моделювання у роботі слідчого, то нині це лише незначні наукові розвідки, а тому воно потребує ґрунтовного дослідження.

У процесі розслідування виникає необхідність певні умовні моделі перетворити на матеріальні. Тому такі моделі і називають матеріальними, або фізичними. У свою чергу їх поділяють на предметні та знакові.

Предметним моделюванням вважається таке, коли дослідження об'єкта пізнання здійснюється за допомогою спеціально створеної матеріальної моделі, яка відтворює певні геометричні, фізичні, динамічні або функціональні ознаки об'єкта пізнання. До них належать манекени, муляжі, макети тощо.

Інколи використовуються реконструйовані предмети або аналогічні тим, які відсутні з тих чи інших причин, але потребують вивчення слідством.

Моделювання шляхом реконструкції потребує окремої розмови.

Реконструкція — це не окремий метод пізнання, а він є лише одним із шляхів створення моделі на основі репродуктивної уяви, яка найбільш правдоподібна до предмета пізнання. Реконструкція — це відтворення, відновлення первісного вигляду чого-небудь за рештками або описами¹. Тому реконструкція здійснюється на основі фактичних даних, які з найбільшою точністю відображають первісний стан об'єкта пізнання. Це стосується певних суб'єктів, предметів, обстановки події. Реконструкція, як і моделювання взагалі, може бути повною або частковою. Повною вона стає тоді, коли необхідно відновити весь об'єкт, що досліджується, а частковою, коли відновлюють окремі його фрагменти. Реконструкцію ще можна поділити на два види за способами її здійснення: відновлення і відтворення. Відновлення об'єкта пізнання відбувається шляхом виготовлення певних його частин, ознак, які втрачені або знищені. У даному разі ми маємо справу з об'єктом, який фактично існує в природі, але з тих чи інших причин утратив свій первісний вигляд і властивості. Відтворення відбувається тоді, коли об'єкта не існує взагалі. Він втрачений, знищений чи його місце знаходження не встановлено.

Для реконструкції важливо створити цілісний об'єкт пізнання, який би максимально відповідав його первісному стану, а тому вкрай важливим є здобуття слідчим достатнього обсягу інформації, яка стосується його ознак та властивостей на той час, з якого він почав цікавити слідство. Особливо це стосується відтворення об'єкта, оскільки при від-

¹ Див.: Великий тлумачний словник сучасної української мови / Уклад. і гол. ред. В. Т. Бусел. — К., 2003. — С. 1023.

новлені є вже деяка основа, що дає уявлення про певні його ознаки та властивості. Для реконструкції важливі певні частини об'єкта, аналогічні об'єкти, правдиві покази осіб, фото-кіно-відеоматеріали, зліпки відбитків, документальні описи, рисунки тощо.

Реконструйовані об'єкти пізнання використовуються у переважній більшості при проведенні таких слідчих дій, як відтворення обстановки і обставин події, про деякі випадки із практики її провадження детально описано Я. Цыпарським та іншими авторами¹, пред'явлення для впізнання певних предметів, людей, місця події, а також як додаткові ілюстративні матеріали до протоколів слідчих дій чи висновків експертів.

Проте у кримінальній справі у переважній більшості випадків використовуються моделі, які лише за розмірами та конфігурацією відповідають оригіналу об'єкта пізнання, або його схематичне зображення за допомогою певних матеріалів чи рисунків, схем тощо. Вони є тільки приблизними матеріальними копіями того, що досліджується слідчим.

Найчастіше слідчими використовуються манекени потерпілих осіб від злочину при проведенні відтворення обстановки і обставин події, щоб замінити реальні особи, коли експериментується нанесення ножових, кульових поранень, випадання їх з автомашини або поїзда, наїзду тощо. Дуже часто застосовуються муляжі як зліпки слідів: ніг злочинця, знаряддя злому дверей приміщень, пошкоджень різних предметів. Це дуже важливо для дослідження за цими моделями характеристики реальних предметів, їх пошуку та визнання речовими доказами у справі.

При знаковому моделюванні за моделі виступають схеми, рисунки, формули тощо. Серед них особливу роль могли б відігравати і математичні моделі, але таке моделювання також ще не знайшло належного наукового вивчення і обґрунтування для використання у слідчій діяльності. Воно є досить перспективним у роботі слідчого і тісно пов'язане з математичними методами пізнання.

При огляді місця події, як правило, складається його схематичне зображення і долучається до протоколу огляду. Найпоширенішою моделлю у кримінальному судочинстві є малюнок злочинця, який розшукується, або фоторобот. Дуже часто, особливо у справах з великою кількістю обвинувачених, епізодів їх злочинної діяльності, рисуються так звані «схеми у кримінальних справах» або «схеми злочинних

¹ Див.: *Цыпарский Я. Г.* Некоторые приемы реконструкции на месте происшествия для воспроизведения обстановки и обстоятельств события // Криминалистика и судебная экспертиза: Респ. межведомств. сб. науч. и науч.-метод. работ. – Киев, 1965. – С. 30–37; *Хоменко Ф.* Застосування науково-технічних засобів при відтворенні обстановки і обставин події // Рад. право. – 1968. – № 11. – С. 30–34.

зв'язків», де для наочності схематично відображається злочинна діяльність обвинувачених, їх зв'язки (співучасть) та епізоди діяльності, суми матеріальних збитків тощо. Разом з тим слід зазначити, що будь-які матеріальні моделі мають у своїй основі розумові моделі. Таким чином, у кримінальній справі моделі служать для наочності та експериментів при плануванні і проведенні слідчих дій та пояснення результатів слідчих дій, інтерпретації узагальнюючого пізнання як певних фактів, так і фактичної події злочину в цілому.

Такий узагальнюючий висновок випливає із того, що, як правильно зазначається, наочність притаманна не тільки матеріальним моделям, але й розумовим як мислимыми уявками¹.

Матеріальні моделі виготовляються слідчим або за його дорученням експертами та іншими спеціалістами. Для забезпечення їх подібності до оригіналів вони повинні відповідати певним вимогам щодо їх: форми, розмірів, ознак, у першу чергу особливих, а в необхідних випадках динамічним можливостям і хімічному складу будови тощо. Все залежить від мети використання моделей. Вимоги щодо виготовлення моделей достатньо описані в літературі².

Заслуговує на підтримку поділ моделі на статичні та динамічні³. При цьому вважаємо, що статичні моделі у процесі розслідування застосовуються переважно, як уже зазначалося, у вигляді матеріальних моделей. Ці моделі є статичними і незмінними, наприклад муляжі, схеми тощо. Вони використовуються без внесення в них фізичних змін чи не піддаються динамічним процесам. Динамічні моделі є складнішими, тому що таке моделювання відтворює ті реальні об'єкти пізнання, в яких відбувалися фізичні, хімічні чи інші зміни або динамічні процеси, що потребують дослідження на всіх етапах їх розвитку. До такого моделювання дуже часто належить відтворення в динаміці певних обставин дорожньо-транспортної події, фактів убивства, можливої крадіжки із відповідного приміщення. До динамічних моделей слід відносити і ті статичні моделі, які піддаються у процесі вивчення певним поступовим фізичним, хімічним чи іншим змінам, що мали місце в реальній дійсності.

У цьому аспекті слід погодитися з Ю. Блувштейном у тому, що динамічні моделі ніби виростають із статичних моделей. Проте не можна

¹ Див.: Баскин Ю. Я., Фельдман Д. И. Международное право: проблемы методологии. – М., 1971. – С. 84.

² Див.: Быховский И. Е., Лузгин И. М. Реконструкция как самостоятельное следственное действие // Правоведение. – 1971. – № 3. – С. 48–53; Лузгин И. М. Методологические проблемы расследования. – М., 1973. – С. 173–177.

³ Див.: Блувштейн Ю. Д. Криминология и математика. – М., 1974. – С. 81.

вважати правильним його твердження про те, що динамічні моделі є більш цінними, ніж статичні¹. Все залежить не від форми моделі, а від об'єкта моделювання і його цінності як джерела доказової інформації у кримінальній справі.

Оскільки застосування моделей, а особливо реконструйованих при проведенні слідчих дій, є важливим процесом здобуття доказової інформації у кримінальній справі, тому в протоколах цих слідчих дій слід робити записи щодо способів виготовлення та мети застосування моделей, хто і коли їх виготовив, з якого матеріалу, їх інформаційне значення за результатами використання. Процес застосування моделей має також фіксуватися у протоколі слідчої дії та іншими носіями відображувальної інформації для зорового сприйняття. Але все це має регулюватися у процесуальних нормах, а не тільки вибудовуватися на рекомендаціях криміналістики. Особливо це стосується таких слідчих дій, як огляд, пред'явлення для впізнання, відтворення обстановки і обставин події.

Отже, для застосування моделей у процесі досудового розслідування важливим є не лише дотримання процесуальної форми, але й досягнення максимальної подібності з прототипом. При цьому необхідними умовами тут є підготовчі роботи слідчого (детальний і глибокий аналіз наявної інформації про прототип, засоби та знаряддя праці тощо), а також — залучення слідчим до цієї роботи кваліфікованих спеціалістів і учасників процесу, що мають свій законний інтерес у справі.

¹ Блувштейн Ю. Д. Криминология и математика. – С. 81.

О. Печений, кандидат юридичних наук,
доцент кафедри цивільного права
Національної юридичної академії
України імені Ярослава Мудрого

Створення результатів інтелектуальної діяльності як підстави виникнення цивільних правовідносин у сфері інноваційної діяльності

Розвиток інноваційних відносин, не кажучи вже про побудову інноваційної моделі економіки, важко уявити без результатів інтелектуальної, творчої діяльності людини. Інноваційний процес як послідовний перехід від ідеї нововведення до створення, продажу та дифузії інновацій прийнято ділити на *два етапи*:

1. *Створення*, тобто наукова та науково-технічна діяльність, зокрема у вигляді фундаментальних, прикладних науково-дослідницьких чи дослідно-конструкторських робіт.

2. *Комерціалізація* інновації, тобто процес, що вміщує виробництво, маркетинг та продаж певного продукту на ринку¹.

Перший етап характеризується як проведенням самих наукових та науково-технологічних досліджень різних видів, так і отриманням на їх основі певних результатів, що можуть набути статусу об'єктів інтелектуальної власності та стати поштовхом виникнення і подальшої динаміки інноваційних правовідносин. Зауважимо, що поняття «створення» розглядається в широкому розумінні, включаючи не тільки власне створення як фізичний акт, а й виявлення інновації, її підготовку для подальшої комерціалізації. В літературі вказується, що в межах компанії як споживача інновацій цей етап являє собою досить довгий ланцюг: об'єкт — охоронні документи — права — вартість — облік². Звичайно,

¹ Управление инновационными проектами: Учеб. пособие / Под. ред. проф. В. Л. Попова. – М., 2007. – С. 21.

² Див.: Новосельцев О. Проблемы и практика коммерциализации интеллектуальной собственности // <http://www.techbusiness.ru>

за такого підходу складно чітко відокремити питання економіки, обліку та управління інноваціями від питань їх правового регулювання, однак, це дає підстави вести мову про системність у погляді на перший етап.

Важливість даного етапу інноваційного процесу важко переоцінити. Досить зазначити, що саме наявність серйозних недоліків у його позитивній динаміці, економічному і правовому забезпеченні є стримуючим фактором на шляху масштабного розвитку інноваційних процесів в Україні. Так, у Рекомендаціях парламентських слухань на тему: «Національна інноваційна система України: проблеми формування та реалізації», схвалених постановою Верховної Ради України від 27 червня 2007 р. № 1244-V, відзначається повільне формування в Україні сучасного і масштабного ринку інноваційної продукції, інфраструктури інноваційної діяльності. На фоні того, що вітчизняні винахідники і розробники не можуть реалізувати в Україні потенціал своїх розробок, тобто досягти другого етапу інноваційного процесу, продовжується тенденція зменшення кількості поданих заявок на винаходи (порівняно з 2005 р. на 13,6 відсотка). При цьому і в більш ранні періоди (1998–2000 рр.) за статистикою надходжень заявок на винаходи, яку визнають індикатором інноваційної діяльності в країні, Україна значно відставала від розвинених країн. Якщо в Німеччині у розрахунку на 100 тис. населення подається 62 заявки на рік, в Японії — 285 заявок, то в Україні — лише 11 заявок (за даними 2000 р.)¹. Кількість використаних у виробничому процесі винаходів порівняно з попереднім роком зменшилася на 19,8 відсотка². Кількість зареєстрованих ліцензійних договорів становить лише 2,2–2,6 відсотка від кількості патентів, що в декілька разів менше за відповідні показники у технологічно розвинених країнах. І це лише офіційні дані, які завжди мали схильність розглядати ситуацію у штучно поліпшеному вигляді. Одним зі шляхів впливу на цей етап інноваційного процесу, з метою досягнення позитивної динаміки, на думку урядовців, є розвиток інформаційно-технологічної підсистеми інноваційної інфраструктури, що сприятиме освоєнню виробництва нової конкурентоспроможної наукомісткої продукції шляхом забезпечення захисту прав інтелектуальної власності, реалізації інноваційних проектів, кадрового забезпечення.

¹ Право інтелектуальної власності: Підруч. для студ. вищ. навч. закл. / За ред. О. А. Підпригори, О. Д. Святоцького. – К., 2002. – С. 473.

² Про Рекомендації парламентських слухань на тему: «Національна інноваційна система України: проблеми формування та реалізації»: Постанова Верховної Ради України від 27 черв. 2007 р. № 1244-V.

Повнота і функціональність виробничо-технологічної підсистеми мають забезпечувати комплексність інноваційного процесу¹.

Розглядаючи юридичну складову етапу створення інновації зауважимо, що відносини, які виникають на цьому етапі, у переважній більшості випадків перебувають у площині цивільно-правового регулювання. Особливо це стосується об'єктів інтелектуальної власності. Як зазначає Н. С. Кузнецова, інноваційні правовідносини з точки зору їх належності є **різногалузевими**, оскільки в них присутня **публічна складова**, яка визначається активною участю держави та її органів, а також **приватноправова складова**, яка забезпечується участю **творця-індивіда** або відповідних колективних утворень. Оскільки не потребує додаткового обґрунтування те, що істотний сегмент інноваційних відносин за своєю природою і змістом є цивільно-правовим², аналіз підстав виникнення відносин у цій сфері має бути здійснено крізь призму системи юридичних фактів, що започатковують виникнення, зміну чи припинення всіх цивільних правовідносин, як пов'язаних з інноваційною діяльністю, так і тих, що перебувають поза її межами.

Виділення основних етапів інноваційного процесу зумовлює виокремлення двох основних груп інноваційних відносин:

- 1) інноваційно-створювальні (винахідницькі) відносини;
- 2) інноваційно-впроваджувальні відносини.

Критерієм поділу слід визнати саме відповідний етап інноваційного процесу, якому відповідають своїм виникненням та динамікою інноваційні відносини. Коротко характеризуючи цю групу відносин у сфері інноваційної діяльності, слід виділити такі їх ознаки:

- 1) різногалузевий характер;
- 2) умовний характер поділу;
- 3) взаємообумовленість — відносини першого виду не можуть існувати без відносин другого;
- 4) чітку межу між двома видами відносин провести складно, оскільки створення інновації, як правило, не є самоціллю, а спрямовується на її впровадження та комерціалізацію;
- 5) істотна цивільно-правова складова цих груп відносин.

¹ Про схвалення Концепції Державної цільової економічної програми «Створення в Україні інноваційної інфраструктури на 2008–2012 роки»: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 6 черв. 2007 р. № 381-р.

² Див.: Кузнецова Н. С. Цивільно-правові засоби забезпечення інновацій у сучасному законодавстві України // Інноваційний розвиток України: наукове, економічне та правове забезпечення: Тези доп. Всеукр. наук.-практ. конф. 27–28 жовт. 2006 р. / Упоряд.: О. В. Петришин, М. О. Кизим. – Х., 2007. – С. 56–58.

Конструкція підстав виникнення цивільних правовідносин, уміщена законодавцем у ст. 11 ЦК, передбачає виникнення цивільних прав і обов'язків із дій осіб, що передбачені актами цивільного законодавства, а також із дій осіб, що не передбачені цими актами, але за аналогією породжують цивільні права та обов'язки¹. Вказана норма ЦК у невичерпний спосіб перелічує конкретні підстави виникнення цивільних прав і обов'язків, серед яких самостійним різновидом юридичних фактів законодавець визнав створення літературних, художніх творів, винаходів та інших результатів інтелектуальної, творчої діяльності. Вказана підстава містить цілу низку юридичних фактів, наділених певними особливостями.

Необхідно з'ясувати місце створення результатів інтелектуальної діяльності в системі юридичних фактів, у межах легальної конструкції ст. 11 ЦК. Очевидним серед науковців є віднесення їх до правомірних дій, спроба піддати їх більш детальній класифікації викликала неоднозначні підходи. Так, М. М. Агарков, виокремлюючи такі види дій, як правочини та юридичні вчинки, вказував на існування і третього виду — дій, які призводять до юридичних наслідків, лише у разі створення ними передбаченого законом об'єктивованого результату. Сюди мають бути віднесені дії щодо створення наукових творів, винаходів, технічних удосконалень та ін². На думку О. О. Красавчикова, за критерієм створення нових об'єктів, а відповідно і нових прав, результати творчої, в тому числі й наукової діяльності, мають бути віднесені до юридичних вчинків. Ним відокремлювалася їх самостійна група — юридичні вчинки, шляхом яких здійснюється створення нових об'єктів прав. Автором наведено і приклад з виконання науковим співробітником планової наукової роботи, що, будучи виконанням його обов'язку за трудовими правовідносинами, водночас породжує і цивільні права — права авторства³. У цьому сенсі постає цілком логічне запитання — чи можна віднести до цієї групи такі результати інтелектуальної, творчої діяльності, які не є об'єктами правової охорони. Адже, як відомо, результати творчої діяльності можуть бути об'єктами правової охорони, а можуть і не бути

¹ Докл. див.: *Печений О. П.* Підстави виникнення цивільних прав і обов'язків: аналіз юридичної конструкції ст. 11 ЦК України // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2007. – № 1. – С. 141–149.

² Див.: *Агарков М. М.* Понятие сделки по советскому гражданскому праву // Избранные труды по гражданскому праву. – М., 2002. – Т. 2. – С. 352–353.

³ *Красавчиков О. А.* Юридические факты в советском гражданском праве // Категории науки гражданского права: Избр. тр.: В 2 т. – М., 2005. – С. 216.

такими¹. Це саме стосується і результатів наукової і науково-технічної діяльності, далеко не всі з яких стають об'єктами промислової власності і правової охорони. Багато результатів залишаються поза межами зазначених понять з тих чи інших причин². Очевидно, при віднесенні результатів інтелектуальної, творчої діяльності до цієї групи юридичних вчинків слід обумовити, що їх може бути два види: результати інтелектуальної діяльності, які породили створення об'єктів інтелектуальної власності, та результати інтелектуальної, творчої діяльності, які породили створення інших об'єктів, що користуються правовою охороною. Такий підхід дозволить віднести до цього виду ті об'єкти, створення яких хоча і не породило відносини інтелектуальної власності, втім стало підставою виникнення інноваційних відносин. Позиція О. О. Красавчикова зазнала заперечень з боку інших науковців, які вказали на некоректність вживання терміна «вчинок», хоча і в значенні юридичного факту, стосовно результатів творчості у будь-якій галузі, запропонувавши при цьому замінити його терміном «результативні дії» як сукупності об'єктивованих результатів та юридичних вчинків³. Вбачається, що така підміна термінів принципових змін у вирішенні питання не внесла, хоча поняття «результативних дій» щодо створення результатів інтелектуальної, творчої діяльності є більш вдалим. Як уявляється, для вирішення питання необхідно провести чітку межу між такими видами юридичних фактів приватного права, як правочини, юридичні вчинки та результативні дії. Правочином, на підставі легального визначення, є дії особи, *спрямовані на набуття, зміну або припинення цивільних прав і обов'язків* (ч. 1 ст. 202 ЦК). Юридичним вчинком є *односторонні дії, спрямовані на здійснення чи захист суб'єктивних цивільних прав, з якими (діями) норми права пов'язують юридичні наслідки*⁴. Результативні дії відділяє критерій *цільової спрямованості*, оскільки особа, яка їх вчиняє, має намір не досягти правового результату, а отримати реальні плоди своїх фактичних дій, тобто досягти об'єктивованого результа-

¹ В цьому сенсі ми не обговорюємо питання про наукову цінність та плідність тієї чи іншої роботи, а лише наголошуємо на тому, що не кожна робота та і не кожна наукова чи науково-технічна діяльність може завершуватись створенням об'єкта інтелектуальної власності.

² Право інтелектуальної власності: Підруч. для студ. вищ. навч. закл. / За ред. О. А. Підпригори, О. Д. Святоцького. – К., 2002. – С. 19, 32–33.

³ Див.: *Кечекьян С. Ф.* Правоотношения в социалистическом обществе. – М., 1958. – С. 162.

⁴ Див.: *Рожкова М. А.* Юридические факты в гражданском праве // Хозяйство и право. – 2006. – Прил. № 7. – С. 57.

