

2004



ВІСНИК

АКАДЕМІЇ
ПРАВОВИХ
НАУК
УКРАЇНИ

4

(39)

ВІСНИК

АКАДЕМІЇ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ

№ 4 (39)

Заснований у 1993 році



Харків
2004

Зареєстрований Міністерством України у справах преси та інформації (свідectво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації. Сер. КВ № 1254, 17.02.95 р.)

Засновник — Президія Академії правових наук України
Видавець — Академія правових наук України

Редакційна колегія: *В. Я. Тацій* (головний редактор), *М. В. Цвік* (заступник головного редактора), *Л. К. Воронова*, *Ю. М. Грошевой*, *І. М. Даньшин*, *В. В. Комаров*, *В. О. Коновалова*, *В. В. Луць*, *В. К. Мамутов*, *М. І. Панов*, *О. В. Петришин*, *О. А. Підпригора*, *М. Я. Сегай*, *М. М. Сибільов*, *В. Ф. Сіренко*, *В. В. Сташис*, *В. П. Тихий*, *Ю. М. Тодика*, *Ю. С. Шемшученко*.

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

© Академія правових наук
України, 2004
© «Право», 2004

ЗАГАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОЇ НАУКИ

О. Скрипнюк, академік АПрН України

Сучасна державна політика України: основні концептуальні підходи до визначення змісту поняття

Розвиток України в напрямку демократичної, правової держави, її взаємодія із суспільством, вплив на формування складної та різнобарвної гама суспільних відносин неможливі без проведення чітко визначеної, обґрунтованої державної політики в різних сферах суспільства. Невипадково, що сьогодні змістовна сторона того, якою має бути ця політика на сучасному етапі, викликає наукові дискусії і навіть суперечки у вчених-юристів, фахівців у галузі теорії держави і права, конституційного та адміністративного права. Але критика державної політики, що здійснюється в Україні, має ґрунтуватися на термінологічній виразності і чіткому окресленні поля цієї критики. За протилежного підходу вона може бути зведена до критики державних органів або навіть конкретних посадових осіб незалежно від того, яку з гілок державної влади вони репрезентують.

Суто абстрактно теоретичні питання аналізу змісту поняття «державна політика» набувають надзвичайно практичного значення, оскільки процес реформування в сучасній Україні передбачає обов'язкові зміни як у політичній, так і у правовій системі. Аналіз бази джерел з проблем державної політики свідчить про незначну кількість праць, присвячених проблемам сутнісного дослідження цього феномена. Здебільшого ті напрацювання, які маємо в цій сфері, були здійснені вченими-управлінцями, які працюють поза юридичною галуззю. Зокрема йдеться про такі роботи: «Державна політика: аналіз та механізми її впровадження в Україні»¹, «Вступ до аналізу державної політики»²,

¹ Див.: Державна політика: аналіз та механізм її впровадження в Україні / За заг. ред. В. А. Ребкала, В. В. Тертички. – К., 2000.

² Див.: Романов В., Рудик О., Брус Т. Вступ до аналізу державної політики: Навчальний посібник. – К., 2001.

статті О. Кучеренка¹, В. Тертички², Т. Брус³, В. Філіпчука⁴ і, безумовно, змістовне і, очевидно, найбільш ґрунтовне на сьогодні монографічне дослідження В. Тертички «Державна політика: аналіз та здійснення в Україні» (2002)⁵.

Розробка питань, пов'язаних з аналізом як поняття державної політики, такі її практичної реалізації, у вітчизняній юридичній науці пов'язана насамперед з працями В. Цветкова. Будучи одним із засновників вітчизняної традиції правових досліджень державного управління, він фактично вийшов за вузькі межі аналізу виключно процесуальних аспектів державного управління і характеризував державну політику як специфічну форму політико-управлінської діяльності держави, яка має свої закономірності, складну внутрішню структуру і відіграє важливу роль у формуванні та розвитку суспільних відносин⁶.

¹ Див.: Кучеренко О. О. Державна політика: аналіз сучасних політологічних концепцій // Актуальні проблеми реформування державного управління: — К., 1997. — С. 279–280; його ж. Суспільна детермінація державної політики // Збірник наукових праць УАДУ при Президентіві України / За заг. ред. В. І. Лугового, В. М. Князева. — К., 1998. — Вип. 1. — С. 166–173; Кучеренко О., Лашко-О. Державна політика як соціально-економічне явище // Вісник УАДУ при Президентіві України. — 1999. — № 1. — С. 164–170.

² Див.: Тертичка В. Теоретичні інструменти аналізу державної політики // Вісник УАДУ при Президентіві України. — 1999. — № 3. — С. 166–172; Тертичка В. Державно-політичні рішення як об'єкт наукового аналізу // Там само. — 1999. — № 2. — С. 135–142; його ж. Державна політика в умовах ліберальної демократії: аналіз деяких концептуальних засад // Там само. — 2000. — № 3. — С. 273–280; його ж. Інформаційно-аналітичне забезпечення державної політики // Там само. — 2000. — № 1. — С. 314–325.

³ Див.: Брус Т. Аналіз політики і стратегія планування // Актуальні проблеми державного управління. Збірник наукових праць Дніпропетровського філіалу УАДУ. — 2000. — № 2. — С. 167–173.

⁴ Див.: Філіпчук В. Державна політика: спроба концептуального визначення // Збірник наукових праць УАДУ при Президентіві України. — К., 1998. — Вип. 1. — С. 156–166.

⁵ Див.: Тертичка В. Державна політика: аналіз та здійснення в Україні. — К., 2002.

⁶ Мається на увазі праця В. Цветкова «Державне управління: основні фактори ефективності. Політико-правовий аспект» (1996). Хоча, по суті, проблеми аналізу державної політики, з'ясування її ролі в процесі становлення України як правової і демократичної держави знайшли своє відображення і в одній з останніх монографій В. Цветкова «Демократія — Управління — Бюрократія: в контексті модернізації українського суспільства» (2001), що була написана у співавторстві з В. Горбатенком.

Разом з тим таку важливу проблему, як державна політика, не можна об'єктивно і ґрунтовно розкрити без аналізу численних методологічних підходів, якими оперує зарубіжна наука, зокрема при визначенні дефініції державної політики. Так, М. Браун характеризує державну політику як процес регулювання життя суспільства через використання примусу, котрий певним чином упорядковує людську поведінку¹. Характерно, що вітчизняні вчені-неправознавці визначають державну політику як політичну діяльність держави та її органів, без якої неможливі задоволення різноманітних інтересів диференційованого суспільства, їх узгодження з метою встановлення і збереження політичного та громадського порядку, досягнення згоди і політичної інтегрованості суспільства².

Ще в інших дослідженнях вказується насамперед на сутнісний аспект реалізації державної політики, а саме на те, що вона завжди формується як процес вирішення тих чи інших суспільних і державних проблем. В цьому сенсі Л. Пал характеризує державну політику як дії державних органів (уряду) з метою розв'язання певних суспільних проблем³. Схоже визначення державної політики пропонується у праці В. Романова, О. Рудика і Т. Брус, які характеризують «як відносно стабільну, організовану та цілеспрямовану діяльність уряду стосовно певної проблеми або предмета розгляду, яка здійснюється ним безпосередньо або опосередковано через уповноважених агентів і впливає на життя суспільства». У даному разі поняття «уряд» використовується в узагальненому сенсі, тобто йдеться про діяльність центральних і місцевих органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування⁴.

Ґрунтуючись на майже всебічній характеристиці переважної кількості представлених у сучасній науці визначень державної політики, авторами яких є такі зарубіжні дослідники, як Д. Девей, В. Дженкінс, А. Вілдавскі, Д. Андерсон, Д. Веймер, В. Дан, Г. Ласвел, В. Вільямс, К. Фрідріх, Л. Пал та ін., В. Тертичка пропонує власну узагальнюючу дефініцію. З його погляду державна політика — «це відносно стабільна організована й цілеспрямована діяльність/бездіяльність державних інституцій, здійснювана ними безпосередньо чи опосеред-

¹ Див.: Браун М. П. Посібник з аналізу державної політики. — К., 2000. — С. 15.

² Див.: Ребкало В., Шахов В. Концептуальні засади державної стратегії України // Україна: поступ у XXI століття. — К., 2000. — С. 6.

³ Див.: Пал Л. А. Вказ. праця. — К., 1999. — С. 36–37.

⁴ Див.: Романов В., Рудік О., Брус Т. Вказ. праця. — С. 31–32.

ковано щодо певної проблеми або сукупності проблем, яка впливає на життя суспільства»¹.

І нарешті, останній методологічний підхід стосовно аналізу державної політики серед тих, який слід згадати, пов'язаний із визначенням її як процесу розроблення стратегічного курсу суспільства, основних напрямів розвитку державної влади, а також способів реалізації її цілей та завдань. Відповідно до цього у механізмі державної політики виділяють такі блоки: а) формування легітимного суб'єкта і інституційної ієрархії державної політики; б) розроблення стратегічного курсу і прийняття державних рішень; в) адміністративні засоби реалізації державних рішень; г) блок державного контролю й арбітражу, забезпечення самокорекції політичного режиму та зворотного зв'язку з об'єктами державного управління.

Специфічною властивістю цього підходу є те, що державна політика постає як складний процес, в якому виділяються три аспекти: формування державної політики, прийняття стратегічних і оперативнотактичних державно-політичних рішень та реалізація державної політики. При цьому на процес формування державної політики впливають не тільки органи державної влади, а й елементи громадянського суспільства, окремі громадяни. Такий спосіб тлумачення державної політики і зокрема стадії її формування А. Дегтярьов визначив поняттям «партиципаторної моделі»². Йдеться про кардинальне розширення сфери впливу народних мас на формування державної політики, суттєву децентралізацію повноважень державно-владних суб'єктів, підвищення ролі процесів локального самоврядування і т. д. Характерною властивістю цієї методології інтерпретації державної політики є своєрідне «розширення» кола її суб'єктів. Тобто, крім традиційних дій органів державної влади слід згадати всі ті визначення, в яких державна політика описується у термінах дій або бездіяльності урядових структур. Поняття державної політики включає в себе ще й діяльність громадянського суспільства. Однак навіть у цьому разі, посилаючись на дослідження Ч. Ліндблома, А. Дегтярьов пише про державну політику в «жорсткому значенні», яка постає у формі управлінського циклу, або, точніше, взаємодії різнорівневих управлінських блоків та інститутів державного механізму.

Отже, з зазначеного вище випливає, що застосування поняття «державна політика» передбачає акцентування на кількох моментах.

¹ Тертичка В. Державна політика... – С. 82–83.

² Див.: Дегтярев А. А. Основы политической теории. – М., 1998. – С. 165–166.

По-перше, змістовне навантаження цього терміна вказує насамперед на суб'єкта — реалізатора цієї політики. Це, звичайно, не слід ототожнювати з чинниками впливу на формування державної політики, оскільки серед них першочергову роль відіграє якраз не держава, а суспільство, а детальніше — різноманітні суспільні потреби, інтереси, цінності, пріоритети і т. д. Тобто, суб'єктом державної політики виступає держава. До речі, саме про це зазначається у визначеннях державної політики, які пропонують Т. Дай, В. Дженкінс, Р. Ейстон, Р. Роуз, Ю. Міган, К. Фрідріх, Д. Андерсен та ін. Л. Пал же взагалі характеризує державну політику як «серцевину того, що роблять уряди»¹. Наведене положення містить у собі цілу низку надзвичайно важливих теоретичних і методологічних імплікацій. Окремі з них зводяться до такого:

а) державна політика являє собою систему цілеспрямованих заходів, які мають за мету розв'язання тих чи інших суспільних проблем, задоволення суспільних інтересів, забезпечення стабільності конституційного, економічного, правового ладу країни. При цьому специфікою державної політики є те, що вона реалізується через владні структури, які мають повноваження щодо застосування монопольного права держави на законний примус. У результаті цього важливою умовою успішності державної політики є не просто її легальність, а й легітимність. Це пояснюється тим, що у зв'язку з фундаментальним переглядом ролі та завдань держави відносно суспільства, коли держава розглядається не як самодостатній інститут панування, а як засіб обслуговування суспільних інтересів, державна політика вже не може оцінюватись виключно через критерій її відповідності законам, адже, як відомо, інколи закони можуть бути неправовими², але повинна сприйматись широкими верствами суспільства як справедлива, адекватна суспільним потребам і відповідна універсальним цінностям права;

б) державна політика як діяльність держави спрямована на вирішення суспільних проблем та врегулювання суспільних відносин, має комплексний характер і може бути структурована відповідно до класифікації основних об'єктів її регулювання. У цьому сенсі можна говорити про економічну державну політику, соціальну політику, правову політику, чи ще більш конкретно, про державну політику в галузі розвитку агропромислового, паливно-енергетичного комплексу, галузі освіти і культури, охорони здоров'я, природокористування, правоохоронну державну політику і т. д. Офіційним виразом і юридичним

¹ Пал Л. Вказ. праця. — С. 37.

² Див.: Скаун О. Ф. Теория государства и права: Учебник. — Х., 2000. — С. 248–249.

закріпленням основних напрямів державної політики в тій чи іншій галузі виступають спеціальні державні програми. Так, одним з важливих компонентів правової політики сучасної України стало прийняття Програми розвитку юридичної освіти на період до 2005 року (затверджена постановою Кабінету Міністрів України від 10 квітня 2001 р. № 344). Серед основних завдань, які покликана вирішити зазначена Програма, були визначені: розроблення і вдосконалення відповідно до Конституції та законів України нормативно-правової бази з питань функціонування системи юридичної освіти та професійної діяльності юристів; розроблення науково обґрунтованого прогнозу державної потреби в юридичних кадрах різних освітньо-кваліфікаційних рівнів і механізму визначення на основі регіонального підходу обсягу відповідного державного замовлення; визначення оптимальної мережі вищих навчальних закладів, що здійснюють підготовку юристів, виходячи з потреб регіонів; запровадження нових спеціалізацій відповідно до потреб різних сфер юридичної практики; розроблення і запровадження державних стандартів вищої юридичної освіти для різних освітньо-кваліфікаційних рівнів; створення ефективної системи післядипломної підготовки, перепідготовки та підвищення кваліфікації юридичних кадрів і забезпечення їх професійної мобільності;

в) державна політика здійснюється державою, від імені держави і в інтересах всієї держави. При цьому, якщо предметом нашого аналізу є демократична, соціальна і правова держава (свого часу автор намагався довести необхідність поєднання всіх цих трьох елементів у державотворчому процесі і неправомірність «герметизації» будь-якої з названих складових¹), то тоді її інтереси збігаються з інтересами суспільства (чи, принаймні, більшості його членів). Цей момент є важливим з огляду на ті специфічні проблеми, які виникають у разі необхідності визначення тих чи інших дій, які мають безумовний вплив на суспільство з погляду їх належності чи неналежності до державно-політичних дій. Так, досить часто, кажучи про боротьбу владних еліт, яка особливо рельєфно дається взнаки у перехідні або реформаційні періоди, про їх реальний вплив на прийняття найважливіших державних рішень, робиться цілком обґрунтований висновок про те, що ці рішення спрямовані виключно на задоволення корпоративних, а жодною мірою не загальносуспільних інтересів. То ж чи можуть ці дії вважатись частиною державної політики, якщо формально вони здійснюються органами державної влади?

¹ Див.: *Скрипнюк О. В.* Соціальна, правова держава в Україні: проблеми теорії і практики. – К., 2000. – С. 11–79.

З суто формальних позицій ці дії, справді, мають бути визнані частиною державної політики. Однак очевидно, що цього формального критерію явно недостатньо, оскільки тоді навіть шкідливі для суспільних та державних інтересів дії, які вчиняються тими чи іншими посадовцями або органами державної влади, мають характеризуватися як державна політика. Тому, аналізуючи державну політику, вкрай важливо не ототожнювати її з клановою боротьбою та тіньовими домовленостями всередині «політичного бомонду»¹. Це дає змогу провести досить чітку демаркаційну лінію між «державною політикою як діяльністю держави та її органів», з одного боку, і «діями конкретних політичних сил, які через використання державної влади обслуговують власні інтереси» — з другого. Власне хотілося б особливо акцентувати на цьому положенні, оскільки досить часто воно співвідноситься з висловом: «які можновладці, така й держава».

Дійсно, на рівні буденної свідомості дуже часто ототожнюються дії носіїв державної влади з самою державною владою або державою в цілому. Однак якщо об'єктивно проаналізувати ту чи іншу ситуацію, той чи інший випадок, те чи інше зловживання владою, яких, на жаль, трапляється досить багато, то слід бути дуже ретельними з вибором і застосуванням понять. Але прикрі і ганебні факти попраання органами державної влади, посадовими особами суспільних і державних інтересів не слід окреслювати поняттям «державна політика»;

г) державна політика не може бути зведена до простої сукупності державних програм правового, культурного, економічного, соціального, екологічного розвитку. Оскільки держава є суб'єктом державної політики, то ця діяльність має певним чином впливати на об'єктивний стан справ у тій чи іншій сфері. Якщо ж цього немає, якщо не реалізується зв'язок між суб'єктом державної політики та її об'єктом, то не існує і самої державної політики, або ми маємо справу лише з певною фікцією, симулятором, чи, використовуючи поняття, запропоноване Ж. Бодріаром, «симулякром» державної політики. З цього погляду державна політика не тільки розробляється державою, а й реалізується нею, і така держава, як зазначає А. Гальчинський, повинна бути «дієздатною»².

До речі, на суто юридичному рівні це проявляється в тому, що практично всі державні програми, які виступають складовими части-

¹ Див.: Капустин Б. Г. Идеология и политика в посткоммунистической России. — М., 2000. — С. 52.

² Див.: Гальчинський А. С. Суперечності реформ: у контексті цивілізаційного процесу. — К., 2001. — С. 166.

нами державної політики, містять у собі не тільки загальні положення стосовно перспективного розвитку (або реформування) у тій чи іншій сфері, а й перелік конкретних заходів, що мають бути реалізовані органами державної влади. Так, у Національній програмі правової освіти населення, затвердженій Указом Президента України від 18 жовтня 2001 р. № 992/2001, крім основних завдань програми, якими визначені: підвищення рівня правової підготовки населення, насамперед учнівської та студентської молоді, громадян, які перебувають на державній службі, обраних народними депутатами України, депутатами місцевих рад, викладачів правових дисциплін та журналістів, які висвітлюють правову тематику; створення належних умов для набуття громадянами знань про свої права, свободи і обов'язки; широке інформування населення про правову політику держави та законодавство; забезпечення вільного доступу громадян до джерел правової інформації; вдосконалення системи правової освіти населення, збереження та розвиток вітчизняних традицій у цій сфері, було чітко визначено перелік заходів щодо виконання цієї програми. Причому серед суб'єктів, на яких покладалась відповідальність за виконання цих заходів, були названі: Міністерство освіти і науки України, Міністерство юстиції України, Міністерство культури і мистецтв України, Інститут держави і права імені В. М. Корецького НАН України, Академія правових наук України, Академія педагогічних наук України, Київська та Севастопольська міські, районні міжвідомчі координаційно-методичні ради з правової освіти населення, Всеукраїнська міжвідомча координаційно-методична рада з правової освіти населення і т. д.;

г) як діяльність, здійснювана державою, хоча це не означає, що в процесі формування державної політики не можуть брати участь недержавні організації, структури громадянського суспільства, окремі громадяни, державна політика не тільки поширюється на самі органи державної влади, а й обов'язково торкається тієї сфери, в якій, за словами М. Ільїна, ефективність дій приватних агентів, приватних корпорацій, неурядових структур тощо виявляється обмеженою¹. В цьому сенсі наявність змістовної й науково обґрунтованої державної політики виступає потребою не лише самої держави, а й громадянського суспільства. Більш того, формування і реалізація цілеспрямованої, соціально орієнтованої, стабільної й компетентної державної політики є однією з умов існування соціальної держави;

¹ Див.: *Ильин М. В.* Слова и смыслы. Опыт описания ключевых политических понятий. — М., 1997. — С. 201.

д) реалізація державної політики органами державної влади означає, що ця їх діяльність відбувається згідно з тією моделлю організації самої державної влади, а також її відносин з суспільством, яка конституційно визнана в країні і запроваджується у практиці державного і суспільного життя. Тому державна політика правової, соціальної держави, яка визнає громадянське суспільство і всебічно сприяє його розвитку, а не залякує громадян тим, що громадянське суспільство є своєрідним «мега-бандитським» утворенням, завжди характеризується низкою обов'язкових властивостей і здійснюється на основі певних принципів. Передусім серед цих принципів слід назвати дотримання і гарантування прав і свобод людини і громадянина. Як зазначає Л. Зідентоп, без цього принципу взагалі неможливий будь-який дискурс про правову, соціальну державу і громадянське суспільство¹. Внаслідок цього найвищою цінністю державної політики правової, соціальної держави є права людини, а її головною та першочерговою метою — забезпечення цих прав, підтримання атмосфери поваги до них, гарантування принципів верховенства права і законності.

По-друге, аналіз поняття «державна політика» виявляє його тісний діалектичний зв'язок з поняттям «державне управління». Специфіку цього зв'язку В. Ребкало та В. Тертичка визначають таким чином: «Державна політика необхідна не тільки як форма державного управління, а як його найбільш міцний організаційний потенціал. І, навпаки, державне управління виступає як своєрідна форма державної політики і як засіб її практичного втілення в життя»². До речі, в англо-американській політико-правовій традиції поняття «державна (публічна) політика» (*public policy*) у переважній більшості випадків застосовується як складова частина поняття «державне управління» (*public management*). І якщо звернутись до аналізу численних визначень державного управління, то, виключивши з них адміністративну діяльність, спрямовану на забезпечення ефективної організації та оптимізацію функціонування державного апарату, ми фактично отримуємо дефініцію державної політики.

Слід звернути особливу увагу на подібний зв'язок державної політики та державного управління, оскільки стосовно державного управління вже давно не виникає суперечок щодо того, «чи може держава не управляти». Зрозуміло, що як функція держави державне управління присутнє завжди. Без нього держава просто не є державою.

¹ Див.: Зідентоп Л. Демократія в Європі. — М., 2001. — С. 72.

² Державна політика: аналіз та механізми її впровадження в Україні / За ред. В. А. Ребкала, В. В. Тертички. — К., 2000. — С. 30.

Інша річ, це вже питання ефективності державного управління, його потенціалу, можливостей тощо. Такий самий висновок справедливий і для державної політики: її не може не бути. Дійсно, у багатьох випадках вона, на жаль, може бути непрозорою, необґрунтованою, неефективною, неадекватною, некомпетентною, нормативно невизначеною і т. д. Але у будь-якому разі не можна уявити собі таку державу, яка б не мала державної політики. У цьому сенсі наявність державної політики виступає однією з ознак державності як такої.

Надійшла до редколегії 12.07.04

П. Рабінович, член-кореспондент
АПрН України,
Т. Дудаш, співробітник Лабораторії
дослідження теоретичних проблем
прав людини Львівського
національного університету

Правоназви як закономірний прояв праворозуміння (за матеріалами дослідження індоєвропейської мовної сім'ї)

Вступні зауваження. Філософсько-правові дослідження проблеми праворозуміння, здійснювані, зокрема, за допомогою герменевтичного інструментарію, у поєднанні його з положеннями лінгвістики, передбачають насамперед вивчення мовної грані цього мисленнєвого процесу — процесу *правоназивання*¹. Це пов'язано з тим, що саме знакова репрезентація світу через людську свідомість опосередковує ставлення суб'єкта пізнання до об'єкта розуміння — у даному випадку до того явища, яке відобразатиметься поняттям права. Інакше кажучи, така репрезентація виявляє наявну у певній мові — за конкретно-історичних умов, в яких у ній відбуваються номінаційні процеси, — інтелектуальну діяльність з *називання, номінування*, тобто словесного позначення, поняття права.

¹ Див.: Рабінович П. М. О понимании и определениях права // Правоведение. — 1982. — № 4; його ж. Социалистическое право как ценность. — Львов, 1985. — С. 38–41.

Більше того, з урахуванням положень герменевтичного вчення можна припустити, що не лише власне праворозуміння обумовило називання поняття про певне соціальне явище словом «право» (якщо вдаватися до слов'яномовної термінології), але й, навпаки, саме *правоназивання виступає необхідною* (хоча й недостатньою) *детермінантою того чи іншого праворозуміння*: такому називанню об'єктивно притаманна здатність змістовно скеровувати праворозуміння у певному напрямі.

З огляду на цю гіпотезу є підстави стверджувати, що неодмінною складовою дослідження означеної проблеми якраз і має бути аналіз відповідних правономінаційних процесів.

Тим часом такий аналіз, здійснюваний на досить широкому мовно-«представницькому», в ідеалі — світовому масиві (який охоплював би принаймні усі основні мовні сім'ї) поки що, наскільки нам відомо, не проводився. Це і спонукало авторів вдатись до дещо нетрадиційного наукового пошуку, деякі результати якого викладаються нижче.

Дослідження правономінаційних процесів у різних мовних сім'ях уможлиблюється лише у тому випадку, якщо вживана у них лексема (слово), що позначає поняття права, є *вмотивованою*. А це означає, що: а) відповідним суб'єктом усвідомлюється стрижнева основа найменування та б) є відомою та причина, з огляду на яку дане значення виражене саме цим, а не іншим набором звуків, тобто саме цим словом.

Відповідь на питання про вмотивованість чи про невмотивованість конкретного слова, яке позначає поняття про право, слід шукати, вочевидь, саме в етимології цього слова. Відтак, досліджувати правоназивання можливо значною мірою шляхом вивчення *етимології праворозуміння*. Таке дослідження покликане насамперед виявити, якими є *первинні значення* тих слів, котрі вмотивовано позначають поняття права. Тим самим може бути отримана відповідь на фундаментальне, методологічно значиме запитання про предметну (так звану денотативну) віднесеність правоназви, тобто запитання про те, яке ж явище було відображене поняттям права, позначеним відповідним словом. А відповідь на означене запитання, мабуть, і здатна слугувати, як відзначалося, досить переконливим проявом власне того праворозуміння, яке дістало об'єктивацію у даній правоназві.

Як відомо, сучасна лінгвістична наука розподіляє усі природні мови на приблизно двісті мовних сімей, найпоширенішими з них вважають наступні дванадцять: індоєвропейську, семіто-хамітську, кавказьку, фінно-угорську, самодійську, тюркську, монгольську, тунгусо-манчжурську, китайсько-тибетську, тайську, аустронезійську, аустроазіатську. Правоназивання саме у цих мовних сім'ях становитиме

загальний предмет нашого дослідження. Проте на даному етапі аналізувалась спочатку перша з них.

З огляду на наявність у складі індоєвропейської мовної сім'ї значної кількості мовних груп нами зроблено спробу вивчити правоназивання лише у таких її групах: індійській, германській, романській, балтійській, іранській, грецькій (зауважимо, що слов'янська мовна група цієї сім'ї вже була предметом означеного дослідження, результати якого опубліковано¹). Проаналізувавши правоназивання у згаданих мовних групах, можна буде начеб співвіднести конкретні правоназви з певним типом праворозуміння, який було покладено в основу мотивації останніх.

Будь-яке праворозуміння імпліцитно включає виявлення денотата поняття (з відповідною йому правоназвою) в результаті мисленневого процесу розуміння, який водночас є й наслідком інтерпретації та оцінки певного соціального явища. Тому дослідження правоназивання (за умови, якщо останнє становить закономірний, а не випадковий процес) дозволяє виявити якраз ту закріплену в сигніфікаті поняття² права ознаку (котра є ідеальним відображенням певної властивості соціального явища), яку покладено в основу найменування означеного поняття саме цим, а не іншим словом (тобто позначення саме такою, а не іншою звуковою формою). Вказівка на ознаку, що її покладено в основу даної номінації, буде водночас і вказівкою на певну грань денотата поняття права, а точніше — на пізнану властивість, особливість такого денотата.

Вихідні положення дослідження³. В ранг методологічних засад даного дослідження піднесені положення *теорії мовної номінації*. Така те-

¹ Див.: Дудаш Т. Правономінаційні закономірності як чинник праворозуміння (слов'яномовний аспект) // Юридична Україна. — 2004. — №7. — С. 8–16.

² Денотат поняття відображає клас усіх предметів, явищ, процесів, щодо яких слово можна правильно застосовувати для називання поняття про них у системі даної мови. Сигніфікат поняття відображає сукупність тих властивостей явища, котрі є суттєвими для його правильного найменування даним словом у системі певної мови. (При цьому, якщо йдеться про явище соціальне, то «правильним» можна вважати таке найменування поняття, яке адекватно відображає соціальну сутність відповідного явища.) Сигніфікат є мисленневим образом об'єктивної сторони явища і фіксується у *семі слова* — мінімальній одиниці змісту, котра забезпечує стійкість смислової структури слова. Крім того, у структурі поняття виділяють його *інтенціонал* як правильне (у зазначеному вище сенсі) визначення поняття, пов'язане з категорією сутності явища. Сигніфікат та інтенціонал перебувають у певних історичних відносинах, взаєминах між собою.

³ З цього питання автори користувались порадами доктора філологічних наук, професора Львівського національного університету імені Івана Франка Г. Мацюк, якій вони висловлюють щире вдячність.

орія розкриває механізми закріплення за мовним знаком певного сигніфіката поняття, який виражає деякі ознаки денотата, тобто властивості, якості, атрибути явища дійсності, котре цим поняттям відображається¹. Номінація за допомогою лексичних одиниць здійснює зовнішню репрезентацію (представлення) таких явищ і безпосередньо пов'язана зі знакоутворенням, а також виконує функцію ідентифікації або ж предикації — залежно від того, які саме поняття є предметом номінації. Акти номінації уможливаються і зумовлюються *людино-прагматичними факторами*, які залишають свій слід у сигніфікаті. Зокрема, вибір ознаки поняття про явище, покладеної в основу номінації, та ставлення суб'єктів, котрі здійснюють позначання, до такої ознаки й до означуваного є проявами впливу практико-прагматичних запитів, вимог, потреб суб'єктів, потреб соціальної практики на процес номінації — впливу, що є визначальним для результату номінації. Інакше кажучи, цей вибір і таке ставлення є наслідками насамперед потреб «номінаторів» (а частіше — соціальної групи, яку вони представляють) та соціальної практики задоволення таких потреб.

Розрізняють номінації *первинну* та *вторинну*. Суть першої — прямої — полягає у тому, що вона є проявом первісного словоутворення, тобто йдеться про ситуацію, коли відповідне слово раніше ніколи не використовувалося для позначення будь-якого об'єкта реального світу, і при цьому використання такого слова має викликати однакові уявлення в межах угруповання, котре користується спільною знаковою системою². Вторинна ж номінація — це використання в акті номінації уже існуючої мовної одиниці в ролі імені для нового (іншого) означуваного — шляхом зміни денотативної (предметної) віднесеності слова³.

У термінах теорії мовної номінації **правоназивання у природних мовах** можна визначити як *процес і результат закріплення за мовним знаком певної ознаки поняття про практично-значущу властивість того явища, котре є об'єктом праворозуміння*. (Заради точності зауважимо, що терміно-поняття «правоназивання» слід було б віднести до зазна-

¹ Див. напр.: Уфимцев А. А., Разноуров Э. С., Кубрякова Е. С. Языковая номинация. — М., 1977. — С. 31; Колшанский Г. В. Соотношение субъективных и объективных факторов в языке. — М., 1975. — С. 56–64; Проблемы прагмалингвистики. — М., 1983.

² Див.: Мартынов В. В. Семиологические основы информатики. — М., 1975. — С. 13.

³ Див.: Телия В. Н. Номинация // Лингвистический энциклопедический словарь. — М., 1990. — С. 336.

ченого процесу, а ось власне *результат* останнього — відобразити й позначити терміно-поняттям «правоназва».)

Відтак, постають принаймні два фундаментальні питання, відповіді на які мають сформуватись на фініші запроєктованого дослідження: *чи існують закономірності у позначенні поняття про певне соціальне явище тією чи іншою лексемою, яка виконує функцію правоназви, чи, навпаки, таке позначення відбулося випадково? На основі чого здійснено вибір саме тієї ознаки поняття, що її покладено в основу правоназivanja (тобто в основу номінації відповідного поняття саме цією звуковою формою, а не іншою), і чи є така ознака суттєвою?*

Пошук відповідей на ці питання зобов'язує насамперед обумовити структуру основної одиниці мови — слова, якою ми будемо послуговуватися у процесі подальшого аналізу. Як відомо, слово включає в себе щонайменше два основні компоненти, а саме: *предметну*, або, як висловлюються фахівці, *денотативну, віднесеність* (функція слова, що полягає у позначенні об'єкта, предмета, ознаки, дії, відношення) і *значення* (функція вичленування окремих властивостей у предметі, їх узагальнення та включення поняття про цей предмет до відомої системи категорій).

У дослідженні проблеми правоназivanja застосовуватимемо і так званий *семасіологічний (семантичний) підхід*, при якому смисл імені (тобто значення слова), яке позначає сигніфікат поняття, розглядається як спосіб вичленування, а потім і відповідного називання реалії (у даному випадку — якоїсь властивості певного соціального явища як денотата поняття). При цьому співвідношення сигніфіката й денотата поняття і спрямованість в акті правоназivanja цього співвідношення від значення слова до об'єкта позначення утворюють базу структуру номінації¹.

З огляду на методологічну роль вживаних у даному дослідженні лінгвістичних терміно-понять нагадаємо коротко зміст тих із них, які ще не роз'яснювалися вище.

Основу сигніфіката поняття утворює *внутрішня форма слова* — структурна і семантична співвіднесеність морфем, що складають слово, з іншими морфемами даної мови. Вона лежить в основі номінації при утворенні нового лексичного значення слова, мотивує звукову форму слова, виявляє причину, через яку дане значення слова виражене саме цим набором звуків. Кажучи інакше, наявність внутрішньої

¹ Див., напр.: Кубрякова Е. С. Номинативный аспект речевой деятельности. — М., 1986. — С. 50–62; Колшанский Г. В. Объективная картина мира в познании и языке. — М., 1990.

форми у певного слова свідчить про те, що усвідомлюється основа найменування цього слова. Як зазначалося вище, *усвідомленість номінації дає підставу вважати останню вмотивованою*.

У процесі закономірного розвитку мови внутрішня форма слова може наче би «стиратися». Якщо внутрішня форма слова стерлася, тоді й номінація слова стає *невмотивованою*, а відтак, втрачається можливість визначити саме ту ознаку поняття про явище, яку з самого початку було покладено в основу найменування¹.

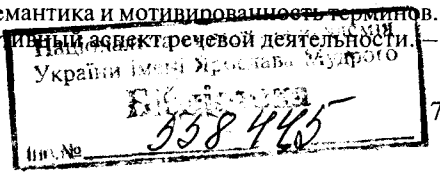
З'ясування наявності чи відсутності закономірностей у правоназиванні в межах певної мовної сім'ї вимагає перш за все відповіді на запитання: *чи є вмотивованим те слово, що позначає поняття про право* (тобто, іншими словами, чи обрання ознаки поняття, покладеної в основу правоназивання, було зумовлене адекватним пізнанням (включаючи й оцінювання) людиною — суб'єктом правоназивання (номінатором) певних властивостей якогось соціального явища, або ж цей акт номінації, навпаки, не залежав від такого пізнання?) Йдеться, інакше кажучи, про *об'єктивну зумовленість номінації*.

Для відповіді на сформульоване запитання потрібно визначити ті передумови, за яких мовний знак вважається вмотивованим. Згідно з відомими положеннями загальної теорії номінації² необхідними умовами вмотивованості слова є: 1) віднесеність такого називання до первинних номінаційних процесів, що проявляється у незмінності денотативної віднесеності слова, незважаючи на подальше збагачення його сигніфікативного значення; і 2) наявність підтвердженої етимологічно *семантичної закономірності* у значенні слова, яка знаходить прояв у збереженні внутрішньої форми слова.

Крім того, якщо слово є результатом не первинної, а вторинної номінації або ж результатом запозичення, то це не виключає існування семантичної закономірності у значенні цього слова з огляду на те, що за наявності такого виду вторинної номінації, як *семантична транспозиція*, яка не змінює матеріального вигляду одиниці, що переосмислюється, і призводить до полісемії, ті смислові компоненти, які переходять у вторинне значення при переосмисленні слова, утворюють *внутрішню форму цього значення*. Залежно від того, збереглася чи стерлася ця внутрішня форма, розрізняють *вмотивовані та невмотивовані*

¹ Див.: Внутренняя форма слова // Лингвистический энциклопедический словарь. — М., 1990. — С. 85—86.

² Див., напр.: *Канделаки Т. Л.* Семантика и мотивированность терминов. — М., 1977; *Кубрякова Е. С.* Номинация как аспект речевой деятельности. — М., 1986.



значення слів¹. Таким чином, поряд із вмотивованими і невмотивованими словами у мові існують вмотивовані чи невмотивовані значення слів.

Вмотивованість чи невмотивованість слів виявляється за допомогою дослідження їх етимології (походження, «біографії»). Основним завданням і результатом етимологічного дослідження є з'ясування вихідної морфо-семантичної будови основи, що досліджується, її стародавніх форм і значень або ж її першоджерельної мовної належності². Етимологія слова: 1) виявляє ознаку поняття, покладену в основу номінації даної реалії, 2) з'ясовує внутрішню форму слова — семантичний устрій назви реалії, 3) встановлює кореневу морфему основи, що реконструюється³.

Для внесення ясності у подальший аналіз додатково зазначимо, що етимологія будь-яких слів (у тому числі й тих, що у різних мовах позначають поняття права) покликана: а) встановити саме значення конкретного слова як його функцію вичленування окремих властивостей явища та б) пояснити введення поняття про це явище у відому систему категорій (у результаті виконання першого із зазначених завдань, тобто внаслідок виявлення ознаки поняття, закріпленої в сигніфікаті поняття, що покладається в основу номінації). Сама ж денотативна віднесеність слова входить до предмета дослідження інших — вже немовознавчих — наук.

Щодо правоназivanja останнє положення зумовлюється тим, що ознака поняття права, покладена в основу номінації в конкретно-історичний період, коли відбувалися відповідні номінаційні процеси, є мисленнєвим відображенням пізньої властивості певного соціального явища, і цінність етимології відповідних слів, що позначають поняття про право, якраз і полягає в тому, що вони дають змогу побачити той «ареал», набір значень, котрі є первинними і вичленовують, дають змогу побачити ті пізнані властивості соціального явища, які відображаються цим поняттям.

Денотативна (предметна) віднесеність правоназви може вважатися незмінною з огляду принаймні на такі два фактори. По-перше, з'ясування походження слова, спираючись на етимологічні словники, неодмінно передбачає встановлення етимону (первинної форми і пер-

¹ Див.: Телия В. Н. Номинация // Лингвистический энциклопедический словарь. — М., 1990. — С. 336.

² Див.: Варбот Ж. Ж. Этимология // Там само. — С. 596–597.

³ Севорртян Э. В. Этимологический словарь тюркских языков: Общие тюркские и межтюркские основы на гласные. — М., 1974. — С. 40.

шопочаткового значення). Адже етимологія завжди фіксує слово як результат *первинної* номінації (щонайменше, зобов'язана це робити); така фіксація забезпечує незмінність денотативної віднесеності слова як результату власне такої номінації. Вторинні ж процеси номінації (у тому числі й термінологізація), необхідним наслідком яких є зміна денотативної віднесеності слова, є предметом окремого, самостійного дослідження.

По-друге, виникнення у людини здатності мислити логічно, абстрактно (у формі понять), мабуть, є точкою відліку для виникнення саме «правових» *понять*, які, в свою чергу, приходять на зміну «правовим» *уявленням*. Це пов'язано з тим, що коріння моральних оцінок на зразок «корисне-шкідливе», «добре-погане», «справедливе-несправедливе», «праведне-неправедне» впливає з об'єктивно існуючої потреби оцінювати значення діяльності одних суб'єктів для існування й розвитку інших. Без такого оцінювання (оцінки) соціальні стосунки неможливі. Отже, *оцінювальна діяльність та використання її результатів є закономірністю функціонування суспільства, існування суб'єкта в соціумі*. Потреба ж у такому оцінюванні, у таких оцінках може виявлятися, а відтак, і задовольнятися, лише за посередництва мови, шляхом номінації «правових» *понять* адекватними словами, не випадковість (чи випадковість) вживання яких якраз і спроможний підтвердити етимологічний аналіз.

Деякі результати дослідження. Відповідно до охарактеризованої методології нами було проведено «польові» — можна сказати, емпіричні — пошуки коренів праворозуміння, закріплених у правоназвах, використовуваних у деяких мовах індоєвропейської мовної сім'ї, з тим щоб підтвердити або ж спростувати гіпотезу, викладену на початку цієї статті. Дослідженням правоназв, в якому використовувалися відповідні етимологічні словники, були охоплені такі мовні групи й мови: індійська група (мови санскрит (слово «*gúh*»), хінді (слово «*hak*»), іранська група (мови перська (слово «*hak*»), афганська (слово «*hak*»), осетинська (слово «*bag*»); слов'янська група (слово «право»), балтійська група (литовська мова (слово «*valé*»); германська група (мови датська (слово «*ret*»), шведська (слово «*ratt*»), норвезька (слово «*rett*»), ісландська (слово «*rett*»), англійська (слово «*right*»), голландська (слово «*recht*»), німецька (слово «*Recht*»); романська група (мови латинська (слово «*ius*»), французька (слово «*droit*»), італійська (слово «*diritto*»); грецька група (старогрецька мова (слово «*dike*»)¹.

¹ З огляду на обмеженість допустимого обсягу даної публікації немає можливості викласти у ній результати дослідження правоназв у кожній із зазначених мов.

Нагадаємо, що завдання наведеного тут дослідження полягало у тому, аби виявити ті ознаки поняття права, які:

- 1) є суттєвими для цього поняття, оскільки були покладені в основу вмотивованої правонамінації у досліджених мовних групах;
- 2) відображали пізнані властивості певного явища соціальної дійсності, об'єктивували, а відтак, «уособлювали», певний різновид (тип) праворозуміння, який утвердився за певних конкретно-історичних умов розвитку суспільства.

Результати здійсненої нами спроби розв'язати це завдання полягають ось у чому.

1. Правоназви у зазначених групах індоєвропейської мовної сім'ї (на час, коли у них відбувалися номінаційні процеси) мали такі денотативні віднесеності:

– *явище, яке має властивість (здатність)* — чи то ззовні як владне джерело, чи то як внутрішній самообов'язок (сумління, віросповідання) — *спрямовувати, внормовувати поведінку людини у суспільстві* (санскрит, мови латинська, французька, італійська);

– *явище, атрибутом якого є свобода* (мови осетинська, литовська);

– *явище, яке стало предметом оцінювання як «справедливе-несправедливе» й було визнане справедливим* (мови старогрецька, перська, афганська, хінді);

– *явище, яке спрямовує людську поведінку у такому напрямку, аби вона оцінювалась як справедлива* (мови слов'янські, германські, зокрема англійська, німецька, норвезька, голландська, шведська, датська, ісландська).

Окремого пояснення вимагає констатація денотативної віднесеності тих правоназв, в основу номінації яких покладено таку ознаку поняття про певне явище соціальної дійсності, як справедливість.

Справедливість сама по собі не є окремим, «автономним» явищем соціальної дійсності, а становить лише *властивість* тих чи інших явищ — причому таку властивість, яка «приписується» їм у результаті оцінювального пізнання їх значущості (тобто змісту їх впливу) для життєдіяльності певних суб'єктів. З огляду на це справедливість (або ж, навпаки, несправедливість) не утворює самостійну денотативну віднесеність; а в якості останньої виступає, у даному випадку, якраз те явище, якому притаманна сама така значущість («справедлива», тобто позитивна, корисна, або ж «несправедлива», тобто негативна, шкідлива). Можна говорити лише про «вплетення» ознаки справедливості у структуру сигніфіката поняття про певне соціальне явище. Інакше кажучи, поняття справедливості неодмінно, невідворотно використовується

суб'єктами суспільного життя для оцінки явищ соціальної дійсності, що має закономірним наслідком начеб «вростання» цього поняття у саме поняття про відповідне явище.

Отже, у поняття про певне соціальне явище включається й така ознака, як справедливість, — ознака, яку в процесі становлення розуміння даного явища і було покладено в основу його номінації саме цим, а не іншим словом — правоназвою. Таким чином, поняття справедливості є мисленневою категорією, яка виконує функцію критерію оцінювання різними суб'єктами фактичного стану речей, певних явищ соціальної дійсності під зазначеним кутом зору.

Встановлення денотативної віднесеності правоназви у германській та слов'янській мовних групах вимагає, як виявилось, вже інтегрованого врахування двох первинних сем *спрямовуваності* та *справедливості* поведінки внаслідок бісемії опорного значення залежно від наголосу (слов'янські мови (правій, правий) або ж від наявності двох опорних значень (германські мови).

Денотативна віднесеність правоназви у латинській мові є, як виняток, зміненою внаслідок вторинної номінації, проте зі збереженням семантичної закономірності, яка проявляється у не випадковості номінації.

2. У процесі історичного розвитку суспільства, розширення соціального досвіду відбувалося семантичне збагачення сигніфікативного значення правоназв з огляду на пізнання нових властивостей того соціального явища, для відображення якого використовувалось поняття права. Позначення правоназвою понять і про інші соціальні явища відкрило новий етап у розвитку правоназивання — **термінологізацію правоназви**.

3. Саме полісемія правоназви в індоєвропейських мовах якраз і створює об'єктивну передумову неоднозначної інтерпретації позначуваних нею понять, а відтак, і плюралізму праворозуміння у різноманітних актах комунікації (усної чи письмової) як на професійно-практичному — нормотворчому, нормотлумачному, нормозастосовному, нормореалізаційному, так і на доктринальному рівнях. При цьому, попри полісемію правоназв, їх денотативна віднесеність у зазначених мовах залишається незмінною,

4. Таким чином, у правоназиванні в межах індоєвропейської мовної сім'ї відбулася об'єктивація праворозуміння, яке існувало у мовній спільноті за тих конкретно-історичних умов, коли мали місце відповідні правонімаційні процеси. Більше того, можна констатувати, що у правоназиванні в цій мовній сім'ї простежуються, «віддзеркалюються» принаймні два основні типи (різновиди) праворозуміння:

позитивістський (у мовах санскрит, латинській, французькій, італійській) і природний (у мовах старогрецькій, перській, афганській, хінді). До природного праворозуміння, мабуть, тяжіють і такі правоназви, які позначають поняття про свободу (в осетинській та литовській мовах). У правоназвах деяких мов можна побачити, начеб певні модифікації («комбінації») основних типів праворозуміння. Так, як відзначалось, у германських та слов'янських мовах правоназви позначають поняття про такі явища, які здатні ззовні спрямовувати поведінку саме у бік справедливості (правди).

5. Отже, сформульована на початку цієї статті гіпотеза про невідповідність залежності між праворозумінням і правоназвами (правоназиванням) знайшла певне підтвердження у нашому дослідженні. Виявлено принаймні два різновиди правоназв, кожен із яких прямо корелює з відповідним основним типом праворозуміння — позитивістським або ж природним. Тим самим виявляється, окрім іншого, історична *початковість* саме таких типів праворозуміння.

І чи не є весь наступний розвиток правової думки (та й, можливо, державно-регулятивної практики) підтвердженням згаданої кореляції?

Наскільки викладені щойно висновки справді мають об'єктивно закономірний, всезагальний характер, намагатимемось перевірити подальшими дослідженнями правоназв у інших мовних сім'ях.

Надійшла до редколегії 18.10.04

І. Яковюк, доцент НЮА України

Субсидіарність як принцип взаємовідносин національних держав і Європейського Союзу

Поняття «субсидіарність» хоча і має давні традиції в європейській політико-правовій думці (стосовно неї висловлювались ще Аристотель, Тома Аквінський, Іоан Альтузій, Дж. Локк, Ал. де Токвіль та ін.)¹,

¹ Див.: *Фадеева Т. М.* Федеративная модель Европейского союза — концепции и практика // *Федерализм, региональное управление и местное самоуправление.* — М., 1999. — С. 129; *Хьюеглин Т.* Федерализм, субсидиарность и европейская традиция // *Казанский федералист.* — 2002. — № 4. — С. 79.

однак не належить до усталених категорій загальної теорії держави і права. Традиційно воно використовувалося наукою цивільного права (так, загальновідомим є поняття «субсидіарна відповідальність»¹). Друга половина ХХ ст. позначилася успішним розвитком європейського інтеграційного процесу, однією з головних засад якого було визнано принцип субсидіарності, що стало підставою для його включення до категоріального ряду науки міжнародного права². Однак на сьогодні даний принцип становить значний інтерес і для загальної теорії держави і права, оскільки він широко використовується для дослідження механізму функціонування соціальної держави³, аналізу внутрішньодержавних відносин у федеративних державах⁴, а також для розмежування компетенції між Євросоюзом, державами-членами і регіонами, що їх утворюють⁵. Все це дає підстави для визнання принципу субсидіарності як загальновизнаної юридичної категорії, котра широко використовується як в юридичній науці в цілому, так і для аналізу специфічних проблем загальної теорії держави і права, наук конституційного та міжнародного права. Разом з тим слід визнати, що зміст цього принципу і механізм його реалізації досі не одержав належного висвітлення як у вітчизняній, так і в зарубіжній юридичній літературі. Заповнення цієї прогалини в дослідженнях державно-правового розвитку європейських країн сприятиме більш глибокому розумінню сутності сучасних інтеграційних процесів в Європі, правової природи Євросоюзу та специфіки функціонування національних держав.

¹ Див.: Цивільне право України: Підручник: У 2 т. / За ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. — К., 2004. — Т. 1. — С. 276; *Белов В. А.* Гражданское право: Общая часть: Учебник. — М., 2002. — С. 84.

² Див.: *Арах М.* Европейский союз: видение политического объединения. — М., 1998. — С. 371–373; Сообщение Европейской Комиссии Совету и Европейскому парламенту // *Казанский федералист*. — 2003. — № 5. — С. 103–120.

³ Див.: *Государственное право Германии: В 2 т.* — М., 1994. — Т. 2. — С. 28, 29; *Яковлюк І. В.* Соціальна держава: питання теорії і шляхи її становлення: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук (12.00.01) — Х., 2000. — С. 11.

⁴ Див.: *Хьюеглин Т.* Вказ. праця. — С. 79–91; *Лагасс Н.* Практический анализ институциональной эволюции бельгийского государства // *Казанский федералист*. — 2004. — №1(9). — С. 117–137; *Ормонбеков Ж.* Бельгийская модель федерализма: особенности и перспективы // Там само. — С. 138–156.

⁵ Див.: *Элазар Д.* Европейское сообщество: между государственным суверенитетом и субсидиарностью или Иерархия против коллегиальности в управлении Европейским сообществом // Там само. — 2002. — № 4. — С. 57–78; *Право Европейского Союза: Учебник / Под ред. С. Ю. Кашкина.* — М., 2004. — С. 205–208.

Первісно принцип субсидіарності розроблявся Католицькою церквою, яка завжди більш чітко і універсально, ніж інші інститути громадянського суспільства країн Заходу, відображала притаманні йому цінності, і випадок з принципом субсидіарності не є винятком¹. Запровадження Церквою принципу субсидіарності здійснювалося з метою забезпечення ефективності підпорядкованої римському папі ієрархічної піраміди, і він полягав у можливості прояву ініціативи нижніх рівнів стосовно виконання функцій більш високих рівнів ієрархії². Значний внесок у розвиток принципу згодом здійснив Іоан Альтузіус, який розглядав його як основний принцип федералізму. Однак у подальшому, з моменту утвердження лібералізму в економічній та політичній сферах, даний принцип, оскільки він виявився несумісним з останнім, бо походить своїм корінням з теорії солідаризму, зазнає певного занепаду. Повернення науковців до досліджень субсидіарності відбувається лише в другій половині ХХ ст. Спочатку це зумовлювалося розбудовою соціальної державності, яка розглядає субсидіарність як один із своїх фундаментальних принципів. Але справжньому ренесансу принцип субсидіарності має завдячувати дискусіям, що розгорнулися навколо проблем розвитку та функціонування Євросоюзу.

Процес визнання субсидіарності фундаментальним принципом Європейських Співтовариств, а згодом і Євросоюзу був тривалим і складним. Це пояснюється тим, що євроінтеграція характеризується досить суперечливим паралельним розвитком двох конкуруючих традицій європейської політичної думки і практики: лібералізму і солідарності³. З моменту проголошення Декларації Р. Шумана тривалий час в європейському інтеграційному процесі домінувала економічна складова і панували закони ринкової економіки і конкуренції. Відповідно на даному етапі розвитку інтеграції принцип субсидіарності існував в ембріональній формі в ст. 5 Договору про європейське об'єднання вугілля і сталі⁴ (1951) і зовсім невиразно в Римських Договорах (1957). Вперше офіційно принцип субсидіарності був використаний у висновку Європейської Комісії в 1975 р., і лише з 1984 р., як

¹ Див.: Яковюк І. В. Соціальна доктрина Католицької церкви // Проблеми законності. – Х., 2002. – Вип. 52. – С. 15–21.

² Див.: Елазар Д. Дж. Вказ. праця. – С. 61; Фадеєва Т. М. Единая Европа: идея и реальность. Концепция культурной идентичности. – М., 1997. – С. 33, 34.

³ Див.: Хьюеглин Т. Вказ. праця. – С. 80, 87.

⁴ Договори об учреждении Европейских Сообществ: Документы Европейского Союза / Отв. ред. Ю. Борко. – М., 1994. – Т. 1. – С. 25–26.

зазначає В. Чіркін, він починає розглядатися як один з головних принципів Європейського Співтовариства¹.

Офіційне визнання принципу субсидіарності, як, зрештою, і будівництво єдиного соціального простору та формування європейської регіональної політики, припадає на другу половину 80-х років не випадково. Відповідні кроки інститутів ЄС і національних урядів були зумовлені необхідністю одержання широкої соціальної підтримки інтеграційного процесу, який вийшов на рівень перетворення Європейських Співтовариств у Євросоюз.