ту. Причому такий результат може мати форму об'єкта цивільного права, а може і не збігатися з ним, перебуваючи взагалі за межами правового регулювання, окресленого позитивним правом¹. У площині тематики дослідження аналіз п. 2 ч. 2 ст. 11 ЦК щодо створення результатів інтелектуальної, творчої діяльності дає нам підстави приєднатися до позиції щодо необхідності виділення їх в окрему групу дій — результативні дії. Конститутивною ознакою, за якою результативні дії відмежовуються від інших видів дій та навіть від інших видів юридичних фактів, є та обставина, що в результативних діях правові наслідки «прив'язуються» не до самих дій, а до виникнення їх об'єктивованого результату. В цьому сенсі вислів про виникнення цивільних прав і обов'язків з *дій* осіб (ч. 1 ст. 11 ЦК) щодо результатів інтелектуальної, творчої діяльності є певною мірою умовним. Згадка у п. 2 ч. 2 ст. 11 ЦК саме про *результат* свідчить про пов'язування виникнення цивільних прав і обов'язків із завершеним характером інтелектуальної, творчої діяльності.

Наведена нами теза щодо завершеного характеру інтелектуальної, творчої діяльності застосовується лише з урахуванням специфіки окремих її об'єктів. Скажімо, щодо об'єктів авторського права навіть при незавершеному характері твору можна говорити про породження ним відповідних цивільних правовідносин, виникнення у автора виключних прав, чого не можна сказати про створення результатів інтелектуальної діяльності у сфері промислової власності. Створення винаходу, іншого об'єкта, подання заявки про видачу патенту є елементами юридичного складу і породжують відносини між заявником (винахідником) і установою, причому ці відносини не є цивільно-правовими. Такий юридичний склад при завершеному характері його елементів буде підставою виникнення виключних прав суб'єкта, однак, якщо формування юридичного складу не завершено, наприклад унаслідок відмови у видачі патенту, правових наслідків, бажаних для суб'єкта та на які спрямовувався юридичний склад, не настане. Це не означає, що юридичний склад із незавершеною сукупністю елементів взагалі не породжує правових наслідків. У наведеному прикладі відмова у видачі патенту як «правоперешкоджаючий» юридичний факт може бути підставою для звернення до суду з вимогою про надання правової охорони спірному об'єкту, що спричиняє виникнення правовідносин іншої належності (процесу-

¹ У такій ситуації можна говорити про наявність прогалини в праві, що є підставою для застосування аналогії (статей 8, 11 ЦК). Крім того, перелік об'єктів цивільних прав (ст. 177 ЦК) сформульовано у *невичерпний спосіб*, що дає підстави внести до нього і результати інтелектуальної, творчої діяльності, які не набули вигляду об'єктів інтелектуальної власності.

альних, а не матеріально-правових). Що ж стосується виникнення цивільних відносин у вигляді наділення виключними правами, то це можливо, наприклад, внаслідок позитивного вирішення спору судом. Рішення суду в даному випадку буде елементом юридичного складу, спрямованим на виникнення цивільних правовідносин¹. Взагалі на прикладі фактичного складу — створення об'єктів інтелектуальної власності чітко простежується *ефект накопичення юридичного складу*. Його виникнення пов'язують з послідовним настанням юридичних фактів, у результаті чого виникає даний юридичний склад. Виникнення прав інтелектуальної власності на винахід пов'язується із послідовним накопиченням таких елементів, які включають створення винаходу, подачу заявки, видачу патенту².

Не випадковим вбачається посилення у вказаній нормі ЦК саме на результати інтелектуальної, творчої діяльності, а не лише на об'єкти інтелектуальної власності. Такий підхід свідчить, що можливість виникнення цивільних прав і обов'язків законодавець пов'язує з будь-якими результатами інтелектуальної діяльності, незалежно від того, чи набудуть вони статусу об'єктів інтелектуальної власності. Таке положення узгоджується із ст. 418 ЦК, яка при визначенні поняття права інтелектуальної власності включає до нього як право на результати інтелектуальної, творчої діяльності, так і право на об'єкт інтелектуальної власності³. При цьому слід мати на увазі, що підхід законодавця до визначення виникнення прав на об'єкти інтелектуальної власності є формалізованим і передбачає наявність фактичного складу з чітко визначеним, завершеним набором елементів (особливо це стосується об'єктів права промислової власності), тоді як щодо інших результатів інтелектуальної, творчої діяльності така формалізація відсутня. Та обставина, що цивільні відносини, та інноваційні зокрема, можуть у своєму виникненні і не пов'язуватись із створенням об'єктів інтелектуальної

¹ Докл. див.: *Печений О. П., Шутенко О. В.* Рішення суду в системі підстав виникнення цивільних правовідносин // Вісн. госп. судочинства. – 2007. – № 3. – С. 87–93.

² Див.: *Рожкова М. А.* Юридические факты в гражданском праве // Хозяйство и право. – 2006. – Прил. № 7. – С. 30.

³ Окремі автори вказують, що у ст. 418 ЦК міститься визначення права інтелектуальної власності, однак, виникає питання про те, що це за інший об'єкт права інтелектуальної власності, визначений ЦК та іншими законами? Про який об'єкт інтелектуальної власності, що не був би результатом інтелектуальної, творчої діяльності, йдеться? Відповіді на це можуть дати життєві ситуації та практика. Див.: *Бородін М. М., Луспенік Д. Д.* Захист прав інтелектуальної власності: проблеми судової практики та законодавчого забезпечення // Актуал. питання цивільн. та госп. права. – 2007. – № 1(2). – С. 57.

власності, не тільки логічно впливає із юридичної конструкції ст. 11 ЦК, а й підтверджується на практиці. Так, у рішенні з конкретної справи суди вказали на необхідність розмежування інноваційних відносин за договором про спільну діяльність (про спільне науково-технічне співробітництво), від цивільних відносин із створення та використання об'єктів інтелектуальної власності (винаходів)¹. Очевидно, що договором про спільну діяльність можуть охоплюватися (спільне науково-технічне співробітництво) інноваційні відносини, не пов'язані із створенням та використанням об'єктів інтелектуальної власності.

При характеристиці створення результатів інтелектуальної, творчої діяльності як юридичних фактів безпідставно обмежуватись лише буквальним змістом ст. 11 ЦК, де йдеться про виникнення цивільних правовідносин. Ця група юридичних фактів здатна породжувати не тільки суто цивільні відносини, зокрема відносини інтелектуальної власності, інноваційні, інформаційні, а й відносини іншої галузевої належності, наприклад трудові відносини. Однак, оскільки створення результатів інтелектуальної діяльності є юридичним фактом приватного права, то і породжувані ним відносини також слід відносити до приватноправових.

У багатьох випадках створення результатів інтелектуальної діяльності має характер не одиничного юридичного факту, а юридичного складу, елементами якого можуть бути безпосередні дії по створенню об'єкта, оформленню прав на нього, а також окремі правочини (наприклад, договір на створення об'єкта інтелектуальної власності, службове замовлення тощо). Для виникнення інноваційних відносин одного лише факту створення результатів інтелектуальної діяльності недостатньо, необхідна наявність інших юридичних фактів, наприклад договорів на придбання і впровадження цих результатів, актів органів публічної влади, інших дій. Особливу складність становить аналіз фактичного складу у разі створення інновацій в результаті колективної праці, незалежно від того, чи втілена вона в об'єкті інтелектуальної власності, або в результаті інтелектуальної діяльності. У системі координат чинного законодавства це питання вирішене лише щодо об'єктів інтелектуальної власності. При створенні об'єктів авторського права (у сфері інновацій це,

¹ Рішення господарського суду Дніпропетровської області від 1 черв. 2006 р. у справі № 39/98(8/2-Н12/46) // Єдиний державний реєстр судових рішень України: <http://reyestr.court.gov.ua>; Постанова Вищого господарського суду України від 7 груд. 2004 р. № Н12/46 // <http://www.abitr.gov.ua>; Постанова Вищого господарського суду України від 3 жовт. 2006 р. № 39/98(8/2-Н12/46) // <http://www.abitr.gov.ua>

перш за все комп'ютерні програми, бази даних, сайти у мережі Інтернет¹ та інші об'єкти) проблема вирішується в скороченому вигляді за допомогою інституту співавторства (ст. 436 ЦК, ст. 13 Закону України «Про авторське право і суміжні права»), із відсилкою до гіпотетичної угоди між співавторами. Ще менше норм присвячено цьому у праві промислової власності. Лише зазначається, що особи, які створили певний об'єкт (винахід, корисну модель, промисловий зразок) у результаті спільної праці, мають рівні права на отримання патенту, якщо інше не передбачено угодою між ними (ст. 8 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі», ст. 7 Закону України «Про промислові зразки»). У разі видачі патенту відносини при використанні винаходу, корисної моделі, промислового зразка, у тому числі й комерціалізації, перетворення на інноваційний продукт, патент на який належить кільком особам, визначаються договором між ними. За відсутності такого договору кожен із власників патенту може використовувати об'єкт за власним розсудом, але жоден з них не має права давати дозвіл (видавати ліцензію) на використання та передавати право власності іншій особі без згоди інших власників патенту (ст. 28 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі», ст. 20 Закону України «Про охорону прав на промислові зразки»).

Стадія створення інновації була б неможливою без визначення її основної ідеї, задуму інновації. При цьому діяльність по створенню і обігу ідей практично перебуває поза межами правового регулювання, не кажучи вже про захист прав авторів ідей.

З одного боку, авторське право не поширюється на ідеї (ст. 433 ЦК), з другого — ідея, задум є результатом інтелектуальної, творчої діяльності, що перебуває за межами формального підходу законодавця, однак, без ідей не може виникнути ні об'єкт інтелектуальної власності, ні інновація. На жаль, перше правило сприймається занадто догматично і з позицій законодавства, і в юридичній науці, що не дозволяє вирішити

¹ Веб-сайти, веб-портали та веб-сторінки не перелічені серед об'єктів авторського права за чинним законодавством (ст. 433 ЦК), однак це не є перешкодою до їх визнання такими через невичерпний перелік об'єктів авторського права і відповідно надання їм правової охорони. Веб-сайт може мати вигляд і комп'ютерної програми, і окремого файлу, що читається за допомогою комп'ютерної програми чи бази даних. Складовими веб-сайту можуть бути музичні, фотографічні, дизайнерські та інші твори, що також є об'єктами авторського права. Охоронюваним елементом веб-сайту слід визнати і доменне ім'я (Лист Державного департаменту інтелектуальної власності Міністерства освіти і науки України від 22 січ. 2007 р. № 16-14/231 // Бухгалтер. – 2007. – № 15).

багатьох питань, пов'язаних із місцем ідеї у інноваційному процесі. Так, перед сучасним західним наукознавством постало питання про визначення витoku ідеї. Класичною сприймається позиція, що ідея обов'язково повинна мати свій початок в університеті як науковій установі. Однак практика інноваційної діяльності зарубіжних країн показує, що значна кількість ідей прийшла саме з промисловості, а місце університету полягає лише у перевірці і розвитку ідеї¹. Наразі значних обертів зазнають інновації у фармацевтичній науці, що є світовою тенденцією. Так, за даними Асоціації виробників інноваційних ліків 93 % інноваційних перспективних молекул, які згодом можуть стати основою для розроблення та виготовлення принципово нових лікарських засобів, відкривають спеціалісти фармацевтичних компаній. І тільки решта — 7 % — плоди діяльності науково-дослідних установ, дослідницьких центрів тощо. Причому, як правило, навіть ці молекули згодом скуповують фармацевтичні фірми, які мають більше можливостей, щоб довести винахід до промислового використання².

Є очевидним, що для забезпечення достатнього рівня регулювання інноваційних процесів правом необхідною видається розробка такого механізму, який би охоплював увесь ланцюг створення інноваційного продукту, включаючи можливість захисту прав автора ідеї, концепції інновації та її подальшої комерціалізації. На жаль, сучасні автори у більшості випадків обмежуються констатацією того факту, що ідеї давно прийшли на український ринок, однак, системи охорони ідей не існує, авторське право охорони та захисту запропонувати не може³. Ми вважаємо, що конструкція ст. 11 ЦК, яка не пов'язує результати інтелектуальної, творчої діяльності виключно із створенням об'єктів інтелектуальної власності, дозволяє надавати ідеям і концепціям правової охорони та наділяти їх здатністю до обороту. В цій ситуації, коли законодавець визнав за певними обставинами значення юридичних фактів — підстав виникнення правовідносин у сфері інноваційної діяльності, а подальші відносини не врегулював, не виключається можливість їх регламентації договором суб'єктів інноваційної діяльності (наприклад, це може бути договір про створення і передачу концепції інновації для її подальшої

¹ Див.: *Зинов В.* Управление интеллектуальной собственностью в Оксфордском университете // <http://www.techbusiness.ru>

² Див.: *Сіроштан О.* Захист прав інтелектуальної власності: байдужих немає... // *Фармацевт Практик Review.* – 2007. – С. 16–18.

³ Див.: *Сімсон О. Е.* Інноваційне і креативне право: право знань і творчості. – К., 2006. – С. 170.

комерціалізації) або ж за допомогою аналогії (ст. 8, ч. 1 ст. 11 ЦК). Не виключається можливість надання правового захисту ідеям та концепціям у межах інформаційних відносин з охорони комерційної таємниці чи створення секретів виробництва (ноу-хау)¹.

Постає питання, чи можуть суб'єкти інноваційної діяльності у договорі використати потенціал ч. 3 ст. 6 ЦК і відступити від положень актів цивільного законодавства, надавши ідеям, концепціям чи задумам інновацій авторсько-правового захисту. Однозначно відповісти на поставлене запитання досить складно. З одного боку, перелік об'єктів авторського права не є вичерпним, ч. 3 ст. 433 ЦК зазначає про те, що авторське право не поширюється на ідеї, процеси, методи діяльності *як такі*, віддаючи на розсуд суб'єкта правозастосування можливість авторсько-правового захисту ідей і концепцій, втілених згодом в інноваційні продукти, результати інноваційної діяльності. З другого, втілена в чинному законодавстві концепція авторсько-правового захисту зорієнтована перш за все на твір як об'єкт авторського права, інші об'єкти розглядаючи досить обережно². Суть відносин між сторонами, що може бути перешкодою до відступу від актів цивільного законодавства (ч. 3 ст. 6 ЦК), передбачає наявність твору. Якщо внаслідок динаміки інноваційного процесу ідея (концепція, задум) була втілена в об'єкт інтелектуальної власності, а згодом і в інноваційний продукт, проблема так гостро не постає, оскільки в наявному юридичному складі виявляється *ефект поглинання одного елемента іншим*³, ідея (концепція, задум), вмістом якої стає об'єкт інтелектуальної власності, переходить згодом до інноваційного продукту, припиняючи існувати як така. У разі якщо етап створення об'єкта інтелектуальної власності відсутній, «трансфер» ідеї до інновації регламентується договором, що не виключає застосування ч. 3 ст. 6 ЦК.

¹ Див.: *Петрусевич О.* О некоторых изменениях в правовом регулировании коммерческой тайны // *Хозяйство и право.* – 2007. – № 6. – С. 92–95.

² Про це зазначається, наприклад, у ч. 4 ст. 433 ЦК, за якою комп'ютерні програми охороняються як літературні твори. Хоча по суті вони такими бути не можуть.

³ Див.: *Рожкова М. А.* Юридические факты в гражданском праве // *Хозяйство и право.* – 2006. – Прил. № 7. – С. 29.

Ю. Атаманова, докторант Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Структура національної інноваційної системи як методологічна основа формування державної інноваційної політики

Завдання з переходу до інноваційної моделі економічного розвитку, незважаючи на численність заходів з її розбудови, не може бути визнано вирішеним, про що свідчать невисокі показники економічного зростання за останні роки, а також зниження рівня інноваційної активності суб'єктів господарювання та частки інноваційної продукції в межах ВВП. Але слід визнати, що зараз з боку органів державної влади докладається значно більше зусиль для розв'язання даної проблеми, ніж раніше, а проведені представниками наукових кіл дослідження набагато детальніше заглиблюються в її сутність, ніж попередні. Зокрема, питання правового забезпечення інноваційного розвитку національної економіки та вироблення національної інноваційної політики стали предметом аналізу таких науковців, як Д. Висоцький, В. Гусев, Д. В. Задихайло, В. К. Мамутов, О. П. Орлюк та ін. У їхніх працях розглядаються проблеми природи та змісту інноваційної функції держави, формування та здійснення інноваційної політики держави, нормативного забезпечення запровадження інвестиційно-інноваційної моделі розвитку національної економіки.

Слід погодитися з думкою О. П. Орлюк, що на практиці відсутній набір фактів, який міг би містити ознаки переорієнтації системи державного управління на здійснення науково-технологічної та інноваційної політики як ключового фактора економічного і соціального розвитку. Таке становище, на наш погляд, пов'язано з тим, що незважаючи на наявні напрацювання як юридичної, так і економічної науки із розглядуваної тематики в них не надано відповіді на декілька вихідних питань формування державної інноваційної політики, без вирішення яких вважаємо марними очікування інноваційно орієнтованих трансформацій у національній економіці. Зокрема, це визначення предмета державної інноваційної політики, її загальних засад та принципів, основних напрямів, засобів державного регулювання інноваційних відносин, а також

режимів господарювання, що застосовуються для здійснення інноваційної діяльності.

Не можна сказати, що зазначені проблеми зовсім залишилися поза увагою законодавця, управлінців та науковців, але вони розглядалися та вирішувалися, як правило, поодинокі, відокремлено, без дотримання системного підходу. Практичним відбиттям такого становища є ізольований та хаотичний характер більшості заходів державного регулювання інноваційних відносин, заплановані результати від дії яких так і залишаються бажаними. Іншими словами, *здійснення державної інноваційної політики позбавлено ознак системності, запровадження та дотримання якої вимагає чіткого розуміння предмета даного напрямку економічної політики держави, визначення методологічного підходу до його розробки та реалізації. Дослідження поставлених питань та запропоновування відповідей на них є метою цієї публікації.*

Інноваційні процеси та пов'язані з ними трансформації відбуваються завдяки функціонуванню сукупності організацій та інститутів, які здійснюють розробку, впровадження чи використання і комерціалізацію інноваційних продуктів та забезпечують успішну реалізацію інноваційних проектів на кожній їх стадії. У їх єдності та взаємозв'язку із врахуванням правових, фінансових, організаційних та соціальних аспектів вони утворюють структуру, що отримала назву національної інноваційної системи (далі — НІС).

Розробку змісту цього поняття здійснює економічна наука, в межах якої вже склалися різні підходи до її визначення. У цілому НІС характеризується як сукупність інститутів державного та приватного секторів, що самостійно забезпечують розвиток та просування нових технологій у межах країни¹. Б. Салтиков визначає НІС як сукупність усіх діючих суб'єктів та їх відносин, яка забезпечує просування нових знань до їх використання².

Н. Івановою НІС розглядається як сукупність взаємопов'язаних організацій (структур), зайнятих виробництвом та комерціалізацією наукових знань та технологій у межах національних кордонів. Нею також охоплюється комплекс інститутів, що забезпечують інноваційні процеси, правового, фінансового та соціального характеру³. На думку

¹ Див.: Бунчук М. Национальные инновационные системы: основные понятия и положения // <http://www.biz.nnov.ru>; Фадеева В. Национальная инновационная система Германии // <http://www.innovbusiness.ru>

² Див.: Салтыков Б. Национальная инновационная система: проблемы и перспективы // <http://www.novaman.ru>

³ Див.: Иванова Н. Национальные инновационные системы // Вопр. економики. – 2001. – № 7. – С. 61.

А. В. Бочарова та Ю. М. Шмельова, її сутність полягає у створенні державно-приватного інноваційного партнерства, за яким держава підтримує науково-технічний сектор та систему освіти — джерела інновацій, забезпечує вільний доступ до результатів наукових досліджень у державному секторі, створює умови для їх комерційного використання, необхідну інноваційну інфраструктуру, систему підготовки кваліфікованого персоналу та нормативно-правову базу для стимулювання інноваційного підприємництва; бізнес же бере на себе комерційний ризик роботи на ринку інноваційної продукції¹.

Таким чином, НІС не просто охоплює сферу, яка генерує нові знання та доводить їх до стану практичного застосування чи впровадження, а й виступає механізмом реалізації інтелектуального капіталу держави. Більше того, вона утворює структуру, яка безпосередньо забезпечує протікання інноваційних процесів. Це у свою чергу означає обумовленість ступеня впровадження в межах національної економіки країни інноваційної моделі розвитку ефективністю функціонування НІС. Будучи безпосередньо пов'язаною з творчою інтелектуальною діяльністю, якій властиві свобода та непередбачуваність (хоча й очікуваність) результатів, робота НІС переважно здійснюється на засадах саморегулювання, а тому одночасно із зазначеними аспектами її розглядають і як структуру управління інноваційними процесами. Таким чином, НІС, з одного боку, є генератором нових знань та виконує трансформаційну функцію — забезпечує їх доведення до стану інноваційних продуктів та інновацій, а з іншого — нею самостійно визначаються напрямки інноваційних процесів, активність та результативність інноваційної діяльності суб'єктів господарювання.