В установчих договорах ЄС принцип субсидіарності вперше чітко, хоча і з суттєвим обмеженням стосовно сфери застосування, викладається в ст. 130г Єдиного Європейського Акта, в § 4 якої сказано, що Співтовариство докладає зусиль у сфері навколишнього середовища в тій мірі, в якій цілі, передбачені § 1, можуть бути реалізовані на рівні Співтовариства ефективніше, ніж державами-членами самостійно². В повному обсязі принцип субсидіарності одержав свій вираз в Маастрихтському договорі про заснування Європейського Союзу (1992). В цьому Договорі³ він згадується двічі: в Преамбулі (держави-члени сповнені рішучості невпинно сприяти створенню все більш тісного союзу європейських народів, у якому рішення приймаються з максимально можливою увагою до громадян, відповідно до принципу субсидіарності) та в ст. 2 (цілі Союзу досягаються при додержанні принципу субсидіарності), котра відсилає до ст. 5 Договору про Європейське Співтовариство, в якій власне і дається тлумачення змісту даного принципу: Співтовариство діє в межах своїх повноважень і поставленої перед ним мети, які визначаються цим Договором. В галузях, які не підпадають під його виключну компетенцію, Співтовариство діє згідно з принципом субсидіарності, якщо і оскільки цілі не можуть бути досягнуті достатньою мірою державами-членами, і тому, в силу масштабів і результатів передбаченої дії, можуть бути більш успішно здійснені Співтовариством. Будь-які дії Співтовариства не повинні виходити за межі, необхідні для досягнення цілей даного Договору⁴.

Хоча на момент підписання Маастрихтського договору був досягнутий консенсус стосовно необхідності запровадження субсидіар-

¹ Див.: Федерализм: теория, институты, отношения (сравнительно-правовое исследование). – М., 2001. – С. 189.

² Див.: Единый европейский акт. Договор о Европейском Союзе. / Отв. ред. Ю. Борко. – М., 1994. – Т. 2. – С. 30.

³ Див.: Договор о Европейском Союзе // Европейское право: Учебник / Под общ. ред. Л. М. Энтина. – М., 2002. – С. 524, 527.

⁴ Див.: Договор о Европейском Союзе. – С. 557.

ності, однак не було усвідомлення того, що вона насправді означає. Це зумовило необхідність проведення обговорення змісту цього принципу на засіданні Європейської Ради в Единбурзі у грудні 1992 р., а також підписання 25 жовтня 1993 р. Міжінституційної угоди між Європарламентом, Радою та Комісією стосовно процедур здійснення принципу субсидіарності. Амстердамський договір (1997), яким було внесено зміни та доповнення до Маастрихтського договору, уточнив правовий статус цієї угоди шляхом прийняття протоколу «Про застосування принципів субсидіарності та пропорційності»¹ (далі — Протокол), а також Декларації ФРН, Австрії та Бельгії про субсидіарність (далі — Декларація).

В процесі тлумачення змісту принципу субсидіарності та визначення меж його застосування передусім слід виходити з того факту, що держави-члени ЄС погодились визнати субсидіарність динамічною концепцією, яка підлягає застосуванню в світлі цілей, встановлених Договором. Це фактично означає, що субсидіарність дозволяє розширювати сферу діяльності Співтовариства в рамках його юрисдикції в тих випадках, коли обставини того вимагають, і, навпаки, обмежувати цю діяльність або навіть її зупинити в тих випадках, коли вона більше не виправдана (п. 3 Протоколу)². Про готовність держав-членів розглядати субсидіарність саме як динамічну концепцію, зміст якої не обмежений положеннями ст. 5 Договору про Європейське Співтовариство, свідчить також підписання ФРН, Австрії та Бельгією спільної Декларації, в якій зазначається: не викликає сумнівів, що діяльність Співтовариства, яка визначається принципом субсидіарності, стосується не лише держав-членів, але й їх складових частин тією мірою, в якій вони відповідно до конституційного права володіють власними законодавчими повноваженнями³.

При тлумаченні змісту субсидіарності, відповідно до якої будуються взаємовідносини Євросоюзу і держав-членів у процесі їх функціонування, обов'язково слід враховувати також зв'язок, який існує

¹ Цей протокол повторює основні положення заключних матеріалів Європейської Ради в Единбурзі 1992 р. та Міжінституційної угоди 1993 р. (див.: Амстердамський договір, изменяющий Договор о Европейском Союзе, Договоры, изменяющие Европейские сообщества, и некоторые относящиеся к ним акты. — М., 1999).

² Див.: Европейское право: Учебник / Под общ. ред. Л. М. Энтина. — М., 2002. — С. 115–116.

³ Див.: *Греви Дж.* По ту сторону разграничения компетенций: применение принципа субсидиарности // Казанский федерализм. — 2003. — № 1(5).

між нею і принципами людської гідності, свободи, солідарності та справедливості¹, а також такими специфічними засадами діяльності ЄС, як принципи пропорційності та співробітництва².

З урахуванням даних застережень принцип субсидіарності в інституційному контексті означає, що повноваження, які належать і здійснюються державою або Євросоюзом, — це ті повноваження, котрі індивід, сім'я, об'єднання індивідів, місцева або регіональна влада не можуть реалізувати окремо. Інакше кажучи, субсидіарність вимагає, аби рішення приймалися на найбільш близькому до громадянина рівні і відповідно щоб діяльність вищих рівнів влади була обмежена, а її втручання в справи нижчого рівня завжди було зумовлено об'єктивно існуючою необхідністю.

Виходячи з подібного розуміння субсидіарності, можна зробити такі висновки.

Не слід вважати аксіоматичним твердження про те, що обов'язковим наслідком реалізації принципу субсидіарності є децентралізація влади. Насправді він може діяти в обох напрямках, а отже за певних обставин субсидіарність здатна сприяти фактичному розширенню дій і заходів Союзу в межах визначеної юрисдикції. З огляду на цей факт для реалізації принципу субсидіарності першочергового значення набуває питання розмежування компетенції ЄС і держав-членів, оскільки його дія поширюється лише на сферу їх спільної компетенції. Однак на сьогодні ані політики, ані науковці не готові запропонувати чіткий механізм вирішення цієї проблеми³.

Відповідно до ст. 5 Договору про Європейське Співтовариство принцип субсидіарності є вимогою, яка стосується діяльності Союзу (п. 3 Протоколу зазначає, що субсидіарність служить орієнтиром того, як повинні здійснюватися повноваження Союзу), а тому прийнято вважати, що субсидіарність адресується інститутам ЄС, а не державам-членам⁴. Дж. Греві в зв'язку з цим справедливо відмічав, що з політичних міркувань безумовно неприпустимо, аби установчі договори ЄС стосувалися розподілу компетенції нижче рівня держав-

¹ Див.: Пивоваров Ю. С. Социальная политика как момент истины в идеологии германских консерваторов и либералов // Либерализм, консерватизм, марксизм / Гл. ред. Ю. С. Пивоваров. — М., 1998. — С. 66–68; Яковлюк І. В. Соціальна держава: питання теорії і шляхи її становлення. Текст дисертації. — С. 102–112.

² Див.: Право Европейского Союза. — С. 205–210, 214.

³ Див.: Греві Дж. Вказ. праця. — С. 96–99; Сообщение Европейской Комиссии Совету и Европейскому парламенту. — С. 108–114.

⁴ Див.: Право Европейского Союза. — С. 206.

членів¹. Однак, з другого боку, слід визнати, що таке тлумачення має дещо обмежувальний характер, оскільки воно не враховує наведене вище положення Декларації про субсидіарність, прийняту Європарламентом Хартію регіоналізації Співтовариства (1988)², в ст. 14 якої зазначено, що відповідно до принципу субсидіарності з метою розподілу функцій регіони мають посісти місце в державі між центральним і муніципальним урядами і бути значною мірою відповідальними за здійснення заходів, які знаходяться під юрисдикцією держав-членів (у тому числі і стосовно реалізації окремих рішень Євросоюзу), а також, наприклад, положення ст. 23² Основного закону ФРН, в якому зазначено, що Бундестаг і землі через Бундесрат беруть участь у справах ЄС³. Отже, принцип субсидіарності, оскільки він пронизує всі рівні влади, має адресуватися як інститутам ЄС, так і центральним та регіональним органам влади держав-членів.

Проблеми реалізації принципу субсидіарності пов'язані передусім з реалізацією правотворчої діяльності. В зв'язку з цим постає проблема визначення правомірності видання правових актів ЄС. Протокол (п. 5) вимагає, аби виданню такого акта передувала процедура відповідної перевірки, яка передбачає одержання відповідей на такі питання. По-перше, чи має держава в своєму розпорядженні необхідні засоби (зокрема фінансові) для вирішення існуючої проблеми? Якщо відповідь на це питання позитивна, то Союз має утриматися від видання відповідного правового акта. Одержання негативної відповіді на перше питання надає підстав перейти до наступного питання: наскільки ефективнішими порівняно з діями держави можуть виявитися заходи Союзу? Якщо Союз не зможе довести, що його дії дозволять більш ефективно вирішити проблему, то він знов-таки має відмовитися від втручання у вирішення проблеми. Визначаючись з відповіддю на кожне з поставлених питань, Комісія має зважати на такі критерії, передбачені Протоколом (п. 5): проблема, яка потребує вирішення, зачіпає інтереси однієї чи декількох держав; які наслідки⁴

¹ Грєви Дж. Вказ. праця. — С. 96.

² Бусьгіна І. Настоящее и будущее «Европы регионов» // Мировая экономика и международные отношения. — 1993. — № 9. — С. 17. Схожий підхід викладено також у Конвенції Ради Європи з проблем регіоналізації (1978 р.).

³ Див.: Конституции государств Европейского Союза / Под общ. ред. Л. А. Окунькова. — М., 1999. — С. 188–189.

⁴ В даному випадку, враховуючи необхідність додержання принципу збереження «*acquis communautaire*» (ст. ст. 2, 3 Договору про Європейський Союз), йдеться про неприпустимість дій, які б породжували конфлікт між рішеннями держав-членів і правовими актами ЄС або знижували рівень правової інтеграції.

може мати вирішення проблеми державами-членами самостійно або невтручання у її розв'язання з боку Союзу; оцінка ступеня ефективності дій Союзу порівняно з діяльністю національних урядів. Якщо в результаті проведеного аналізу Комісія дійде висновку про доцільність у межах принципу субсидіарності видати правовий акт з відповідної проблеми, вона має також вирішити питання стосовно вибору виду нормативного акта (директиви чи регламенту), який підлягає виданню. Пункт 6 Протоколу однозначно вказує на перевагу рамочного законодавства (директив відносно регламентів, а також рамкових директив перед директивами, які передбачають більш детальну регламентацію), оскільки воно надає національним урядам більший простір для вибору форм і методів власної діяльності, а в п. 7 наголошується на необхідності того, аби Союз з повагою ставився до національних правових систем, а його заходи залишали, наскільки це можливо, більше варіантів для прийняття рішень державами-членами.

В процесі подальшої роботи над проектом правового акта Комісія має звертати особливу увагу на зауваження Ради, Європарламенту і національних парламентів стосовно додержання нею принципу субсидіарності, а також на відповідність цьому принципу поправок і зауважень, які відповідно вносяться ними¹.

Оскільки проголошено, що в Європейському Союзі рішення приймаються відповідно до принципу субсидіарності з максимально можливою увагою до громадян, то надзвичайно важливо, аби були вироблені механізми проведення попередніх розширених консультацій як з національними урядами, так і регіональними владами цих країн. На обов'язковість додержання таких процедур фактично вказує Конституція Франції, ст. 88-4 якої зазначає, що пропозиції актів Співтовариств, які містять приписи законодавчого характеру, з моменту їх внесення до Ради Співтовариств передаються урядом на розгляд Національних зборів та Сенату².

Важливою умовою реалізації принципу субсидіарності є те, що саме Суд Європейських Співтовариств є тією інстанцією, якій належить право тлумачення його змісту та прийняття остаточного рішення у спорах з приводу того, чи правомірною була діяльність Союзу в рамках реалізації принципу субсидіарності. З цього випливає висновок, згідно з яким держави-члени ЄС, керуючись принципом верховенства права ЄС, не можуть не виконувати рішення Союзу навіть

¹ Такого роду поправки і зауваження мають містити вказівку щодо врахування принципу субсидіарності.

² Див.: Конституции государств Европейского Союза. — С. 681.

тоді, коли вважають, що були здатні вирішити проблему, з метою розв'язання якої було видано нормативний акт Союзу, самостійно або краще, ніж це зробили інститути ЄС. У разі незгоди з рішенням ЄС держави-члени можуть лише звернутися до Суду Європейських Співтовариств з позовом про анулювання такого акта, посилаючись при цьому на порушення ст. 5 Договору про Європейське Співтовариство.

Підсумовуючи наведене, слід зазначити, що протягом останнього десятиліття спостерігається зменшення активності Комісії стосовно внесення законодавчих пропозицій, і більше того, 80% від внесених пропозицій вносилися Радою або державами-членами. Це, в свою чергу, означає, що побоювання стосовно можливості використання принципу субсидіарності інститутами ЄС для розширення меж своєї діяльності в цілому видаються безпідставними. На сьогодні, як і раніше, найбільш важливі питання, які стосуються функціонування як держав-членів, так і Євросоюзу в цілому, не можуть бути вирішені без згоди національних урядів.

Надійшла до редколегії 29.11.04

В. Смородинський, кандидат
юридичних наук (НЮА України)

Проблеми судової влади в зарубіжних ученнях про державу і право

Першими письмовими свідченнями про існування судової влади як влади державної можна вважати ієрогліфічні написи на стінах гробниць суддів (візирів) з описом їх специфічних судових повноважень і деталізацією судової процедури. Вони належать до епохи фараонів XVIII–XIX династій Стародавнього Єгипту XVII–XVI ст. до н. е. Так, у написі, відомому сучасній науці як «Призначення візира», міститься думка про необхідність справедливого, неупередженого суду, причому з урахуванням попередніх судових рішень. З цього джерела нам стає відомим, що суд здійснювався візиром у спеціальній залі, в якій було окреме приміщення «з рукописами всіх минулих судововлень¹». Це є першим в історії свідченням про накопичення та вивчення матеріалів судової практики. Настанови щодо додержання визначеної

¹ Антология мировой правовой мысли: В 5 т. – Т. 1. – М., 1999. – С. 29.

форми, встановленого порядку судового розгляду містяться в написах, відомих як «Посадова інструкція візира» та «Про службові обов'язки візира».

Але перші *персоніфіковані цілісні теоретичні концепції* судової влади (вчення) з'являються завдяки філософам Стародавньої Греції. На владний характер судової діяльності звертає увагу в творі «Держава» Платон: «Кожен правитель у певних випадках виступає як суддя; суддя ж, не будучи правителем, тим не менше стає ним у той день, коли своїм вироком закінчує судову справу». На думку Платона, здійснення судової влади — це справа всього народу: «Хто не використовує можливість загального відправлення правосуддя, той вважається таким, що зовсім не має відношення до держави¹».

Аристотель у роботі «Політика» визначав судові органи як один з трьох головних (рівних) елементів державного ладу. При цьому він приділяв увагу поділу судів, обумовлюючи його трьома чинниками: «хто судді, що підлягає їх суду, яким чином судді призначаються²». Аристотель надавав великого значення спеціалізації судів, розрізняючи вісім їх видів: 1) для прийняття звіту від посадових осіб; 2) у справах, пов'язаних із спорами між посадовими і приватними особами з приводу правомірності накладення штрафів; 3) у справах про злочини проти держави; 4) для суду над тими, хто замислив державний переворот; 5) у справах про вбивства; 6) у цивільних справах, пов'язаних з великими торговими угодами; 7) у цивільних справах, пов'язаних з дрібними торговими угодами; 8) у справах, що стосуються іноземців. Взагалі, саме судочинців Аристотель вважав «душею» держави.

Тома Аквінський у своїх «Коментарях до Аристотелевої «Політики» розтлумачував наведену метафору так: «Як душа відноситься до тіла, так і суддя до держави. Але ж душа — необхідний складник живої істоти і людини, причому більшою мірою, ніж тіло. Отже, так само й суддя — необхідна частина в державі³».

Прикладами дуже високої оцінки судової влади є висловлення мислителів Нового часу. Так, в Англії провідником ідей незалежності судової влади, визначення її опозиційності проти спроб посилити королівську прерогативу був головний суддя *сер Едвард Коук*. Відоме його протистояння спробам короля Якова вилучати справи із судів і

¹ Історія вчень про право і державу: Хрестоматія для юрид. вузів і фактів / Уклад. Г. Г. Демиденко. — Х., 2002. — С. 49.

² Там само. — С. 59–60.

³ Тома Аквінський. Коментарі до Аристотелевої «Політики». — К., 2000. — С. 334.

розсуджувати їх або самому, або через спеціальні комісії. У справі доктора Томаса Бонема (1610) Коук згідно з принципами загального права легалізує принцип, відповідно до якого «ніхто не може бути суддею у своїй справі», приймати рішення щодо стягнення штрафів на свою користь¹. Не менш актуальною в умовах сьогодення є настанова Коука стосовно того, що «ми повинні перебувати під владою законів, а не людей²».

Гуго Гроцій вважає суди «незрівнянно досконалішими, ніж творіння природи, і більш придатними для спокою людей; тому і звернення до них ні для кого не є таким важливим, як для окремих людей... Покору настільки похвальній установі вселяють сама справедливість і природний розум». І далі: «Не підлягає, звичайно, сумніву, що самоправство, яке існувало до заснування судів, вельми обмежене (після їх заснування. — *В. С.*). І проте самоправство існує і, мабуть, не перевелось і дотепер там, де закінчуються межі судової влади; тому що закон, який забороняє здійснення свого інтересу всупереч суду, може бути застосований лише тоді, коли забезпечена повна можливість звернення до правосуддя³».

Томас Гобс, зображаючи у трактаті «Левіафан, або Матерія, форма і влада держави церковної та цивільної» (1651) державу як імітацію природи, порівнював представників судової влади із суглобами державного організму. Адже суглоби — це колеса, що задають такий рух усьому тілу, якого хотів майстер (творець держави).

Шарль-Луї Монтеск'є в роботі «Про дух законів» (1748) в результаті суб'єктивного аналізу проявів судової влади в Стародавньому Римі та сучасній йому Англії висноував, що судова влада може виконувати своє призначення (покарання злочинців та стримування зіткнення законодавчої та виконавчої влад) тільки за умови її відокремленості, самостійності.

Яскраво і докладно концепція місця і ролі судової влади в системі поділу влади розроблена авторами «Федераліста» — *Олександром Гамільтоном, Джеймсом Медисоном і Джоном Джеєм*, що працювали разом під спільним псевдонімом «Публій». Цей проект є циклом з 85 статей, що публікувалися у нью-йоркських газетах з жовтня 1787 р. по травень 1788 р. Він є чи не першим в історії і вельми вдалим прикла-

¹ Див.: Антологія мирової правової думки: В 5 т. — Т. 3. — М., 1999. — С. 131.

² Енциклопедія політичної думки / за ред. Д. Міллера та ін. — К., 2000. — С. 192.

³ Історія вчень про право і державу. — С. 181.

дом впливу на суспільну думку з метою попередньої легітимації ще не сформованих державних інститутів. Саме в ньому знайшли теоретичне обґрунтування система стримувань і противаг, а також доктрина судового захисту і тлумачення конституції. Питання здійснення судової влади висвітлені переважно в статтях 78–83 «Федераліста», написаних, як встановлено і визнано, Олександром Гамільтоном. На його думку, із трьох гілок державної влади судова влада — найслабкіша. Це випливає з того, що вона «не має ніякого впливу ані на меч, ані на скарбницю, не стосується ані сили, ані багатства суспільства і не може приймати рішень, що тягнуть за собою активні дії», «виносить тільки судження і у кінцевому рахунку залежить від допомоги виконавчої влади для втілення їх у життя», «ніколи не зможе успішно напасти на кожну з інших двох»¹. Звідси Гамільтон робив висновок про необхідність піклування про судову владу, встановлення системи забезпечення її незалежності. До цієї системи входять незмінюваність суддів (довічне здійснення судьями своїх повноважень за умови їх бездоганної поведінки під час перебування в суддівській посаді) та їх матеріальна забезпеченість.

Гамільтон вважав за доцільне надати суду повноважень тлумачити закони і визнавати їх неконституційними. Суди мають служити «проміжними органами між народом і законодавчою владою». Вони повинні визначати значення конституції, як і значення актів законодавчої влади. Отже, «тлумачення законів — належна і властива судам сфера діяльності», а «намір народу» (конституцію) вони повинні ставити вище «наміру його представників» (законів)². Незалежність від законодавця, необхідна в цьому випадку, — один із аргументів на користь незмінюваності.

Гамільтон виступав за створення Верховного Суду США — вищого судового органу з специфічною функцією офіційного тлумачення законів і повноваженням апеляційної інстанції, причому органу в рамках судової системи (на відміну від Англії з її Палатою лордів). Мета та ж сама: посилення судової системи, її незалежності, владності.

Ідеолог Великої французької Революції *Жан-Поль Марат* у «Проекті Декларації прав людини і громадянина з наступним планом справедливої, мудрої і вільної конституції» (1789) велику увагу приділяв місцю судової системи в новій державі. Він визначав такі засади її розбудови та функціонування: здійснення судової влади

¹ Федераліст: Политические эссе А. Гамильтона, Дж. Мэдисона и Дж. Джея. — М., 1993. — С. 503.

² Див.: Там само. — С. 504–505.

тільки «судами, встановленими представниками нації», відправлення правосуддя «тільки іменем суверена (народу); встановлення правосуддя у кримінальних і цивільних справах; значущість особистих і професійних якостей суб'єкта судової влади (судді): освіченість, професіоналізм, неупередженість, непідкупність («...навіть наймудріші закони були б марними, якби обвинувачений або відповідач повинні були побоюватися неuczтва, упередженості або продажності суддів», «...витончені обов'язки суддів вимагають наявності гострого розуму, мудрості, бездоганної чесності»); публічність судового процесу; незалежність судової влади від влади виконавчої у поєднанні з підзаконністю; створення судів, визначення їх обов'язків законодавчою владою; висунення кандидатів у судді народом та їх обрання муніципалітетом від імені народу¹.

Іммануїл Кант у роботі «*Метафізичні основи вчення про право*» (1797) визначав призначення судової влади у механізмі поділу влади присуджувати «кожному своє відповідно до закону», відводив їй у практичному силіогізмі «велика посилка — менша посилка — висновок» місце висновку, що містить у собі «судове рішення (вирок) стосовно того, що в даному разі відповідає праву²».

Подальший розвиток теорія судової влади знаходить у роботах *Георга Вільгельма Фрідріха Гегеля*, передусім у «*Філософії права*» (1820, з вельми значущими новими джерелами, що були опубліковані тільки в другій половині ХХ ст.). За його розумінням, суд — це гарантія реалізації права члена громадянського суспільства на здійснення правосуддя, на одержання права, що заперечується (визнання суспільної цінності судової влади). Суд є органом державної влади, тому громадянин *зобов'язаний* постати перед судом. Обов'язок визнавати над собою владу суду поширюється і на правителя (незалежність судової влади). Хід судочинства має бути визначено законом, «*стадії процесу суть самі права*³» (значущість визначеності, легальності процесуальної форми). Здійснення судової влади (судочинство) має бути гласним, публічним. Ця вимога, з одного боку, є гарантією прав учасників процесу, а з другого — пов'язана з необхідністю довіри громадян (необхідністю *легітимації* судової влади). При цьому судовій владі необхідні два види легітимності: загальна — довіра до неї всіх громадян суспільства — та індивідуальна — довіра «до суб'єктивності тих, хто

¹ Див.: *Марат Ж.-П.* Избранные произведения: в 2 т. — М., 1959. — Т. 2. — С. 53.

² *Кант И.* Основы метафизики нравственности. — М., 1999. — С. 690.

³ *Гегель Г.* Философия права. — М., 1990. — С. 258–259.

виносить рішення¹» (до суддів). Засоби досягнення обох видів легітимності Гегель вбачав у суді присяжних як втіленні права самосвідомості членів суспільства. Необхідність суду присяжних (втілення легітимності) він ставить навіть вище можливості кращого здійснення права «суто юридичними судами» (втілення легальності). При цьому найкращим виходом Гегель вважав не протиставлення цих судів, а їх об'єднання в єдиний суд, де присяжні повідомляють про склад злочину (виносять вердикт), а професійний суддя постановляє рішення за законом. Отже, впровадженням суду присяжних досягається збіг легітимності і легальності судової влади, що є необхідною умовою її існування в правовій державі. Відповідно до концепції Гегеля суддя «не тільки здійснює закони, він є і діяльною стороною, його точка зору, його думка тощо впливають на хід справи». Таким чином, вирок, на думку Гегеля, «складається із двох елементів: один з них — закон, другий — думка, точка зору, характер судді, і ця друга сторона значною мірою існує²».

Представник соціологічної школи права *Рудольф фон Ієрінг* у роботі «Мета в праві» (1877) визначав судову владу як зовнішню гарантію забезпеченості права (внутрішньою гарантією є правосвідомість особистості). І в цьому вбачав її соціальне призначення. Відмінність судової влади від інших гілок державної влади («галузей державної діяльності») за концепцією Ієрінга зумовлюється в першу чергу «внутрішньою своєрідністю мети» — на відміну від інших галузей юстиція «повинна здійснювати *виключне право*» (в інших галузях право поєднується з доцільністю). З цього випливає розуміння фігури судді як живого, уособленого закону.

В самому заснуванні суддівської посади Ієрінг вбачав принципове самообмеження державної влади стосовно правової території судової влади. З цього він робив висновок про уповноваження судді державою «відшукувати право за своїм переконанням, незалежно від державної влади, і визнання нею обов'язкової сили рішень, що постановляються ним³». Уособленням повної незалежності юстиції від державної влади і переходу від абсолютизму до правової держави Ієрінг вважав суд присяжних.

У другій половині XIX — на початку XX ст. вчення про судову владу поповнюється теоретичними роботами американських юристів, насамперед *Олівера Вендела Холмса* («Звичаєве право», «Шлях права»,

¹ Гегель Г. *Философия права*. — С. 263.

² Там само. — С. 446.

³ *История политических и правовых учений*. — С. 537–538.

«Вибрані листи»), *Бенджаміна Натана Кордозо* («Природа судового процесу»), *Карла Нікерсона Ллевеліна* («Трохи реалізму про реалізм», «Судові рішення і матеріали у справах про купівлю-продаж»), *Джерома Френка* («Право і сучасна свідомість», «Куцт ожини»). Разом роботи цих авторів належать до так званої «течії юридичного реалізму».

Концепція Холмса ґрунтується на тому, що конституційне право (конституція) є предметом суддівського судження і може бути підкріплене суддівським волевиявленням. Взагалі під правом, за Холмсом, варто розуміти передбачення законодавця про те, як вирішать суди.

Кордозо проголошував широкі права американських суддів щодо тлумачення конституції шляхом надання її положенням конкретного змісту в установлених ними самими межах. «Цей конкретний зміст дається суддями з урахуванням удосконалення соціального добробуту в тому вигляді, як суддя намагається бачити його «об'єктивне сприйняття» у світлі «стандартів суспільства». Творча робота судді в такому сенсі це не головне в його діяльності, але являє собою «її найвище досягнення»¹.

Таким чином, з урахуванням робіт Ллевеліна, Френка, а також *Веслі Стерджеса*, *Моріса* і *Фелікса Коєнів*, пізніше — *Роналда Дворкіна*, можна говорити про завершену північноамериканську концепцію суддівської нормотворчої діяльності у формі судового тлумачення, згідно з якою «судді чинять примус відповідно до власних політичних або моральних уподобань, вибираючи для його обґрунтування відповідне юридичне правило»². Таким чином, судді вважаються нормотворчими партнерами законодавця в галузі визначення соціальної політики держави.

Значний внесок у теорію судового права (точніше, «права суддів») зробили представники «інтегративної юриспруденції», насамперед *Карлос Коссіо* і *Джером Хол*.

Аргентинський філософ і юрист К. Коссіо в роботі «Право в суддівському праві» (1945) розбудовував концепцію суддівського розсуду з урахуванням ідей Канта. Він визначав три установчі елементи судового рішення. Першим є закон, «який є для судового рішення формою і який наданий судді до фактів». Другим є конкретні обставини справи. Третім рівноцінним елементом Коссіо вважав переживання судді, засноване на нескінченній безлічі об'єктивних і суб'єктивних факторів — «існуючих значеннях порядку, безпеки, влади,

¹ Див.: *Боботов С. В.* Конституционная юстиция (сравнительный анализ). — М., 1994. — С. 15.

² *Дворкін Р.* Серйозний погляд на права. К., 2000. — С. 23.

світу, кооперації, солідарності і справедливості, іманентно властивих Праву, частиною якого є судді¹».

На думку американського філософа права Дж. Хола, що викладена в роботі «Інтегративна юриспруденція» (1947), суддя не може застосувати вже існуючу норму права («тодішню») до сьогодишньої справи, оскільки правопорядок не статичний, змінюється з кожним днем і, отже, тодішньої норми більше не існує. Таким чином, «вічну суперечку щодо того, чи знаходять судді право або створюють його?»², Хол вирішував на користь створення, оскільки шукати нічого.

Свій внесок у теорію судової влади в тому ж напрямку здійснили сучасні західні суспільствознавці, зокрема *Джон Ролз*, *Фрідріх Август фон Гаек* та ін. Так, Дж. Ролз у роботі «Політичний лібералізм» (1992) розглядає Верховний Суд (який для пересічних американців є уособленням судової влади взагалі) як зразок громадського розсуду. Він є одним «з інституційних засобів захисту найвищого закону». А сам найвищий закон є «вираженням установчої влади народу», «вищим правом» на відміну від ординарного законодавства, яке відповідає звичайній владі урядовців та електорату³. Таким чином, Верховний Суд є вищим за виконавчу владу, оскільки найвищий закон (втільене в Конституції право на самоврядування народу) є вищим за ординарний.

На думку Ф. Гаєка, «зусилля судді є складовою процесу пристосування суспільства до обставин, у ході якого розвивається спонтанний порядок⁴». Він підтримує думку про судову правотворчість у її традиційному англо-американському варіанті, але з деякими застереженнями. Так, вирішальними чинниками конкретного судового рішення є все ж раціональні, а не вольові або емоційні. З цього випливає, що судові рішення може бути тільки єдиним незалежно від особи судді.

Окреме місце в історії розвитку державно-правових ідей про судову владу посідає вчення *Ганса Кельзена* про конституційний контроль. Ідею саме судового конституційного захисту прав людини правознавці висували ще у XVIII–XIX ст. Так, наприкінці XVIII ст. *абат Сійєс* висловлювався щодо необхідності саме судового органу із спеціальною функцією охорони та захисту конституції. У середині XIX ст. цю думку розвинули німецькі юристи *Р. Моль* та *Р. Ієрінг*, французький правник *Л. Дюгі*. Але тільки Кельзен на властивому його роботам ви-

¹ Антологія мирової правової думки. – Т. 3. – С. 733–734.

² Там само. – С. 742.

³ Див.: *Ролз Дж.* Політичний лібералізм. – К., 2000. – С. 227–229.

⁴ *Хайек Ф. А.* Право, законодавство та свобода: Нове викладення широким принципів справедливості та політичної економії: в 3 т. – Т. 1. Правила та порядок. – К., 1999. – С. 164.

сокому загальнотеоретичному рівні обґрунтував необхідність створення Конституційного суду як окремого, єдиного органу конституційної юстиції для судового захисту Конституції. На думку Кельзена, «Конституція без гарантій проти антиконституційних актів не є цілком обов'язковою у технічному сенсі. Конституція, згідно з якою неконституційні акти та, зокрема, неконституційні закони залишаються чинними тому, що їх неконституційність не може призвести до їх скасування, є еквівалентом, з юридичного погляду, бажанню без зобов'язальної сили¹». Конституційний суд є необхідним, щоб вирішувати конфлікти між вищими державними органами стосовно їх компетенції та визнавати видані ними правові акти недійсними у разі їх невідповідності Конституції. Він є чинником політичної стабільності, захисником демократичних принципів. Сутністю демократії є не всевладність більшості, а постійні домовленості між парламентською більшістю та меншістю. «Сама загроза звернення до Конституційного суду може виявитися достатнім засобом меншості для запобігання антиконституційному порушенню з боку більшості тих інтересів, що захищаються правом, а отже, і для опору диктатурі більшості²».

Фактично концепція Кельзена була сприйнята практикою європейського конституціоналізму. Знайшла вона своє відображення і в Конституції України, розбудувавши разом з іншими класичними вченнями історико-теоретичний фундамент для втілення у теорію та практику вітчизняного державотворення ідеї незалежної, впливової судової влади.

Надійшла до редколегії 20.09.04

І. Спасибо-Фатєєва, член-кореспондент АПрН України

Закономірність випадковості: філософсько-правовий етюд

Безумовно, для роботи над цією статтею були свої причини, їх осмислення, аналіз різних бачень і т. ін., що залишено за її рамками та дозволило підійти до її написання з абстрактних позицій і вирази-

¹ Див.: Шевчук С. В. Основи конституційної юриспруденції. – К., 2001. – С. 244.

² Там само.

ти лише сутність, яку хотілося б донести до читача. Для такої тематики варто вибирати з двох крайностей: або все, або нічого. «Все» — значить тонути в океані чужих думок, демонструвати «битву цитат». «Нічого» — ще не означає нуля. Не відкидаючи нагромадження знань і досвіду, не треба ними обтяжуватися і додавати чужим знанням більшого значення, ніж це потрібно, щоб не зав'язнути в незліченних класифікаціях, школах, підходах, вченнях тощо. Вибратися з цієї павутини для вираження свого бачення досить складно. Тому стаття позбавлена звичайних атрибутів.

Це був пролог.

Закономірність як така має два рівні. Якщо в цілому вона уявляється об'єктивною категорією, то її об'єктивність в праві набуває і суб'єктивного забарвлення, викликаного передусім пануванням його позитивістського бачення, пов'язанням права та законодавства.

Осмислюючи підходи до нових правових конструкцій (наприклад, корпоративного права, довірчої власності тощо), ми відразу ж опиняємося в полоні стереотипів про існування споконвічних поділів: на право приватне і публічне, речове і зобов'язальне, галузі права і законодавства, що робить не просто ускладненим, але і часом неможливим введення нових підходів. Певні пропозиції відразу розглядаються крізь призму того, куди це віднести і наскільки це відповідає установленій структурі. Практично не виникає питання про дестабілізацію самої структури. Причому в цьому слід вбачати не її ушербність і порочність, а навпаки — її міцність, місткість і гнучкість одночасно. Якщо ж структура цього зробити не дозволяє, то вона є недосконалою і вимагає перегляду не просто для її штучного розтягання, а задля її універсифікації.

З цього приводу привабливим є прагматизм американського права, його орієнтованість на обслуговування конкретного практичного завдання. Причому право приймає нове, вбираючи його і втілюючи в правову форму. Законодавство має підтягуватися, орієнтуючись на нові реалії, а праворозуміння — їх прийняти і у будь-якому разі не заважати їм.

Однак можлива і ситуація, коли праворозуміння диктує неможливість введення тієї чи іншої нової правової конструкції. Це також (і може, навіть, більш) важливий момент, який необхідно враховувати. Проте за допомогою різних суспільних механізмів, що стали можливими саме в цей період і саме в цьому місці, така конструкція виникає.

Яскравою ілюстрацією сказаному служить поява в Україні Господарського кодексу. Такі ситуації не типові для суспільства і права, вони, як хворобливий синдром, розвиватимуться за своїм сценарієм, й оскільки породжені тим, що є неприйнятним до впровадження в суспільство і право, спричиняють для останніх різні негативні наслідки. У такі періоди «перевірки» правових конструкцій уже не на теоретичному, а на практичному рівні суспільство і право знаходяться в не властивому їм стані, ними провадяться заходи щодо можливості адаптації й одночасно відторгнення цього чужорідного явища. Безумовно, це не може не позначитися на рівні всієї правової системи, що на якийсь час ввергається в такий стан і змушена вживати заходів, щоб уникнути цього. Якщо при цьому правовою системою негідна концепція «переварюється» (тобто перемиг процес адаптації), вона вражає систему поступово і може привести до її деградації. Якщо чужерідну концепцію вдається відторгнути, система відновлюється й удосконалюється, щоб уникнути повторних провокацій і поразок. Саме в такому періоді зараз перебуває конфлікт права цивільного і права господарського.

Проблеми одночасної стабільності і гнучкості системи, способів розпізнавання можливостей розміщення в ній нововведень з позитивним (а не негативним) зарядом для неї є, мабуть, найскладнішими і найсуперечливішими. Наскільки право взагалі готове це прийняти або наскільки правовим моделям властива допустимість нових конструкцій? Як це поєднується зі здоровим консерватизмом? Чи потрібні взагалі жорсткі правові конструкції? Що буде критерієм, який дозволяє зазіхнути на цю жорсткість або модифікувати правову модель, якщо вона гнучка? Наскільки може бути дозволено відкидати єдність, що втілилася у жорстку модель, або наскільки стабільною буде єдність гнучкої моделі, якщо допустити її перетворення? Чи можуть ними бути якісь загальні, універсальні начала, принаймні, у самому їхньому гіперрівневному розумінні і сприйнятті? І тоді що вони собою являють, як співвідносяться із системою і які межі їхнього впливу на неї?

Питання ці нескінченні, однак їх спрямованість зрозуміла. Очевидно, демонстрацією переорієнтації жорсткої закономірності на гнучку служить уведення до нового Цивільного кодексу України численних оціночних понять, застосування яких має базуватися на принципах права як певних універсально прийнятних засобах.

Випадковості. Вони існують повсюдно, безвідносно до тимчасових рамок і є неминучими. Випадковості й імовірності є неусувними. А оскільки це так, то виникають питання: як слід на них реагувати, чи

досить однієї випадковості для цього, чи потрібно їхнє визначене на-
громадження для твердження про процес перетворення випадків на
закономірності? Як вони впливають на ту або іншу систему? Адже
випадковість може тягнути за собою тенденцію, а правник має позначити її траєкторії, і чим більше він їх побачить та обґрунтує, тим менше буде практичних помилок.

Подивимося на це крізь призму правової системи і навіть вужче — на рівні судової системи. Сьогодні не можна говорити про те, що вона враховує подібні феномени й у неї є резерв можливостей для цього. Вона спрощено реагує на всі подібні чинники. Досить показовим прикладом цього є роз'яснення Вищого арбітражного (нині Господарського) суду України про те, що порушення прав дрібного акціонера на участь у загальних зборах не повинно спричинити визнання рішення останнього недійсним, оскільки незначна кількість акцій такого акціонера не могла б вплинути на прийняття цього рішення. При такому підході ця судова інстанція не тільки буде свої рекомендації на угадуванні наперед подій на загальних зборах при присутності на них дрібного акціонера, що саме по собі є не тільки неприпустимим, але і зовсім не враховує такі випадки, як потенціал акціонера, його здатність переконати інших у правильності своєї позиції. Тобто випадкам відмовляють у праві на існування, зневажаючи наданою ними можливістю впливу на ситуативну зміну і прийняття зборами акціонерів іншого рішення у разі присутності на ньому дрібного акціонера, як би його права не були порушені.

Випадками неприпустимо зневажати, їхня роль є настільки значною, що іноді може показатися відсутнім єдиний порядок або необхідність у ньому, з його структурою, ієрархією, закономірностями. Це інша крайність, і небезпека такої концепції полягає в можливості вульгарного (безоглядного) сприйняття випадків як руйнівників системи, що може бачитися як анархічність, повна відсутність взаємовизначеності й обумовленості. Проте це не так.

Правильний шлях, як завжди, десь посередині. Для його відшукування оглянемо інші рівні розглядуваної проблеми: 1) право позитивне, праворозуміння і правозастосування; 2) співвідношення принципу законності з принципом верховенства права; 3) процес змін сфер суцього і належного, що завжди проблематично і небезболісно. Причому якщо співвідношення принципів (зазначених як рівень 2) саме і визначається тріадою першого рівня, то зміни у сферах суцього і належного взагалі не визначаються нічим. Розхитування сфери другого рівня у відсутність критерію, на який варто рівнятися при перетворен-

нях в ній, унеможливилює саме перетворення, переводить його в хаотичність. А відсутність гармонічності на першому рівні, слабкість судової системи як необхідного ланцюга досягнення балансу між складовими цього рівня робить еkleктичні спроби в цих напрямках не ефективними і навіть небезпечними.

У цьому розумінні і проблему глобалізації в правовому аспекті варто прийняти не як насильство над безліччю розмаїтості, а як єдність у розмаїтості. Саме значення одиницності для множинності, як і розуміння множинності не тільки як з'єднання одиницностей, але як і саму одиницність-цілісність, повинне настати для адаптації такого підходу.

Очевидно, умов до нього поки що немає. Також очевидно і те, що роль випадковості залежить від рівня різних складових правової системи: законодавства, судоустрою, громадських інституцій, підготовки кадрів, наукового потенціалу та ін. Від цього залежить і те, чи буде зведена випадковість не до побутового її розуміння, а до значущості окремої унікальної ситуації, що впливає на загальне правило. Однак може бути й інше — випадковість залишається такою тільки в конкретній ситуації, що вирішується в інтересах певних осіб. При повторенні ж подібної або схожої ситуації усе може виглядати і зовсім інакше. При цьому в разі вказівки на існуючу подібність, проте з іншим результатом, висновки про порівняння і закономірності парируються вказівкою саме на її випадковість. Тобто випадковість залишається сторонньою для правової системи і чужою для неї, а система — індиферентною до випадків. Так не повинно бути.

При належному її рівні вся система готова адекватно реагувати на таку випадковість різними прийнятними способами, наприклад (і в першу чергу) шляхом тлумачення нестандартної ситуації. Остання може взагалі виходити за рамки закону, може суперечити йому, але вселяти безумовну переконаність у можливості і необхідності саме такої ситуативної поведінки. При цьому представники системи і насамперед судді не будуть боятися думати взагалі, а зокрема — думати інакше, ніж в усталеній практиці й орієнтаціях, одержаних від вищих судових інстанцій. І вони повинні будуть (змушені) приймати рішення. Щоб при цьому в принципі не могла виникнути ситуація, коли суддя не виносить рішення, оскільки відсутній закон¹ або в очікуванні тлумачення від Конституційного Суду.

¹ Так, по одному спору суддею арбітражного (нині — господарського) суду Харківської області було винесено ухвалу про зупинення провадження по справі до прийняття закону, яким би регулювалися питання права власності загальносоюзних громадських організацій.

Невідомо при цьому, що складніше: відмовитися від стереотипних законодавчих приписів чи прийняти рішення у відсутність законодавчого регулювання? При нормальному розвитку правової системи судді готові і застосувати аналогію, і до думки вчених прислухаються не з метою виправдати свідомо ущербну позицію, і подальша практика робить з цього відповідні висновки.

Проблемність такого підходу полягає ще й у тому, що загальна і взаємна обумовленість як природне середовище існування будь-якого явища, у тому числі правового, завжди надає можливість дорікнути авторові тієї чи іншої пропозиції, позиції, бачення, а тим більше їхньої документарної фіксації у вигляді норми права або судового рішення. Питання в тому, чи можливо цього уникнути?

Коли випадковість не просто безслідно поглинається правовою системою, а впливає на неї, так само як і правова система готова прийняти випадковість і знайти їй місце, відбувається взаємовплив і виникає неможливість абстрагуватися від випадків, адже вони насправді «не випадкові».

З наведених міркувань виявляється прийнятність насамперед прецедентного права, не відкидаючи при цьому значущості позитивного права, але як такого, що надає широкі можливості для його застосування за допомогою введення оціночних понять, конструктивності і дієвості принципів права. Цьому заважають шаблонність мислення і небажання виходити за рамки вказівок або роз'яснень. У свою чергу останні фактори мають свої численні причини і корені, серед яких, зокрема, слід позначити середовище зрощення якостей та сприйняття особистості. Виховання цих якостей у навчальних закладах і прийнятність (невідторгнення) практикою («забудьте все, чому вас навчили в академії або університеті, тут — життя, а не навчання») — лише одна з площин цього явища.

Проблематика закономірностей і випадковостей має витоки у співвідношенні матеріального та ідеального. Парадоксально, що, почувши (або внаслідок неможливості не враховувати цього) про «реальність ідеального», сучасна пострадянська філософія, яка вросла коренями в матеріалістичне лоно, все ж продовжує відривати глибинність ідеального. Філософська думка, перебуваючи в постматеріалістичному руслі, здійснює спроби прийняти ідеальне, але на своєму рівні, куди вона піднеслася завдяки поглядам і впливу природничонаукових досягнень і технократичних процесів. Тому вона сприймає як ідеальний навіть світ комунікацій, світ віртуальної реальності глобальної мережі та інші підходи, породжені сучасними техно-

логіями. Однак при цьому упускається головне — ідеальний світ, як і матеріальний, є реальним і настільки, наскільки його готовий сприйняти кожний. Тобто він не може залежати тільки від матеріального навіть у його сучасному і прогнозованому розвитку. Технологічні нововведення та їх вплив на сферу ідеального — лише дециця і тим більше вторинна, зумовлена в цьому співвідношенні. В ідеальному немає єдиного центра й у той же час воно єдине. Однак кожний потрапляє в єдність своїм шляхом, і це не залежить від матеріального, технічного, культурного та інших рівнів і сфер. При такому підході варто інакше осмислити їхнє співвідношення, застосувавши нарешті підходи, що склалися в різних напрямках — про фізичний (тілесний), психофізичний, біоенергетичний, духовний та інші стани існування, а відтак, у сферах, що їм відповідають.

При цьому, безумовно, першорядною є відмова від сформованої й такої, що давить, оцінки названого підходу, що зводиться не просто до сумнівності цих кроків, а до їхнього сприйняття як нижчих, породжених неможливістю матеріалістичного пояснення тих чи інших явищ та процесів, що раніше існувала. У дійсності усе зовсім інакше: саме підходи про множинність станів, різні рівні існування тілесного й енергетичного, їхнє перетворення (перевтілення) і прояви стають головними в поясненнях сучасних проблем, у тому числі у правовому полі. Фізика і хімія, медицина і діагностика, інші науки суто матеріалістичної спрямованості приходять врешті-решт до первісних підходів про розмаїтість сфер буття. Наука права в цій низці перетворень залишається на своїх старих позиціях немовби найматеріалістичнішою з усіх існуючих наук, навіть природничих. Саме вона знаходиться сьогодні на порозі сприйняття того, що кожна випадковість є певним явищем, сферою, пов'язаною з іншими сферами. Множинність або одиничність цих випадків не важливі для того, щоб навчитися не відкидати їх, а враховувати.

Зв'язок між істиною і спробами її відшукання та вираження. Або простіше: мова і сутність, загальноприйняте й істинне — через призму враховування випадкового в закономірному.

Якщо закономірне тому і є таким, що існує досить довго як установлене явище в просторі і часі, внаслідок чого його вираження хоч і ускладнене різними нашаруваннями, але так чи інакше склалося, то протилежне спостерігається при зіткненні з випадковим. Їхній взаємозв'язок полягає в постійному впливі випадкового на закономірне, аж до перетворення як першого, так і другого. Однак для зовнішнього прояву, прояснення і демонстрування цих впливів неминуче їхнє ви-

раження в мовній формі. Вона приймає вид суджень, визначень, дефініцій тощо. І якщо для закономірного вони вже існують і йдеться про їх удосконалення, то зовсім інакше стоїть справа з випадковим. Починаючи з первісної спроби його формулювання, виникають труднощі, пов'язані з тим, що висловлене вже не є істинним. Чому? Тому що матеріалізоване сприйняття завжди суб'єктивно і багаторазове суб'єктивно: воно залежить як від особи, котра висловлюється, так і від того, хто сприймає, а якщо їх багато — то від їх численної кількості.

Звідси впливає перше — тоді істину неможливо виразити, бо виражене вже перекручує; друге — неприпустимо не враховувати інше бачення, ніж у всіх, навіть одиничне, або зневажати такою можливістю. Так, звичайне сприйняття троянди як прекрасної квітки прийнято повсюдно, однак чи істинно це для алергиків? Або чи істинне те, що сліпий є сліпцем, бо він не сприймає дійсність навіч? Однак у нього активізуються інші центри, що дозволяють йому по-своєму сприймати світ, у той час як у багатьох зрячих бачення світу не дає його сприйняття, тому що можна мати очі і не бачити. Чи істинна загальна думка сучасників Гогена про те, що він невдаха і звичайний художник, коли після його смерті він вважається великим? Чи істинно те, що рішення суду є вірним?

«Ходіння» справи по судових інстанціях свідчить також і про спробу пошуку істини. І вона так і може залишитися незнайденою або пізніше з'ясується, що це було зовсім не так, як впливає з рішення суду, і вже у будь-якому разі одна зі сторін після остаточного завершення розгляду справи бачитиме істину в іншому. Однак без постановки крапки в пошуках істини у таких ситуаціях — винесення судом остаточного вердикту — у правовому полі не обійтися. Тоді і варто первісно сприймати істину як середньоцентровану величину, що є такою тут і зараз, включаючи численні суб'єктивні бачення і вольові установки.

Незважаючи на марність пошуку істини, сучасний рівень розвитку суспільства (так само як і в найближчому майбутньому з позиції звичайного сприйняття цього «найближчого» людиною) не дозволяє відмовитися від оперування поняттям істини. Це зруйнує численні суспільні установки та підходи, неможливо буде оцінити ту чи іншу позицію, починаючи від наукових концепцій, захисту дисертацій і закінчуючи вирішенням судових спорів. Неможливо допустити, щоб були зруйновані логічні структури, це небезпечно для суджень від найпримитивнішого рівня до життєво важливих для кожної і всіх сфер.

Тоді виникає потреба в сурогатах істини (аж ніяк не в негативному світлі сприйняття цього словосполучення). Це необхідність. Але ми

маємо розуміти, що вона вимушена і небездоганна. Далеко ходити не треба, досить порівняти позиції соціалістичного періоду існування права і сучасності. Недавні часові рамки дозволяють це не тільки зрозуміти, а й відчути, що сприймане істинним поняття того часу здається помилковим зараз (звичайно, з поправкою на вимушеність обґрунтування того чи іншого правового підходу в зв'язку зі специфікою існування людини в той період – потреби утриматися не тільки в правовому науковому товаристві, а й в життєвому просторі взагалі).

Треба сказати, що до цього делікатного питання правники ставляться з розумінням. У їхній сфері практично не склався ні прошарок дисидентів, ні борців, як це мало місце в мистецтві, літературі і навіть музиці. Мабуть, у цих сферах і про істину навряд чи задумуються як про ту категорію, яку в ній вбачає право. У цьому ракурсі право ближче до релігії, яка також гостро відчуває потребу наблизитися до істини, щоправда, у своєму світлі і своїми шляхами. Однак її пошуки і там не привели і не могли привести до неї, тому що всі підходи самі по собі як такі (саме як підходи) ущербні. Той, хто вважає, що досяг істини, при цьому не може донести її іншому (як правило, так і буває), який цього не відчуває і не сприймає. Інший, навпаки, намагається піти таким же шляхом (школи в релігії), але істини не досягає, адже шлях кожного різний.

Право не може і не повинне опинитися в такій ситуації, оскільки це інший пояс існування, у якому сурогати істини мають більш важливе значення для побутового і поведінкового існування. Їхня відсутність поставила б під загрозу всю суспільну структуру.

Проблеми в праві у цьому розумінні пов'язані із законотворчістю в цілому і його подробицях – термінологією, визначеннями тощо. Як наслідок, виникає потреба в тлумаченні не тільки рівня закону, але і його застосування – тлумачення правочинів і договорів. При цьому суб'єктивність не усувається, але вводиться подоба об'єктивного. Однак — спираючись на що? Знов-таки на якісь загальні підходи. Звідси той же висновок про неможливість відкидати щось загальне й універсальне, проявом чого є принципи права. Але і стверджувати, що вони є чимось раз і назавжди даним та існують завжди — навряд чи правильно, тому що їхня наповнюваність у тому або іншому суспільстві в той чи інший момент їх існування різні. Справедливість до справедливості не приходиться, а розумність — до розумності в різні епохи людства. *І це був епілог.*

Надійшла до редколегії 20.09.04

ПИТАННЯ ІСТОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

А. Козаченко, кандидат юридичних наук (Полтавський факультет НЮА України)

Державне право України другої половини XVII – початку XVIII ст.

Дослідження національної держави і права України, що виникли в середині XVII ст. в результаті Визвольної війни під проводом Богдана Хмельницького, є одним із пріоритетних напрямків вітчизняної історико-правової науки. У процесі розробки цієї наукової проблеми особливо слід акцентувати увагу на становленні і розвитку провідної галузі права — державного права, котре закріплювало основні інституанти Української держави — суспільний та державний лад. Тому предметом розгляду даної публікації стали ті правові джерела, котрі врегульовували найважливіші політичні, економічні та соціальні відносини України у другій половині XVII — на початку XVIII ст.

Слід відмітити, що комплексних досліджень державного права України зазначеного періоду не проводилося. У науковій та навчальній літературі державне право, як правило, згадувалось побічно в контексті висвітлення державного ладу України — Гетьманщини. Першим до проблеми дослідження державного права у середині минулого століття звернувся Л. Окиншевич¹. Останнім часом наукова громадськість мала можливість ознайомитися з публікаціями О. Мироненка, предметом вивчення якого стали україно-російські угоди другої половини XVII — XVIII ст. Такі угоди вчений розглядає як джерело конституційного (державного) права, що мали найвищу юридичну силу для України². Питання про необхідність всебічного досліджен-

¹ Див.: *Окиншевич Л.* Лекції з історії українського права. Право державне. — Мюнхен, 1947.

² Див.: *Мироненко О.* Еволюція вітчизняного конституціоналізму «від Богдана до Івана» (1648–1687) // Вісник Академії Правових наук України. — 1999. — № 3. — С. 45–54; *його ж.* Вітчизняний конституціоналізм від І. Мазепи до К. Розумовського (1687–1764) // Там само. — 2000. — № 1. — С. 82–99.

ня історії державного права України неодноразово порушувалося правознавцями, зокрема автором цієї публікації¹.

Метою даної роботи є характеристика джерел державного права України — Гетьманщини та аналіз передбачених ними норм права, котрі регулювали найважливіші суспільні відносини. Хронологічні рамки дослідження обмежені другою половиною XVII — початком XVIII ст. з огляду на те, що саме тоді Україна мала статус суверенної держави, хоча і поступалася частиною суверенних прав на користь Росії. Отже, в цей період було чинним національне державне право України. До джерел державного права України — Гетьманщини слід відносити козацькі правові звичаї, міждержавні угоди, нормативно-правові акти Української держави. Правові звичаї — «давні права та вольності козацькі» — визнані Українською державою правила поведінки, що регулювали державно-владні відносини. Процес формування козацьких правових звичаїв відбувався впродовж XVI ст. одночасно із становленням військової та соціальної організації низового козацтва — Запорозької Січі. Правові звичаї запорожців визначали права і обов'язки козаків; врегульовували діяльність органів військового управління; військовий, територіальний та судовий устрій². Козацькі звичаї формувалися під впливом особливих соціальних умов — відсутності характерного для того часу поділу суспільства на стани та звичного сімейного укладу; специфічних військово-політичних умов — постійного ведення військових дій, умов міжконфесійного протистояння. Названі обставини сприяли формуванню у запорожців таких демократичних, республіканських інститутів державного права, як виборність, колегіальність, строковість, підконтрольність та підзвітність органів козацького самоврядування³.