Вплив роботи НІС на стан науково-технічної та інноваційної сфери країни, залежність від її функціонування рівня соціально-економічного розвитку в цілому не може не зумовити інтерес до неї з боку державної влади, що є природно. Сутність державного регулювання інноваційної діяльності полягає в цілеспрямованому впливі органів державного управління на економічні інтереси інститутів інноваційної сфери². Діяльність держави в інноваційній сфері обов'язково має здійснюватися

¹ Див.: Бочаров А. В., Шмелев Ю. М. Государственная инновационная политика – формирование инновационной системы // Национальные инновационные системы: Формирование. Развитие: Темат. информ.-аналит. подборка. Упоряд. В. Нежиборець. – К.: НДІ ІВ, 2005. – Вип. 5. – С. 39.

² Див.: Кизим М. О., Матюшенко І. Ю. Національна інноваційна система як механізм реалізації інтелектуального капіталу України // Інновації: проблеми науки і практики. – Х.: ВД «ІНЖЕК», 2006. – С. 93.

за декількома напрямками. Перш за все, будь-яка система може функціонувати як така лише у разі існування певного набору умов, необхідних для інтеграції її складових у єдину якість. Щодо інноваційної сфери це означає, що перед державною владою постає завдання створення та підтримки умов для формування і функціонування ефективної НІС, яка б забезпечувала постійне нарощування нових знань, інтелектуального капіталу та їх практичне використання, перш за все, у сфері матеріального виробництва. Його виконання припускає докладання з боку держави зусиль з *організаційного, кадрового, інформаційного та правового забезпечення*, а в окремих випадках і *фінансової підтримки* діяльності суб'єктів господарювання та функціонування інституцій, які утворюють НІС.

Очікуваність певних результатів від функціонування НІС потребує від держави також і *керування, координації діяльності її учасників шляхом узгодження їхніх інтересів*, що отримує зовнішній прояв у встановленні та нормативному закріпленні пріоритетів науково-технічної та інноваційної діяльності, статусу, прав та обов'язків її суб'єктів, правових режимів їх діяльності, а також у можливому застосуванні до них певних заходів державного впливу. З питань, що мають загальнодержавне, стратегічне значення, держава може вдаватися до імперативних заходів щодо учасників НІС, а іноді навіть до НІС в цілому, тобто здійснювати безпосередньо управлінські повноваження (це можуть бути питання підтримання розвитку певного сектору економіки, або вироблення чи впровадження певної продукції, або виходу НІС чи її елементів з кризи, що загрожує її функціонуванню як такої або її сталому розвитку).

Прогнозований характер питань побудови та розвитку національної економіки на засадах інвестиційно-інноваційної моделі зумовлює необхідність здійснення перманентного *контролю* з боку державної влади за відповідністю реальних показників діяльності НІС та стану соціально-економічного розвитку запланованим результатам із можливим застосуванням заходів державного регулювання, коригуванням як прогнозів соціально-економічного розвитку, так і правил поведінки, умов діяльності самих учасників НІС.

Таким чином, **основний зміст діяльності держави в науково-технічній та інноваційній сферах**, на наш погляд, полягає у **забезпеченні умов для функціонування ефективної НІС, координації діяльності суб'єктів, що входять до неї, шляхом узгодження їхніх інтересів зі здійсненням контролю щодо результатів роботи НІС в аспекті впливу на рівень соціально-економічного розвитку країни.**

На цій підставі можна зробити висновок, що **предметом державної інноваційної політики** слід визнати формування та функціонування ефективної НІС, щодо якої держава виконує забезпечувальну, координаційну та контрольну функції. Безпосереднім же **об'єктом державно-правового впливу в інноваційній сфері**, вважаємо, виступає діяльність суб'єктів господарювання, які безпосередньо реалізують або залучені до реалізації інноваційних процесів, а також відносини, що складаються при цьому між ними, між ними та іншими суб'єктами права (як правило, учасниками господарських відносин) з приводу створення, впровадження чи комерціалізації об'єктів інтелектуальної власності та інноваційних продуктів.

Для забезпечення ефективної роботи НІС державно-правовий вплив має стосуватися всіх основних структурних елементів НІС, оскільки лише за умови налагодженої взаємодії всіх складових системи її функціонування може бути результативним. Це означає, що **структура НІС зумовлює основні напрями діяльності держави в інноваційній сфері, що відбивається на структурі та змісті державної інноваційної політики**.

Під структурою системи звичайно розуміють стійке упорядкування у просторі й часі її елементів та зв'язків між ними, що визначає функціональну компоновку системи та її взаємодію із зовнішнім середовищем¹. Структура системи зумовлюється цілями, які постають перед нею, та функціями, що нею виконуються. У кожній системі існує певний мінімальний рівень розмірів елементів, нижче якого система як би не існує. Отже, для того щоб визначити структурний елемент, спочатку встановлюють, які властивості системи інтересують дослідника². Таким чином, для формування уявлення про структуру системи необхідно чітко сформулювати цілі, визначити функції та відповідні до них властивості системи, які детермінують той мінімальний рівень кількості елементів та якості зв'язків, що достатні для їх взаємодії як системи.

Інтегративною властивістю НІС, що формується внаслідок узгодженої взаємодії поєднаних у певну структуру елементів та завдяки якій вона виокремлюється як цілісне утворення у межах держави, **виступає здатність створювати та впроваджувати нове знання, що характеризується значущістю для загального рівня розвитку економічної системи країни та можливістю його використання (впро-**

¹ Див.: *Прангшивили И. В.* Системный подход и общесистемные закономерности. – М.: СИНТЕГ, 2000. – С. 24. – (Серия «Системы и проблемы управления»).

² Там само. – С. 41.

вадження) суб'єктами господарювання. Іншими словами, нею слід визнати **самі інновації як нову якість, результат функціонування всіх елементів НІС.**

Така особливість НІС зумовлює її **функціональне призначення** (цілі функціонування) — це забезпечення соціально-економічного розвитку держави завдяки використанню власних інтелектуальних ресурсів, інтелектуального потенціалу нації; підвищення рівня її конкурентоздатності на світовому ринку за рахунок винайдення та розробки нових ідей і їх активного впровадження в різних сегментах економіки країни. Іншими словами, **інтегративна якість НІС зумовлює її функціональний характер, а тому вона може бути означена як цілеорієнтована система.**

Інтегративна властивість НІС як загальна її якість може бути представлена як **результат взаємодії та доповнення окремих особливостей.** Зокрема, її зумовлюють: а) **властивість генерації нових знань** у нивах НІС; б) **властивість їх «промислової придатності»** (термін «промислова придатність» використовується у тому значенні, яке в нього вкладається Законом України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» від 15. 12. 1993 р.) — тобто можливість практичного використання (застосування, впровадження) нових розробок у промисловості або в іншій сфері діяльності); в) **властивість оптимізації інноваційного процесу**, тобто створення умов для його повного та успішного протікання із зменшенням ступеня непередбачуваності його результатів; г) **властивість оборотоздатності результатів інтелектуальної діяльності** — останні виступають самостійним товаром ринкового обміну в межах НІС, що набуває правової форми зобов'язальних відносин між різними учасниками інноваційного процесу.

Інтегративна якість НІС, яка незважаючи на те, що складається з інших окремих властивостей, не може бути зведена до їх простої суми, оскільки лише в результаті та за умови узгодженої взаємодії всіх структурних елементів системи відбувається якісне покращення рівня соціально-економічного розвитку держави завдяки використанню нових знань та розробок, а також завдяки створенню та реалізації інновацій. Проте встановлення окремих властивостей НІС надає можливість розробити оптимальну для забезпечення її функціонування структуру з усвідомленням значення, функцій та місця другорядних, неосновних її елементів, відсутність яких не завдає шкоди інтегративній властивості НІС, але діяльність яких сприяє підвищенню рівня ефективності функціонування останньої.

Визначені властивості НІС дозволяють більш-менш чітко встановити певний мінімальний розмір структури, так би мовити «кристалічну решітку», яка за умови взаємодії елементів, що її утворюють, забезпечує виконання системою покладених на неї функцій. Така *мінімальна конструкція складається з декількох конструктивних складових, які разом забезпечують реалізацію інноваційного процесу, а також створення власно інновацій як інтегративної якості НІС*. Інакше кажучи, **мінімальний обсяг структури НІС має бути достатнім і необхідним для виникнення її основної інтегративної властивості — інновацій**. Вважаємо, що така елементарна структура НІС може бути представлена таким чином: 1) **підсистема науки**, у межах якої відбувається генерація нових ідей, розроблення нововведень; 2) **підсистема виробників інноваційних продуктів**, яка забезпечує доведення розробок до придатного до впровадження та комерціалізації стану, тобто трансформує їх в інноваційні продукти. Суб'єкти господарювання, що до неї входять, створюють на базі наукових розробок, оформлених як результати інтелектуальної діяльності, в тому числі як об'єкти інтелектуальної власності, безпосередньо інноваційні продукти через проведення необхідних дослідно-конструкторських, технологічних, інженерних, випробувальних та інших робіт. Вони також здійснюють поширення, комерціалізацію інноваційних продуктів, тобто їх пропозицію як товарів, у тому числі й кінцевого споживання, з наданням послуг із авторського супроводу впровадження (використання) інноваційних продуктів стосовно умов та завдань конкретних покупців або реципієнтів. Ця підсистема тісно пов'язана з підсистемою науки, оскільки продовжує роботу над створеними нею результатами, але має вже більшою мірою прикладний, науково-технічний характер. У сучасних реаліях суб'єкти наукової діяльності іноді виконують функції з розроблення та комерціалізації придатного до впровадження об'єкта інтелектуальної власності, тобто здійснюють діяльність виробників інноваційних продуктів. Тому зазначені підсистеми в окремих випадках не просто взаємодіють, а навіть пересікаються; 3) **підсистема споживачів або реципієнтів інноваційних продуктів** та об'єктів інтелектуальної власності, які виступають на стороні інноваційного попиту; 4) **підсистема інноваційних посередників**, яка забезпечує просування розробок від їх розробників до реципієнтів інноваційних продуктів; 5) **підсистема інноваційної інфраструктури**, яка виконує функцію забезпечення або допомоги реалізації інноваційних процесів.

Слід зауважити, що *запропонована структура НІС*, її елементи не є чимось усталеним, раз і назавжди сформованим, навпаки, вона *є ди-*

намічною, гнучкою, рухомою системою, конфігурація елементів якої змінюється залежно від зміни умов існування, зовнішнього оточення, першочергових завдань її функціонування. Суб'єкти, що утворюють її підсистеми, можуть змінювати свою належність, місце у межах НІС у разі зміни предмета своєї основної діяльності. Більше того, вони можуть одночасно належати до системних утворень, інших, ніж НІС, систем (зокрема, таке становище характерне для суб'єктів-реципієнтів інноваційних продуктів та суб'єктів інноваційної інфраструктури, які є суб'єктами відповідних галузевих ринків національної економіки). Фактично кожний з названих елементів — підсистем НІС сам може бути представлений як системне утворення, яке не завжди повністю поглинається межами лише самої НІС, а досить часто входить до складу й інших систем, що ускладнює вирішення завдання з чіткого визначення НІС та її співвідношення з іншими системними утвореннями.

Крім конструктивних елементів, функціонування НІС неможливе без функціональних зв'язків, які забезпечують узгоджену роботу всіх її компонентів. Зв'язки становлять собою певний рух різного роду об'єктів, як матеріальних, так і нематеріальних. Зокрема, в межах НІС функціональні зв'язки можуть встановлюватися щодо грошових коштів, інформації, виконання робіт (науково-дослідних, дослідно-конструкторських, технологічних на ін.) або надання послуг (зокрема, освітніх послуг, послуг з професійної підготовки, надання консультацій, послуг з оцінки нематеріальних активів та ін.), а також щодо самих результатів інтелектуальної діяльності, в тому числі інноваційних продуктів, які виступають як самостійний товар.

Зв'язки щодо передачі, обміну об'єктів інтелектуальної власності та інноваційних продуктів, які виникають між такими підсистемами НІС, як підсистема науки, підсистема виробників інноваційних продуктів, підсистема реципієнтів інноваційних продуктів та підсистема інноваційних посередників, утворюють в економічному аспекті **інноваційний ринок**, а своє **правове оформлення отримують у вигляді договірних зобов'язань**. Інноваційний ринок унаслідок особливостей свого функціонування охоплює в межах НІС так би мовити певний простір, і також може бути представлений як *певне відособлене утворення, що має системний характер*. Однак економічні інтереси щодо інновацій поширюються ще далі, функціонуючи не тільки в межах ринку інноваційних продуктів, але охоплюючи також і відносини щодо виготовлення на їх основі інноваційної продукції та її успішної прискореної

реалізації, формуючи ринок другого порядку — ринок інноваційної продукції¹.

НІС, незважаючи на її саморегульвний характер, не є автономною, відособленою системою. Вона тісно взаємодіє і навіть іноді переплітається з різними системами держави (зокрема, економічною, освітньою, соціальною) або безпосередньо з їхніми елементами (промисловістю, інвестиційним ринком, ринком фінансових послуг та ін.) як із найближчим зовнішнім оточенням. Іншими словами, *НІС слід розглядати і як елемент системи вищого порядку, а тому між нею і державою складаються певні ієрархічні відносини, яким властивий механізм управління. Тому використання засобів державного регулювання щодо НІС не означає нівелювання саморегульвних характерних засад. Саме у поєднанні механізми саморегулювання та управління забезпечують стійке положення та сталий розвиток НІС.*

Взаємозв'язки держави та її систем з НІС мають отримати правове визначення та юридичне закріплення, оскільки саме нормативний регулятор стає запорукою чіткості взаємовідносин між державою та НІС, а також забезпечує недопущення відхилень у балансі використовуваних ними механізмів. Тому правового закріплення потребують такі питання, як принципи, механізми та засоби державного регулювання й контролю за діяльністю НІС, система органів державного регулювання інноваційної сфери, розподіл компетенції між ними. Їх визначення та законодавче оформлення фактично встановлює межі використання з боку держави механізму управління щодо НІС та служить певною гарантією щодо збереження саморегульвного характеру функціонування НІС. Тобто *до кола питань правового регулювання інноваційної сфери доцільно також включити питання щодо упорядкування відносин, які визначають зовнішні зв'язки НІС, і, перш за все, відносини з державою.*

Таким чином, у межах НІС доцільно, на наш погляд, виокремлювати два блоки структурних утворень: по-перше, **це конструктивні, базові елементи**, які становлять каркас системи та обумовлюють виконання нею її основних властивостей, і, по-друге, **функціональні зв'язки**: по-перше, **внутрішні**, які забезпечують взаємодію всіх елементів системи та об'єднують їх у цілісне утворення за певним функціональним призначенням, та, по-друге, **зовнішні**, що опосередковують

¹ Див.: *Задихайло Д. В.* Інноваційна політика держави і господарсько-правові засоби її реалізації // Інноваційний розвиток України: наукове, економічне та правове забезпечення: Тези доп. Всеукр. наук.-практ. конф., 27–28 жовт. 2006 р. / Упоряд.: О. В. Петришин, М. О. Кизим. – Х.: ВД «ІНЖЕК», 2007. – С. 120–133.

взаємодію системи із зовнішнім оточенням та об'єднують її з іншими утвореннями в систему вищого порядку.

Держава з метою системного упорядкування будь-яких суспільно важливих відносин з урахуванням та в кореляції з виконанням покладених на неї функцій використовує право як нормативний регулятор суспільних відносин. НІС, робота її елементів, зв'язки як внутрішнього, так і зовнішнього характеру, також не стали винятком. Тому у позитивному праві утворилася ціла група норм, які поширюють свою дію на відносини, які складаються в межах НІС між її учасниками, що визнаються суб'єктами права, з приводу реалізації інноваційних процесів, а також відносини між ними та іншими суб'єктами права з приводу створення, впровадження чи комерціалізації об'єктів інтелектуальної власності та інноваційних продуктів.

Як конкретні норми, так і їх система в цілому не створюються стихійно, довільно, за бажанням та розсудом тих або інших осіб. Вони відображають об'єктивні закономірності суспільства і держави та проєкціюються на реально існуючі економічні, політичні та інші відносини¹. Зазначені закономірності стосуються і системи правових норм, які опосередковують внутрішні відносини між учасниками НІС і зовнішні відносини між ними та іншими суб'єктами правових відносин, а тому слід визнати, що вона зумовлена структурними особливостями та системними закономірностями самої НІС, одночасно справляючи на них зворотний вплив, що дає змогу здійснювати державі керування (координацію) і контроль за процесами, які відбуваються в межах НІС, та коректувати їх у потрібному напрямку.

Зв'язки між учасниками НІС, що визнаються суб'єктами права, з приводу реалізації інноваційних процесів, а також між ними та іншими суб'єктами права з приводу створення, впровадження чи комерціалізації об'єктів інтелектуальної власності та інноваційних продуктів, опосередковані регулюючою дією правових норм, набувають характеру правових відносин. Залежно від об'єкта щодо якого вони виникають, а також особливостей суб'єктного складу, вони можуть підпадати під дію правових норм, що належать до різних галузей права. Тому з метою забезпечення повного узгодженого врегулювання відносин, що складаються в інноваційній сфері, перед державою стоїть завдання створення комплексного правового механізму їх регулювання, який має бути покладений в основу та реалізовуватися в межах державної інноваційної політики.

¹ Див.: Марченко М. Н. Проблемы теории государства и права: Учебник. – М., 2007. – С. 333–334.

На розв'язання поставленої проблеми спрямовано дослідження **структури НІС**, оскільки дозволяє впровадити при розробленні правового механізму регулювання інноваційної сфери системний підхід, який забезпечує максимальну ефективність його дії шляхом розробки та застосування такого комплексу юридичних засобів, який би охоплював позитивним впливом права всі структурні елементи та упорядковував функціональні зв'язки НІС. Іншими словами, лише за умови співвідношення правового механізму зі структурою НІС можуть бути досягнуті цілі, що ставить держава в інноваційній сфері з проекцією на стан соціально-економічного розвитку країни.

Виходячи зі структури НІС, якою об'єднуються розрізнені елементи в єдину функціональну систему із інтегративною властивістю, що становить безпосередній інтерес як для держави, так і суспільства в цілому, вважаємо можливим виділити такі **блоки питань функціонування НІС, які мають вирішуватися в межах державної інноваційної політики як основні її напрямки та обов'язково отримати правове врегулювання в межах єдиного комплексного правового механізму**: 1) закріплення структури НІС в цілому та окремих її елементів; 2) формулювання принципів та загальних засад правового регулювання діяльності НІС; 3) визначення системи органів державного регулювання НІС та їх компетенції; 4) закріплення механізмів та засобів державного регулювання і контролю за діяльністю НІС; 5) визначення учасників НІС як суб'єктів правових відносин, їх правового статусу та організаційно-правових вимог до їхньої діяльності; 6) встановлення правових режимів та умов діяльності учасників НІС; 7) закріплення договірних форм функціональних зв'язків між учасниками НІС та основних вимог до них; 8) правове оформлення відносин обміну об'єктами інтелектуальної власності та інноваційними продуктами, що утворюють інноваційний ринок; 9) визначення міжнародно-правових аспектів функціонування НІС та здійснення інноваційної діяльності.

Таким чином, структурування НІС має для юридичної науки важливе методологічне значення, виконує інструментальну функцію — воно дає змогу на підставі встановлення основних учасників, різновидів інноваційних відносин, їх особливостей із формулюванням цілей та завдань держави в інноваційній сфері визначити основні напрямки державної інноваційної політики та розробити ефективний правовий механізм регулювання інноваційних відносин.

НА ПОЧАТКУ ТВОРЧОГО ШЛЯХУ

Ю. Меліхова, аспірантка Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Моральна складова проблеми добору кадрів на посаду судді

Для того щоб громадянське суспільство ґрунтувалося на законності, а держава була правовою, потрібні не тільки мудрі, гуманні закони, відпрацьовані механізми правозастосування, але й добре підготовлені кадри, струнка система юридичної освіти, нормативно визначена, науково обґрунтована система добору кадрів на посаду судді. Професія судді незвичайна — в її генетичному коді закладена велика гуманістична функція. Тому, суддівська діяльність — це поле для талановитих, високоосвічених людей, з широкими етичними поглядами та глибоким резонансом на проблеми сучасності, з гуманістичним спрямуванням особистості. Суддя стоїть на сторожі права, що як «...феномен культури містить велике очищуваче начало, знижуючи, наскільки це можливо, ступінь конфліктності суспільства, протидіючи духу насильства і ворожнечі»¹.

На жаль, ступінь довіри і поваги громадян України до суду незначний. Одним із основних аспектів, з яких складаються ця довіра і повага, є рівень професійної та моральної культури суддів, їх поведінка та спосіб життя. Втім, виступ Президента України В. А. Ющенко на VII з'їзді суддів України 2 листопада 2005 р., звіти Вищої кваліфікаційної колегії суддів України, численні публікації в ЗМІ, які посилаються на різноманітні опитування громадян, приводять до невтішного висновку про те, що судовій системі потрібне якісне моральне переродження з якнайшвидшим формуванням нової концепції особистості судді. Адже тільки до Ради суддів України у 2004 р. надійшло понад 900 скарг громадян, до кваліфікаційних комісій — 1500, до Вищої ради юстиції — 1200.