Наприкінці XVI — на початку XVII ст. правові звичаї запорожців запозичили реєстрові козаки. Незважаючи на те що військова організація реєстровців мала будуватися на основі нормативних актів польського короля та уряду, керуючись козацькими звичаями, вони скликали загальновійськові та старшинські ради, обирали козацьку старшину, здійснювали судочинство. Проте використання реєстровцями правових звичаїв запорожців не було простим дублюванням.

¹ Див.: «Круглий стіл» Актуальні проблеми українського право- і державотворення // Там само. — 2002. — № 4. — С. 236.

² Див.: Грозовський І. М. Право Нової Січі (1734–1775рр.): Навч. посіб. — Х., 2000. — С. 6.

³ Див.: Чехович В., Усенко І. Звичаєве право // Мала енциклопедія етнодержавознавства. — К., 1996. — С. 195.

Реєстрове козацтво змінювало окремі звичаї низових козаків, пристосовуючи їх до власних соціальних умов та військової полково-сотенної організації, впроваджувало не характерні для Запорозької Січі звичаї.

Цілком закономірно, що у процесі творення Української держави у середині XVII ст. генеральний уряд спирався на добре відому йому, апробовану впродовж тривалого часу систему козацьких правових звичаїв. Таким чином, в перші роки формування Української держави правові козацькі звичаї стали першим і основним джерелом державного права. Норми звичаєвого права визначали права і обов'язки козацтва; врегульовували діяльність загальновійськових та старшинських рад, гетьмана та генерального уряду, полковника та полкового уряду, сотника та сотенного уряду; врегульовували систему козацького судоустрою та основні принципи судочинства¹. Нормами козацького звичаєвого права керувалися гетьман і генеральний уряд при розробці нормативно-правових актів Української держави та укладенні міждержавних угод².

Особливим чином слід виділити таку групу джерел державного права, як міждержавні угоди. Це добре відомі україно-польські угоди: Зборівська угода 1649 р. і Білоцерківська угода 1651 р. та україно-російські угоди: Переяславська угода 1654 та 1659 рр., Московська угода 1665 р., Глухівська угода 1669 р., Конотопська угода 1672 р., Переяславська угода 1674 р., Коломацька угода 1687 р. Ще до утворення Української держави наприкінці XVI – у першій половині XVII ст. козацтво розглядало угоди з Польщею та іншими країнами як засіб юридичного закріплення власних правових звичаїв. Ураховуючи особливе значення таких угод, реєстровці та запорожці напручували досить чіткий порядок їх укладення, що спирався на тогочасну європейську міжнародну практику³. Порядок укладення міждержавних угод знайшов своє утвердження у правових звичаях і передбачав проходження таких основних договірно-правових етапів: 1) прийняття козацькою радою принципового рішення про укладення угоди; 2) підготовка проекту угоди військовим урядом; 3) узгодження проекту угоди урядовими делегаціями сторін; 4) схвалення угоди козацькою радою; 5) затвердження угоди протилежною стороною. Але з утворен-

¹ Див.: Історія держави і права України: Підручник. – У 2 т. / За ред. В. Я. Тація, А. Й. Рогожина, В. Д. Гончаренка. – К., 2003. – Т. 1. – С. 217.

² Див.: Чехович В. Джерела права України – Гетьманщини // Мала енциклопедія етнодержавознавства. – К., 1996. – С. 183.

³ Див.: Сергійчук В. І. Іменем Війська Запорозького: Українське козацтво в міжнародних відносинах XVI – середини XVII століття. – К., 1991.

ням Української держави гетьман та генеральний уряд, як правило, порушували передбачений козацьким правом порядок укладення міждержавних угод. Так, Зборівську угоду 1649 р. та Переяславську угоду 1654 р. було схвалено радою старшин, а не загальновійськовою (генеральною) радою. Прийняття всіх наступних україно-російських угод другої половини XVII ст. відбувалося без попереднього прийняття генеральною радою рішення про укладення угоди на неповній загальновійськовій раді за участі в середньому від 2 до 4 тис. спеціально підібраних старшиною «радних» козаків. Усунення загальновійськової ради від процесу укладення міждержавних угод гетьмани та генеральний уряд мотивували необхідністю боротьби з козацькою охлократією. Проте в дійсності за рахунок цього козацька старшина як новий привілейований стан насамперед позбавляла простих козаків можливості брати участь у формуванні одного із основних джерел державного права України. Зборівська угода юридично закріпила за Україною (Військом Запорозьким) статус автономії у складі Речі Посполитої, гетьмана визнала главою автономії, визначила територію Української автономії, визнала привілейоване становище представників козацького стану¹.

Договірні статті між Україною і Росією на основі правових козацьких звичаїв врегульовували відносини між сторонами, а також юридичним чином закріплювали права і вольності козаків, військовий та адміністративно-територіальний устрій, визначали окремі аспекти діяльності генеральної ради, гетьмана, ради старшин, генеральних старшин та полковників.

Однак деякі статті україно-російських угод другої половини XVII ст. (ініційовані старшиною або царським урядом) скасовували чинність окремих норм козацького звичаєвого права — впроваджували нові інститути. Так, Переяславська угода 1654 р. встановила довічний строк гетьманства, а отже, скасувала право генеральної ради усувати гетьмана із займаної посади та чинити над ним суд². А відповідно до ст. 7 Переяславської угоди 1659 р. генеральна рада могла усувати з посади та судити гетьмана лише з дозволу царя³. Стаття 8 цієї угоди заборонила «новокрещеним иноземцям» та представникам будь-яких релігійних конфесій, крім православних, обіймати посади генеральних старшин⁴. Переяславська угода 1674 р. у ст. 12 закріпила за радою

¹ Див.: *Слюсаренко А. Г., Томенко М. В.* Історія української конституції. — К., 1993. — С. 13–14.

² Див.: *Полное собрание законов Российской империи* (далі — ПСЗРИ). — СПб., 1830. — Т. 1. — С. 326.

³ Див.: Там само. — С. 497.

⁴ Див.: Там само.

старшин право обирати козацьку старшину¹. Цей перелік не варто продовжувати, адже наведеного досить для твердження, що такі документи обмежували суверенні права Української держави та скасовували демократичні норми козацьких правових звичаїв. Кожна із перелічених україно-російських угод другої половини XVII ст. зберігала чинність до прийняття нової угоди. Сторони формально не мали права в односторонньому порядку вносити зміни та доповнення до чинних угод, а також приймати нормативні акти всупереч таким угодам.

Таким чином, порядок прийняття міждержавних угод та їх зміст свідчать про те, що вони мали вищу юридичну силу.

На нашу думку, джерелом державного права слід вважати козацький реєстр 1649 р., який був розроблений на основі Зборівської угоди генеральним урядом під керівництвом гетьмана. Схвалила реєстр рада старшин, що відбулась у Каневі. Незважаючи на те що сейм відмовився затвердити козацький реєстр, його чинність визнавали польський король та уряд².

Реєстр юридично визнавав привілейоване становище козацтва та персонально встановлював належність до цього стану; закріплював посади командного складу війська, які одночасно були і державними урядовцями: гетьмана і генеральних старшин, полковника та полкових старшин, сотника і сотенних старшин; встановлював поділ козацького війська на полки і сотні – військові підрозділи і одночасно адміністративно-територіальні одиниці та визначив їх кількість – 16 полків і 267 сотень³.

До джерел державного права України слід відносити привілейні грамоти короля Яна Казимира 1649 та 1650 рр., прийняті на основі Зборівської угоди, котрі підтверджували права і привілеї козацтва та міщанства, урівнювали в правах православно церкву з уніатською⁴.

Після укладення Переяславської угоди 1654 р. на Україну поширили свою чинність царські грамоти, що містили норми державного права. Це жалувані грамоти Олексія Михайловича 1654, 1659, 1665,

¹ Див.: ПСЗРИ. – 1830. – Т. 1. – С. 973.

² Див.: Шевченко Ф. П. Реєстр Війська Запорозького 1649 р. – джерело історії козацтва на Україні // Історичні джерела та їх використання. – К., 1966. – Вип. 2. – С. 30–33.

³ Див.: Реєстра всего Войска Запорожского после Зборовского договора с королем польским Яном Казимиром 1649 г. / Изд. О. М. Бодянским. – М., 1875.

⁴ Див.: Грушевський М. С. Історія України-Руси / Ред. кол. П. С. Сохань та ін. – К., 1995. – Т. 8. – Ч. 3. – С. 217, 262.

1669, 1672 рр. і жалувані грамоти царів Івана та Петра 1687 року, які отримувало Військо Запорозьке при укладенні україно-російських угод. Так, на підставі Переяславської угоди 1654 р. Олексій Михайлович «жалував» грамоти про привілеї Війська Запорозького, про права і привілеї шляхти, Богданові Хмельницькому на володіння Чигиринським і Гадяцьким староствами, про печатку Війська Запорозького¹. Царські грамоти підтверджували право міст на самоврядування на основі магдебурзького права. 1665 р., наприклад, царські грамоти отримали Київ, Канів, Козелець, Ніжин, Острог, Переяслав, Почеп, Чернігів².

Важливим джерелом державного права були нормативно-правові акти, прийняті вищими органами влади України. Одним із перших відомих юридичних документів Української держави був Статут про устрій Війська Запорозького. На жаль, він не зберігся до нашого часу і судити про нього можна лише на основі згадок в інших джерелах. Зокрема, посилання на Статут знаходимо в універсалах Б. Хмельницького за 1648 та 1650 рр.³ Статут розроблено з ініціативи і за участі гетьмана та прийнято радою старшин наприкінці червня 1648 р. Б. Хмельницький не виносив Статут на розгляд загальновійськової ради, свідомо порушивши козацьке право з тим щоб: 1) подолати охлократично-демократичні настрої козацтва та встановити жорстку державну і військову дисципліну; 2) посилити власну владу. Як справедливо стверджують відомі дослідники України — Гетьманщини В. Смолій та В. Степанков, «настанови «Статей» виходили за межі суто військового статуту»⁴, адже система органів державної влади мала військово-адміністративний характер. Інформація, яку знаходимо про Статті у джерелах, свідчить про те, що цей правовий збірник визначав обсяг повноважень гетьмана, полковників, сотників та інших козацьких старшин. Статті стали першим правовим джерелом Української держави, яке врегульовувало функціонування козацької адміністрації. Слід зазначити, що Статті про устрій Війська Запорозького не набули розвитку. Так, немає відомостей про жоден з гетьманських універсалів, прийнятих після 1650 року, котрий би посилався на цей збірник. Ймовірно, це пояснюється тим, що поступово діяльність козацьких урядів все більше регулюють гетьманські універсали.

¹ Див.: Акты, относящиеся к истории Южной и Западной России. — СПб., 1878. — Т. 10. — С. 477–506.

² Див.: ПСЗРИ. — 1830. — Т. 1. — С. 621–624.

³ Див.: Універсали Богдана Хмельницького 1648–1657/ Ред. кол. В. Смолій та ін. (Далі — Універсали...). — К., 1998. — С. 81, 110.

⁴ Смолій В. А., Степанов В. С. Українська державна ідея XVII–XVIII століть: проблеми формування, еволюції, реалізації. — К., 1997. — С. 38.

До джерел державного права потрібно віднести і окремі гетьманські універсали, котрі регулювали суспільні відносини, визначали повноваження державних органів, встановлювали форму і розмір податків та мита. На нашу думку, норми державного права безперечно містили лише два гетьманські універсали: 1) універсал, прийнятий у квітні 1654 р., що встановлював норми оподаткування іноземних купців, упроваджував посаду державного дозорця та визначав його повноваження¹; 2) універсал, прийнятий у червні 1657 р. про підтвердження «прав і вольностей» шляхти пінського повіту та визнання діючої системи адміністративних і судових органів². Свідченням вищої юридичної сили цього універсалу є присяга пінської шляхти перед Б. Хмельницьким, складена у Чигирині. Це був єдиний універсал Б. Хмельницького, де він у вступній частині за прикладом монархів користується займенником «ми» і називає себе «генеральним гетьманом його царської милості Військ Запорозьких»³.

Певним результатом розвитку державного права України другої половини XVII – початку XVIII ст. та спробою його систематизації стала конституція Пилипа Орлика 1710 р. — «Пакти й конституції законів та вольностей Війська Запорозького». Конституція проголошувала Україну суверенною державою під протекторатом шведського короля Карла XII, встановлювала «права та вольності» козаків і міщан, визначала кордони України, передбачала республіканську організацію державної влади та діяльність міського самоврядування, встановлювала основні принципи податкової системи, статус столиці України закріпила за містом Києвом⁴. Однак для конституції Пилипа Орлика не були властиві окремі соціальні та юридичні ознаки основного закону. Так, затвердив конституцію шведський король – протектор, а не народ України чи легітимний орган державної влади; конституція зберігала феодально-становий суспільний устрій.

Таким чином, у період панування феодальних суспільних відносин за надзвичайно складних військово-політичних умов і за відносно короткий проміжок часу разом із становленням Української держави відбувся процес формування і розвитку державного права України — Гетьманщини.

Надійшла до редколегії 19.05.04

¹ Див.: Універсали... — К., 1998. — С. 143.

² Там само. — С. 234–235.

³ Там само. — С. 234.

⁴ Див.: *Слюсаренко А. Г., Томенко М. В.* Вказ. праця. — С. 25–37.

Магдебурзьке право в Україні

Перше згадування про Магдебург як торговий пункт датується 805 р., а як центр архієпископства — 968 р.

Магдебурзьке право — це головним чином торгове право м. Магдебурга, великого торгового центра, який знаходився на кордоні зі слов'янськими державами.

Магдебурзьке право складалося поступово з норм, що закріплювали одержані наприкінці XII—XIII ст. привілеї міських верств населення на самоврядування, а також актів внутрішньої статутної діяльності (регламентація ремісництва та торгівлі) і практики шефенських судів¹. Магдебурзьке право репрезентоване збірником законів, створеним наприкінці XIII ст. на основі «Саксонського зеркала» та магдебурзького шефенського права. Особливе міське право з'являється у Німеччині після ознайомлення німецьких імператорів, які здійснювали походи на Італію, з італійськими містами.

Отгон Великий заснував на зразок римських міст на Ельбі та Одері саксонські міста. Ці міста заснувалися на тому місці, де проходили торгівля, ярмарки. Вони визначались особливим знаком — Weichbild (лат. Vicus — укріплений дім, бург), у вигляді хреста, а при ньому — меч чи капелюх або щит, а пізніше — колона Роланда, що означало королівську владу, котрій були підвладні ці міста. Пізніше, коли міста звільнялись від королівської влади, Weichbild став означати міське право. Переважно під Weichbild розумілося магдебурзьке право².

Загалом магдебурзьке право у відносно завершеному вигляді складалося у XIII ст. і поширилося спочатку на інші міста Східної Німеччини (Галле, Дрезден, Герліц), а згодом — разом з німецькою колонізацією — на Східну Прусію, Сілезію, Чехію, Угорщину, а далі — на Польщу, Литву.

Магдебурзьке право проникло в Польщу разом з німецькими колоністами. Першою із слов'янських земель стала Сілезія. Магдебурзьке право із Сілезії у XIII ст. поширилося на землі Великої та Малої Польщі.

З 1252 р. магдебурзьке право одержують такі міста Краківщини, як Бохнія, Затор, Величка, Краків та ін. Посилене запровадження магдебурзького права продовжується в XIV—XV ст.ст.

¹ Див.: БСЭ. — 2-е изд., — М., 1954. — Т. 25. — С. 602.

² Див.: Юридична енциклопедія. — К., 2001. — Т. 3. — С. 572—573.

Із Польщі магдебурзьке право прийшло в Литву та Київську Русь. Правда, у Галичині воно з'являється ще за часів короля Данила, який запропонував німцям-колоністам селитися у містах. У 1366 р. вся Галичина і частина Волині остаточно відійшли до Польщі. У міста, торгівлю почали активно проникати польські та німецькі купці, майстри, городяни. Польсько-німецька колонізація набула величезних масштабів. У Галичині та Волині переважало магдебурзьке право. Інші різновиди, такі як хелмінське, шродське, німецьке, зустрічаються тільки як окремі випадки. Але в Польщі, крім вельми поширеного магдебурзького права, діяли хелмінське, а також любекське право, яке з часом зникло, поступившись місцем магдебурзькому праву.

Магдебурзьке право у Польщі мало різні назви — залежно від міст, які раніше одержали це право, а пізніше стали зразком для інших магдебургій. В південно-західній Україні були міста, які користувалися цим правом у повному обсязі, а також такі, котрі мали неповне магдебурзьке право. До міст першого розряду належали Кременець та Київ. Кременець був з тих руських міст, які раніше за всіх одержали магдебурзьке право. За загальноприйнятою думкою, воно існувало в ньому з XIV ст. Магдебурзьким правом користувались тут тільки поляки та німці¹, що було не вигідно українському населенню. Місто поступово занепадало, оскільки руські (українські) жителі почали виселятися з нього. Тому король Казимир у 1491 р. створив особливу самостійну українську юрисдикцію, яку декілька разів підтверджували наступні королі Польщі. Дві юрисдикції — польська і українська — перебували у постійному протиборстві.

Польський уряд, наляканий козацькими повстаннями, перестав підтримувати українське населення у містах.

У 1670 р. окрему українську юрисдикцію було скасовано і замість неї створено змішану польсько-українську юрисдикцію з рівною кількістю членів від кожної національності. Свою правову побудову Кременець запозичив у Львова. Львівське право діяло як у Галичині, так і в Подолі. Львівський магістрат був вищим апеляційним судом для цього округу. Магістрат (рада) складався з вейта і радців (консулів). Це була довічна колегія, яка сама себе поповнювала (*per cooperationem*), але траплялися відступи від цього правила, а саме: громада обирала вейта і лавників, а з них поповнювалась рада. Одна половина членів ради мала складатися із католиків, друга — з православних. Рада затверджувала різні цивільні правочини.

¹ Див.: Хрестоматія з історії Української РСР. — К., 1959. — Т. 1. — С. 144, 196, 202.

Широка компетенція ради надавала їй повну самостійність і незалежність стосовно громади.

Консульський уряд у певні дні тижня засідав у ратуші. Головуючий називався проконсулом, президентом або бурмістром. Голоували всі консули по черзі. Проконсул міг вирішувати незначні справи та проводити поліцейську розправу у себе вдома. Один із консулів, сеньйор, представляв міста перед вищими владами. Війт у Кременці був виборним. Він був постійним членом ради і головою колегії лавників, обирався з консулів та залишався війтом інколи декілька разів поспіль.

З метою боротьби проти зловживань магістрату Стефан Баторій створив представницьку установу — гмінну ізбу (сорок осіб, квад-рагінтовірат), на чолі якої стояв регент, іноді його називали маршалом. Гмінна ізба збиралась з відома ради чотири рази на рік, вирішувала питання, запропоновані радою, і передбачала необхідні, на її думку, заходи, скарги на дії ради тощо. Важливою особою був писар гмінної ізби, який вважався її законником.

Що стосується міст з неповним магдебурзьким правом, то в одних з них, наприклад, у Кременці, існувало окреме війтівство, а в інших воно було з'єднане з старостівством, наприклад, у Ковелі. Старості належало господарське управління містом. Війту належала і судова влада. Посередником між війтом і місцевою громадою був лент-війт, який призначався війтом довічно з міщан і не повинен був брати участь у раді.

Міста з неповним магдебурзьким правом мали виборний магістрат (раду). Члени ради називались бурмістрами, їх вибори (чотири особи) проходили щорічно. Судова влада у таких містах не була відділена від адміністрації. Будь-які справи, цивільні чи кримінальні, вирішувалися загальним урядом — лент-війтом, бурмістром, радниками і лавниками. Лавники, нарівні з радниками, також брали участь у вирішенні адміністративних справ.

На Лівобережній Україні управлінням і судом, за магдебурзьким правом, було наділено Київ, Чернігів, Ніжин, Переяслав, Стародуб, Козелець, Остер, Почеп, Погар, Мглин, Полтаву та Новгород-Сіверський. Переважна більшість цих міст одержала магдебурзьке право ще до 1654 року.

Першим одержав магдебурзьке право Київ, потім — Переяслав. Інші міста одержали привілеї вже у XVII ст. У Києві першу згадку про магдебурзьке право знаходимо в уставній грамоті Великого князя Литовського Олександра київським міщанам 1494 р., але існує думка, що цим правом місто користувалося ще за князя Вітовта на початку

XIV ст. Основні засади цього права — виборне самоврядування. Міщани обирали війта і магістрат (раду), які й управляли усіма справами міської громади. Існував автономний суд. Феодали не мали права судити міщан, незалежно від адміністрації (литовського, польського чи московського воєводи). Існують суперечливі відомості щодо того, користувався Новгород-Сіверський магдебурзьким правом за польської адміністрації, чи ні. За російської адміністрації магдебурзьке право в Новгород-Сіверському було поновлено на прохання міщан гетьманом Розумовським у 1758 р. Ще раніше, а саме у 1752 р., Розумовський наділив магдебурзьким правом Полтаву.

Досліджуючи історію Лівобережжя, Д. Багалій звертався до соціально-юридичної проблематики, присвятив декілька робіт з історії магдебурзького права в містах Лівобережної України. Це невеликі за обсягом статті, повідомлення, видані в 1882–1917 рр.¹ Проблема місцевого самоврядування була однією з актуальних в дореволюційній історіографії в Росії², оскільки певною мірою відображала політичні симпатії ліберальних істориків. На той час, коли Д. Багалій розпочав вивчення історії магдебурзького права, в історіографії України вже були відомі роботи В. Антоновича³ та М. Владимировського-Буданова⁴, які розглядали цю проблему відносно Правобережної України.

Джерельною базою праць Д. Багалія значною мірою слугували документи особистих зібрань О. Кістяковського⁵ і А. Лазаревського, а також матеріали Харківського історичного архіву (жалувані королівські грамоти містам). На основі цих документів учений розпочав першу у вітчизняній історіографії спробу цілісної характеристики магдебурзького права в містах Лівобережжя в XVII–XVIII ст.⁶

¹ Див.: *Багалій Д. І.* Нарис Історії України на соціально-економічному ґрунті. — К., 1928. — С. 59.

² Див.: *Шапиро А. Л.* Русская историография в период империализма: Курс лекций. — Львов, 1963. — С. 37.

³ Див.: *Антонович В. Б.* Монография по истории Западной и Юго-Западной Руси. — К., 1885. — Т. I. — С. 159–170.

⁴ Див.: *Владимировский-Буданов М. Ф.* Немецкое право в Польше и Литве // Журнал Министерства народного просвещения. — 1868. — № 8. — С. 467–554; № 11. — С. 519–586; № 12. — С. 772–803.

⁵ Див.: *Права, по которым судится малороссийский народ.* — К., 1879. — С. 55–97; *Права, за якими судиться малоросійський народ.* — К., 1997. — С. VII–XLVIII.

⁶ *Багалей Д. І.* Магдебургское право в Левобережной Малороссии // Журнал Министерства народного просвещения. — 1829. — № 3. — С. 15; Магдебургское право в городах Левобережной Малороссии // Труды десятого археологического съезда в Риге. — М., 1899. — Т. I. — С. 247; *Історія Слобідської України.* — Х., 1918. — С. 159, 168.

Д. Багалій характеризував міське самоуправління в Лівобережній Україні у першій половині XVII ст. таким чином: магдебурзьке право дарувалось тут з огляду на суто економічні міркування, а саме для збільшення кількості ремісників. Будь-яка людина, яка мала у місті майно або який-небудь промисел, перебувала під відомством магістрату. Міське управління очолював війт. Бурмістри, радники і лавники обиралися з середовища міщан, з осіб, які знали магдебурзьке право. На основі грамоти 1625 р. у Стародубі вони повинні бути католиками, а у Чернігові та Ніжині цього не вимагалось. Уперше урядників обирали війт з громадою, а потім — війт, урядники і громада. Війт з лавниками і бурмістр з радниками могли судити не тільки місцевих міщан, а й усіх приїжджих при зіткненні їх з місцевими жителями. Судочинство мало проходити за магдебурзьким правом, у Чернігові та Ніжині — польською мовою, а у Стародубі — на основі грамоти 1652 р. протягом перших двадцяти років польською, а потім латинською мовою. Апеляційний порядок для різних міст був різним, але останньою інстанцією вважався король. Міста, що користувалися магдебурзьким правом, мали певну земельну власність. Крім цього, для поповнення різних видатків, як-то: плати міським урядникам та іншим службовцям, було введено низку міських податків: торгове мито з привезених товарів; вагове від ваги; помірне від міри, мостове. Місто одержувало прибуток також від здавання внайми міських готельних дворів, лазень, цегляних підприємств, пивоварень тощо. У міську казну йшов також податок з купців і ремісників. Витрата прибутків була предметом щорічного звіту перед війтом і міщанами.

У містах проводилися базари і ярмарки. Міщани одержували різні пільги від торгівлі та промислів: вони могли вільно виготовляти горілку, варити пиво та мед, звільнялись від багатьох натуральних обов'язків, наприклад, підводного, постійного, сторожового. Проте вони завжди виконували такі обов'язки: поставляти певну кількість ратників, оплачувати побудову та ремонт укріплень, платили ординщину¹. Наприклад, у 1633 р. переяславських міщан було звільнено від з'явлення в обоз та зобов'язано брати участь тільки у посполитому рушенні.

У 1651 р. Україна одержала підтвердження непорушності своїх прав: містам було видано жалувані грамоти на магдебурзьке право. Чинними збірниками магдебурзького права були збірники Щербіча і Гроїцького польською мовою. На думку Д. Багалія, перші переклади

¹ Див.: Русская энциклопедия. — Пг., 1914. — Т. XI. — С. 432–433.

магдебурзького права на українську мову слід віднести до другої половини XVII ст., але більшість перекладів з'явилась у XVIII ст.

Крім названих збірників, магістратські суди користувалися Литовським статутом¹ та місцевими звичаями. В основу магістратського самоуправління на Лівобережній Україні покладалися виборні засади, але ступінь цього самоврядування не всюди був однаковий. У торгових містах, таких як Ніжин і Стародуб, він був набагато вище, ніж в Остері, Мглині чи Новгород-Сіверському.

Траплялися випадки, коли у цих містах магістратське управління зовсім завмирало та поступалося місцем ратушному, яке відрізнялось менш самостійним характером. У ратушах засідали тільки вїйт та три бурмістри. Ратушне управління існувало і в усіх містах, за винятком привілейованих, тобто таких, які одержали магдебурзьке право. Вїйт після 1654 р. обов'язково обирався з середовища міщан та затверджувався гетьманом, а пізніше — генеральною військовою канцелярією. Вибори проходили при зібранні міщан та цехових людей вільними голосами. Значний вплив на вибори справляли українські полковники.

Вїйту належала адміністративна та судова влада. На магістраті лежав обов'язок щодо міського благоустрою, він мав регулювати ціни на продукти харчування, наглядати за торгівлею, забороняти шкідливі ігри та розваги, піклуватися про дотримання чистоти, про безпеку від пожеж. Магістратський суд перебував у руках вїйта і лавників, але на Лівобережній Україні у суді брали участь також інші міські урядники. Цивільні та кримінальні справи суд розглядав у магістраті (не менше п'яти урядників) або ратушах (не менше трьох урядників). У кримінальних справах рішення (вироки) передавалися на затвердження вищих інстанцій. Спочатку це були полковий суд та полкова канцелярія.

¹ Див.: Юридичний словник-довідник. — К., 1996. — С. 318.

Литовські статuti — це кодекси феодального права Великого князівства Литовського, які діяли на українських землях. Видано три Литовські статuti: 1529 р. (так званий Старий), 1556 р. (Волинський), 1588 р. (так званий Новий). З цих трьох статutів найдосконалішим був Литовський статut 1558 року. Він складався з 14 розділів та 488 артикулів. У статutі значно зберігалися основні засади давньоруського права. Литовський статut діяв, зокрема у Київській, Подільській та Волинській губерніях до 1840 р. Литовські статuti широко використовувалися під час складання Соборного уложення 1649 р., «Прав, за якими судиться малоросійський народ», «Суду і розправи». Але єдиної думки щодо скасування магдебурзького права в Україні не існує. Деякі автори XIX та XX ст.ст. називають різні дати: 1840 р., 23 грудня 1834 р. магдебурзьке право скасовано в Києві. У літературі називається також 1775 р., 1776 р. магдебурзьке право скасовано в усіх містах за винятком більш великих міст.

У ці органи подавались і апеляції. У середині XVIII ст. усі магістрати були звільнені від юрисдикції полкових судів, і апеляції на рішення магістратських судів тепер надсилалися генеральному суду. На вїйта скарги подавалися до вищого суду, на урядників — до магістратського. Крім міських урядників, у магістратському суді засідали також представники козацького уряду: полковник, полковий суддя, полковий сотник. У 1728 р. під час виборів гетьмана Данила Апостола йому було у «Решительных пунктах» підкреслено, що в Україні діють маґдебурзькі та саксонські статuti, які суперечать один одному. Тоді ж було вирішено створити комісію для перекладу на російську Зводу законів, за якими судиться малоруський (український) народ. Комісія була створена у 1728 р. і засідала у Глухові, 1734 р. була переведена у Москву, а 1735 р. знову повернулася до Глухова. Після тривалих зволікань і змін складу комісій у 1743 р. Звід був виданий під назвою «Права, по которм судится малорусский народ».

У 1744 р. цей Звід було надіслано до сенату, але у 1756 р. його повернено гетьману Розумовському для перегляду. У 1758 р. було скликано генеральну старшину. Подальша доля Зводу невідома, і О. Кістяковський вважав, що це було зроблено умисно. Щоправда, у 1767 р. II Малоросійською колеґією на чолі з її секретарем О. Безбородьком було створено «Екстракт малоросійських прав» — систематизований збірник норм державного, адміністративного та судового права. Цей збірник було складено так, щоб довести необхідність відновлення автономного стану України. Проте, оскільки ця ідея суперечила політиці царату, збірник було передано в архів¹. У 1783 р. магістратські та ратушні суди було замінено на суди, які почали діяти на основі «Установлення про губернии» 1775 р. та інших актів. У 1796 р. імператор Павло I поновив попереднє управління в Україні, але цей імператорський крок уже не повернув маґдебурзьке право, яке передбачало рівність усіх міщан перед законом.

За часів Російської імперії маґдебурзьке право не вписувалося в централістичний імперський лад, і тому його почали поступово обмежувати і зрештою скасували. Це було викликано тим, що засадами маґдебурзького права вважалися: захист прав громадян усіх станів, встановлення порядку виборів, визначення функцій органів місцевого самоврядування, судочинства, ремісничих об'єднань, регулювання правил підприємницької діяльності, опіки, спадкування, призначення покарання за різні види злочинів та ін. Норми маґдебурзького пра-

¹ Див.: Кульчицький В. С., Настюк М. І., Тищик Б. І. Історія держави і права України. — К., 1996. — С. 103–106.

ва відповідали вимогам українського суспільства того часу, яке розуміло себе як європейську націю¹.

Катерина II у 1775 р., після знищення Запорозької Січі, скасувала магдебурзьке право в Києві, підпорядкувавши місто малоросійському генерал-губернатору. Павло I поновив це право, Олександр I — підтвердив. І кияни на честь цієї події поставили на березі Дніпра пам'ятник (він існує і дотепер) — величну колону, пам'ятник давньому праву. Та Микола I спершу наказав «Костюм или мундир издревле членами магистрата сего употребляемый старого покроя отменить, а употреблять оным членам мундир российский», а згодом взагалі знищив рештки самоврядування².

В Україні тривалий час противилися намаганням московського царату скасувати магдебурзьке право. Навіть після запровадження «Установлення про губернии» українські міста все ще жили та судилися за магдебурзьким правом. У 1831 р. магдебурзьке право офіційно було скасовано по всій Україні. Проте у Києві воно зберігалось до указу від 23 грудня 1834 року.

Надійшла до редколегії 05.01.04

М. Дамірлі, доцент Міжнародного гуманітарного університету
(м. Одеса)

Деякі штрихи до портрета дослідника в історико-правовій науці за умов трансформації її методології

Характеристика типового історика права минулого століття, принаймні у радянському просторі, може бути у найбільш загальному вигляді презентована образом вченого, який «колекціонує» окремі положення законодавчих актів і повністю зорієнтований на одну теоретичну схему (насамперед на економічну). Відповідно історія права подавалась як історія законодавства, тобто як виключно описове,

¹ Див.: Урядовий кур'єр. — 2003 р. — 23 жовт. — С. 20.

² Див.: *Хорунжий Ю.* Самоврядування — Київська традиція // Літературна Україна. — 1998. — 1 бер. — С. 8.

«фактографічне» наукове утворення. Сказане цілком може бути віднесене до історико-правової науки в пострадянському просторі. Очевидно, що недовіра, яка існує нині до цієї науки (проявами якої є, зокрема, прагнення відмовити історико-правовій науці у здатності вплинути на практичне життя людей, на прийняття ними тих чи інших рішень у правовій політиці держави, а також скорочення в юридичних навчальних закладах обсягу навчальних дисциплін історико-правового циклу), значною мірою пов'язана саме з таким статусом вказаної галузі наукового знання. Сьогодні зрозуміло одне: така історико-правова наука не здатна задовільнити нагальні потреби правового життя, що диктуються вимогами часу. Мимоволі виникає питання про перегляд, переорієнтацію її методології та епістемологічного статусу.

Міркування про перспективу розвитку історико-правової науки, її нові завдання зумовлюють, у свою чергу, постановку питання про те, *яким має бути сучасний вчений-історик права*. Адже наука — це насамперед рід діяльності, здійснюваний вченими, а ще точніше — результат діяльності вченого і, отже, піднесення означеної науки на якісно новий рівень вимагатиме істотних змін в особі вченого-історика права.

Згадане питання особливо гостро постає нині у зв'язку із новою соціокультурною та науково-дослідною ситуацією в галузі соціально-гуманітарного пізнання взагалі та історіографії зокрема, що склалася у пострадянському просторі. Ця ситуація охарактеризована як період пошуку й освоєння нових підходів і методів.

Зміни, що відбулися за останні десятиліття в суспільному житті країн пострадянського простору, призвели до звільнення від панування методологічної гегемонії марксизму. Натомість, на жаль, утворився своєрідний теоретичний вакуум: стара методологія виявила свою односторонність, обмеженість, а оволодіння новою методологією стало для багатьох суспільствознавців справою далеко не простою. Це властиве й сучасній історико-правовій науці, яка переживає певні метаморфози, пов'язані, з одного боку, з відмовою від марксизму, а з другого — із злетом так званого постмодернізму, що зі своїми істинами й дещо одіозними, радикальними вимогами додає нової гостроти проблемам історичного пізнання взагалі та історико-правового пізнання зокрема. Більше того, тривалий час вітчизняна історико-правова наука, що в пострадянському просторі розвивалася в умовах ізоляції від західної історіографії, набула на початку ХХІ ст. можливості інтеграції з нею і, отже, збагачення свого теоретико-пізнавального арсеналу. Ці зміни висувують перед істориками права нові завдання у розв'язанні надто складних проблем перебудови історико-правової науки.

Міркування про професію історика права в першу чергу мають виходити зі специфіки цієї діяльності.

Дослідження правової історії — це специфічна діяльність, яка є одночасно і «юридичним», і «історичним» ремеслом. Хоча історико-правова наука виникла в результаті взаємодії і зближення правознавства й історичної науки, проте вона не є продуктом простого «схрещування» цих двох самостійних наук; відрізняючись від обох «материнських» галузей знань, вона є певною мірою автономною дисципліною. Тому «юридичне» й «історичне» у структурі історико-правового пізнання варто розуміти не як окремі операції мислення, а як єдиний розумовий процес, який не можна назвати інакше як двоєдиним процесом. Саме це двоєдине положення історико-правового пізнання є головним у визначенні його специфіки. Більше того, ремесло історика права є ніби перехрестям, де сходяться завдання всіх правових дисциплін. Адже історика права цікавлять походження, розвиток і зміна тих самих явищ, вивченням яких зайняті усі правові наукові дисципліни, що мають справу з пізнанням сучасності.

Такий синтезуючий потенціал історико-правової науки накладає помітний відбиток і на вигляд професійного історика права. Якщо, з одного боку, досліджуючи специфічну сферу соціальної реальності, історики права сприяють вирішенню завдань, як історичної, так і правової науки, то, з другого боку, вивчаючи історичний шлях права в цілому, його окремих галузей зокрема, вони неминуче зіштовхуються з тими ж проблемами, з якими мають справу і «загальні» історики, і вчені-правознавці, котрі займаються пізнанням сучасності. А оскільки пізнання історика спрямоване від сьогодення до минулого, остільки історики права, тільки спираючись на весь спектр правових наук, зможуть виявити те коло питань, які необхідно поставити при аналізі джерел — пам'ятників права.

При дослідженні права минулого як окремої підсистеми суспільства історик — хоче він цього чи ні — повинен використовувати теорії, категорійний апарат і методи зазначених наук. Однак насправді цей момент, відзначений П. Ласлеттом, не завжди має місце, зокрема, висловлене ним ще у 1968 р. зауваження про те, що більшість традиційних історичних досліджень здійснюється у відриві від відповідних теорій, понять і дослідницької техніки суспільних наук¹, залишається актуальним і стосовно історичного дослідження права. Однак при цьому не слід забувати, що історико-правова наука, як і

¹ Див.: Ласлетт П. История и общественные науки // Философия и методология истории. — Благовещенск, 2000. — С. 209.

будь-яка спеціальна дисципліна історичного профілю, спирається на характерні для неї типи історичних джерел (пам'ятників права), і ці джерела потребують спеціального опрацювання за допомогою своєрідного логічного апарату.

Як уже зазначалося, для праць історика права, що виконувались в умовах «єдино вірної» методології, були зазвичай характерні описовість, вузький емпіризм. Та й пошуки у галузі теоретико-методологічних проблем історико-правової науки ставали тоді здебільшого односторонніми.

На сьогодні недостатня розробленість теоретико-методологічних проблем історико-правового пізнання зумовлює поширення в конкретно-історичних дослідженнях світоглядної нечіткості, різнобою. Наочним тому для *історика права стає актуальним підвищення теоретико-методологічного рівня своїх досліджень*. А це можливо тільки завдяки більшому розширенню внутрішньонаукової рефлексії, посиленню уваги до власних епістемологічних проблем.

Для сучасної соціально-гуманітарної науки стають усе більш характерними концептуалізація знань, процеси інтеграції та диференціації із суміжними галузями науки, розширення міждисциплінарності досліджень, що згодом призводять до виникнення нових наукових напрямків. Ці тенденції знаходять прояв, зокрема, у включенні в орбіту історичного пізнання права нових його рівнів і пластів¹. Давно відомо, що історичне пізнання права є важливим засобом у межах загального плану осягнення права. Тут існує величезне поле для задоволення потреб суспільства у теоретичному осмисленні всього історико-правового процесу у всесвітньому масштабі.

З огляду на зазначені обставини історик права — якщо він прагне до належного виконання свого професійного обов'язку і намагається йти в ногу з сучасними течіями у науці — має бути теоретично підготовленим і здатним оперувати теоретико-методологічним інструментарієм.

Епістемологічний прорив у сучасній історико-правовій науці має спиратися на критичне переосмислення всього її досвіду й спрямовуватися насамперед на освоєння та розроблення нових підходів і методів. Однак їх поява у науковому пізнанні зовсім не означає, що підходи і методи, котрі існували в минулому, стали неспроможними в усіх відношеннях; «вони можуть містити такі ідеї, які у нових умо-

¹ Докладніше про це див.: Дамирли М. А. Образ всеобщей истории прав как науки // Правоведение. — 2001. — № 6. — С. 179–189; його ж. История права и философское знание // Журнал российского права. — 2001. — № 11. — С. 75–83.

вах виявляться плідними»¹. У цьому бачаться і необхідність відновлення наступності в розвитку нашої науки, і творче використання її досягнень у ХІХ — на початку ХХ ст., і освоєння досвіду західної історіографії.

При розробленні методологічних проблем історико-правової науки варто також не забувати, що абсолютизація одного й ігнорування інших методів — це уже «перегорнута сторінка» в історії соціально-історичного пізнання. Якщо виходити з багатомірності історії й альтернативності її пізнання, то, безумовно, підходи і методи її дослідження не повинні бути одномірними, безальтернативними. Послідовне слідування методологічному плюралізму дозволяє зняти обмеженість окремих підходів, адже кожний з них здатний висвітлити, як промінь прожектора, лише певний зріз реальності.

Викладені міркування, гадаємо, доречно брати до уваги і при оцінці марксистської методології. Однаково неприйнятною буде як її догматизація, так і умисне неприйняття, однобічне, а іноді й вороже ставлення до неї. Деякі фахівці схильні забувати відзначений англійським істориком Д. Тошем той факт, що «марксизм вчинив цілком безпрецедентний вплив на історичну науку як у якісному, так і в кількісному сенсі ... Доки історики визнають необхідність теорії, вони звертатимуться до марксистської традиції»².

На образ сучасного історика права певний відбиток накладають особливості теперішнього соціально-гуманітарного пізнання. Проте однієї тільки констатації гуманітарності історико-правового пізнання ще недостатньо. Важливіше — виявити значення тих методологічних, характерних для гуманітарного знання підходів, від застосування яких історико-правове пізнання може тільки виграти. У зв'язку з цим слід відзначити такі важливі аспекти гуманітарного знання, як його спрямованість не стільки на «матеріальність» людини, скільки на її суб'єктивність, а також діалогічну природу осягнення суб'єктивного світу людини. При цьому важливо підкреслити, що визнання належності історико-правового пізнання до гуманітарного типу пізнання актуалізує низку завдань, важливих для історика, а нерідко ставить і нові завдання.

По-перше, гуманітаризація історико-правових знань висуває на перший план *проблему розуміння*, оскільки таке пізнання покликане

¹ Лекторский В. А. О толерантности, плюрализме и критицизме // Философия, наука, цивилизация. — М., 1999. — С. 292.

² Тош Д. Стремление к истине. Как овладеть мастерством историка / Пер. с англ. — М., 2000. — С. 211.

виявити сенс, актуалізує аксіологічні моменти історії, без яких гуманітарне знання взагалі неможливе. По-друге, діалогічність як особлива властивість гуманітарного пізнання робить привабливим і перспективним аналіз проблеми діалогічності методології історико-правового пізнання. По-третє, нинішня ситуація вимагає встановлення тісних міждисциплінарних зв'язків історико-правової науки з такими дисциплінами, як культурологія, антропологія (особливо правова антропологія), семіотика, у взаємозв'язку яких корениться можливість виникнення нових підходів і активного впровадження пізнавальних інструментів «суміжних» наук.

Гуманізація історико-правового пізнання, та й у цілому правового мислення, ще не втілена належним чином у дослідницьку практику. Важливим засобом реалізації цього завдання має стати насамперед антропологізація усього правознавства, у тому числі його історичного розділу. Зверненість до людини, її ставлення до світу права і до себе самої як «юридичної істоти», а ще точніше — до конкретної історичної людини з її досвідом і поведінкою, зумовленими культурою часу, — ось одне із першорядних завдань сучасного історика права, вирішувати яке доведеться найближчим часом. З огляду на це особливої цінності набуває історико-антропологічний підхід до пізнання минулого права, який, запроваджуючи нові дослідницькі параметри, здатний відкрити неабиякі перспективи розвитку знання про право, істотно розширити рамки історико-правових досліджень, допомогти знайти потаємні ніші глибинної соціально-правової структури. Історик права вже не може задовольнятися дослідженням тільки окремих історичних пам'яток права лише як «сховищем» відомостей про право. Він має орієнтуватися на дослідження правової історії «з позиції діючих у ній осіб» (А. Гуревич). А це передбачає дослідження історичних джерел права як феномена правової культури, як продукту діяльності людини, котра створює його в процесі історичної самореалізації, тобто як витвору людини і для людини, а також вивчення самої людини в процесі правового спілкування, як суб'єкта правової комунікації.

Ці завдання є, мабуть, досить складними, оскільки зазначені процеси, що неадекватно відображаються в джерелах, — з огляду на їх мінливість — важко інтерпретуються. Тому історик права змушений заново осмислити свій об'єкт і заново оцінити джерела, за допомогою яких він одержує знання. Також необхідно реконструювати моделі відносин історика права як суб'єкта пізнання з об'єктом його досліджень. У такій концепції історико-правова наука буде не

просто збирачем фактів, хоча й історико-правових, а стане дієвим засобом історичного пізнання правового життя суспільства.

Для методологічної переорієнтації історичного пізнання права і створення антропологічно орієнтованої історико-правової науки чималого значення набуває включення в предметну галузь історико-правової науки такого явища (і відповідної категорії), як правовий менталітет, тісно пов'язаного з людським виміром права, оскільки вивчення останнього неодмінно зумовлює вивчення ментальної сфери, та й сам правовий менталітет як явище історичне за його природою вимагає історичного ракурсу вивчення. Цінність уведення ментального виміру в історичне пізнання права полягає, по-перше, у тому, що включенням у предмет історичного дослідження права, крім матеріальної структури, також і ідеальної, духовної сторони правового життя суспільства створюється можливість більш глибокого проникнення в тканину правової історії. По-друге, відбувається значне збагачення джерелознавчої бази історико-правових досліджень, оскільки для вивчення основних складових правового менталітету як поліструктурної динамічної системи (до неї входять: правові традиції й ритуали (судові процедури, церемонії), правові символи, правові установки та цінності) традиційні джерела історичного вивчення права, історичні пам'ятники права вже недостатні і вимагаються додаткові джерела, якими можуть бути джерела як юридичного характеру (наприклад, правові трактати, записи судових рішень, актові записи), так і неюридичного, скажімо, фольклорного характеру (народний епос, приказки, прислів'я, билини, казки, хроніки, агіографічна література, жести, фарси і т. ін.).

Зміна парадигм у сучасній історіографії значною мірою пов'язана із виходом на авансцену сучасної суспільної науки постмодернізму. Постмодерністський виклик ставить перед історичним пізнанням багато нових епістемологічних проблем, від осмислення яких і історик права не може стояти осторонь. Постмодерністський історіографічний дискурс — явище досить складне, котре має як негативні, так і позитивні риси.

Зокрема, представники цього напрямку по-новому інтерпретують критерії об'єктивності, істинності, науковості історичного пізнання. Вони вважають, що історики не розкривають минуле, а винаходять його, видумують. Тим самим поставлені під сумнів «священні корови» історіографії: 1) саме поняття про історичну реальність, а разом з ним і професійний суверенітет історика (адже внаслідок цього ніби стиралась межа між історією та літературою — межа, яка вважалася до

цього непорушною); 2) критерії вірогідності історичного джерела (внаслідок цього розмивається межа між фактом і вимислом); 3) віра в можливість історичного пізнання, його об'єктивність¹. Ось чому «доведені до краю постмодерністські критичні побудови загрожують зруйнувати основи історичної науки»².

Звичайно, ці й інші вкрай критичні погляди не могли не викликати негативної реакції в більшості традиційних істориків. Справжні історики – можна сказати, історики за покликанням, – які з повагою ставляться до свого ремесла, навряд чи примиряться з руйнуванням фундаментальних засад історичного пізнання і відмовляться від таких його принципів, як об'єктивність, неупередженість, добросовісність. Усі великі уми, які розмірковували про історію, «наполягали на необхідності для історика враховувати позицію всіх діючих осіб, доводити свою інтелектуальну чесність, брати в дужки свою власну думку, вгамовувати свої пристрасті, а для цього намагатися прояснити й переборювати свою особисту зацікавленість»³. Історик права, якщо він вважає себе вченим, не повинен забувати, що «учений — це ... той, хто повний рішучості не залишати пошуку істини»⁴. Він має уникнути крайнощів у висвітленні історії права: однаково неприйнятні як огульний осуд минулого, так і перебільшено позитивні оцінки минулого.

Проте більш оптимістичний історик права візьме до уваги те, що, незважаючи на окреслені вище крайнощі у постмодерністській парадигмі, деякі спостереження постмодерністів засвідчують, що все ж таки є над чим замислитися; їхні погляди змушують переглянути чимало епістемологічних проблем історичного, в тому числі історико-правового, пізнання. До певних позитивних рис постмодерністської програми історичної науки належать: посилення саморефлексії історика, висування на перший план, а іноді й постановка, низки фундаментальних епістемологічних проблем цієї науки, які зазвичай залишаються на периферії методологічних рефлексій стосовно діяльності історика-науковця (об'єктивність історичного пізнання, способи її досягнення, співвідношення творів історика, історичного нарративу з об'єктивною реальністю минулого); акцентування уваги на пізна-

¹ Див.: Репина Л. П. Вызов постмодернизма и перспективы новой культурной и интеллектуальной истории // Одиссей. Человек в истории. – М., 1996. – С. 26.

² Гуревич А. Я. Историю конца века в поисках метода // Там само. – С. 7.

³ Про А. Двенадцать уроков по истории. – М., 2000. – С. 302.

⁴ Поннер К. Что такое диалектика? // Вопросы философии. – 1995. – № 1. – 135–136.

вальних труднощах, з якими зіткнулася сучасна соціально-гуманітарна наука, у тому числі й наука історико-правова; розширення теоретико-пізнавальних можливостей науки шляхом запозичення відповідних засобів, «інструментів» із сучасного літературознавства; удосконалення методів текстуального аналізу, використання нових прийомів критики текстів; подолання емпіризму позитивістської парадигми; боротьба з будь-якими проявами догматизму тощо. Усе це відкриває перспективи демократизації гуманітарно-наукової діяльності взагалі та історико-правової зокрема.

Для реконструкції історико-правового пізнання неабиякого значення набувають положення помірнього крила постмодернізму про багатомірність буття й неприпустимість його одномірного, однобічного опису. Постмодерністські положення про те, що людській мові властива нестабільність, що її сутність змінюється з часом (якщо, звичайно, не абсолютизувати таку змінюваність, як це роблять деякі представники постмодернізму), мають позитивне значення для актуалізації досліджень у галузі історії юридичної термінології як важливого напрямку історико-правового пізнання. Критичний аналіз, здійснюваний з позицій постмодерністського дискурсу, також висуває на перший план такі методологічно значущі положення, як належне врахування впливу соціальної орієнтованості суб'єкта, котрий пізнає (до якого належить, зокрема, і той, хто створює текст/джерело), та впливу конкретного соціокультурного історичного контексту при вивченні історико-правової реальності; врахування продуктивності зв'язку соціальних і дискурсивних практик (що дозволяє подолати розрив між історичними джерелами вивчення права і таким контекстом)¹.

Зупинимось ще на одній проблемі, яка згадувалась вище. Обмежений позитивістський підхід — давня професійна «хвороба» істориків права. Історія права, яка не виходить за межі суто юридичних явищ і фіксує лише окремі положення законодавства, є не чим іншим, як, користуючись вдалим висловом Дж. Хекстера, «поглядом з тунелю»². Розв'язання завдання подолати сухий емпіризм, догматизм і створити цілісну картину досліджуваної галузі соціальної реальності вимагає зміни епістемологічного статусу історико-правової науки: вона вже не повинна існувати просто як історія законів, законодав-

¹ Див.: Дамірлі М. А. Методологія історико-правового пізнання у контексті постмодерністського історіографічного дискурсу: виклики, сумніви, пошуки і перспективи // Вісник Одеського інституту внутрішніх справ. — 2003. — № 2. — С. 150—156.

² Hexter J. H. Reappraisal in History. — Longman, 1961. — P. 195.

ства, а має стати наукою, що осягає свій об'єкт у широкому соціокультурному історичному контексті, — наукою, здатною уособлювати механізми історичних змін права в реальному житті.

Таким чином, у запропонований концепції предметної сфери та методології історико-правового пізнання найважливішим елементом творчих пошуків має бути увага не тільки до окремих правових текстів чи до їхніх комплексів, не тільки до окремих історико-правових фактів, а й також до широкого соціокультурного історичного контексту, в рамках якого розрізнені свідчення історичного буття права поєднуються і знаходять своє пояснення. Історик права повинен, зокрема, проникнути в духовний світ творця тексту, опрацювати «невідфільтровані» фрагменти справжньої історико-правової реальності, що й дозволить піднести знання про історію права до рівня науки. Ці вимоги мають дотримуватися із залученням широкого спектра джерел (у тому числі й джерел не тільки правового характеру) та із застосуванням різноманітних пізнавальних способів критики цих джерел, запозичених з різних сфер соціально-гуманітарного знання. Через врахування цих чинників і лежить шлях до об'єктивної істини в історичному пізнанні права, а також до подолання гіпертрофованої фактографічності, описовості історико-правової науки.

Сучасна висока культура повинна бути переважно культурою наукового гатунку, причому якнайвищого з відомих на сьогодні, метою якої є безперервне удосконалення майбутнього реально існуючого світу¹. І якщо врахувати, що, з одного боку, становлення правової, демократичної держави не можливе без зростання правової культури суспільства, а з другого — що однією з умов (та й показників) розвитку такої культури є високий рівень правової науки, то одне із завдань, розв'язуваних у процесі розбудови правової держави, полягає у піднесенні престижу правових знань, продукуванням яких займається правознавство. Отже, високий рівень правової науки — це шлях до розвитку і правової культури. З цього погляду *цінність творчої діяльності історика права полягає в розширенні можливостей спілкування особистості зі світовою правовою культурою інших епох.*

Досвід показує, що збереження й передача спадщини минулого є аж ніяк не простішим актом, аніж було її створення. Рівень правової культури того чи іншого народу, нації, суспільства багато в чому визначається тим, наскільки вони спроможні зберегти здобутки своєї правової культури, традиційні правові цінності. Правовий розвиток

¹ Див.: *Feibleman J. The Theory of Human Culture.* — NY, 1968. — P. 125–150.

кожного народу історично пов'язаний із національними культурними цінностями, і з кожним новим етапом такого розвитку зберігаються і використовуються результати попередньої діяльності. У цьому сенсі правова історія являє собою історію правової культури як складного процесу, що включає в себе моменти сталості й змінності, збереження досягнень минулого та їхнього подальшого розвитку. Отже, як банк пам'яті історія — це незамінний культурний засіб, берегиня культурної спадщини, а історик як медіатор між минулим і сучасністю є охоронцем цієї спадщини¹. У цьому контексті видається слушним доповнення А. Гуревичем портрета сучасного історика ще одним штрихом, а саме: такий історик постає як учений подвійної відповідальності: перед суспільством, до якого він належить, і перед людьми минулого, історію яких він вивчає². Безперечно, тут варто вести мову про відповідальність історика за результати своїх досліджень.