¹ *Мальцев Г.* Какой юрист сегодня нужен обществу // Рос. юстиция. – 2001. – № 5. – С. 57–58.

В основному у цих скаргах мова йде про порушення суддівської присяги¹. Наведені приклади свідчать про те, що починати процес реформування судової системи потрібно з добору кадрів на посаду судді.

Правові основи вирішення цього питання в Україні закладено Конституцією України і законами України «Про статус суддів», «Про судоустрій України», «Про Вищу раду юстиції», «Про порядок обрання на посаду та звільнення з посади професійного судді Верховною Радою України». Ця проблема ставилась і вивчалась певною мірою О. Аграновською, О. Бойковим, Ю. Грошевим, О. Закомлістовим, О. Кобліковим, І. Марочкіним, О. Марковим, В. Пейсиковим, Н. Радутною. Більш глибоко досліджувалася Л. Москвич, Г. Мальцевим, Т. Фулеєм, Л. Халдесвим та ін. Однак прийняті документи, напрацювання та рекомендації дослідників не вирішили всіх існуючих проблем, пов'язаних із кадровим забезпеченням судів. До цього часу в Україні немає наукової та нормативно визначеної процедури добору кандидатів на посаду судді. Не напрацьовано системних, чітких критеріїв відбору за моральними, психологічними, діловими рисами, характеристиками. Давно назріла необхідність обґрунтування і закріплення механізмів дослідження цих якостей у кандидатів у судді, їх спеціального тестування чи анкетування, формування серйозної системи перевірки і підготовки. А життя вимагає прискіпливого підходу до цього процесу, сутність якого полягає в доборі осіб, найбільш придатних для здійснення функцій судової влади².

Сьогодні в нашій державі визначальна роль у вирішенні проблеми підбору кадрів на посади суддів відводиться кваліфікаційним комісіям суддів, на які Законом «Про судоустрій України» покладене забезпечення формування корпусу професійних суддів шляхом добору і рекомендації осіб для зайняття посади професійного судді і визначення рівня професійної підготовки діючих суддів, а також розгляд питань щодо дисциплінарної відповідальності суддів і надання висновку про звільнення судді від займаної посади (ст. 73). Згідно із законодавством повноваження кваліфікаційних комісій суддів у питанні підбору суддівських кадрів полягають у: 1) перевірці відповідності кандидатів на посади суддів вимогам закону; 2) проведенні кваліфікаційної атестації у формі кваліфікаційного іспиту; в) формулюванні висновку про рекомендацію

¹ Селіванов А. О. Дотримання принципів незалежності та дисциплінарної відповідальності суддів: питання законодавства та практики // Етичні та правові проблеми забезпечення незалежності суддів: Матеріали міжнар. наук.-практ. семінару. – Х., К., 2006. – С. 34–50.

² Москвич Л. Статус судді: теоретичний та порівняльно-правовий аналіз. – Х., 2000. – 223 с.

кандидата щодо призначення на посаду судді. На жаль, щодо реалізації кваліфікаційними комісіями суддів наданих їм повноважень існує ціла низка проблем (наприклад, використання норми закону щодо дослідження і перевірки матеріалів, представлених претендентом тощо). До складу кваліфікаційних комісій входять 11 членів, 6 з яких є суддями, а інші — представниками інших гілок влади. Можливо, до якісного складу цих комісій мають входити і психологи-моралісти, які б могли більш детально проаналізувати психологічні, моральні особливості кандидатів, надати висновки щодо психологічної та моральної придатності особи для виконання суддівських обов'язків.

Певними гарантіями добору осіб на посади суддів повинні бути впроваджені конкурсні засади з тим, щоб до здійснення судової влади залучалися найбільш професійно, морально і соціально-психологічно придатні особи. Адже на практиці перевіряється тільки рівень юридичних знань претендента на суддівську посаду і досить формально деякі елементи, які вказують на його моральні якості. Це пояснюється тим, що знецінення на рівні суспільства і особистості моральних цінностей не робить їх надзвичайно важливими і в процесі формування суддівського корпусу, куди проникають непрофесійні, аморальні кадри, що становить суттєву, болючу проблему сучасності. Є випадки, коли на посади суддів потрапляють люди з вадами інтелекту, волі, заблокованою емоційно-почуттєвою сферою, які не можуть бути суддями. Слід чітко усвідомлювати, що призначення на посаду судді само по собі не зробить людину чесною і чистою в помислах і діях, адже **моральності навчити не можна**. Отже, перевірка і оцінка моральних якостей особистості повинна починатися ще на стадії добору кандидатів на суддівську посаду. Зокрема: чи не був претендент на суддівську мантию схильним до жорстоких вчинків у юнацькі та студентські роки, як ставився до навчання, до рідних, до товаришів, чи не вдавався до наркотиків і алкоголю, які риси характеру були йому властиві. До активу слід віднести такі риси, як чесність, порядність, працелюбність, уміння співпереживати. До пасиву — негативні якості: жорстокість, егоїзм, грубість, лінь, корисливі прояви, безвідповідальність, черствість. Проблема в тому, що ці негативні якості категорично протипоказані кандидату на посаду судді, адже вони **не піддаються перевихованню**. Тому не слід боятися звинувачень у порушенні прав людини, адже ціна помилок у доборі кадрів на суддівські посади дуже висока. Практика останніх років свідчить, що таких помилок було чимало.

Професійна майстерність судді зумовлена особливостями його особистості. Ця теза вимагає більш ґрунтовного осмислення, оскільки в

ідеалі суддя, незалежно від цих особливостей, повинен бути професіоналом. У це визначення треба вкладати і те, що суддя-професіонал — це людина, яка вміє відректися від властивих їй симпатій і антипатій до сторін у судовому процесі, бути терплячим і мудрим, здатним до самообмеження в будь-яких життєвих ситуаціях. Важко залишатися самотійним і незалежним, коли керівник вимагає йти шляхом порушення закону, коли твоя робота оцінюється не за якістю зробленого, а за кількістю, коли зарплата не висока, а хочеться (і це цілком нормальне бажання) жити в достатку. Все це може здолати тільки людина морально чиста, з високим рівнем професійних знань і вольових якостей.

Перш за все претендент на суддівську посаду, крім того, що він відповідає всім формальним вимогам, повинен мати справжнє, щире бажання стати суддею, усвідомлювати весь тягар відповідальності, який має нести щоденно. Адже «... суддя — це не посада і не професія. Суддя — це спосіб життя... у стані постійної відданості суддівській діяльності»¹. Можливо, що кандидат хоче стати суддею не за покликанням, не заради професійного зростання, а для того, щоб забезпечити собі матеріальне благополуччя (наприклад, шляхом хабарництва), задовольнити свої амбіції, любов до влади тощо. Тому для кваліфікаційних комісій при обговоренні кандидатур на першому місці повинно бути щире устремління останніх до професійного зростання, бажання працювати. Кандидат мусить усвідомлювати, силу виключності обраної ним професії. Посада судді для нього повинна бути не засобом, а ціллю. Необхідно провести перевірку всього прожитого ним життя, в тому числі й приватного, за умови, що буде зроблено все для того, щоб не допустити зловживань чи свавілля під час цього процесу з боку перевіряючих. Якщо ж претендент відмовляється від цієї процедури, це мусить зашкодити йому стати суддею. Оскільки посада судді є публічною, відкритою і він неминуче стає «об'єктом» постійної прискіпливої уваги з боку громадськості, тому кандидат на посаду судді повинен добровільно із готовністю погодитися з певними обмеженнями у своїй поведінці, які для звичайного громадянина можуть бути обтяжливими². Якщо він не готовий до публічності, значить він не готовий і до посади, йому є що приховувати.

Заслугує на увагу і найближче оточення кандидата на посаду судді. Серед цих людей не повинно бути осіб, які ведуть аморальний спосіб

¹ Халдеев Л. С. Судья в уголовном процессе: Практ. пособие. — М.: Юрайт, 2000. — С. 400.

² Там само. — С. 395.

життя, мають проблеми із законом. Якщо кандидат на посаду судді ставиться легковажно до формування кола людей, з якими спілкується, то це свідчить про його моральну незрілість і перешкоджає йому претендувати на суддівську посаду. Та якщо змінити коло знайомих кандидату не так важко, то відмовитися від членів сім'ї неможливо. У провінційних регіонах держави, де всі знають один одного, важко здійснювати правосуддя, коли родичі судді ведуть аморальний спосіб життя, зловживають алкоголем. Це надзвичайно серйозні й делікатні речі, які складно виявити і вивчити. Ними, на жаль, мало хто займається, а нерідко саме ці проблеми породжують масу нюансів, на які треба звернути увагу, бо від них залежить авторитет судової влади в цілому.

Законодавство не висуває будь-яких вимог до кандидатів стосовно майнового стану. Та все майно кандидата повинне бути придбане законним шляхом. Це є важливим для виявлення як позитивних, так і негативних якостей його особистості, як і відомості про те, чи займається кандидат підприємницькою діяльністю. Хоча нічого аморального в цій діяльності немає і вона не може бути перешкодою при призначенні кандидата на посаду судді. Але після призначення все змінюється: Законом України «Про статус суддів» суддям забороняється займатися підприємницькою діяльністю, а приховування такого факту є підставою для звільнення судді з посади. Тут знову виникає проблема постійного свідомого самообмеження. Тому кандидат у судді має бути готовим відмовитися від багатьох звичних речей. Якщо він на це не здатний, то йому не слід претендувати на посаду судді, бо не кожна людина може визначити для себе межі дозволеного, неможливо їх визначити і якимись нормативними документами, бо правові норми не завжди базуються на моральних нормах. До того ж сьогодення породжує специфічні проблеми, які не відомі або не дошкуляють в такій мірі іншим країнам. За останні шістнадцять років в Україні сформувався соціальний прошарок забезпечених людей, які своє матеріальне благополуччя здобули не зовсім чесним шляхом. У таких родинах зросли діти, які отримали юридичну освіту. Чи має право суспільство знати, які цінності сповідує в житті кандидат у судді, який виріс у такій сім'ї? Чи не буде він виконувати чийсь соціальне замовлення? Чи стане він неупередженим суддею у ставленні до представників інших верств суспільства, навіть найбільш знедолених. Крім того, у нас існує платна юридична освіта. Чи повинне суспільство знати, на які кошти здобуто цю освіту? Чи не кримінальний світ прагне забезпечити собі майбутнє такою ціною? Якщо мова йде про претендента на суддівську посаду, відповідь має бути однозначною —

так, повинне. Інша річ, що зараз немає механізмів перевірки таких даних. На жаль, на державному рівні ніхто ґрунтовно не займався цією проблемою.

Перший свого роду підбір кадрів на суддівські посади, критерії якого є актуальними і нині, був закладений ще три тисячі років тому у Біблії — історичному документі, достовірність якого доведена історичними і археологічними дослідженнями. Так, відомий російський адвокат П. Баренбойм, у своїх публікаціях, присвячених сучасним питанням права в біблейських текстах («Божественна природа судової влади», «І судили вони народ у всі часи...»), аналізує книгу «Вихід», в якій тесть Мойсея — пророка, законодавця і судді, радить останньому «... вибрати серед народу людей здібних, які бояться Бога, людей правдивих, які не навидять користь» [П. 21.] і делегувати їм свої судові повноваження: «...Хай судять вони народ у всі часи, і про всі важливі справи доповідають тобі, а всі малі справи судять самі: і буде тобі легше, і вони понесуть з тобою тягар» [П. 22.]. Мойсей прислуховується до поради і «... вибирає із всього Ізраїлю здібних людей» [П. 25.], які «судили народ у всі часи; про справи важливі доповідали Мойсею, а всі малі справи судили самі» [П. 26.]¹.

Сучасний світовий досвід деяких країн (Франції, Великобританії, США, Японії) щодо формування кадрового потенціалу судової влади, свідчить про те, що питання добору кадрів на посади суддів є предметом особливої уваги з боку держави і всієї юридичної спільноти. У цих країнах існує нормативно визначена процедура підбору кадрів на посади суддів: сформульовані вимоги до них, нормативно закріплена процедура оцінки знань, навичок, умінь, моральних і ділових якостей, обов'язково передбачається навчання кандидатів у спеціальному навчальному закладі та стажування в суді. Тільки після перевірок і оцінки якостей особистості кандидата ставиться питання про можливість обрання його на посаду судді.

Однією із взірцевих, на думку дослідників, можна вважати процедуру добору кандидатів на посади суддів і подальшу їх підготовку у Франції, оскільки держава зацікавлена в тому, щоб суддівські посади обіймали лише кращі з кращих, а підготовка судді коштує дуже дорого. Крім того, що кандидат повинен мати відповідний освітній рівень, французьке громадянство, виконати військовий обов'язок і бути придатним

¹ Баренбойм П. ... И судили они народ во всякое время... // Рос. юстиция. – 1997. – № 3. – С. 13; *Він же*. Первая Конституция мира. И изложил Самуил всему народу права царства, и написал в книгу, и положил пред Господом // Рос. юстиция. – 1997. – № 7. – С. 60.

до здійснення своїх функцій за станом здоров'я, він повинен «мати високу моральність»¹. Добір здійснюється на конкурсній основі, причому існує кілька типів конкурсів для різних категорій кандидатів. Для осіб, які не скористалися цим конкурсом чи не пройшли його, посада судді стає недоступною. Цікаво, що значна кількість претендентів «відсіюється» відразу після першого етапу конкурсу — іспиту із «загальної культури». Мета його впевнитися, що кандидат відкритий до проблем сучасного світу, суспільства, а не просто «технічний працівник в галузі права, оскільки кому потрібне право, яке не застосовується до проблем суспільства?» Претенденти пишуть твори за темами, які піднімають проблеми соціальних, моральних, політичних та інших культурних аспектів сучасного світу. Наприклад, серед пропонованих тем — «Право на щастя», «Літні люди в суспільстві», «Брехня», «Чи має право відповідь на все?» тощо. До того ж, усі роботи є анонімними і перевіряються двома різними екзаменаторами. Таке зіставлення оцінок забезпечує неупередженість і чесність². Про досвід професійної роботи майже не йдеться. Хоча, безумовно, досвід з одного боку, збагачує, з другого — призводить до формування певних звичок і шаблонів мислення та поведінки, які можуть набути незворотного характеру. Тому у Франції вважають, що легше навчити недосвідченого, так би мовити з «чистого аркуша», щоб уникнути проблем із ламанням стереотипів, які могли сформуватися завдяки певному досвіду, ніж перевчити людину, у якої є досвід юридичної роботи (наприклад, в жандармерії чи прокуратурі).

У США, навпаки, суддями стають юристи, які мають професійний досвід в інших галузях юридичної практики. Професор права Д. Мінор зазначає: «Якщо ви стали суддею в США, вважайте, що це найвищий, з точки зору судової ієрархії, щабель вашої кар'єри»³.

У Великій Британії, як і в Америці, суддів також обирають з числа досвідчених юристів, як правило, практиків-адвокатів, які зарекомендували себе як компетентні фахівці в судових справах. Але на відміну від своїх американських колег, англійський адвокат починає роботу судді спочатку в суді нижчої інстанції. Якщо він буде успішно працювати на початковому рівні для суддів, він може просуватися по службі і бути призначеним суддею до Вищого суду першої інстанції, потім, можли-

¹ Фулей Т. Підготовка професійних суддів у Франції // Право України. – 2005. – № 4. – С. 124.

² Там само. – С. 125.

³ Мінор Д. Суди в Сполучених Штатах. – Сент-Пол: Міннесота Вест Паблішинг К°, 1991. – С. 50.

во, — до Апеляційного суду, а потім і до найвищої судової інстанції — Палати лордів.

У Японії, де всі судді призначаються на свої посади кабінетом міністрів, як правило, на основі списку кандидатів, складеного Верховним Судом, встановлені суворі правила добору членів до судового корпусу. Випускники юридичних факультетів японських університетів змушені пройти через надзвичайно жорсткий фільтр — скласти іспити, які щороку влаштовуються спеціальною комісією міністерства юстиції. Вимоги, які висуваються цією комісією, є настільки високими, що їх витримують не більше 2–3 % кандидатів. Потім ті кандидати, що склали іспит, зараховуються на курси підготовки при Верховному Суді, які тривають два роки. До програми цих курсів входять не тільки теоретичні заняття, а й практика в судах. І лише після закінчення курсів і складання нових іспитів кандидати можуть почати кар'єру суддів¹.

На наш погляд, досвід цих країн, визначальним етапом якого є попередня підготовка кандидатів на посаду судді, що охоплює глибоке вивчення Кодексу професійної етики судді, виховання у кандидата розуміння моральних особливостей професії, готовність до можливої переоцінки цінностей, вартий значної уваги. Адже слід визнати, що наша система освіти більше зорієнтована на юридичну прагматику. Ми намагаємося дати студентам перш за все професійні знання і вміння, забуваючи, що цьому процесу має передувати знання гуманітарних принципів, гуманістичних основ юридичного життя, правового регулювання. У підготовці майбутнього юриста взагалі і судді зокрема, велику роль мають відігравати дисципліни, які вчать не тільки ефективно, логічно мислити, а й дають йому емоційний «інструмент», необхідний для найважливішого — роботи з людьми. Без широкого гуманістичного, культурного погляду на життя суддя навряд чи буде здатний належним чином здійснювати свої професійні функції. Навіть глибокі професійні знання, високі організаторські та інтелектуальні здібності знецінюються, якщо людина нехтує моральними принципами. Саме єдність, розвиненість, гармонійність почуттів та високий рівень знань, умінь, здібностей у поєднанні з сильною волею дають особистості той потенціал, без якого вона не може бути гарним суддею.

¹ Правовые системы стран мира: Энцикл. справ. / Отв. ред. П. Я. Сухарев. – 2-е изд., изм. и доп. – М., 2000. – С. 826.

С. Трофімов, аспірант кафедри адміністративного права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Здійснення митних процедур на морському транспорті, який прибуває на митну територію України

На сьогодні питання розв'язання проблем у сфері здійснення митних процедур на морському транспорті в Україні як ніколи почало привертати увагу, оскільки наша держава взяла на себе зобов'язання привести норми вітчизняного законодавства у відповідність до міжнародних норм. Ці процедури становлять вкрай важливу сферу для економічної безпеки нашої держави, отже, провадженню митних процедур слід приділяти належну увагу.

Метою статті є аналіз здійснення митних процедур на морському транспорті, який прибуває на митну територію України.

Одним із перших митні процедури на морському транспорті почав досліджувати Є. В. Додін, окремі аспекти вивчали С. В. Ківалов, С. О. Кузнецов, В. В. Серафимов, О. М. Ганжин, В. Г. Деркач, П. В. Пашко та інші правознавці. Разом з тим в юридичній літературі майже не знайшов свого висвітлення порядок здійснення митних процедур на вказаному транспорті.

Насамперед зазначимо, що митні процедури стосовно товарів і транспортних засобів портовими, митними, прикордонними та іншими органами організуються на підставі взаємоузгоджених технологічних схем оформлення, контролю й обробки суден, а також пасажирів і вантажів, які переміщуються за їх допомогою. Технологічні схеми митного та інших видів контролю становлять письмово-графічні документи, що відображують процедуру митно-прикордонного оформлення всіма службами, які взаємодіють за місцем, ціллю, часом, завданнями, рубежами¹. Вказані схеми розробляються відповідно до конкретних, специфічних умов діяльності кожного окремого морського порту. Можна вирізнити певні випадки, на регламентацію яких спрямовані зазначені технологічні схеми. Отже, ці схеми спрямовані на врегулювання процедур митно-прикордонного контролю й оформлення щодо:

¹ Див.: Додін Е. В. Таможенные операции на морском транспорте: Учеб.-метод. пособие. – Одесса, 2001. – 96 с.

1) вітчизняних та іноземних пасажирських, вантажних, риболовних та інших суден закордонного плавання — по прибутті на митну територію України й вибутті за її межі;

2) контролю й оформлення фізичних осіб і товарів, що переміщуються ними;

3) обробки, контролю й оформлення експортно-імпортних товарів (наприклад, у контейнерах, наливних, навалювальних вантажів та ін.).

Потреба в розробці таких специфічних технологічних схем, спрямованих на регламентацію окремих правовідносин, викликана особливостями оформлення документів у процесі здійснення митних процедур в конкретному морському порту, які взагалі або ж певною своєю частиною є переважно спеціалізованими (торговельними, рибними тощо).

Зазначимо, що митні процедури стосовно морського судна, яке прибуває на митну територію України, мають певну специфіку. Отже, необхідно розглянути її більш детально.

Насамперед, інспектор після отримання заявки на проведення митного контролю судна, яка подається особисто його капітаном, або морським агентом не менше як за 4 год. до прибуття судна, реєструє її за формою, встановленою митним органом, і повідомляє про її отримання старшому зміни, який відповідає за організацію роботи митного наряду в складі комісії. У свою чергу, старший зміни перевіряє наявність оперативної інформації (орієнтувань) про це судно, останній порт заходження й вантаж, який воно перевозить, призначає старшого митного наряду, визначає його інспекторський склад і ставить перед старшим наряду завдання з митного контролю й митного оформлення судна, доводить до його відома потрібні орієнтування.

Надалі старший наряду перевіряє готовність інспекторського складу до здійснення митних процедур стосовно морського судна, наявність необхідного митного забезпечення й технічних засобів контролю, які є необхідними при проведенні цих процедур, доводить наряду наявні орієнтування і ставить загальне завдання, виходячи з отриманої оперативної інформації. До складу митного наряду для здійснення митного контролю й митного оформлення судна за рішенням керівництва митного органу можуть залучатися працівники різних структурних підрозділів митного органу. Загальне керівництво діями митного наряду в усіх випадках покладається на старшого наряду. Подальше виконання митних процедур на морському транспорті відбувається таким чином.

Старший митного наряду після прибуття на судно встановлює радіозв'язок з відповідним митним органом, на підконтрольній терито-

рії якого розташований морський порт, визначає порядок взаємодії з представниками інших контролюючих органів, призначає інспектора, відповідального за митне оформлення документів, узгоджує з адміністрацією судна кандидатури осіб від його екіпажу, які супроводжуватимуть інспекторів при проведенні митного огляду судна, а також розподіляє об'єкти огляду між інспекторами й закріплює за ними виділених для супроводження членів екіпажу.

Для здійснення митних процедур законодавством вимагаються відповідні документи, які подаються адміністрацією судна в необхідній кількості, а саме:

1. Генеральна декларація — документ, що містить відомості про морське судно, наявність чи відсутність на його борту вогнепальної зброї, боеприпасів, наркотичних (психотропних) лікарських засобів, які є в судовій аптечці, а також про судову касу. Вона пред'являється виключно при прибутті морського судна із-за кордону.

2. Декларація про вантаж — документ установленого зразка, який містить транспортні характеристики вантажу й умови його безпечного морського перевезення, а також заяви вантажовідправника про належну підготовку вантажу до транспортування.

3. Вантажні документи — коносаменти (штурманські розписки), маніфести, каргоплани, інші документи, які є підставою для перетинання митного кордону водними транспортними засобами й товарами.

4. Суднова роль — список осіб екіпажу судна із зазначенням прізвища, ім'я та по батькові, посад, громадянства, номерів документів, що посвідчують особу члена екіпажу. На цьому документі інспектор митного наряду робить позначку про отримання адміністрацією судна оформлених індивідуальних декларацій екіпажу.

5. Список пасажирів, які перебувають на борту морського судна під час здійснення митних процедур.

6. Декларація про особисті речі членів екіпажу судна — документ, що використовується при митному оформленні суден закордонного плавання, які ходять під іноземним прапором; у ньому наводяться відомості про наявність у членів екіпажу товарів, валюти й цінностей.

7. Митні декларації членів екіпажу судна, які є громадянами України (на загальних підставах).

8. Список запасів споживання, під якими розуміються: а) товари, призначені для споживання пасажирями й екіпажем на борту судна, незалежно від того, продаються ці товари чи ні; б) товари, включаючи паливно-мастильні матеріали, потрібні для експлуатації й технічного

обслуговування суден, у тому числі придбані за кордоном у зв'язку з ліквідацією аварії, а також для виконання необхідного поточного ремонту цих транспортних засобів; в) товари, призначені для матеріально-технічного постачання і спорядження, паливно-мастильні матеріали, сировина для промислової переробки, продовольство, інші товари, що вивозяться за межі митної території України для забезпечення виробничої діяльності українських та орендованих (зафрахтованих) українськими підприємствами суден, зайнятих морським промислом. Запаси, призначені для споживання, що переміщуються на судах через митний кордон України в обсягах, визначених на підставі встановлених Кабінетом Міністрів України норм споживання й з урахуванням тривалості рейсу, підлягають митному оформленню в безліцензійному порядку без декларування і сплати податків і зборів (крім випадків, передбачених Митним кодексом України¹), а понад зазначені норми — у загальному порядку згідно із заявленим митним режимом (вказані положення відповідають ст. 115 Митного кодексу України). Такий принцип цілком відповідний міжнародним стандартам, а саме: додатку А. 4 до Міжнародної конвенції про спрощення й гармонізацію митних процедур від 18 травня 1973 р.² (далі — Конвенція Кіото), за яким такі запаси розглядаються як тимчасово ввезенні по прибутті, отже, звільняються від податків і зборів. Митниця проводить лише їх зовнішній огляд і перевірку документів на них, а також застосовує (в необхідних випадках) їх опломбування митними пломбами. Однак Конвенція Кіото застосовується тільки до транспортних засобів, зайнятих у комерційних перевезеннях і не застосовується до особистих, а також до військових та урядових транспортних засобів і запасів, які перебувають на їх борту³.

9. Довідка капітана морського судна про наявність на борту наркотичних (психотропних) засобів, зброї та боеприпасів. На нашу думку, слід доповнити цей перелік об'єктів, обмежених у вільному обігу, ще й радіоактивними матеріалами. Адже значущість і важливість безпечного транспортування й використання таких матеріалів важко переоцінити. Це підтверджується текстом наказу Державного комітету ядерного регулювання України від 30 серпня 2006 р., № 132 «Про затвердження Пра-

¹ Митний кодекс України від 11. 07. 2002 р. // Відом. Верхов. Ради України. – 2002. – № 38. – Ст. 288.

² Міжнародна конвенція про спрощення і гармонізацію митних процедур (Конвенція Кіото) від 18. 05. 1973 р. // http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_643

³ *Сандровський К. К.* Международное таможенное право: Учебник. – 3-е изд., стер. – Киев, 2002. – 461 с.

вил ядерної та радіаційної безпеки при перевезенні радіоактивних матеріалів (ПБПРМ-2006)»¹.

10. Довідка про наявність у судновій касі української й іноземної валют. За наявності на українському морському судні іноземної валюти на довідці ставиться помітка про необхідність здачі її до каси порту.

11. Зобов'язання капітана українського судна про те, що закуплені за кордоном запаси споживання не будуть винесені з борту.

12. Копія документа, що підтверджує національну належність морського судна, який визначає його державну реєстрацію й одержання права плавання під державним прапором відповідної країни.

13. Копія документа, що підтверджує право власності на морське судно.

У разі потреби подаються й інші документи, передбачені національним законодавством України. Наприклад, у разі закупівлі українським судном за кордоном товарів матеріально-технічного постачання його адміністрація подає для перевірки додаткові документи: рахунки-фактури, акти про оприбуткування або списання тощо².

Початком роботи митного наряду вважається момент подання адміністрацією судна всіх вищеназваних документів. Як правило, подані документи мають бути засвідчені судовою печаткою й підписом капітана судна. Винятком є митні декларації членів екіпажу морського судна — громадян України.

Надалі працівники митниці перевіряють правильність заповнення документів, у разі потреби вимагаючи від капітана внесення в документи відповідних змін і пояснень. Після перевірки цих документів працівник митниці проводить усне опитування капітана, звертаючи особливу увагу на наявність на борту судна зброї, наркотиків, валюти, транзитних вантажів, вантажів без коносаментів, порти заходів, тривалість та особливості рейсу, характеристики вантажу тощо. Під час виконання своїх обов'язків інспектор робить необхідні відмітки й записи в отриманих документах.

Враховуючи весь обсяг інформації, старший митного наряду розробляє план огляду судна, закріплює працівників митниці за певними

¹ Про затвердження Правил ядерної та радіаційної безпеки при перевезенні радіоактивних матеріалів (ПБПРМ-2006): Наказ Державного комітету ядерного регулювання України від 30. 08. 2006 р. № 132 // Офіц. вісн. України. – 2006. – № 38. – Ст. 2606.

² Див.: Трофімов С. А. До питання розширення списку обов'язкової інформації, що надається при здійсненні митних процедур на морському транспорті // Актуальні питання реформування правової системи України: Матер. IV міжнар. наук.-практ. конф. (1–2 черв. 2007 р.) – Луцьк, 2007. – С. 321–324.

його об'єктами, визначає час, систему зв'язку та ін. План цього огляду старший наряду записує на зворотному боці генеральної декларації.

Для супроводження інспекторської групи призначається компетентний представник з членів екіпажу судна, здатний дати відповідь на запитання й відчинити необхідні приміщення. До початку огляду рух по судну припиняється, екіпаж має перебувати в каютах.

За наявності в судовій аптечці нарковмісних ліків працівник митниці звіряє їх фактичну наявність з даними наркотик-листа, пломбує їх у сейфі або ізольованому приміщенні, зробивши відповідний запис до цього листа й генеральної декларації. Митне забезпечення на сейфі або приміщенні приймає на відповідальне зберігання капітан судна, який розписується на відповідному бланку наркотик-листа.

Якщо на судні є задекларована зброя або боєприпаси, співробітник митниці також пломбує їх у сейфі й робить відповідні записи про це в декларації зброї й генеральній декларації. Митне забезпечення на сейфі зі зброєю також приймає на відповідальне зберігання капітан судна, який розписується про це в бланку декларації зброї.

Старший наряду перевіряє судову касу, звіряючи фактичну наявність валюти в касі з даними загальної митної декларації. На судах під прапором України капітан надає митниці довідку по судовій касі у 2-х примірниках. Один, завірений працівником митниці, повертається адміністрації морського судна. Окрім цього, перевіряється правильність вивезення валюти відповідно до чинного законодавства.

Співробітники митниці, які оглядають житлові приміщення, починають з опитування членів екіпажу, які проживають у відповідній каюті, звіряючи усні дані з даними письмових декларацій. Під час усного опитування працівник митниці, якщо виникає необхідність, роз'яснює вимоги митних правил, законів України й оцінює дії або зовнішні емоційні реакції особи, яка перебуває під контролем. Після цього проводиться звірення наявних сум валюти й цінностей з даними декларації. З потреби співробітник митниці має право вимагати вказати джерело придбання валюти й цінностей.

Після проведення усного опитування, перевірки документів і валюти інспектор оглядає приміщення й особисті речі членів екіпажу судна. Огляд слід здійснювати послідовно, уважно, дотримуючись правил техніки безпеки; слід також максимально використовувати технічні засоби контролю.

Інспектори митниці, які контролюють нежилі приміщення, уважно оглядають верхні ряди штабелів, перегородок, ящиків від верху до низу.

Усі люки, перегородки, щити електрообладнання, певні механізми мають відкриватися тільки членами екіпажу судна.

Підкреслимо, що митний огляд судна провадиться з метою перевірки даних, заявлених у вищевказаних документах. На суднові приміщення з товарами, які не підлягають пропуску через митний кордон України, накладаються митні забезпечення, складається акт довільної форми у 2-х примірниках про прийняття-передання товарів на зберігання під митним контролем. Один примірник акта зберігається в судовій справі, другий передається адміністрації морського судна. Відомості про накладення митних забезпечень заносяться інспектором в генеральну декларацію й засвідчуються печаткою судна і підписом представника адміністрації останнього, що є підтвердженням прийняття адміністрацією судна товарів в опломбованих приміщеннях на відповідальне зберігання.

За відсутності зауважень інспектор завіряє подані документи відтиском особистої номерної печатки «Ввезення», за винятком вантажних документів і зобов'язання капітана українського судна про те, що закуплені за кордоном запаси споживання не будуть винесені із судна, на яких проставляється відбиток штампу «Під митним контролем».

Якщо до митного оформлення подається більше одного примірника документа, на примірнику, який залишається у справах митного органу, робиться запис про кількість оформлених примірників цього документа.

По закінченні митного контролю й митного оформлення судна у справах митного органу залишаються всі перелічені вище документи, які подавалися для здійснення митних процедур (генеральна декларація; декларація про вантаж; вантажні документи; суднова роль; список пасажирів; декларація про особисті речі членів екіпажу; митні декларації членів екіпажу, які є громадянами України; список запасів споживання; довідка капітана про наявність на борту наркотичних (психотропних) засобів, зброї й боєприпасів; довідка про наявність у судовій касі валюти; зобов'язання капітана українського судна про те, що закуплені за кордоном запаси споживання не будуть винесені з борту; копія документа, що підтверджує національну належність судна; копія документа, що підтверджує право власності на судно).

Акцентуємо увагу на тому, що можлива наявність також інших документів, які подавалися для проведення митного контролю й митного оформлення. У справах адміністрації судна залишаються з відмітками митного органу: декларація про вантаж, декларація про особисті речі членів екіпажу судна, список запасів споживання, вантажні документи.

Насамкінець, по завершенні огляду й оформлення документів, старший митного наряду повідомляє капітанові морського судна про закінчення митного оформлення, цікавиться, чи нема питань або претензій до працівників митниці.

Досліджуючи питання здійснення митних процедур на морському транспорті, які становлять цілісний комплекс упорядкованих дій (операцій), вважаємо за необхідне вказати, що всі вони взаємопов'язані і взаємозумовлені, а відсутність хоча б однієї з процедур негативно впливає на кінцеву результативність цієї правозастосовної діяльності митних органів у царині морського транспорту.

Аналіз порядку проведення митних процедур на морському транспорті створює підґрунтя для розгляду особливостей їх здійснення. Оскільки провадженню митних процедур на морському транспорті притаманна значна організуюча сила, підвищену увагу у подальших наукових дослідженнях з цієї тематики слід приділяти їх здійсненню стосовно окремих видів морського транспорту, які забезпечують індивідуальний підхід до кожної конкретної ситуації.

І. Тітко, аспірант Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Оцінні поняття в кримінально-процесуальному праві: загальнотеоретичний аспект

У правових системах континентального типу переважає абстрактний характер формулювання юридичних норм, які поширюються на невизначену кількість типових ситуацій. При цьому законодавець не завжди може описати в нормі права ознаки правової поведінки з вичерпною повнотою й точністю, що пояснюється складністю й багатоманіттям суспільних відносин, їх динамізмом та іншими причинами. У подібних випадках у процесі конструювання нормативно-правових приписів доволі часто використовуються оцінні поняття.

Використання в законі оцінних понять надає правозастосувачеві певну свободу розсуду при прийнятті рішення, водночас ускладнює можливість перевірки його законності й обґрунтованості. До того ж оцінні поняття завжди об'єднують велику кількість (множинність) об'єктів. Але відомо, що чим більша кількість об'єктів узагальнюється в понятті, тим більшим є його обсяг і вужчим зміст, під яким розуміють різноманіття ознак, що дозволяють ототожнювати об'єкт із класом, закріпленим у понятті. Тому із збільшенням обсягу поняття підвищуються і ступінь його невизначеності, що ускладнює практичне застосування оцінних понять¹.

Вагомість розглядуваного феномену для правозастосовної практики, його невивченість, збільшення кількості та частоти використання оцінних елементів в юридичних нормах, помилки, яких припускаються при їх застосуванні, викликають необхідність всебічного аналізу цього правового явища.

Досить яскраво така особливість правового регулювання, як використання законодавцем оцінних категорій, виявляється у сфері кримінального судочинства. У кримінально-процесуальному законодавстві України існує значна кількість нормативних приписів, що містять оцінні поняття, точний зміст яких встановлюється правозастосувачем у кожній конкретній ситуації. Наприклад: наявність *обставин, які викли-*

¹ Див.: *Панов Н. И.* Оценочные понятия и их применение в уголовном праве // Проблемы соц. законности. – 1981. – Вып. 7. – С. 100.

кають сумнів у об'єктивності судді¹, що виключає його участь у справі (п. 4 ч. 1 ст. 54 КПК України); заборона здійснювати захист у кримінальній справі особі, яка зловживає своїми правами, перешкоджає встановленню істини в справі, затягує розслідування чи судовий розгляд справи (ч. 4 ст. 61 КПК); визнання експертизи неповною або не досить ясною як підстава для призначення додаткової експертизи (ч. 5 ст. 75 КПК); можливість поновлення пропущеного з поважних причин процесуального строку (ч. 1 ст. 90 КПК); необхідність достатніх даних, які вказують на наявність ознак злочину, як підстава для порушення кримінальної справи (ч. 2 ст. 94 КПК); особлива складність справи як умова продовження строку досудового слідства до шести місяців (ч. 2 ст. 120 КПК) тощо.

Враховуючи те, що набрав чинності Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини», відповідно до якого рішення Європейського суду є джерелом права (у багатьох випадках кримінально-процесуального), перелік прикладів кримінально-процесуальних норм, що містять оцінні елементи, значно зростає (наприклад, у рішенні від 29 квітня 2003 р. у справі «Кузнецов проти України» суд оперує таким поняттям, як *перевищення порогу страждання або приниження*²; у рішенні від 5 квітня 2005 р. у справі «Афанасьєв проти України» – поняттям *ефективні засоби правового захисту*³ і т. ін.).

Оцінні категорії використовуються і в кримінально-процесуальному законодавстві іноземних держав, у тому числі й країн, які належать до інших правових систем. Розмірковуючи про правову систему США, К. Гуценко зазначає, що однією з техніко-юридичних причин живучості і великої ролі прецедентного права в кримінальному процесі, як і в кримінальному праві, є традиційна американська надмірна еластичність багатьох норм писаного права. Кримінально-процесуальне законодавство до межі наповнене формулюваннями і термінами, практичне застосування яких неможливе без їх судового тлумачення. До того ж останні виявились вжитими саме в тих нормах, які стосуються найбільш важливих процесуальних інститутів. Наприклад, при ознайомленні із законодавством, яке регламентує умови і порядок здійснення арешту, трапляються

¹ Тут і далі за текстом курсивом виділені поняття (формулювання), які, на думку автора, є оцінними.

² Див.: Рішення Європейського суду з прав людини щодо України // Харківська правозахисна група. – Х., 2006. – Вип. 2. – С. 44.

³ Див.: Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі // Українська Правнича Фундація. – К., 2005. – № 4(28). – С. 13.

такі формулювання і поняття, як «розумна підстава», «без необхідного зволікання», «настільки швидко, наскільки це практично можливо», «у межах розумного строку», тощо¹. Як зазначають американські науковці Патрик Р. Андерсон і Дональд Дж. Ньюмен, теоретично правила, що регулюють провадження по кримінальних справах, надають судам можливість тлумачити і застосовувати закон, а інші органи кримінальної юстиції (поліція, прокуратура, виправні установи) мають застосовувати закон без його тлумачення. Проте фактично кримінально-процесуальна система не працює, а можливо, і не може працювати за принципом «автомата». Тому представники будь-якого кримінально-процесуального органу використовують розсуд при застосуванні закону².

Приклади використання оцінних понять можна знайти як у федеральному законодавстві США, що регулює судочинство в кримінальних справах, так і в законодавстві окремих штатів. Наприклад, право арештовувати без ордера спеціально застережено у федеральному законодавстві щодо окремих категорій співробітників федеральних правоохоронних органів. Таким правом наділені, зокрема агенти ФБР, якщо в їх присутності вчиняється або вчинено злочин, передбачений федеральним законом, а також якщо вони мають *розумні підстави* вважати, що певна особа вчиняє або вчинила тяжкий злочин³. Кримінальний кодекс штату Каліфорнія (§ 868) передбачає, що слухання справи може відбуватися за зачиненими дверима, якщо магістрат вирішить, що такий розгляд є *необхідним для того, аби забезпечити право обвинуваченого на справедливий і неупереджений судовий розгляд*⁴. Відповідно до ч. 6 § 3162 розділу 18 Зводу законів США при встановленні *недбалості або зловживання* прокурора чи захисника, внаслідок чого при провадженні по справі були допущені *грубі порушення*, що призвели до *необґрунтовано довготривалого* тримання обвинуваченого під вартою, суддя, який розглядає справу, має право усунути будь-кого з цих учасників від ведення справ у судах строком до 90 днів без збереження заробітної плати⁵.

Цікаві приклади трапляються і в кримінально-процесуальному праві інших держав. Відповідно до законодавства Італії, затримання засто-

¹ Гуценко К. Ф. Уголовная юстиция США. – М., 1979. – С. 99.

² Див.: Patrick R. Anderson, Donald J. Newman. Introduction to Criminal Justice: Fifth ed., 1993. – P. 41 (переклад автора).

³ Див.: Николайчик В. М. Правовое принуждение в сфере уголовного преследования // США: экономика, политика, идеология. – 1996. – № 2. – С. 98.

⁴ Див.: Гуценко К. Ф., Головки Л. В., Филимонов В. А. Уголовный процесс западных государств. – М., 2001. – С. 251.

⁵ Там само. – С. 250.

советується в тих випадках, коли є *серйозні докази* винуватості особи і *підстави побоюватися*, що вона переховуватиметься, а неприйняття відповідних заходів може призвести до *реальної загрози* для оточуючих¹. У Великій Британії в Законі про поліцію та кримінальні докази (ст. 58) встановлено, що поліція може перешкоджати участі у справі конкретного адвоката, якщо є *підстави вважати, що він впливатиме на свідків*². У Німеччині Закон від 20 грудня 1974 р. «Про доповнення першого закону про реформу кримінально-процесуального права» передбачає можливість виключення захисника з процесу, якщо він *серйозно підозрюється* в конспіративних зв'язках з підозрюваним або *зловживає* своїм правом відвідувати місця ув'язнення з метою вчинення злочину³.

Отже, оцінні поняття широко застосовуються в кримінальному процесі як у державах континентальної Європи, так і у країнах, де панує англо-американська система права.