На закінчення необхідно зауважити, що здатним нести таку відповідальність, мабуть, може бути історик широких і різнобічних інтересів, високої культури, який усвідомлює свій професійний обов'язок і прагне до підвищення свого професійного рівня. Саме таким і уявляється вчений-історик права ХХІ ст. *Критичне осмислення науково-пізнавальних проблем, концептуальних основ своєї науки має стати сферою повсякчасного інтересу сучасного історика права.* Він не тільки повинен плідно займатися її науково-пізнавальними проблемами, а й прагнути органічно пов'язати розв'язання цих проблем з вирішенням питань змістовного плану в конкретно-історичних дослідженнях.

Надійшла до редколегії 25.10.04

¹ Див.: Тош Д. Вказ. праця. — С. 55.

² Див.: Гуревич А.Я. Двоякая ответственность историка // Проблемы исторического познания. — М., 1999. — С. 23.

ПИТАННЯ ЦИВІЛЬНОГО І МІЖНАРОДНОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА

В. Кухар, голова Харківського
апеляційного господарського суду

Правові форми реалізації державної інвестиційної політики

Розвиток вітчизняного законодавства України у сфері регулювання інвестиційних відносин має певну історію та порівняно значний формалізований результат у вигляді низки нормативно-правових актів, прийнятих Верховною Радою України, Президентом України та іншими органами державної влади. Загальні показники економічного розвитку України та приріст прямих іноземних інвестицій в економіку нашої держави, що у 2003 р. склали 1 185,7 млн дол. США, теж, на перший погляд, надають підстави для позитивної оцінки функціонування інвестиційної складової механізму економіки України. Проте ґрунтовніший аналіз цих та інших показників, статистичних даних тощо призводить до інших, принципово протилежних висновків у оцінці ефективності дії вітчизняного інвестиційного законодавства, передумов зростання ВВП та обсягу залучених інвестицій; висновків, згідно з якими негативна оцінка зазначених явищ є більш об'єктивною і виваженою.

Так, незважаючи на більш ніж десятилітню еволюцію нормативно-правових актів у сфері регулювання інвестиційних відносин та набрання чинності Господарським кодексом України (ГК), слід констатувати відсутність нормативно-правового акта, який би відповідно до реалій сьогодення комплексно та всебічно регламентував інвестиційні відносини. В свою чергу, зростання ВВП та обсяг існуючих іноземних інвестицій втрачають свою первинну вагу з огляду на ті обставини, що це значною мірою пов'язане з вдалою кон'юнктурою на світовому ринку чорних металів, виробів з них та деяких інших товарів, а за існуючими експертними оцінками Україна потребує щорічно близько

4 млрд дол. США прямих іноземних інвестицій, тобто в декілька разів більше існуючих показників. На підставі наведеного вище досягнуті здобутки у розвитку інвестиційного законодавства, головні економічні показники розвитку інвестиційної складової вітчизняної економіки не можуть бути визнані достатніми і такими, що задовольняють потреби українського суспільства.

У той же час слід зазначити, що очевидна динаміка розвитку вітчизняного законодавства у галузі інвестиційних відносин демонструє бажання законодавця та інших державних інституцій аналізувати нагромаджений досвід та шукати інші шляхи досягнення поставлених цілей — максимального зростання економіки країни та її структурної перебудови відповідно до існуючих і реально можливих конкурентних переваг в масштабі світової господарської системи. Дванадцять років застосування органами державної влади методу спроб та помилок у сфері реалізації інвестиційної політики є достатнім строком для розуміння того, що немає нічого практичнішого за добру теорію. Тобто, настав час визнання необхідним розроблення спочатку на теоретичному рівні концептуальних засад державної інвестиційної політики та шляхів їх реалізації і появи лише після цього можливостей щодо практичного втілення цих концептуальних положень у різноманітних правових механізмах. Без визнання потреби саме такої послідовності дій виникає ризик подальшого екстенсивного шляху розвитку вітчизняної інвестиційної теоретичної та практичної юриспруденції.

Слід визнати, що дослідження правового регулювання інвестиційних відносин є предметом наукових пошуків широкого кола фахівців. Серед них, зокрема, відзначимо, В. Коссака, О. Кібенко, А. Омельченко, О. Сімсон, В. Полатая. Однак проблема визначення концептуальних засад та правових передумов державної інвестиційної політики не одержала достатньої уваги науковців. Саме тому питання про необхідність розроблення засадних підходів та визначення правових передумов формування державної політики у галузі правового регулювання інвестиційних відносин є вкрай актуальним завданням для господарсько-правової науки. Відпрацювання підходів до цієї господарсько-правової проблеми і є метою цієї статті.

Зважаючи на той факт, що чинний дотепер Закон України «Про інвестиційну діяльність» потребує певного редагування своїх положень, значної ваги мало набути прийняття Програми розвитку інвестиційної діяльності на 2002 — 2010 роки, затвердженої постановою Кабінету Міністрів України від 28 грудня 2001 р. № 1801 (далі — Про-

грама)¹ та ГК². Проте набуття чинності цими нормативно-правовими актами не мало бажаного ефекту у сфері регулювання інвестиційних відносин.

Більш того, аналіз Програми дозволяє стверджувати, що функціонально цей документ взагалі не може вважатися програмним, оскільки він не містить систематизованого викладу змісту правової політики держави у сфері інвестиційних відносин, що мала б своєю метою результативний стимулюючий вплив на розвиток економіки України.

Основні принципи зауваження щодо змісту Програми полягають у такому:

1. Відсутня модель державної інвестиційної політики, що передбачає ієрархію як цілей, так і засобів її реалізації.

2. Відсутній чіткий розподіл цілей на головні та підпорядковані, постійні та етапні.

3. Методологічно не відпрацьовані диференціація та співвідношення цілей і засобів між поняттями «державна економічна політика» як базова категорія та «державна інвестиційна політика» як її специфічна складова. Зрозуміло, що ці категорії є системно пов'язаними, а тому мають дуже тісні зв'язки взаємозалежності та взаємовпливу. Однак ігнорування того факту, що це все-таки різні поняття, призвело до закріплення у Програмі положень, які виходять за межі безпосереднього стимулювання та сприяння інвестиційним процесам. Йдеться, наприклад, про такі завдання, як «завершити адміністративну реформу, забезпечити публічність та прозорість у прийнятті рішень органами влади і в результаті подолати бюрократизм та прояви корупції».

4. Не надано характеристику інвестиційним відносинам як складному структурованому явищу, що має специфіку свого втілення в окремих сферах та галузях економіки, внутрішні етапи реалізації, які розподіляються за складом правовідносин на достатньо велику кількість різновидів залежно від предмета, об'єкта інвестиційних відносин, суб'єктного складу тощо. В цьому контексті програма містить лише окремі елементи диференціації, пов'язані зі специфікою певних галузей економіки (транспорт, зв'язок), територій із спеціальним режимом інвестиційної діяльності та деякі інші.

5. Відсутній чіткий організаційний та правовий механізм реалізації передбачених заходів. Стосовно правового механізму це мають бути конкретні пропозиції щодо підготовки та внесення відповідних змін

¹ Офіційний вісник України. – 2002. – № 12. – Ст. 564.

² Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 18, 19–20, 21–22. – Ст. 144.

та доповнень до існуючих нормативно-правових актів, підготовка і прийняття необхідних нових або систематизаційні (кодифікаційні) роботи у галузі інвестиційного законодавства. Навпаки, Програмою передбачено розширення міжнародно-правової договірної бази та внесення змін до законодавства, що має лише побічний зв'язок з інвестиційною діяльністю.

6. Нарешті, Програма не містить аналізу стану та тенденцій світових інвестиційних процесів, прогнозу їх розвитку на майбутнє, політики основних міжнародних фінансових інститутів. Це, безсумнівно, також не сприяє визначенню реалістичних цілей державної інвестиційної політики на підставі зарубіжного досвіду та глобальних макроекономічних прогнозів¹.

Існують певні зауваження і до чинного ГК, який мав потенційну можливість стати головним джерелом визначення засад державної інвестиційної політики. Проте ГК містить лише дві системно не об'єднанні між собою глави, норми яких регламентують інвестиційні відносини. Маються на увазі глава 34 «Правове регулювання інноваційної діяльності» та глава 38 «Іноземні інвестиції». Аналіз об'єкта правового регулювання цих глав дозволяє констатувати, що правовому регулюванню піддаються лише два, хоча, безперечно, і вельми актуальні кола інвестиційних відносин. Внаслідок цього є підстави для висновку про недостатній і фрагментарний рівень регулювання цих відносин кодифікованим актом.

Разом з тим надбанням ГК є визначення форм реалізації державою економічної політики, її основних напрямків та основних засобів державного регулювання господарської діяльності. Так, зокрема, визначення у ст. 10 ГК основних напрямків економічної політики держави має надзвичайно важливе значення, адже кожний з цих напрямків повинен стати центром системи, що утворює певну конфігурацію взаємопов'язаних засобів державного регулювання, які спрямовані на ефективне виконання тієї чи іншої функції держави у галузі ринкових економічних відносин.

Відповідно до тієї ж ст. 10 ГК інвестиційна політика визначена як політика, що спрямована на створення суб'єктам господарювання необхідних умов для залучення і концентрації коштів на потреби розширеного відтворення основних засобів виробництва, переважно у галузях, розвиток яких визначено як пріоритети структурно-галузевої політики, а також забезпечення ефективного і відповідального ви-

¹ Див.: Курс переходної економіки / Под ред. акад. Абалкіна Л. И. – М., 1997. – С. 570.

користання цих коштів та здійснення контролю за ним. У той же час слід зазначити, що напрямки економічної політики держави, такі як, наприклад, структурно-галузева, амортизаційна, податкова, грошово-кредитна тощо, безпосередньо взаємопов'язані з інвестиційною політикою і, до того ж, вони зумовлюють одна одну. Більш того, перелічені напрямки економічної політики можуть бути подані як складна система, що має внутрішню структуру з проявами ієрархії її елементів, в якій виникають власні особливості функціонування.

Складність існуючих взаємозв'язків між поняттям державної інвестиційної політики та категоріями, які вона деталізує або через які сама тлумачиться, не дозволяє нам погодитися з тим ланцюгом кореспондуючих категорій, що визначені в ГК, а саме «економічна політика» — «інвестиційна політика» — «засоби державного регулювання господарської діяльності». Вважаємо, що подібний тричленний структурно визначений зв'язок є недостатнім і не дозволяє будувати чітку цілеспрямовану регулятивну діяльність держави в цій галузі, в тому числі у сфері нормотворчої діяльності.

Як перше наближення до проблеми концептуального визначення державної інвестиційної політики та передумови забезпечення розвитку інвестиційного законодавства необхідно виходити з потреби встановлення низки послідовно і системно пов'язаних категорій-феноменів: економічні функції держави — державна економічна політика — інвестиційна політика держави — модель державного регулювання інвестиційних відносин — правова ідеологія у галузі законодавчого регулювання інвестиційних відносин — законодавча політика у галузі правового регулювання інвестиційних відносин — система правових засобів регулювання (стимулювання) інвестиційних відносин — публічно-правовий та приватноправовий рівні — правові режими та правові механізми регулювання окремих типів інвестиційних відносин. Звісно, при цьому не можна стверджувати, що зазначені поняття сутнісно єдині та відрізняються між собою лише видовими відмінностями. Насправді, йдеться про системний зв'язок понять, частина з яких навіть не є юридичними, однак кожне наступне поняття цього ланцюга з необхідністю, з точки зору досліджуваної проблеми, інтерпретує попереднє, що є цілком достатнім аргументом для обґрунтування можливості існування такого категорійно-понятійного ланцюга.

Таким чином, до логіки послідовно застосовуваних елементів державного регулювання інвестиційних відносин згідно з ГК слід додати низку додаткових і необхідних елементів, що заповнюють існуючі в законодавчому визначенні прогалини, які перешкоджають з'ясуван-

ню концептуальних засад державної інвестиційної політики та визначенню необхідних правових передумов для її подальшого втілення. Такими елементами, що підлягають включенню до тексту ГК, з нашої точки зору, є: «модель державного регулювання інвестиційних відносин», «правова ідеологія», «законодавча політика» та «правові режими і правові механізми регулювання окремих типів інвестиційних відносин».

На підтвердження висловленої позиції зазначимо, що, по-перше, інвестиційна політика держави має бути сформована не тільки як перелік цілей і засобів їх досягнення, а й як певна модель, що відображає складні системно-структурні як внутрішні, так і зовнішні її зв'язки з факторами заохочення інвестиційної активності суб'єктів господарювання. Практично реалізація такої моделі базується на домінуючих у суспільстві правових доктринах — юридичних концепціях, що є продуктом правової науки і елементом правової ідеології суспільства¹. По-друге, тільки правова ідеологія у поєднанні з законодавчою політикою, що є проявом стратегії і тактики держави у нормотворчій сфері, як встановлення правового порядку законодавчими засобами², можуть слугувати специфічною формою трансформації суто управлінських завдань, сформульованих мовою економічної науки, на мову правових форм реалізації цих завдань. Серед них, звичайно, може бути передбачено застосування окремих правових засобів регулювання, таких як пільги, гарантії тощо, а можуть застосовуватись комплекси таких засобів, що утворюють окремі правові режими функціонування інвестиційних відносин. До завдань законодавчої політики можна віднести також проблему кодифікації українського інвестиційного законодавства³.

Звичайно, не всі з названих чинників механізму державного впливу на ринкові економічні відносини потребують нормативно-правового закріплення. Так, деякі з них можуть існувати в режимі управлінського «ноу-хау», що не дозволяє нехтувати ними. До цієї категорії може належати розробка моделі інвестиційного розвитку і його державного стимулювання, або, наприклад, аспекти правової ідеології, що використовувались для формування законодавчої політики, тощо.

¹ Див.: Гойман-Калинский И. В., Иванец Г. И., Червонюк В. И. Элементарные начала общей теории права. Право и закон. — М., 2003. — С. 339.

² Див.: Там само. — С. 219.

³ Див.: Кудрявцева В. В. Інвестиційне законодавство України: напрямки удосконалення // Проблеми законності. — 2004. — Вип. 65. — С. 93.

Нарешті, важливе значення має визнання того факту, що застосуванням правових засобів державного регулювання інвестиційних відносин, під якими розуміють суто публічно-правові заходи, не обмежуються можливості правового впливу на інвестиційні відносини, оскільки останні в певній частині регламентуються і джерелами приватного права. З огляду на це визначення механізму впливу останніх на динаміку інвестиційних відносин є нагальною потребою державної інвестиційної політики.

Таким чином, підсумовуючи наведене вище, слід визнати, що наявність достатньо об'ємного та розгалуженого чинного законодавства, яке стосується такого важливого сегмента економічних відносин, як інвестиційні відносини, не є наслідком чітко визначеної цілісної державної інвестиційної правової політики, якій би були підпорядковані всі ці законодавчо встановлені конструкції. Можливо, це і є однією з головних проблем, що перешкоджає подолати низьку ефективність інвестиційного законодавства. Виходячи з цього, проблематика пошуку адекватних правових форм визначення концептуальних засад державної інвестиційної політики та шляхів їх реалізації є шляхом, що не має альтернативи, якщо ми воліємо залишатися державою, яка сама визначає свою долю.

Надійшла до редколегії 10.09.04

О. Кохановська, доцент Київського національного університету

Теоретичні проблеми реалізації інформаційних прав у цивільному праві України

Проблемам реалізації прав у сучасній правовій літературі приділяється істотна увага. Не залишаються вони і поза увагою науки цивільного права. Враховуючи тенденції розвитку теорії цивільного права, практичні завдання, які постають перед суспільством і окремими його членами у сфері забезпечення прав людини, місце інформаційних відносин у цьому процесі, авторка поставила за мету проаналізувати теоретичні засади реалізації інформаційних прав у системі цивільного права.

Стаття має безпосередній зв'язок з науковими програмами державного рівня, розробкою теоретичних питань цивільно-правового

регулювання інформаційних відносин та реалізації інформаційних прав, відповідає особливостям розвитку міжнародного законодавства у галузі інформатики і пов'язана з розробкою основних цивільно-правових проблем інформаційного права, яка здійснюється за науковими програмами і напрямками, затвердженими Академією правових наук України.

Ефективному дослідженню питань реалізації інформаційних прав сприяли теоретичні роботи вчених низки галузей права, зокрема А. Агапова, Ю. Батуріна, І. Бачило, А. Венгерова, А. Гельба, М. Рассолова, В. Копилова тощо. На роботи цих дослідників авторка спиралася під час вивчення особливостей інформації та інформаційних відносин.

Теоретичною основою дослідження стали висновки, викладені у працях відомих теоретиків права і фахівців-цивілістів із загальних проблем права: С. Алексєєва, М. Агаркова, С. Братуся, Д. Бобрової, В. Грибанова, О. Дзери, А. Довгерта, О. Йоффе, М. Катаєва, О. Красавчикова, Н. Кузнецової, В. Лазарева, М. Марченко, М. Малєїна, А. Піголкіна, О. Підопригори, М. Сібільова, О. Сергєєва, Ю. Толстого, Я. Шевченко та ін.

Ця стаття присвячена висвітленню теоретичних проблем реалізації прав у теорії права і теорії цивільного права, а також реалізації інформаційних прав у сучасному цивільному праві, які не досліджувалися раніше, що дозволить розв'язати завдання побудови теоретичної основи цивільно-правового регулювання інформаційних відносин та реалізації інформаційних прав в Україні. При цьому зазначимо принципово новий підхід до термінологічної різниці між поняттями «інформаційні права» та «право на інформацію». Термін «інформаційні права» пропонується як найбільш широкий у визначенні всього комплексу прав, які являють сутність інформаційних відносин у цивільному праві, а «право на інформацію» — як особисте немайнове право, що має низку особливостей, зазначених у Книзі II ЦК України (далі — ЦК).

Згідно з положеннями загальної теорії права, крім прийняття законів, вирішальне значення на практиці має здійснення загальнообов'язкових вимог, які містяться в нормативно-правових актах. «Сформульовані в законах та інших нормативно-правових актах норми тільки тоді стають живими, коли вони втілюються у дійсності, реалізуються у свідомо-вольових вчинках (діях) людей»¹.

¹ Общая теория государства и права. Академический курс в 2-х т. / Под ред. проф. М. Н. Марченко. — Т. 2. Теория права. — М., 1998. — С. 312.

Сучасне розуміння реалізації права ґрунтується, таким чином, на зазначених загальнотеоретичних засадах і спирається на висновки значної за обсягом наукової літератури, присвяченої розгляду цих питань.

У деяких випадках реалізація права пов'язується не тільки з процесом чи зовнішнім проявом процесу правового регулювання, а й з його кінцевим результатом¹, що можна визнати вірним з погляду практики втілення норм права у життя. Результат у даному випадку слугує критерієм не тільки правильності застосування норм, а й доцільності, життєвості самої норми, відповідності її вимогам часу. В наведеному аспекті реалізація права визначається як досягнення повної відповідності між вимогами норм здійснити певні вчинки чи утриматися від їх здійснення і сумою дій, які фактично здійснено.

Термін «реалізація», його сутність, форми і види реалізації прав розуміються не завжди однаково, певні розбіжності знаходимо в різних історичні періоди розвитку права і в різних правових системах, законодавстві і теорії деяких країн. Найбільш поширеним і традиційним підходом можна вважати уявлення про реалізацію права як про визначений, чітко обумовлений процес здійснення правових приписів у поведінці людей. При цьому досить типовим вважається визначення, згідно з яким реалізація виступає як «така поведінка суб'єктів права, в якій втілюється припис правових норм (правомірна поведінка), практична діяльність людей по здійсненню прав і виконанню юридичних обов'язків»². З огляду на це реалізація права пояснюється як втілення у вчинках людей тих вимог, що у загальній формі виражені у нормах права, як конкретний прояв процесу правового регулювання.

В літературі досліджуються два принципово відмінні види способів реалізації — фактичні та юридичні³. При цьому фактичні способи реалізації полягають у здійсненні таких дій, які викликають майнові і немайнові наслідки, що стосуються прав та інтересів окремих осіб, але ці наслідки не мають юридичного характеру. В свою чергу юридичні способи здійснення суб'єктивного права полягають у реалізації дій юридичного характеру — вчиненні правочинів, укладенні договорів тощо.

Важливе значення мають також способи здійснення суб'єктивних обов'язків: суб'єктивні обов'язки активного характеру можуть призведе-

¹ Див.: Теория государства и права / Под ред. Н. А. Катаева и В. В. Лазарева. — Уфа, 1994. — С. 374.

² Общая теория права / Отв. ред. А. С. Пиголкин. — М., 1996. — С. 282.

³ Див.: Гражданское право / Отв. ред. Е. А. Суханов. — М., 1998. — Т. 1. — С. 381.

сти до припинення правовідношення в цілому або викликати у зобов'язаної особи право на одержання зустрічного задоволення. Підкреслюється, що цивільно-правовий обов'язок, котрий становить міру поведінки, якої має дотримуватися зобов'язана сторона, тісно пов'язаний з тим правом вимоги, яким наділена уповноважена особа¹.

Розроблено різні класифікації форм реалізації права залежно від критеріїв, що покладено в їх основу. Так, залежно від характеру правотворчих дій суб'єктів права розрізняють чотири основні форми реалізації права: здійснення (використання); виконання; дотримання; застосування².

Перша форма виражається в активній реалізації можливостей, які надаються суб'єктам різних суспільних відносин нормами права. Вважається, що в межах даної форми реалізації права відбувається здійснення суб'єктивних прав учасниками врегульованих за допомогою права суспільних відносин³. Зазначимо, що цивільне правовідношення набуває соціальної цінності саме у разі його здійснення. Практика також свідчить, що найчастіше фізичні та юридичні особи розпоряджаються належними їм правами шляхом їх здійснення. Тому, на нашу думку, в теоретичних роботах з цивільного права дослідження проблем реалізації права фактично дорівнює вивченню проблем здійснення цивільних прав. Між тим загальна теорія права розуміє терміни «реалізація» та «здійснення» прав як неоднакові, такі, з яких один (реалізація) скоріше включає у себе інший (здійснення) і певною мірою доповнює його. Так, в цивільному праві під здійсненням права розуміється реалізація тих можливостей, які надаються законом чи договором володільцю суб'єктивного права⁴. З наведеного визначення можна дійти висновку про те, що для цивільного права термін «здійснення» прав пояснюється через більш широкий за змістом термін «реалізація». Іншими словами, здійснити суб'єктивне право означає реально скористатися тією ж юридичною свободою, яка гарантована суб'єкту державою⁵.

Досліджуючи проблему свободи особи, М. Малейн вважає, що вона пов'язана не тільки з об'єктивним правом, а й з його здійснен-

¹ Див.: Цивільне право України: Академічний курс у 2-х т. / За заг. ред. Я. М. Шевченко. – Т. 1. Загальна частина. – К., 2003. – С. 72.

² Див.: Общая теория государства и права. – Т. 2. Теория права. – С. 312–313.

³ Див.: Там само – С. 313.

⁴ Див.: Гражданское право: Учебник. Часть 1. – Изд. 3-е, перераб. и доп. / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М., 1998. – С. 262–263.

⁵ Див.: Там само – С. 263.

ням¹. Посилаючись на визначення, надане Л. Явичем, про те, що «здійснення права — це спосіб його... існування, дії, перетворення соціальних потреб у дійсність», він докладно аналізує межі реалізації права, які за загальними підходами теорії права повинні повністю відповідати правовим приписам і міститися у конкретних правових нормах, які визначають права і обов'язки. При цьому будь-які дії, які підпадають під ознаки норм тієї чи іншої галузі права, є правовими, а відносини, які знаходяться поза сферою закону, регулюються нормами моралі, загальної і професійної етики тощо і тому не тягнуть за собою юридичних наслідків. На думку М. Малєїна, такий загальний критерій розрізнення правової та неправової поведінки в абсолютній більшості випадків не викликає сумнівів у разі, якщо йдеться про такі галузі права, як кримінальне, адміністративне тощо. Розглядувана проблема стає складнішою стосовно типу відносин, які регулюються цивільним законодавством, у широкому розумінні, включаючи сімейне право та деякі інститути інших галузей.

Як відомо, цивільне право складається з норм, які встановлюють не стільки заборони, скільки дозволення; йому відома аналогія, а також правові установлення — дозволення загального характеру. Так, згідно з цивільним законодавством цивільні права і обов'язки можуть виникнути не лише із підстав, передбачених законом, але також з дій осіб, які хоча і не передбачені законом, але в силу загальних засад і змісту законодавства можуть породжувати цивільні права і обов'язки (правову поведінку). В цивільному праві значну роль відіграють цивільно-правові принципи (засади), якими повинні керуватися учасники відносин. Саме відповідно до цих принципів й належить оцінювати правомірність чи неправомірність, заборону чи дозволеність здійснюваних дій за формулою «дозволено все, що не заборонено законом».

Повертаючись до позиції М. Малєїна з цього питання, зазначимо, що автор погоджується з тим, що «загальні принципи, які закріплені в юридичних нормах, без сумніву, мають визначальне значення при встановленні заборон і дозволів, прав і обов'язків суб'єктів, а також змін у правовому регулюванні», з тим, що «на основі і у відповідності з загальними правовими принципами відбувається становлення і розвиток системи права, яка складається з окремих галузей, інститутів, норм». Однак, на його думку, дозволи, приписи і заборони, права і обов'язки встановлюються саме конкретними юридичними нормами

¹ Див.: *Малєин Н. С. Гражданский закон и права личности в СССР.* — М., 1981. — С. 56.

відповідно до загальних правових принципів і, таким чином, визначаються межі правової поведінки, права і свободи громадян. «Тому при оцінці правомірності чи неправомірності поведінки належить керуватися саме нормами закону. Це одночасно означає і керівництво загальними принципами права»¹.

Таким чином, ми маємо можливість переконатися в тому, що один із найвідоміших представників радянської школи цивільного права не вважав за необхідне розширення впливу принципів права, аналогії права на можливості здійснення прав, у тому числі цивільних, аргументуючи це тим, що це може призвести до протиставлення норм закону — загальним правовим принципам, ігнорування закону, надасть принципам права ревізійні функції відносно будь-якої норми закону і закон як мірило — масштаб поведінки втратить — свою чітку визначеність, нормативність; це, в свою чергу, призведе до підміни інтересів, волі народу волею суду чи іншого правозастосовного органу, який буде «визначати» і тлумачити загальні принципи і згідно з цим вирішувати справи, а це не могло, на переконання радянських юристів, сприяти зміцненню соціалістичної законності та підвищенню прав громадян. Переважна більшість правознавців радянського періоду підтримували подібні позиції.

Сучасні підходи до названих проблем у праві достатньо виважено, з урахуванням вимог сьогодення, змінилися.

У зв'язку з цим не зайвим буде згадати, що історія права свідчить про те, що в різні періоди розвитку права ставлення, наприклад, до так званої «свободи суддівського правотворення» періодично змінювалося. За дослідженнями Й. Покровського, в певні періоди розвитку людства доводилася необхідність повного суддівського розсуду і свободи у застосуванні та тлумаченні права, а в інші — ці переконання змінювалися на повністю протилежні і вкрай докладне регулювання нормами права усіх відносин не допускало жодного прояву власного розсуду. Дотримання норми права, букви закону ставали нормою і взірцем². На наш погляд, як і будь-який крайній підхід, жодна з цих думок не заслуговує на визнання її істиною в останній інстанції. Найвищим досяжним рівнем у цьому питанні має бути «золота середина», яку на сьогодні, власне, і пропонує новий ЦК.