Термін «оцінне поняття»⁴ використовується не тільки у правовій, а й у деяких інших науках, зокрема у філософії та логіці. Проте його розуміння в межах різних наук не є однаковим. Оцінні поняття в тому сенсі, в якому їх розуміють учені-логіки, тобто твердження, в яких йдеться про те, що людина вважає цінним, що вона повинна вважати негативним і до чого має ставитися байдуже, твердження, які виражають переконання людей в тому, що є добро і що є зло⁵, більш правильно було б, як зазначає Т. Кашаніна, називати ціннісними⁶. У правовій же науці цей термін означає відносно визначені поняття, зміст яких виявляється правозастосуванцем і тільки з урахуванням конкретної ситуації.

¹ Див.: *Делла Марра Т.* Уголовный процесс Италии: (Реформа и контрреформа) // Гос-во и право. – 1994. – № 1. – С. 126.

² Див.: *Гуценко К. Ф., Головка Л. В., Филимонов В. А.* Вказ. праця. – С. 107.

³ Там само. – С. 414.

⁴ В юридичній науці не вироблено єдиного підходу до назви розглядуваного феномену. Одне і те саме по своїй суті правове явище називають по-різному: «оцінні поняття» (*Капліна О.* Оцінні поняття в кримінальному судочинстві // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2004. – № 2 – С. 160.), «оціночні поняття» (*Косович В.* Оціночні поняття як джерело і форма права // Вісн. Львів. ун-ту – 2004. – Вип. 40. – С. 52), «оцінні ознаки» (*Кудрявцев В. Н.* Общая теория квалификации преступлений. – М., 2004. – С. 115), «оцінні терміни» та «оцінні вирази» (*Черданцев А. Ф.* Вопросы толкования советского права. – Свердловск, 1972. – С. 169). Проте більшість авторів, що приділяли свою увагу цьому питанню, використовували саме термін «оцінні поняття».

⁵ Див.: *Ивин А. А.* Основания логики оценок. – М., 1970. – С. 11.

⁶ Див.: *Кашанина Т. В.* Оценочные понятия в советском праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Свердловск, 1974. – С. 6.

Сам термін «оцінні поняття» як поняття, що надають суду можливість вільно оцінювати факти та враховувати індивідуальні особливості конкретного випадку при обов'язковому застосуванні закону, вперше ввів у науковий обіг С. Вільнянський¹. Пізніше були зроблені формулювання дефініції оцінного поняття через його характерні ознаки. М. Бару зазначав, що оцінні поняття в праві характеризуються трьома суттєвими особливостями²:

1) воно не конкретизоване законодавцем або іншим компетентним органом (у деяких випадках у кримінально-процесуальному праві використовуються поняття, подібні до оцінних, але які не є оцінними, оскільки вони роз'яснюються законодавцем шляхом вказівки на критерії або встановленням вичерпного переліку фактів, предметів, дій тощо);

2) таке поняття уточнюється і конкретизується в процесі правозастосування (наприклад, КПК України, встановлюючи заборону здійснювати захист у кримінальній справі особі, яка *зловживає* своїми правами, не конкретизує змісту терміна «зловживання». Узагальнюючи судову практику, Верховний Суд України вказав, що під зловживанням треба розуміти, наприклад, схиляння свідків, потерпілих, інших підсудних до давання неправдивих показань, надання суду завідомо неправдивих документів тощо³);

3) оцінні поняття надає правозастосовочому органу можливість розсуду (наприклад, питання про наявність *достатніх підстав* вважати, що особа намагатиметься ухилитися від слідства і суду, як умова для застосування того чи іншого запобіжного заходу, в кожному конкретному випадку вирішується правозастосувачем з урахуванням усіх відомих фактів, на основі власної правосвідомості та свого бачення справи).

Можна додати, що оцінні поняття не конкретизуються законотворчим органом, як правило, саме внаслідок своєї специфіки, а не через суб'єктивні міркування законодавця. Уточнення та конкретизація в процесі правозастосування відбуваються в кожному окремому випадку. Зміст оцінних понять та їх обсяг можуть змінюватись у часі та залежати як від контексту норми, так і від особливостей справи⁴. Норми, що міс-

¹ Див.: Вільнянський С. И. Применение норм советского права // Ученые зап. Харьк. юрид. ин-та. – 1956. – С. 13.

² Див.: Бару М. И. Оценочные понятия в трудовом законодательстве // Сов. гос-во и право. – 1970. – № 7. – С. 104.

³ Див.: Про застосування законодавства, яке забезпечує право на захист у кримінальному судочинстві: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 24 жовт. 2003 р. № 8 // Вісн. Верхов. Суду України – 2003. – № 6.

⁴ Див.: Соловьева Т. А. Оценочные понятия и суждения в уголовно-процессуальном праве // Правоведение. – 1986. – № 3. – С. 69.

тять оцінні поняття, надають правозастосовчому органу можливість самостійно оцінювати факти. Як слушно зазначає М. Панов, така правоконкретизуюча діяльність невідворотно пов'язана з певним розсудом правозастосувача, оскільки на оцінку, тобто на оцінно-пізнавальну діяльність, не можуть не впливати суб'єктивні уявлення правозастосувача, його ціннісні орієнтири, правосвідомість. Проте наявність суб'єктивного моменту в оцінній діяльності не повинна розглядатись як можливість цілком вільного розсуду або як продовження правотворчої діяльності в процесі правозастосування. Конкретизація оцінних понять у практичній діяльності правоохоронних органів є лише правозастосовною діяльністю, яка має підзаконний характер¹. Тому і розсуд при застосуванні норми з оцінним елементом здійснюється в межах, визначених завданнями і принципами кримінально-процесуального права, а також контекстом припису, в якому вжито цей елемент. При реалізації норми права, що містить оцінне поняття, до завдань правозастосувача не входить встановлення обсягу цього поняття шляхом перерахування всієї маси замінюваних ним явищ у всіх можливих випадках. Йому достатньо лише вирішити питання про те, чи охоплюється конкретний випадок, щодо якого здійснюється розгляд, змістом оцінного формулювання, тобто оцінне поняття розшифровується самим правозастосувачем шляхом «прив'язки» до конкретної життєвої ситуації². Саме тому деякі вчені слушно називають оцінні поняття «ситуаційними»³. Крім перерахованих ознак, в юридичній літературі трапляється вказівка на наявність так званих «позаправових характеристик» розглядуваного феномену. До них належать: узагальнення оцінним поняттям ознак відображуваних явищ у формі типізації, відкритий характер логічної структури, детермінованість тощо⁴.

Наскільки ж доцільним і необхідним є використання оцінних понять у юриспруденції в цілому та у кримінально-процесуальному праві зокрема? На сьогодні єдиної думки серед учених з цього приводу не існує. Так, деякі науковці вважають, що законодавець повинен уникати використання оцінних понять у нормативних актах. Одним із аргументів на

¹ Див.: Панов Н. И. Вказ. праця – С. 104.

² Див.: Кашанина Т. В. Оценочные понятия в советском праве. – С. 7.

³ Див.: Игнатенко В. В. Оценочные понятия в законодательстве об административной ответственности: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Свердловск, 1989. – С. 9.; Комиссаров К. И. Правоприменительная деятельность суда в гражданском процессе // Сов. гос-во и право. – 1971. – № 3. – С. 75; Черданцев А. Ф. Вопросы толкования советского права. – Свердловск, 1972. – С. 173.

⁴ Див.: Игнатенко В. В. Вказ. праця – С. 8–9.

підтвердження цієї позиції є те, що індивідуальна (суб'єктивна) оцінка може не збігатися, а іноді і виходити за межі тієї оцінки, яку мав на увазі законодавець при встановленні норми, що містить оцінне поняття¹.

Проте більшість дослідників схиляються до того, що яким би досконалим не було право, воно не зможе цілком виключити оцінні формулювання зі свого змісту². Як зазначав В. Кудрявцев, існування оцінних понять у законі уникнути неможливо³. С. Вільнянський визначав необхідність і доцільність використання оцінних категорій у праві, оскільки вони надають нормам «еластичного характеру», і в такий спосіб зумовлюють гнучкість та рухомість правового регулювання⁴. Наявність таких понять нерідко пояснюють необхідністю надання правовому регулюванню більшої повноти, динамічності, аби закон міг урахувувати все багатоманіття явищ в їх динаміці і розвитку. На думку М. Панова, головними обставинами, які визначають необхідність оцінних елементів у правовому регулюванні, є множинність, складність і невизначеність явищ об'єктивного світу, які необхідно відобразити⁵.

Щодо існування розглядуваного феномену у сфері кримінального судочинства, слухним є зауваження Т. Соловйової з приводу того, що саме використання оцінних понять дає можливість здійснювати регулювання кримінально-процесуальним методом відносин морального, етичного характеру, в яких різні варіації, відтінки, переходи однієї якості в іншу складно, а часто і неможливо визначити на основі жорстких конструкцій з використанням формально визначених понять⁶. Не можна не погодитись із думкою О. Капліної, яка вважає, що повністю відмовитися від використання оцінних понять у кримінальному процесі неможливо, їх використання є неминучим і зумовлене тим, що, по-перше, застосування оцінних понять сприяє динамічності в регулюванні кримінально-процесуальних відносин, особливо в період проведення реформи, коли інтенсивно змінюється законодавство, виникають прогалини у праві, ускладнюються суспільні відносини; і по-друге, тим, що оцінні поняття дозволяють урахувати всі особливості і нюанси конкретної справи, со-

¹ Див.: Бару М. И. Оценочные понятия в трудовом законодательстве. – С. 105.

² Див.: Жеребкин В. Е. Оценочные понятия права. – Харьков, 1976. – С. 2.

³ Див.: Кудрявцев В. Н. Общая теория квалификации преступлений. – М., 1972. – С. 67.

⁴ Див.: Вильнянский С. И. Применение норм советского права. – С. 114.

⁵ Див.: Панов Н. И. Вказ. праця – С. 100.

⁶ Див.: Соловьева Т. А. Оценочные понятия и суждения в уголовно-процессуальном праве. – С. 68.

ціальну обстановку, дають підставу для вироблення власної правової позиції правозастосувача, сприяють правовій ініціативі, прояву процесуальної самостійності, творчому підходу до застосування норм права¹. Крім того, оцінні поняття в кримінально-процесуальному законодавстві мають певне нормативне навантаження, тобто спрямовані на врегулювання суспільних відносин, які становлять предмет кримінально-процесуального права. Як уже зазначалося, в цілому вони надають правозастосувачеві можливість врахувати обставини конкретної кримінальної справи (наприклад, можливість продовження строків досудового слідства до шести місяців в *особливо складних* справах (ч. 2 ст. 120 КПК). Оцінні поняття за певних умов надають право відступити від загального порядку провадження з урахуванням усіх особливостей конкретної кримінальної справи (надання прокурору права порушити кримінальну справу приватного обвинувачення навіть за відсутності заяви потерпілої особи у разі, якщо справа має *особливе громадське значення* (ч. 4 ст. 27 КПК). Доволі часто підстава (умова) прийняття того чи іншого процесуального рішення формулюється саме через оцінне поняття, оскільки відсутня можливість надати їй жорсткої формальної визначеності (наявність *достатніх даних*, які вказують на ознаки злочину, як єдина підстава для порушення кримінальної справи (ч. 2 ст. 94 КПК); обов'язок слідчого винести постанову про притягнення особи як обвинуваченого, коли є *достіть доказів*, які вказують на вчинення злочину цією особою (ст. 131 КПК). Крім того, оцінні поняття в ряді випадків використовуються при регламентації процесу оцінки доказів (наприклад, поняття *належність, достатність доказів*)².

Теоретично, норма права тільки тоді буде повною, коли в ній правильно співвідносимуться елементи формальної визначеності та можливість розсуду. Взагалі, таке співвідношення повинно залежати від низки умов, якими законодавець не має права нехтувати. Зокрема, треба враховувати, на який проміжок часу розрахована норма, що приймається. Якщо норма (закон) створюється стосовно визначених конкретних обставин (наприклад, закон воєнного часу), то такий закон повинен бути більш конкретним, мати вищий ступінь формальної визначеності, ніж закони довготривалого періоду дії. І навпаки, закони, розраховані на значний період, можуть містити більше оцінних елементів, ніж закони

¹ Див.: Капліна О. В. Оцінні поняття в кримінальному судочинстві // Вісник Академії правових наук України. – 2004. – № 2. – С. 167.

² Див.: Безруков С. С. Оценочные понятия и термины в уголовно-процессуальном законодательстве: Дис. ... канд. юрид. наук. – Омск, 2001. – С. 60.

тимчасові¹. Законодавець завжди мусить пам'ятати, що час змінює суспільні відносини, а разом з ними і характер оцінки того чи іншого явища, тож норма, яка сьогодні є максимально точно сформульованою, вже завтра може не відповідати ситуації в суспільстві. Аби не відставати від розвитку суспільних відносин та забезпечувати їх належне регулювання, законодавство має бути водночас і динамічним, і стабільним. Саме наявність оцінних елементів у нормативному регулюванні надає закону як динамізму – можливість змінити інтерпретацію при зміні обстановки в суспільному житті, так і стабільності – зменшення загрози необхідності постійного коригування закону.

¹ Див.: *Ковалев М. И.* Оптимальное соотношение формального и оценочного в уголовном законе // Сов. гос-во и право. – 1973. – № 11. – С. 71.

Вбивство через необережність: проблеми кримінальної відповідальності¹

Питанням охорони життя і здоров'я людини в науці кримінального права завжди приділялася значна увага. Особлива соціальна цінність життя людини і, на жаль, велика поширеність такого злочину, як вбивство зумовлює як науковців, так і законодавця постійно привертати увагу до дослідження питань кримінальної відповідальності за злочини проти життя і здоров'я особи.

Незважаючи на значну кількість наукових досліджень, присвячених як загальним питанням кримінально-правової охорони життя і здоров'я людини, так і вузькоспрямованих робіт щодо аналізу окремих складів злочинів, передбачених розділом II Особливої частини КК, в Україні донедавна були відсутні фундаментальні, монографічні дослідження кримінально-правової відповідальності за вбивства через необережність. Тому нещодавно опублікована монографія українського науковця *Олени Гороховської* є своєчасною й актуальною і має як теоретичне, так і практичне значення.

Автор поставив перед собою низку завдань, серед яких: установити поняття (об'єктивні і суб'єктивні ознаки) вбивства через необережність, запропонувати нові підходи щодо відмежування цього злочину від суміжних злочинних діянь, виробити пропозиції щодо удосконалення кримінально-правових норм стосовно відповідальності за вчинення цього злочину і практики застосування положень КК як при кваліфікації, так і при призначенні покарання особі, яка вчинила зазначене злочинне діяння.

Не намагаючись охопити все коло проблем, які розглянуті у монографії, зупинимось на найбільш важливих і принципових, з нашої точки зору, питаннях, які характеризують (висвітлюють) значущість, актуальність і науковий рівень роботи.

Перша проблема, якої торкнувся автор — розвиток законодавства про вбивство через необережність. Робота починається з дослідження вітчизняного законодавства про позбавлення життя через необережність. Аналізується питання соціальної обумовленості кримінально-правової

¹ *Гореховська О. В.* Вбивство через необережність: проблеми кримінальної відповідальності: Монографія / Наук. ред. А. А. Музика. – К., 2007. – 180 с.

заборони цього злочинного діяння, історичний розвиток вітчизняного законодавства та зарубіжний досвід встановлення відповідальності за заподіяння смерті через необережність.

Основна увага у монографії приділена питанням кримінально-правової характеристики вбивства через необережність. Автор дослідив поняття, об'єктивні і суб'єктивні ознаки цього складу злочину. В роботі висловлюються додаткові аргументи на користь того, що вбивство може бути вчинене лише умисно (як це і зазначено у ч. 1 ст. 115 КК), а з необережності особу можна лише позбавити життя (тобто спричинити їй смерть). У цьому контексті пропозицію автора щодо зміни назви ст. 119 КК та її диспозиції, на наш погляд, необхідно підтримати.

Певний науковий та практичний інтерес становлять наведені автором дані щодо факультативних ознак об'єктивної сторони цього складу злочину, а саме: місця, часу, способу вчинення вбивства з необережності. Звичайно на кваліфікацію ці ознаки не впливають, проте, можуть бути використані у профілактиці вчинення цього злочину.

Особливу увагу у своєму дослідженні автор приділив кваліфікації вбивства через необережність і відмежуванню цього злочину від суміжних злочинних діянь: умисного вбивства; умисного тяжкого тілесного ушкодження, що спричинило смерть потерпілого; необережного тяжкого тілесного ушкодження; правомірного ризику; позбавлення життя внаслідок порушення правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту; службової недбалості та випадкового заподіяння смерті.

Поза увагою не залишилася й проблема призначення покарання за вбивство через необережність. Як зауважує автор, «специфічним критерієм ефективності покарання за цей злочин є вироблення засудженими у період відбування ними покарання та ресоціалізації стійких ознак особи, що відображають її опірність ризикованим формам поведінки» (с. 134–135). У зв'язку з чим «видається необхідним перегляд у бік зменшення на законодавчому рівні строків позбавлення волі за ці злочини» (с. 135).

Слід згадати, що висновки і пропозиції автора базуються не лише на надбаннях (досягненнях) вітчизняної і зарубіжної кримінально-правової доктрини, а й ґрунтуються на значному емпіричному матеріалі (вивчена практика судів Запорізької і Дніпропетровської областей у сфері застосування законодавства про відповідальність за вбивства через необережність, а також вибірково проаналізована відповідна судова практика, що склалася в інших областях України, та яка становить інтерес щодо вирішення питань кваліфікації цього злочину).

Монографія характеризується єдністю концептуальних положень, завершеністю дослідження всіх аспектів обраної теми, логічністю викладу. Сформульовані О. Гороховською висновки можуть бути сприйняті наукою кримінального права і використані для подальших наукових досліджень кримінально-правової охорони життя людини.

Разом з тим необхідно зазначити, що окремі положення монографії, як і всякої ґрунтовної наукової праці, мають дискусійний характер. Деякі питання досліджуваної проблеми ще потребують подальшого вивчення і обґрунтування. Так, додаткової аргументації, на наш погляд, потребує позиція автора про те, що мотив і мета є факультативними ознаками суб'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 119 КК України, проте мають значення для правильної кваліфікації вбивства через необережність, індивідуалізації покарання та виправлення засуджених (с. 140).

Крім того, автор запропонував низку змін до КК України, втім щодо деяких з них хотілося б висловити певні міркування. На наш погляд, будь-які пропозиції щодо зміни норм (диспозицій чи санкцій) Особливої частини КК необхідно здійснювати з урахуванням інших положень КК, не порушуючи цілісність закону. Проте автор, на наш погляд, з метою удосконалення диспозиції і санкції норми, яка передбачає відповідальність за вбивство через необережність, не бере до уваги інші склади злочинів, наслідком яких є спричинення смерті з необережності. Так, у роботі пропонується як кваліфікуючу ознаку вбивства через необережність передбачити вчинення цього злочину у сфері дії джерела підвищеної небезпеки (с. 66–68, 143). Виникає питання, а як у такому разі ч. 2 ст. 119 КК буде співвідноситися зі злочинами передбаченими, наприклад, розділом X Особливої частини КК. Як, наприклад, відмежувати заподіяння смерті через необережність у сфері дії джерела підвищеної небезпеки і вчинення злочинів, передбачених ч. 2 ст. 134, ч. 2 ст. 267, ч. 2 ст. 270, ч. 2 ст. 271, ч. 3 ст. 276, ч. 2, 3 ст. 286 КК тощо? На думку автора, для того щоб не допустити конкуренції кримінально-правових норм у разі введення такої кваліфікуючої ознаки, необхідно у примітці до ст. 119 КК окреслити коло джерел підвищеної небезпеки, до яких віднести: технічні і транспортні засоби, вогнепальну і холодну зброю, наркотичні засоби, психотропні речовини, їх аналоги і прекурсори, сильнодіючі та отруйні речовини тощо. Проте такий підхід, на наш погляд, є нелогічним з точки зору законодавчої техніки (бо за таких умов порушується принцип побудови Особливої частини КК за родовим об'єктом) і не вирішує питання відмежування зазначених злочинів.

Далі. Автор пропонує доповнити Загальну частину КК статтею «Співзаподіяння у злочині», виклавши її в такій редакції: «Співзаподіянням у злочині є спільна участь декількох суб'єктів злочину у вчиненні необережного злочину» (с. 74–76, 141). Схожі думки вже висловлювалися у кримінально-правовій науці, водночас, навіть якщо й погодитися з такою пропозицією, хотілося б почути аргументи щодо кримінально-правового значення такого нового положення (інституту) КК. Однак автор не зазначив, ні в який розділ Загальної частини КК необхідно помістити таку норму, ні яке кримінально-правове значення спричиняє ця новела: чи її доцільно передбачити як кваліфікуючу ознаку певних складів злочину, чи враховувати при призначенні покарання? Тобто питання щодо доцільності такої новели КК, на наш погляд, залишилося невирішеним.

Не зовсім аргументованою, з нашої точки зору, є позиція щодо зменшення суворості санкцій ч. 1 і ч. 2 ст. 119 КК. Оскільки в такому разі виникає питання щодо співвідношення відповідальності за інші злочини, які спричинили смерть з необережності, і за вбивство через необережність. Так, за заподіяння смерті з необережності у сфері дії джерела підвищеної небезпеки автор пропонує передбачити покарання у виді обмеження волі на строк до п'яти років або позбавлення волі на той самий строк з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого. Водночас автор не враховує, що, наприклад, порушення вимог пожежної безпеки, яке спричинило загибель людей, карається позбавленням волі на строк від трьох до восьми років; порушення правил безпеки дорожнього руху, якщо воно спричинило загибель людей, карається на строк від трьох до восьми років з позбавленням права керувати транспортним засобом на строк до трьох років або без такого. Більше того, за заподіяння смерті з необережності повторно (після вчинення, наприклад, одного з наведених вище злочинів) може бути призначене лише менш суворе покарання.

Крім того, на наш погляд, необхідно більш диференційовано підходити і до побудови санкцій норм однієї статті. Так, автор пропонує у ч. 1 ст. 119 КК передбачити покарання у виді обмеження волі на строк до трьох років (тобто від одного до трьох) або позбавлення волі на той самий строк, а в ч. 2 ст. 119 КК передбачити покарання у виді обмеження волі на строк до п'яти років (тобто від одного до п'яти) або позбавлення волі на той самий строк. У такому разі нижня межа санкцій ч. 1 і ч. 2 ст. 119 КК є однаковою, що, на нашу думку, є не зовсім обгрунтованим.

Окремі позиції, висловлені у монографії, на наш погляд, є відверто помилковими. Так, автор, встановлюючи критерії відмежування небережного вбивства від умисного тяжкого тілесного ушкодження, що спричинило смерть потерпілого, зазначає, що «відповідальність за ч. 2 ст. 121 КК України настає лише за умови, що при вчиненні протиправних дій винний передбачав можливість заподіяння тяжкого тілесного ушкодження і бажав або свідомо допускав настання смерті» (с. 116).

Підводячи підсумок, необхідно зазначити, що поява рецензованої праці стала вагомою подією у правничому житті України. Висловлені зауваження і міркування не виключають загальної позитивної оцінки монографічного дослідження О. В. Гороховської і, крім того, мають дискусійний характер. Результати наукової роботи і висловлені автором пропозиції служитимуть як удосконаленню кримінально-правових норм, поліпшенню практики застосування відповідних положень КК, так і використанню у подальших наукових дослідженнях.

*В. Тютюгін, кандидат юридичних наук,
професор кафедри кримінального права
Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого*

*О. Ус, кандидат юридичних наук,
асистентка кафедри кримінального права
Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого*

Система національного законодавства в контексті права (лібертарно-легістський підхід)¹

Дослідження Є. П. Євграфової поза всяким сумнівом присвячено актуальній теоретичній і практичній проблемі. Як слушно підкреслює авторка, «Україна на сьогодні переважно має ту систему законодавства, яку вона отримала в “спадщину” від колишньої Української РСР і від якої вона поступово відходить, проводячи змістовні зміни в законодавстві...» (с. 62). Зрозуміло, що це зумовлює значний науково-практичний інтерес до питання про засади системи національного законодавства і фактори формування даної системи, які аналізуються відповідно в 3 та 4 розділах монографії. Проте перед цим доцільно з'ясувати, що являють собою система законодавства і система права, форми права і джерела

¹ *Євграфова Є. П.* Система національного законодавства в контексті права (лібертарно-легістський підхід): Монографія. — К., 2007. — 184 с.

права. Ці класичні для теорії держави і права питання досліджуються авторкою в 1 і 2 розділах. Отже, структуру монографії можна вважати вдалою і доволі логічною.

Приємне враження створює також зміст роботи. Наприклад, Є. П. Євграфова справедливо зазначає, що законодавство не завжди може повністю або в окремих положеннях відповідати праву (с. 12); вона слушно зауважує, що характеристика законодавства як високоорганізованого, цілісного і узгодженого явища є здебільшого компліментарною (с. 16). Оригінальною є мотивована пропозиція розглядати право як джерело законодавства, а не навпаки (с. 42): вона дозволяє ще раз підкреслити пріоритет права над державою і законодавством.

Цікавим і корисним є також загальнотеоретичний аналіз юридичної природи рішень Конституційного Суду України з питань визнання неконституційними правових актів і їх офіційного тлумачення та висновків Конституційного Суду України (с. 50–55). Увагу науковців має привернути ґрунтовне порівняльне дослідження термінів «засади», «порядок», «основи», які часто-густо використовуються у вітчизняній правовій системі (с. 63–72).

Заслуговує на підтримку авторська позиція про недоцільність протиставлення принципів верховенства права і верховенства законів (с. 101–102); саме їх гармонійне поєднання (наскільки ми зрозуміли задум авторки) і лежить в основі лібертарно-легістського підходу, схильність до якого вона виявляє в своїй монографії.

Проте деякі ідеї Є. П. Євграфової виглядають недостатньо обґрунтованими. Так, на нашу думку, доволі сумнівно, що поняття «законодавство» охоплює лише закони, декрети Кабінету Міністрів, а також рішення і висновки Конституційного Суду України (с. 32). По-перше, це не узгоджується з традиційним для романо-германської правової системи розумінням законодавства як сукупності всіх нормативно-правових актів (законів в матеріальному значенні). Широке розуміння законодавства також не суперечить Конституції України. По-друге, навряд чи доцільно включати до законодавства рішення і висновки Конституційного Суду України, чия юридична природа суттєво відрізняється від юридичної природи законів. Щонайменше, ця цікава пропозиція потребує наведення додаткових аргументів, ніж ті, що містяться в підрозділі 2. 3.

Ще одне зауваження: Є. П. Євграфова визначає свою роботу як дослідження системи національного законодавства на засадах лібертарно-легістського підходу (с. 5). На нашу думку, заявка на використання цієї концептуальної засади виглядала би більш переконливо, якщо б робота починалася саме з концентрованого викладення сутності цього підходу

і відмежування його від інших (альтернативних) концепцій. Крім того, не зовсім зрозуміле те значення терміна «лібертарний», в якому він використовується в монографії. Ймовірно, таким чином автор демонструє свою прихильність до основних ідей лібертаріанства як наряду сучасної політичної філософії (див. с. 97)? Якщо це так, то автор мав би викласти особливості лібертаріанського розуміння категорій свободи, рівності і справедливості та продемонструвати, як конкретно вони впливають на формування системи права і законодавства. Особливо цікавим у цьому аспекті було б порівняння «лібертарно-легістського» погляду на засади системи законодавства з відповідними уявленнями, що існують у межах інших сучасних концептуальних підходів. Сподіваємось, що відповідь на ці питання авторка дасть у своїх наступних роботах.

М. Цвік, доктор юридичних наук, професор,
академік Академії правових наук України

Удосконалення Конституції та проблеми удосконалення вітчизняного законодавства

26 червня 2007 р. у м. Харкові на базі Академії правових наук України та Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого відбулася науково-практична конференція «Удосконалення Конституції та проблеми удосконалення вітчизняного законодавства», приурочена 1-й річниці з дня прийняття Конституції України.

Із вступним словом виступив **В. Я. Тацій**, президент Академії правових наук України, ректор Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, доктор юридичних наук, професор, академік НАН України, який підкреслив актуальність роботи конференції в контексті розробки пропозицій стосовно внесення змін до чинної Конституції як щодо оптимального розподілу владних повноважень між вищими органами державної влади, так і в аспекті повноцінного реформування системи місцевого самоврядування, пошуку співвідношення між місцевими органами державної влади і органами місцевого самоврядування.

У своїй доповіді «Проблеми реформування конституційних засад державного устрою України» **О. В. Пегришин**, віце-президент Академії правових наук України, доктор юридичних наук, професор, академік АПрН України, підкреслив, що до цілей і напрямів реформи місцевого самоврядування можна віднести: створення на базовому рівні самоврядних, дієздатних, фінансово спроможних територіальних громад; формування повноцінного місцевого самоврядування на районному та обласному рівнях; перетворення обласних державних адміністрацій з органами виконавчої влади загальної компетенції в контрольно-наглядові органи виконавчої влади, що здійснюють функції контролю за виконанням Конституції і законів України, актів Президента, Кабінету Міністрів України та інших органів виконавчої влади; перерозподіл повноважень між органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування, удосконалення матеріально-фінансового їх забезпечення. Серед основних напрямів їх досягнення — реформа адміністративно-територіального

устрою, конституційне забезпечення процесу реформування (внесення змін до Конституції України щодо територіальної влади, адміністративно-територіального устрою тощо), забезпечення дієвого правового захисту місцевого самоврядування; розвиток громадянського суспільства.

Ю. П. Битяк — проректор з навчальної роботи Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, директор Інституту державного будівництва та місцевого самоврядування АПРН України, доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент АПРН України виступив з доповіддю «Конституція — основа стабільності державної влади та розвитку місцевого самоврядування». Він зазначив, що чинна Конституція України створила організаційні і правові засади для становлення держави як правової, демократичної, соціальної, головним спрямуванням якої є забезпечення прав і свобод людини, формування громадянського суспільства. Разом з тим, наголошує вчений, практика державотворення та реалізації приписів Основного Закону показала ланку серйозних недоліків у конституційно-правовому регулюванні тих чи інших відносин. Серед проблем, які потрібно системно вирішувати в аспекті становлення державності, — забезпечення оптимального співвідношення централізації і децентралізації владних функцій, чітке розмежування та збалансування повноважень гілок влади, відповідальності державних органів на всіх рівнях, створення ефективно діючої системи влади та управління у регіонах і на місцях, оновленого і дієздатного державного апарату (державної служби) та служби органів місцевого самоврядування тощо. Зміни до чинної Конституції України мають супроводжуватися змінами і доповненнями до діючого законодавства, широким обговоренням їх у наукових колах, громадськістю, набути завершеного характеру, що дозволить уникнути конфліктних, таких, які важко розв'язати, ситуацій.

Завідувач кафедри кримінального процесу Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, доктор юридичних наук, професор, академік АПРН України **Ю. М. Грошевий** виступив з доповіддю на тему «Актуальні проблеми судоустрою України», у якій наголосив, що доцільно змінити чинну систему судів, а саме: мирові суди, окружні суди, районні суди з кримінальних справ як перша ланка судової системи; друга ланка — обласні суди. У районних та обласних судах створити судові палати з цивільних, адміністративних, господарських та кримінальних справ, палату в справах про злочини неповнолітніх, які будуть розглядати справи по першій та апеляційній інстанції, третя ланка — Верховний Суд, що буде діяти як касаційні інстанція. По-друге, створи-

ти самостійну вертикаль судової гілки, яка могла б забезпечити механізм судового контролю за органами досудового слідства (слідчий, суддя тощо); судово-контрольні палати у вищестоящому суді. Учений зазначив, що мета будь-якого реформування судової системи — зробити суд доступним, швидким та справедливим. З урахуванням цього необхідно прийняти нову редакцію ст. 129 Конституції України, виключити з неї низку положень, які за своєю суттю не можуть бути віднесені до засад судочинства.

У своїй доповіді **С. Г. Серьогіна**, завідувач кафедри державного будівництва та місцевого самоврядування Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, кандидат юридичних наук, доцент, висвітлила проблемні питання щодо реформування місцевого самоврядування в Україні. Вона підкреслила, що з прийняттям Конституції України 1996 р., Закону «Про місцеве самоврядування в Україні» та ратифікацією Європейської Хартії місцевого самоврядування були відкриті можливості формування місцевого самоврядування на вітчизняних теренах, як одного з найважливіших і необхідних елементів демократичного й ефективного управління суспільними справами. Однак, незважаючи на досить тривалий час, який минув з моменту законодавчого оформлення основ організації місцевої влади, розбудова місцевого самоврядування все ще залишається пріоритетним питанням державного будівництва. У доповіді були проаналізовані недоліки законодавчого регулювання правового статусу місцевих органів публічної влади, ваді існуючої моделі місцевого управління, інституційні проблеми регіонального рівня місцевого самоврядування, проблеми конкуренції компетенцій на місцевому рівні, проблемні питання територіальної основи місцевого самоврядування. С. Г. Серьогіна, акцентувала увагу на необхідності створення принципово нової моделі місцевого управління, яка б дала можливість забезпечити автономність і самостійність місцевого самоврядування, з одного боку, і жорсткий державний контроль за територіями — з іншого. У підсумку було зазначено, що реформування місцевого самоврядування залежить від мистецтва знаходження певного компромісу між державою і місцевим співтовариством щодо децентралізації влади, ступеня демократичності держави, розвиненості громадянського суспільства, рівня правової культури, а також наголошено на необхідності активізації зусиль щодо здійснення реформ на місцевому рівні.

В. П. Колісник — професор кафедри конституційного права України Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого,

доктор юридичних наук, у доповіді «Взаємовідносини органів державної влади в контексті конституційної реформи» підкреслив, що із внесенням змін до Конституції України 8 грудня 2004 р. зазнали суттєвої трансформації конституційні засади взаємовідносин органів державної влади між собою. Не зовсім оптимальна та недостатньо узгоджена система стримувань і противаг виявилася ще більш розбалансованою. Негативно позначилися на функціонуванні державного механізму передусім невдалий та логічно незавершений перерозподіл повноважень між парламентом, главою держави та урядом. Науковець звернув увагу на те, що конституційна реформа не лише не усунула окремі суперечності, але й поглибила їх. Головна причина цього полягає, перш за все, в обранні такої моделі парламентсько-президентської республіки, яка не є оптимальною та функціональною. Вади конституційної реформи у поєднанні зі своєрідним суб'єктивістським сприйняттям та вибіркоким використанням власних повноважень майже всіма вищими державно-владними інституціями призвели до численних непорозумінь, конституційно-правових деліктів та державно-правових конфліктів, що постійно виникали як у процесі створення та зміни складу коаліції депутатських фракцій, так і в ході формування уряду, здійснення законотворчої діяльності, оприлюднення окремих законів тощо. Уже один той факт, що уряд понад десять місяців працює без програми своєї діяльності (проекту якої ніхто так і не побачив), тобто напوماцки веде країну невідомо куди, є переконливим свідченням того, що українське суспільство в результаті конституційної реформи отримало повністю безвідповідальну владу. Адже ні глава держави, ні парламент жодного разу публічно не вимагали від уряду виконання відповідного конституційного зобов'язання, подарувавши йому тим самим його ж бездіяльність.

Начальник управління планування і координації правових досліджень АПРН України, кандидат юридичних наук, доцент **Д. В. Лук'янов** окреслив проблему запровадження в конституційному законодавстві України імперативного мандату, що дозволяє політичній партії позбавляти мандату народних депутатів, обраних за її списком. Він зазначив, що цей інститут не використовується в жодній європейській країні через його руйнівні наслідки для внутрішньопартійної демократії. Застосування цього інституту ускладнює зовнішньополітичні відносини України з Європейським Союзом та Радою Європи. Так, 19 квітня 2007 року на засіданні Парламентської асамблеї Ради Європи було прийнято Резолюцію «Функціонування демократичних інституцій в Україні», п. 9 якої наголошує: «Асамблея підтверджує свою позицію, що відкликання на-

родних представників політичними партіями («імперативний мандат») є неприйнятним у демократичній державі. Слід скасувати відповідні конституційні положення згідно з рекомендаціями Венеціанської Комісії».

Директор Інституту вивчення проблем злочинності АПрН України, доктор юридичних наук, професор, академік АПрН України **Ю. В. Балулін** виступив з доповіддю на тему «Конституційні засади удосконалення кримінально-правових засобів протидії злочинності в Україні». Професор зазначив, що об'єктом регулювання кримінального права як публічної галузі права є суспільні відносини, що існують між державою та особами, які вчиняють злочини. Це регулювання здійснюється системою кримінально-правових норм. Гіпотези таких норм передбачають юридичні факти, які породжують кримінально-правові відносини. Обов'язковою складовою такого факту є вчинення злочину. Звідси, в гіпотезі кримінально-правової норми завжди повинні знайти своє відображення ознаки певного виду злочину. У свою чергу, диспозиції кримінально-правових норм передбачають кримінально-правові заходи, які повинен суд застосувати до певного виду злочинців.

Таким чином, удосконалення кримінально-правових засобів протидії злочинності в Україні може здійснюватися, на думку вченого, у двох напрямках. Перший — це удосконалення гіпотез кримінально-правових норм, зокрема, такого важливого їх елемента, як описання ознак певного виду злочинів. Другий напрям — удосконалення диспозицій кримінально-правових норм, а саме тих кримінально-правових заходів впливу на злочинців, які повноважний застосувати суд.

Є очевидним, що удосконалення норм кримінального права є прерогативою органу законодавчої влади — Верховної Ради України, яка здійснює свої повноваження у встановлених Конституцією межах і відповідно до законів України (ч. 2 ст. 6 Конституції України). Згідно з п. 22 ч. 1 ст. 92 Конституції України виключно законами України визначаються «... діяння, які є злочинами, .. та відповідальність за них». При цьому науковець робить висновок, що вдосконалення кримінально-правових засобів протидії злочинності у зазначених двох напрямках повноважна здійснювати Верховна Рада України на підставі Конституції України та шляхом внесення змін і доповнень до Кримінального кодексу України, «який ґрунтується на Конституції України та загальноновизнаних принципах і нормах міжнародного права» (ч. 1. ст. 3 КК України).

Конституція України вказує, що «права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Утверджен-

ня і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави» (ч. 2 ст. 3). Є очевидним, що злочини, які вчинюються в Україні, посягають, перш за все, на конституційні та інші права і свободи людей, а також на інтереси юридичних осіб, суспільства і держави.

З цих причин, як наголошує автор, удосконалення кримінально-правових засобів протидії злочинності в Україні є одним із напрямів діяльності держави по забезпеченню ефективної правової охорони та відновленню порушених прав і свобод людини, інтересів суспільства і держави. Відомо, що кримінально-правові засоби протидії злочинності безпосередньо торкаються прав і свобод не тільки людей, що страждають від злочинів, а й тих, хто вчиняє ці злочини, тобто злочинців, які також мають права і свободи, як і всі інші члени суспільства. Згідно з ч. 2 ст. 63 Конституції України «засуджений користується всіма правами людини і громадянина, за винятком обмежень, які визначені законом і встановлені вироком суду». Відповідно до ч. 1 ст. 50 КК України кримінальне покарання саме і полягає в передбаченому законом обмеженні прав і свобод засудженого. Але визначення кола та змісту цих обмежень також повинні базуватися на положеннях Конституції України, згідно з якою «конституційні права і свободи людини і громадянина не можуть бути обмежені, крім випадків, передбачених Конституцією України» (ст. 64).

Учений насамкінець підкреслив, що удосконалення гіпотез та диспозицій кримінально-правових норм повинно ґрунтуватися на положеннях Конституції України і враховувати як права і свободи людини та громадянина, інтереси суспільства і держави, які охороняються кримінальним законом, так і права та інтереси осіб, які вчиняють злочинні посягання на об'єкти кримінально-правової охорони.

Доцент кафедри державного будівництва та місцевого самоврядування Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, кандидат юридичних наук **П. М. Любченко** у своїй доповіді «Проблеми визначення соціальної основи місцевого самоврядування на обласному та районному рівні в Україні» зазначив, що одним із ключових факторів, від якого залежить подальший розвиток місцевого самоврядування, є його соціальна основа, яка охоплює умови та можливості здійснення жителями адміністративно-територіальних одиниць місцевого самоврядування. Учений наполягає на думці, що місцеве самоврядування є правом територіальної громади самостійно вирішувати питання місцевого значення як безпосередньо, так і через органи місцевого самоврядування: сільські, селищні, міські ради та їх виконавчі органи. Водночас у ст. 141 Конституції України закріплено, що депутати районної,

обласної ради обираються жителями району, області. У цій статті мова йде про територіальні громади сіл, селищ, міст, чи на конституційному рівні визначено спеціальний суб'єкт — жителів району та області? Відсутність чітких відповідей на ці та інші питання негативно впливає на розвиток інституційної системи місцевого самоврядування на районному та обласному рівні.

Доцент кафедри конституційного права України Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, кандидат юридичних наук **Л. І. Летнянчин** у доповіді на тему «Конституційні кризи в Україні та шляхи їх подолання» зупинився на розкритті природи конституційних криз в Україні (1990–1996 рр. та 2004–2007 рр.), причин їх виникнення та шляхів подолання. На думку доповідача, конституційні кризи в Україні набувають уже циклічного характеру, а тому вихід з них та запобігання новим є нагальною проблемою науки конституційного права України. Одним із елементів системи конституційних заходів виходу з поточної політичної кризи в Україні автор вважає прийняття шляхом референдуму нової Конституції України.

Найкращим способом розробки нової конституції України є утворення конституційної комісії із провідних фахівців у галузі конституційного права, політологів за ініціативою провідних навчальних і науково-дослідних установ країни та інститутів громадянського суспільства. Доцільно включити до складу комісії експертів Венеціанської комісії Ради Європи «За демократію через право». Адже, на відміну від національних конституційних асамблей європейських революцій (класичною формою яких є французький революційний конвент), конституційні асамблеї сучасних країн, що стали на шлях демократії, які склалися в момент криз, парадоксальним чином не протистояли владі, а організовувалися відповідно до її інтересів та на її підтримку. Не виключено, що конституційна асамблея буде симпатизувати опозиції.

При цьому для забезпечення плюралізму та альтернативності на референдум слід виносити не лише проект конституції, розроблений конституційною комісією, але й Конституцію України від 28 червня 1996 р., та окремо її редакцію від 8 грудня 2004 р. Це дозволить провести глибоке й широке суспільно-політичне обговорення шляхів подальшого конституційного розвитку української держави.

Завідувач кафедри конституційного права України Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, кандидат юридичних наук **Ю. Г. Барабаш** виступив з доповіддю «Правова природа дискреційних повноважень вищих органів влади». Зокрема, він зазначив,

що в сучасних конституційно-правових умовах спостерігається дещо спрощене ставлення до сутності дискреційних повноважень: їх розглядають виключно як правомочності, які владний суб'єкт може вільно реалізувати на власний розсуд. Попри це, як етимологічно, так і спираючись на конституційну практику західних демократій, дискреція передбачає одразу дві складові — це вольова, яка включає цей розсуд, і інтелектуальна (морально-правова), що означає використання дискреційних повноважень «за здоровим глуздом». Своєрідним компенсатором цього «здорового глузду» в європейській країнах є наявні конституційні традиції та звичаї, які не дозволяють посадовій особі при реалізації дискреційних повноважень спиратись виключно на внутрішню мотивацію. Загалом, ефективно інститут дискреційних повноважень може існувати за наявності одразу трьох таких явищ — конституційної відповідальності вищих органів влади за прийняті ними рішення, довіри між інституціями влади, втрата якої веде до зміни персонального складу цих інституцій, та стійких конституційних традицій.

В обговоренні проблем, заявлених у доповідях, узяли участь й інші вчені: О. В. Батурін, І. О. Биля, І. Є. Марочкін, А. В. Міщенко, П. В. Нікулін, О. С. Пепеляшков, С. П. Погребняк, В. Є. Протасова, С. П. Соляр та ін.

Матеріал підготував

Д. В. Лук'янов — начальник управління планування
і координації правових досліджень Академії правових наук України

НАШІ ЮВІЛЯРИ



Виповнилося 80 років від дня народження відомого українського правознавця, провідного фахівця в галузі аграрного, земельного та адміністративного права, члена-кореспондента НАН України, академіка Академії правових наук України, доктора юридичних наук, професора **Віталія Івановича Семчика**.

В. І. Семчик народився 19 липня 1927 р. у с. Байківка Калинівського району Вінницької області в селянській родині.

Сімнадцятирічним юнаком у 1944 р. був мобілізований до Радянської армії. Строкову службу ніс до 1951 р. Учасник бойових дій Великої Вітчизняної війни. Після демобілізації працював на різних роботах: обліковцем Вінницького міськвійськкомату, інструктором, помічником начальника політвідділу по комсомолу Шепетівського, Фастівського, Коростенського відділків Південно-Західної залізниці, секретарем партійної організації в Пилипівському і Великоснітинському колгоспах Фастівського району Київської області. З 1958 р. працював за юридичною спеціальністю: адвокатом, завідувачем Фастівської юридичної консультації Київської обласної колегії адвокатів, народним суддею, головою Фастівського міського народного суду Київської області. З 1975 р. працює старшим, провідним, головним науковим співробітником Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, а також за сумісництвом завідувачем кафедри аграрного, екологічного і трудового права Київського університету права (з 1997 р.) і директором Центру енергетичного та ядерного права при Інституті держави і права ім. В. М. Корецького НАН України (з 2002 р.).

Закінчив юридичний факультет Київського державного університету імені Тараса Шевченка у 1959 р., аспірантуру при КДУ імені Тараса Шевченка (заочно) у 1974 р. У 1975 р. після захисту дисертації на тему «Правове становище спеціалістів колгоспу» В. І. Семчику присуджено науковий ступінь кандидата юридичних наук, а в 1986 р. за дисертацію на тему «Проблеми організаційно-правового забезпечення національного використання майна сільськогосподарських підприємств в умовах АПК» — науковий ступінь доктора юридичних наук за спеціальністю

«Державне право і управління; адміністративне право». У 1997 р. присвоєно вчене звання професора за спеціальністю «Аграрне і земельне право».

У 1993 р. В. І. Семчика обрано членом-кореспондентом НАН України за спеціальністю «Підприємницьке право», а в 1993 р. він став академіком Академії правових наук України. З 1996 р. — голова спеціалізованої вченої ради при Інституті держави і права ім. В. М. Корецького НАН України по захисту докторських дисертацій (за спеціальностями трьох блоків: земельного, цивільного і кримінального права).

В. І. Семчик — науковий радник Комітету (комісії) Верховної Ради України з питань правової політики (правової реформи) з 1994 р., член Співки юристів України — з 1992 р.

В. І. Семчик — член науково-методичної ради Верховного Суду України (1984—1993 рр. та з 1999 рр.), член кваліфікаційної комісії Вищого господарського (арбітражного) суду з 1995 р. Він також член учених рад Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, Київського університету права, Інституту інтелектуальної власності Академії правових наук України, член наукової ради журналів «Право України», «Інтелектуальний капітал», член редакційної колегії журналу «Вісник господарського судочинства», збірників наукових праць Інституту держави і права ім. В. М. Корецького «Правова держава» та «Держава і право», шеститомного видання «Юридична енциклопедія» видавництва «Українська енциклопедія» імені М. П. Бажана та інших збірників наукових праць.

З 1993 р. В. І. Семчик очолює раду науково-правових експертиз при Інституті держави і права ім. В. М. Корецького НАН України.

У полі зору науковця — питання державного управління, адміністративного, аграрного, земельного, цивільного і підприємницького права. В. І. Семчик одним із перших опрацював правові проблеми розвитку аграрного і кооперативного права, права власності на землю, майнових відносин в АПК. Він є автором понад 300 наукових праць, зокрема трьох індивідуальних і 20 колективних монографій, семи юридичних довідників. Серед них монографії: «Имущественные правоотношения в сельском хозяйстве» (К., 1984), «Кооперация и право» (К., 1991). Під його редакцією вийшли колективні монографії: «Правовые вопросы межхозяйственной кооперации в сельском хозяйстве» (К., 1981), «Нові форми сільськогосподарського виробництва (організаційно-правові питання)» (К., 1994), «Право власності в споживчій кооперації. Право власності за Конституцією України» (1997); «Аграрне законодавство

України: проблеми ефективності» (К., 1998), «Проблеми права власності та господарювання у сільському господарстві» (К., 2001). За редакцією В. І. Семчика колективами авторів видано підручники: «Кооперативне право» (К., 1996), «Земельне право» (К., 2001). Він є автором розділів підручника «Аграрне право» за ред. В. З. Янчука (К., 1996, 1999).

В. І. Семчик брав активну участь у підготовці низки законопроектів, зокрема, альтернативних проектів законів «Про селянське (фермерське) господарство» (1992), «Про сільськогосподарську кооперацію» (1997); Земельного кодексу України (2001). Окремі положення проектів враховано при прийнятті відповідних законів.

В. І. Семчику присвоєно почесне звання «Заслужений діяч науки і техніки України» (1995), вручено Почесну грамоту Кабінету Міністрів України (2001). В. І. Семчик нагороджений відзнакою Президента — орденом Богдана Хмельницького III ст. (1999), орденами УПЦ «Різдво Христове 2000» II ст. (2001), «Святого рівноапостольного князя Володимира» III ст. (2001), орденом Ярослава Мудрого (2007), а також 12 медалями, зокрема, «За победу над Германией в Великой Отечественной войне 1941–1945 годов» (1945), «Ветеран труда» (1984); відзнакою Президента України «Захиснику Вітчизни» (1999).

Активна життєва позиція, талант науковця, глибока порядність, відповідальність за доручену справу, доброта — це лише деякі риси, що характеризують В. І. Семчика.

Президія Академії правових наук України, редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» щиро вітають **Віталія Івановича Семчика** з ювілеєм і бажають йому міцного здоров'я, благополуччя, творчої наснаги і подальших успіхів у роботі.

Юридична громадськість України щиро вітає відомого українського правознавця, провідного фахівця в галузі конституційного права, члена-кореспондента Академії правових наук України, доктора юридичних наук, професора **Лідію Тарасівну Кривенко** з ювілейною датою в її житті.

Л. Т. Кривенко у 1960 р. закінчила юридичний факультет Московського державного університету ім. М. В. Ломоносова. У 1960—1963 рр. працювала юрисконсультантом. З 1966 р. до 1970 р. — викладач Московського державного університету ім. М. В. Ломоносова. До 1978 р. — старший викладач, доцент Всесоюзного юридичного заочного інституту. З 1978 р.

працює в Інституті держави і права ім. В. М. Корецького НАН України науковим, а потім старшим науковим, провідним науковим співробітником (з 1988 р.), головним науковим співробітником (з 1993 р.). За період роботи в Інституті держави і права ім. В. М. Корецького Л. Т. Кривенко сформувалась як авторитетний фахівець у галузі науки, що володіє творчим потенціалом, реалізація якого разом із наполегливою працею зробила суттєвий внесок в теорію конституційного права.

У 1966 р. захистила дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук на тему «Постійні комісії Верховних Рад союзних республік», у 1987 р. — дисертацію на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук на тему «Законодавча діяльність Верховних Рад союзних республік: проблеми теорії». Науковий ступінь доктора юридичних наук присуджено у 1987 р. Вчене звання старшого наукового співробітника присвоєно у 1990 р.

Л. Т. Кривенко — визнаний фахівець у галузі конституційного права. Основні напрями наукової діяльності — інститути конституційного права: народовладдя, парламентаризм, президентство, конституційний контроль, представницька та безпосередня демократія, конституціоналізм, державотворчі процеси в Україні. Творчий потенціал і науково-методичний доробок Л. Т. Кривенко є дуже вагомими. Вона — автор понад 100 наукових праць, серед яких найвизначнішими є «Державне управління: проблеми теорії і практики» (у співавт., 1997), «Верховна Рада України» (1997), «Взаємовідносини і взаємодія законодавчої і виконавчої влади» (1998), «Система разделения властей: теория, конституционные модели, преподавание, практика» (1999), «Верховна Рада — однопалатний парламент» (1999).

Л. Т. Кривенко брала участь у розробці законопроекту «Про внесення змін і доповнень до Конституції України», проекту Концепції державно-правової реформи (концепції парламентської реформи). Вона — лауреат конкурсу на краще юридичне видання за результатами конкурсу Спілки юристів України (1997).

Президія Академії правових наук України, редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» щиро вітають **Лідію Тарасівну Кривенко** з ювілеєм і бажають їй міцного здоров'я, благополуччя, творчої наснаги і подальших успіхів у багатогранній творчій діяльності.

Пам'яті Миколи Миколайовича Страхова

9 серпня 2007 р. на 83-му році життя помер відомий учений **Микола Миколайович Страхов** — доктор юридичних наук, член-кореспондент Академії правових наук України, заслужений професор Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, заслужений працівник освіти України, лауреат Державної премії України в галузі науки і техніки.

Микола Миколайович — учасник бойових дій у роки Великої Вітчизняної війни. Він нагороджений орденами князя Ярослава Мудрого V ступеня, Трудового Червоного Прапора, Червоної Зірки, Слави III ступеня, Вітчизняної війни I ступеня, «За мужність» III ступеня та 15 медалями.

Микола Миколайович народився 4 травня 1925 р. у м. Харкові. У 1952 р. закінчив Харківський юридичний інститут, де з 1952 до 1955 р. навчався в аспірантурі, а з 1954 р. працював на посадах асистента, старшого викладача, доцента. У 1956 р. захистив дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук «Земельне законодавство УРСР у боротьбі за зміцнення союзу робітничого класу і селянства під час переходу до непу», у 1973 р. — докторську дисертацію «Основні закономірності виникнення і розвитку держави в країнах Стародавнього Сходу». Вчене звання професора присвоєно у 1975 р.

З 1975 р. — професор кафедри історії держави і права України та зарубіжних країн Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого. З 1993 р. — член-кореспондент Академії правових наук України.

Усе життя Миколи Миколайовича пов'язано з юридичною наукою і вихованням юристів. Його наукова діяльність була присвячена проблемам історії держави і права, методології та методиці історико-правових досліджень.

Він є автором понад 230 наукових праць: «Історія держави і права рабовласницького Китаю» (1960), «Держава і право феодальної Англії» (1964), «Рабовласницька і феодальна держава і право країн Азії і Африки» (1981, відповід. ред. і співавт.), «Основні закономірності становлення буржуазної держави і права у провідних країнах Європи і в Північній Америці» (1991), «Історія держави і права Стародавнього Світу» (1994), «Актуальні проблеми всесвітньої історії» (1996), підручник «Історія держави і права зарубіжних країн» (1999, 2001, 2003), «Історія держави і права України» (Академічний курс у 2 т., 2000, співавт.) та ін. Під його

керівництвом підготовлено і захищено 7 кандидатських та 2 докторські дисертації.

Пішов з життя видатний правознавець, талановитий педагог, принципова, віддана ідеалам науки та високоінтелегентна людина.

Колектив президії Академії правових наук України та редакційна колегія журналу «Вісник Академії правових наук України» висловлюють глибоке співчуття рідним і близьким покійного. Світла пам'ять про Миколу Миколайовича назавжди залишиться в наших серцях.

Пам'яті Едуарда Олексійовича Дідоренка

З великим сумом юридична громадськість сприйняла звістку про передчасну смерть видатного вченого і педагога, доктора юридичних наук, професора, члена-кореспондента Академії правових наук України, Заслуженого юриста України **Едуарда Олексійовича Дідоренка**.

Едуард Олексійович Дідоренко народився 10.07.1938 р. У 1966 р. закінчив юридичний факультет Ростовського державного університету. Протягом 1957–1975 рр. працював у карному розшуку, пройшовши шлях від оперуповноваженого карного розшуку до заступника начальника управління карного розшуку УМВС Луганської області. З 1975 по 1983 рр. — заступник начальника, а з 1983 р. — начальник УМВС Івано-Франківської області. З 1984 р. призначений заступником Міністра внутрішніх справ Узбекистану, надалі з 1985 по 1989 рр. — перший заступник Міністра внутрішніх справ Узбекистану. З 1989 р. до 1994 р. — начальник УМВС України в Луганській області. З 1994 р. — ректор Луганської академії внутрішніх справ МВС імені 10-річчя незалежності України.

У 1979 р. захистив дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук, у 1989 р. — дисертацію на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук. Учене звання професора надане у 1993 р. У 1992 р. йому присвоєно почесне звання Заслужений юрист України. У 1993 р. обраний членом-кореспондентом Академії правових наук України.

Е. О. Дідоренко — відомий учений-правознавець, фахівець у галузі криміналістики. Науковий доробок Е. О. Дідоренка широко відомий не лише в Україні, а й у країнах СНД. Він є автором понад 80 друкованих наукових праць, у тому числі: 7 монографій, 3 підручників та низки навчальних посібників, найбільш значними серед яких є: «Вопросы теории и практики предъявления для опознания» (1972), «Оперативно-профилактическое наблюдение» (1982), «Тенева экономика: опыт криминологического исследования» (1997), «Криминология: приглашение к дискуссии» (1999, 2000), «Оперативно-разыскная деятельность» (1999), «Процессуальный статус ОРД в уголовном судопроизводстве» (2000).

Одним із перших в Україні він розпочав дослідження проблем боротьби з організованою злочинністю, обґрунтував наявність такої категорії злочинності, причини та умови її виникнення та розповсюдження, шляхи посилення боротьби з нею.

Значним є особистий внесок Е. О. Дідоренка у підготовку кадрів для працівників правоохоронних органів та наукових кадрів. Під науковим

керівництвом Е. О. Дідоренка підготовлено понад 10 кандидатів юридичних наук.

Напружену науково-організаційну, педагогічну діяльність Е. О. Дідоренко активно і плідно поєднував з громадською діяльністю. Він брав участь у складі робочих груп Кабінету Міністрів України, Служби безпеки України, постійних комісій Верховної Ради України з розробки законопроектів та проектів нормативних актів: Кримінально-процесуального кодексу України, Кримінального кодексу України, «Про міліцію місцевого самоврядування» та ін.

Пішла з життя принципова, віддана ідеалам науки людина. Сумлінне ставлення до виконання свого професійного обов'язку та душевність здобули Е. О. Дідоренку високий авторитет і повагу колективу, в якому він працював.

Президія Академії правових наук України та редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» глибоко сумують з приводу тяжкої втрати — передчасної смерті **Едуарда Олексійовича Дідоренка** та висловлюють щирі співчуття його рідним.

ЗМІСТ

<i>Тацій В.</i> Проблеми реформування конституційних засад державного ладу України.....	3
---	---

ЗАГАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОЇ НАУКИ

<i>Рабінович П.</i> Феномен праворозуміння: гносеологічна характеристика.....	11
<i>Погребняк С.</i> Роль принципу недискримінації в загальній концепції рівності.....	23

ПИТАННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА

<i>Оніщук М.</i> Щодо питань методології дослідження проблем референдної демократії в Україні.....	35
<i>Ніконова Л.</i> Реалізація теорії народного представництва у сучасній Україні.....	49

ПИТАННЯ ІСТОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

<i>Єрмолаєв В.</i> Правове регулювання організації роботи Верховної Ради Української РСР.....	57
<i>Кузьменко В.</i> Ліквідація національних районів та сільрад в Українській РСР наприкінці 1930-х років: політико-правовий аспект.....	66
<i>Білик В.</i> До питання визначення особистих немайнових прав селян у законодавстві Центральної Ради.....	76
<i>Мягких Г.</i> Майнові та особисті немайнові права жінки в українських землях другої половини XIX — початку XX ст.	86

ПИТАННЯ ЦИВІЛЬНОГО І ГОСПОДАРСЬКОГО ПРАВА

<i>Спасибо-Фатєєва І.</i> Спірні питання недійсності правочинів та її наслідків.....	95
<i>Жилінкова І.</i> Сучасні підходи до визначення правової природи шлюбу.....	107
<i>Пучковська І.</i> Щодо незалежного характеру гарантії як виду забезпечення виконання зобов'язань.....	117
<i>Бровченко І.</i> Деякі проблемні питання виконання зобов'язання третіми особами за цивільним законодавством України.....	125

Пашков В. Вітальна безпека та господарсько-правові аспекти
в системі регулювання відносин охорони здоров'я..... 133

ПИТАННЯ ФІНАНСОВОГО ПРАВА

Монаєнко А. Правовий механізм фінансування у сфері освіти 143

ПИТАННЯ ПОРІВНЯЛЬНОГО ПРАВОЗНАВСТВА

Дашковська О. Державно-правові механізми забезпечення гендерної
рівності в Скандинавських країнах..... 150

ПИТАННЯ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА

Щокін Ю. Місце звичаїв загального міжнародного права
у правопорядку України 158

Бєлєвцева В. Міжнародно-правові інструменти у сфері прикордонного
співробітництва..... 168

ПРОБЛЕМИ БОРОТЬБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ

Погорецький М. Проблема взаємозв'язку оперативно-розшукової
діяльності і кримінального процесу 174

Голіна В. Соціальні та психологічні чинники кримінологічної
віктимізації в Україні..... 185

Романюк Б. Використання моделювання на стадії досудового
розслідування 194

Трибуна Доктора

Печений О. Створення результатів інтелектуальної діяльності
як підстави виникнення цивільних правовідносин у сфері
інноваційної діяльності 203

Атаманова Ю. Структура національної інноваційної системи як
методологічна основа формування державної інноваційної
політики 214

НА ПОЧАТКУ ТВОРЧОГО ШЛЯХУ

Мєліхова Ю. Моральна складова проблеми добору кадрів на посаду
судді..... 225

Трофімов С. Здійснення митних процедур на морському транспорті,
який прибуває на митну територію України 233

Тітко І. Оцінні поняття в кримінально-процесуальному праві:
загальнотеоретичний аспект 241

РЕЦЕНЗІЇ

Вбивство через необережність: проблеми кримінальної відповідальності (В. Тютюгін, О. Ус)	250
Система національного законодавства в контексті права (лібертарно-легістський підхід) (М. Цвік)	254

НАУКОВЕ ЖИТТЯ

Удосконалення Конституції та проблеми вдосконалення вітчизняного законодавства	257
--	-----

НАШІ ЮВІЛЯРИ

Віталій Іванович Семчик	265
Лідія Тарасівна Кривенко	267
Пам'яті Миколи Миколайовича Страхова	269
Пам'яті Едуарда Олексійовича Дідоренка	271

Збірник наукових праць

Вісник
Академії правових наук
України

№ 3 (50)

Відповідальний за випуск
В. Прудников

Редактор *С. Пашинська*
Коректор *Т. Зуб*
Комп'ютерна верстка
і дизайн *В. Зеленька*

Підписано до друку з оригінал-макета 19.10.07.
Формат 60×84^{1/16}. Папір офсетний. Гарнітура Times.
Ум. друк. арк. 17,5. Обл.-вид. арк. 17,5. Вид. № 325.
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.

Виготовлено у друкарні СПДФО Білетченко
8 (057) 758-35-98