Ефективна реалізація інформаційних прав у праві цивільному можлива лише за умови дотримання норм права, принципів (загаль-

¹ *Малеин Н. С.* Вказ. праця. — С. 56–57.

² *Див.: Покровский И. А.* Основные проблемы гражданского права. — М., 1998. — С. 89–105.

них засад) цивільного права і з урахуванням широких можливостей, які надає інститут аналогії цивільного права. Прикладом цього може бути здійснення громадянами України своїх конституційних інформаційних прав, зокрема права на інформацію, яке формулюється у ст. 302 ЦК як «право вільно збирати, зберігати, використовувати і поширювати інформацію» і відповідає нормам Конституції України та Закону України «Про інформацію», загальним засадам цивільного права.

Слід враховувати, що йдеться також про реалізацію правомочностей державними та іншими органами і організаціями, юридичними особами різних видів та державою чи територіальними утвореннями як особливими суб'єктами цивільного права. В літературі з теорії права обґрунтовано доводиться, що між здійсненням прав громадянами і використанням правомочностей державними органами і посадовими особами є значна різниця. Однак для цивільного права як права приватного, на нашу думку, ця різниця зводиться до особливостей самих суб'єктів — фізичних та юридичних осіб, інших специфічних суб'єктів, згаданих вище, як осіб, з одного боку, приватного, а з іншого — публічного права.

Незмінним в даному випадку залишається той факт, що як використання, так і невикористання суб'єктивних прав суб'єктами (наприклад, фізичними особами) є суто добровільною справою. Для цивільного права це твердження посилюється диспозитивними засадами та юридичною рівністю учасників цивільних правовідносин. Ніхто не може примушувати учасників інформаційних цивільних правовідносин до використання ними своїх прав і ніхто не зобов'язаний нести відповідальність за невикористання ними цих прав.

Щодо державних органів та посадових осіб, то для них здійснення правомочностей є, як правило, не тільки правом, а й обов'язком. Так, суди мають не лише правомочність, а й обов'язок вирішувати цивільні та інші справи, пов'язані з інформаційними відносинами, та здійснювати визначені законом процесуальні дії для прийняття обґрунтованих рішень. Органи місцевої влади зобов'язані надавати достовірну і повну інформацію про стан довілля на запит зацікавлених осіб.

Елементами суб'єктивного цивільного права, як відомо, є право на власні дії, право на чужі дії і право на захист свого суб'єктивного цивільного права в разі його порушення. Перш за все суб'єктивні цивільні права здійснюються через власні юридично значущі дії уповноважених осіб. Так, суб'єкт інформаційних цивільних відносин може сам збирати, зберігати, використовувати і поширювати інформацію, передавати у власність іншій особі матеріальні носії, які містять інфор-

мацію, обмінювати її на іншу, зберігати таємницю обміну інформацією тощо. У цих випадках суб'єкт реалізує право на свої активні дії, за допомогою яких задовольняються і його власні інтереси.

В свою чергу, право на позитивні власні дії пов'язане з іншим елементом суб'єктивного права — правом вимоги відповідної поведінки зобов'язаних осіб, зокрема правом вимагати надання інформації, не використовувати конфіденційну інформацію про фізичну особу без її згоди тощо.

Отже, здійснення суб'єктивних прав завжди є поєднанням можливості уповноваженої особи здійснювати власні дії з можливістю вимагати дотримання або виконання юридичних обов'язків іншими особами. Саме така конкретна реалізація названих можливостей являє собою способи здійснення права.

Враховуючи положення теоретичних робіт з питання способів здійснення цивільних прав, можна стверджувати, що вибір способів здійснення права залежить не лише від розсуду самого суб'єкта, а й від конкретного змісту суб'єктивного права¹, яке в свою чергу залежить від його призначення, іншими словами, визначається метою, для досягнення якої воно надається уповноваженій особі. Так, суб'єктивне право на комерційну таємницю покликано перш за все забезпечити суспільне визнання того факту, що особа є володільцем певної інформації, яка має комерційну цінність. У зв'язку з цим на перший план висувається надана володільцю даної інформації можливість вимагати від усіх третіх осіб утримуватися від будь-яких дій, які б ставили під сумнів чи заперечували дану обставину. Конкретні способи реалізації цієї можливості, тобто способи здійснення суб'єктивного права на комерційну інформацію, можуть бути різними, однак сутність в даному випадку зводиться до вимоги відповідної поведінки зобов'язаних осіб.

Поряд з цим право на комерційну таємницю може здійснюватися суб'єктом і через власні активні дії, хоча такий спосіб здійснення права в даному разі є скоріше допоміжним засобом його реалізації.

Здійснення права, крім того, в одних випадках вичерпується однією дією, а в інших — виражається у триваючих, повторюваних діях уповноваженого суб'єкта. Так, якщо суб'єктивне право на отримання певного інформаційного продукту через мережу може бути здійснено лише одноразово, то право користувача інформаційними ресурсами інформаційної системи «Ліга» за договором передбачає низку триваючих, багатократно повторюваних дій з користування інформацією, яку надає дана система.

¹ Див.: Гражданское право: Учебник. Часть 1. — С. 263.

Стаття 12 ЦК закріплює положення про те, що особа здійснює свої цивільні права вільно, на власний розсуд, а нездійснення особою своїх цивільних прав не є підставою для їх припинення, крім випадків, установлених законом. Це означає, що всі питання, пов'язані з використанням суб'єктивних прав, включаючи обсяг і способи їх реалізації, а також відмову від суб'єктивних прав, передання їх іншим особам, вирішуються уповноваженими особами за їх власним розсудом¹.

В даному випадку йдеться про конкретні суб'єктивні права, якими володіють, наприклад, фізичні і юридичні особи. Питання про розпорядження правами, які лише можуть виникнути у майбутньому, має вирішуватися із урахуванням правила про те, що правочин, що обмежує можливість фізичної особи мати не заборонені законом цивільні права та обов'язки, є нікчемним (ч. 1 ст. 27 ЦК).

Особа може відмовитися від свого майнового права або передати його іншій особі за відплатним чи безвідплатним договором, крім випадків, установлених законом.

ЦК передбачає також наслідки недобросовісного або нерозумного здійснення особою свого права, закріплюючи презумпцію, згідно з якою поведінка особи є добросовісною та розумною, якщо інше не встановлено судом. Терміни «добросовісний» і «розумний» потребують, на нашу думку, ще додаткових доктринальних пояснень і підтвердження практикою їх вірного розуміння.

Важливим для теорії і практики реалізації інформаційних прав є питання про межі здійснення цивільних прав. Як підкреслював С. Грибанов, «...саме суб'єктивне право за своїм змістом, так і та свобода, яка гарантується законом з метою реального здійснення права уповноваженою особою, не можуть бути безмежними. Будь-яке суб'єктивне право, будучи мірою можливої поведінки уповноваженої особи, має певні межі як за своїм змістом, так і за характером його здійснення. Межі ці можуть бути більшими чи меншими, але вони існують завжди. Межі є невід'ємною якістю будь-якого суб'єктивного права, тому що при відсутності таких меж право перетворюється на свою протилежність — на свавілля і тим самим взагалі перестає бути правом»².

Досліджуючи історію розвитку юридичної думки з цього питання, С. Грибанов посилається на П. Лафарга, який свого часу звертав увагу на те, що юристи, політики, філософи і релігійні реформатори дуже часто сперечалися, наприклад, про необмеженість права власності, а

¹ Див.: Гражданское право: Учебник. Часть 1. — С. 262.

² Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав. — М., 2000. — С. 22.

в цивілістичній літературі XIX і початку XX ст. ця проблема посіла провідне місце. Звернення до даної дискусії має значення для подальшого дослідження у сфері інформаційних правовідносин.

Позиція про те, що право власності є правом, за своєю природою необмеженим, відображена у роботах Савінії, а також Пухти, Віндшейда, Зома та ін. Вони припускали лише можливість тимчасового обмеження права власності правами третіх осіб на ту саму річ, після усунення таких перешкод право власності відновлювалося у необмеженому обсязі. Прибічники іншого напрямку (Гартман, Дернбург, Шершеневич та ін.), навпаки, вважали право власності правом, обмеженим законом. І дійсно, в законодавчих актах XIX ст. право власності розглядалося як панування над річчю у межах, встановлених законом.

На думку С. Грибанова, «...питання про межі права власності в умовах приватної власності є питанням про межі правового і фактичного панування у даному суспільстві того чи іншого пануючого класу»¹.

Відправним моментом для з'ясування цього питання може служити ст. 13 ЦК, згідно з якою цивільні права особа здійснює у межах, наданих їй договором або актами цивільного законодавства. При цьому вона повинна утримуватись від дій, які могли б порушити права інших осіб, завдати шкоди довікільлю або культурній спадщині. Таким чином, особливістю нинішнього етапу розвитку законодавства є те, що воно не лише проголошує певні права осіб, а й звертає увагу на забезпечення реальної можливості здійснення цих прав управомоченим суб'єктом. Це пояснюється позитивними тенденціями розвитку демократичного суспільства в нашій державі.

Тим часом закріплення у законі правових гарантій реальності прав фізичних та юридичних осіб не може зводитися виключно до забезпечення реального здійснення суб'єктивних прав лише управомоченої особи. Поряд з цим право покликане також гарантувати і правовий захист інтересів усього суспільства в цілому, прав та інтересів інших осіб, які можуть зачіпатися під час здійснення права управомоченою особою. Тому визначення меж здійснення цивільних прав не можна назвати обмеженням цих прав, це скоріше юридичний вираз вже існуючого становища між людьми в системі суспільних відносин, по суті, правова гарантія такої рівності. Порушення меж здійснення прав є зловживанням правом. Сама проблема недопущення зловживання правом може розглядатися як необхідна складова проблеми забезпечення реальності і гарантованості прав.

¹ *Грибанов В. П.* Осуществление и защита гражданских прав. — С. 22—23.

Частини 2–5 ст. 13 ЦК вказують на неприпустимість дій особи, що вчиняються з наміром завдати шкоди іншій особі, а також зловживання правом в інших формах; використання цивільних прав з метою неправомірного обмеження конкуренції, зловживання монопольним становищем на ринку, а також недобросовісна конкуренція.

Таким чином, і сьогодні не втрачає свого значення думка С. Грибанова про те, що «...боротьба із зловживанням правом повинна бути тим більш широкою і повнішою, чим повніше і ширше демократія, чим реальніше суспільство забезпечує права своїх громадян»¹.

При здійсненні цивільних прав особа повинна додержуватися також моральних засад суспільства. На нашу думку, моральні засади суспільства мають своїм джерелом перш за все вироблені протягом тисячоліть релігійні, звичаєві, добросусідські, дружні та загальнолюдські настанови, що навіть в неписаному, незафіксованому вигляді залишаються незмінно «золотою скарбницею» людства, дозволяють людині піднятися духом і розумом вище звичайних фізіологічних потреб, природних інстинктів і переваг особистого егоїзму. Нормативне закріплення таких положень у цивільному кодексі є безсумнівною перемогою ідей класиків цивілістики, зокрема Й. Покровського, які доводили необхідність дотримання «моральності в праві». У разі недодержання цих вимог суд може зобов'язати особу припинити зловживання своїми правами, а також застосувати інші наслідки, встановлені законом.

Свої межі і правила, регламентовані ЦК, мають також виконання цивільних обов'язків (ст. 14). Теорія сучасного цивільного права виходить із положення про нерозривний зв'язок здійснення суб'єктивних прав з виконанням обов'язків. Перш за все звертає на себе увагу наявність зв'язку між правом на активні дії і обов'язком третіх осіб не перешкоджати їх здійсненню. В свою чергу при реалізації права вимоги це проявляється через вимогу управомоченої особи до суб'єкта, зобов'язаного виконати певні активні дії, наприклад, надати повну та достовірну інформацію про стан здоров'я, виконати роботу із створення інформаційного продукту, надати інформаційні послуги у сфері освіти тощо.

На думку Ю. Толстого, цивільно-правовий обов'язок характеризується як міра належної поведінки зобов'язаної особи, якій вона повинна слідувати відповідно до вимог управомоченого суб'єкта з метою задоволення його інтересів².

¹ Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав. — С. 25.

² Див.: Толстой Ю. К. К теории правоотношения. — Л., 1959. — С. 46.

Тим часом цивільно-правові обов'язки мають неоднаковий зміст. Якщо звернутися до абсолютних правовідносин, наприклад, до права на інформацію про стан здоров'я (ст. 285 ЦК) у системі особистих немайнових прав фізичної особи, де як зобов'язані суб'єкти виступають усі треті особи, обов'язки останніх мають пасивний характер. Вони повинні лише утримуватися від дій, які заважають управомоченій особі здійснювати дозволені їй активні дії по задоволенню своїх інтересів.

В той же час у відносних зобов'язальних правовідносинах цивільно-правові обов'язки полягають перш за все у позитивних діях. Здійснення обов'язку лікаря (медичних працівників) по наданню повної та достовірної інформації про стан здоров'я хворого на його прохання забезпечить задоволення інтересів пацієнта як управомоченої особи. До тих самих висновків призводить аналіз положень ст. 286 ЦК України щодо права на таємницю про стан здоров'я, з тією лише різницею, що зобов'язаною особою, яка має утримуватись від поширення інформації про стан здоров'я, факт звернення за медичною допомогою, діагноз, а також про відомості, одержані при медичному обстеженні, у ч. 3 ст. 286 ЦК названо будь-яку (і кожную) фізичну особу, якій така інформація стала відома у зв'язку з виконанням службових обов'язків або з інших джерел.

Аналізуючи положення нового ЦК щодо здійснення цивільних прав, зокрема ст. 12, ми вже вдалися певною мірою до характеристики надзвичайно важливого для інформаційних відносин питання про межі здійснення цивільних прав. Враховуючи наші теоретичні дослідження щодо інформаційного права як інституту цивільного права, а в майбутньому, не виключено, і підгалузі цивільного права, доречно розглянути більш докладно проблему меж здійснення цивільних прав з урахуванням особливостей інформаційних правовідносин¹.

Як впливає із ч. 1 ст. 12 ЦК, закон, закріплюючи принцип вільної, на власний розсуд реалізації належних громадянам та юридичним особам суб'єктивних прав, одночасно ставить низку вимог, яких слід дотримуватися при їх здійсненні (ст. 13 ЦК). Необхідно обумовити також і той факт, що зміст названих вимог може бути різним залежно від призначення і характеру конкретних суб'єктивних прав.

Вирішення усіх питань, пов'язаних з реалізацією суб'єктивних прав, надається самим фізичним та юридичним особам на їх власний

¹ Див.: *Кохановська О. В.* Правове регулювання у сфері інформаційних відносин. — К., 2001.

розсуд, що пояснюється особливостями цивільно-правового регулювання, яке є диспозитивним.

Тим часом цивільне право використовує також зобов'язуючі, забороняючі норми, а також норми, якими встановлюються певні обмеження. У сфері цих норм і відбувається реалізація можливостей, що надаються управомоченій особі, якій належить суб'єктивне право.

Залежно від видів цивільні правовідносини мають особливості можливої реалізації як абсолютні і відносні, майнові та особисті немайнові, регулятивні та правоохоронні правовідносини.

Слід також враховувати, що у правовідношенні кожна із сторін найчастіше виступає як управомочена і одночасно зобов'язана особа, що відображає їх двосторонній і еквівалентно-відплатний характер.

Спираючись на положення загальної теорії цивільного права, доцільно враховувати також те, що регулятивні правовідносини забезпечують суб'єктам цивільного права набуття прав, а правоохоронні — допомагають нормальному функціонуванню регулятивних правовідносин. Характер виконання суб'єктивного права в свою чергу залежить від характеру виконання суб'єктивного обов'язку, який може бути добровільним або примусовим для обов'язків активного характеру.

Закон, таким чином, містить перелік вимог, котрі слід розглядати як загальні межі здійснення будь-яких суб'єктивних прав і котрі ґрунтуються на низці правових принципів. Деякі такі загальні межі можна також визначити, виходячи із загальних засад і змісту цивільного законодавства.

Перша істотна вимога полягає в тому, що здійснення цивільних прав особою повинно відбуватися у межах, наданих їй договором або актами цивільного законодавства (ч. 1 ст. 13 ЦК). В її основі традиційно лежить принцип законності. Поведінка суб'єктів цивільного правовідношення має відповідати також звичаям ділового обороту, під якими ЦК розуміє як сам звичай — правило поведінки, котре не встановлене актами цивільного законодавства, але є усталеним у певній сфері цивільних правовідносин, так і звичай ділового обороту. Причому звичай може бути зафіксований у відповідному документі. Не застосовується звичай, що суперечить договору або актам цивільного законодавства (ч. ч. 1, 2 ст. 7 ЦК). Таким чином, закон і договір можна визнати незаперечними засобами цивільно-правового регулювання правовідносин, а звичай ділового обороту — додатковим засобом.

Законодавство встановлює обов'язкове дотримання норм ділової етики, принципів солідарності та ділового співробітництва при здійсненні прав та обов'язків, що передбачає допомогу один одному

у виконанні обов'язків, покладених на суб'єктів цивільних правовідносин. У літературі наведені принципи згадуються поряд із принципом використання цивільних прав і обов'язків відповідно до їх соціального призначення¹.

Здійснення цивільних прав не повинно порушувати і охоронюваних законом інтересів інших осіб. Зрозуміло, що права різних суб'єктів у суспільстві тісно взаємопов'язані, тому, здійснюючи свої права, будь-який суб'єкт повинен рахуватися з тим, що інші особи також є володільцями суміжних чи аналогічних прав і визнаються такими, що підлягають охороні законом. Так, особа, яка використовує унікальний, важливий для всього людства інформаційний ресурс, не може використовувати його таким чином, щоб її дії ускладнювали або робили неможливими здійснення аналогічних прав іншими особами, які користуються цим джерелом. В цьому проявляється відомий не лише праву принцип про те, що права одних осіб закінчуються там, де починаються права інших осіб. Для цивільного права це положення може бути сформульоване таким чином: цивільні права одного суб'єкта цивільного права закінчуються там, де починаються права іншого суб'єкта.

Стаття 13 ЦК продовжується у ч. 2 положенням про те, що особа зобов'язана утримуватись від дій, які могли б порушити права інших осіб, завдати шкоди довкіллю або культурній спадщині. Наприклад, неперевірена недостовірною інформація, викладена не як особиста думка, а як експертний висновок на сторінках популярного видання, може завдати шкоди довкіллю в результаті використання такої неперевіреної інформації для сільськогосподарських потреб або для будівництва споруд.

Слід зазначити, що при здійсненні цивільних прав особи повинні діяти справедливо, добросовісно і розумно, не втручатися у сферу особистого життя інших осіб, додержуватися інших прав і свобод (ст. 3 ЦК) та інших прийнятих у суспільстві норм (ст. 7 ЦК).

Частина 4 ст. 13 ЦК закріплює обов'язок особи додержуватися моральних засад суспільства при здійсненні цивільних прав. Це є важливою новелою ЦК і потребує додаткових пояснень. Назване положення закону не слід розуміти як таке, що повністю прирівнює моральні та правові норми. Зрозуміло, що порушення моральних норм не може тягти за собою негативних юридичних наслідків для учасників цивільних правовідносин, інше призвело б до знищення різниці між нормами моралі та нормами права. Однак і учасники цивільних

¹ Див.: Гражданское право/ Отв. ред. Е. А. Суханов. – Т. 1. – С. 384–389.

правовідносин, і органи, наділені правозастосовними функціями, повинні в обов'язковому порядку враховувати у своїй діяльності правила моралі, які є загально визнаними у суспільстві. На нашу думку, дискусії щодо невизначеності поняття сучасної моралі не мають під собою серйозного підґрунтя. Поняття моралі вироблені століттями і незмінні протягом тисяч років — більша їх частина, як зазначалося, виписана в релігійних джерелах, звичаях і традиціях народу.

В інформаційній сфері робляться спроби врегулювати проблемні питання на основі моральних засад, звичаїв і традицій світового міжнародного рівня. Цікавою спробою можна вважати прийняття 22 липня 2000 р. країнами «Великої вісімки» Окінавської Хартії Глобального інформаційного суспільства. Формулюючи власне бачення інформаційного суспільства, розробники Хартії назвали його таким, яке «краще дозволяє людям використовувати свій потенціал і реалізувати свої прагнення.» Для цього вони повинні забезпечити слугування інформаційно-комунікаційних технологій «досягненню взаємодоповнюючих цілей створення сталого економічного зростання, підвищення суспільного добробуту, сприяння соціальному порозумінню і працювали з метою повної реалізації свого потенціалу у зміцненні демократії... заохочуванні прав людини, посиленні культурного різноманіття і сприянні міжнародному миру та стабільності» (ст. 2). В ст. 3 Хартії підкреслюється необхідність підтримання таких демократичних цінностей, як вільний рух інформації і знань, взаємна терпимість і повага людського різноманіття.

Моральні засади учасників інформаційних відносин стають підґрунтям для підписання значної кількості директив та регламентів, рекомендацій Європейського парламенту та Ради Європи. Комісія ООН з права міжнародної торгівлі (ЮНІСТРАЛ), яка розробила низку типових законів у сфері електронної комерції, Рада Європи у вироблених конвенціях, ВОІС у міжнародних договорах, Всесвітня торговельна організація (ВТО) у своїх Угодах, Міжнародна торговельна палата (МТП) у Загальних звичаях, Загальних принципах та Уніфікованих правилах поведінки у сфері міжнародної комерції, реклами і маркетингу в Інтернет, Організація економічного розвитку та співробітництва у Загальних принципах, Європейська економічна комісія ООН у Типових угодах та Центр ООН сприяння торгівлі та електронному бізнесу в Угоді про електронну комерцію тощо керуються перш за все усталеними звичаями міжнародних домовленостей та моральними засадами, прийнятими в інформаційному суспільстві. Наприклад, спір про допустимість передачі певної інформації сексуального

змісту лежить в площині моральних засад суспільства. Моральні принципи суспільства відіграють істотну роль при вирішенні деяких інших цивільно-правових спорів, пов'язаних із трансляцією низки телепрограм, змістом рекламних роликів, пересиланням СПАМУ в мережах, приховуванням важливої для суспільства інформації тощо.

В спеціальній літературі неодноразово викладалася думка про те, що здійснення цивільних прав має відбуватися відповідно до їх призначення¹. При цьому під призначенням права розуміється, як правило, та мета, для досягнення якої суб'єкту надане право, а саме призначення суб'єктивних прав встановлюється учасниками цивільних правовідносин у договорі, прямо зазначається у цивільному законодавстві або впливає із самої сутності даного права. Так, персональні дані, які збираються і зберігаються у фінансових, статистичних, лікувальних закладах, можуть використовуватися тільки за умов збереження банківської, медичної та інших таємниць і повинні надаватися на прохання самої особи або з її дозволу — іншим особам. Якщо ж ці дані будуть використані всупереч їх прямому призначенню, наприклад, з метою, що суперечить наданню хворому медичної допомоги, то можна констатувати факт здійснення права всупереч його конкретному призначенню. Цивільні права, які здійснюються всупереч їх призначенню, не підлягають правовій охороні.

Наведені вимоги не вичерпують усіх випадків меж здійснення цивільних прав. Зокрема, правомірність реалізації права може значною мірою залежати від наявності чи відсутності певних умов, строку реалізації права, обсягу право- та дієздатності учасників цивільних правовідносин, наявності в юридичної особи ліцензії на ту чи іншу діяльність, яка потребує ліцензування, тощо.

Частина 5 ст. 13 ЦК доповнює цей перелік низкою додаткових правил, які також встановлюють межі здійснення цивільних прав, зокрема у сфері підприємництва. Не допускаються використання цивільних прав з метою неправомірного обмеження конкуренції, зловживання монополічним становищем на ринку, а також недобросовісна конкуренція. Такими зловживаннями у сфері інформаційних відносин, зокрема, визнаються дії, пов'язані з обмеженням чи припиненням виробництва інформаційної продукції чи вилученням інформаційного товару з обігу для створення їх дефіциту, або невиправдане надмірне підвищення ціни на компакт-диски, нав'язування контрагенту умов договору на надання інформаційних послуг на невігідних для

¹ Див.: Гражданское право: Учебник. Часть 1. — С. 265.

нього чи таких, що не стосуються предмета договору, умовах або таких, що ставлять його в нерівне становище з іншими суб'єктами, тощо. Не допускається здійснення цивільних прав у межах укладених правочинів суб'єктів підприємницької діяльності, які є конкуруючими щодо встановлення, підтримання цін, тарифів, надбавок, націнок та розподілу ринку за територіальною чи іншою ознакою тощо.

Перерахувавши у ч. ч. 2–5 ст. 13 ЦК розглянуті випадки, законодавець увів до ЦК здавна відомий юристам термін «зловживання правом». Проблема зловживання правом має багатовікову історію, яка розпочинається ще з римського права. За радянських часів, незважаючи на певні розбіжності у деяких нормативних актах, можна було побачити одне загальне правило, яке забороняло використовувати права на шкоду суспільним та особистим інтересам. Значні розбіжності існували у доктрині цивільного права. Так, М. Агарков вважав, що правило, яке містилося у ст. 1 ЦК РСФСР 1922 р., в умовах розвинутого соціалістичного права перетворилося в анахронізм, втратило будь-яке значення і поступається місцем конкретним правовим нормам¹. На думку В. Грибанова, яку він висловив з приводу ч. 1 ст. 5 Основ цивільного законодавства СРСР, ст. 5 ЦК РСФСР 1964 р., це правило може бути використано в умовах соціалізму як його корінна норма².

Зловживання правом розуміється сучасною наукою цивільного права як дії суб'єктів цивільних правовідносин, які здійснюються у межах наданих їм прав, але з порушенням їх меж. У разі недодержання особою при здійсненні своїх прав вимог, встановлених ч. ч. 2–5 ст. 13 ЦК, суд може зобов'язати її припинити зловживання своїми правами, а також застосувати інші наслідки, встановлені законом (ч. 6 ст. 13 ЦК). Суд може, крім того, відмовити у захисті цивільного права та інтересу особи в разі порушення нею положень ч. ч. 2–5 ст. 13 ЦК (ч. 6 ст. 13 ЦК), а також відмовити у захисті цивільного права та інтересу особи в разі порушення нею положень частин 2–5 ст. 13 ЦК України (ч. 3 ст. 16 ЦК).

Повертаючись до терміна «зловживання правом», слід зазначити, що навіть саме вживання даного поняття неодноразово ставилося авторами під сумнів³. Сучасні цивілісти визнають існування цього

¹ Див.: Агарков М. М. Проблема злоупотребления правом в советском гражданском праве // Известия АН СССР. Отд. экономики и права. – 1946. – № 6. – С. 435.

² Див.: Грибанов В. П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. – М., 1972. – С. 118.

³ Див.: Агарков М. М. Вказ. праця. – С. 42–43.

терміна теоретично виправданим і розуміють, наприклад, як особливе цивільне порушення. Вважається при цьому, що основна його специфіка полягає в тому, що дії порушника формально спираються на належне йому право, однак при конкретній його реалізації вони набувають такої форми і характеру, що це призводить до порушення прав і охоронюваних законом інтересів інших осіб¹.

Так звана шикана є явним зловживанням правом у разі, коли дії володільця суб'єктивного права здійснюються з метою заподіяти шкоду іншій особі. Прикладом таких дій в інформаційних відносинах є «скачування» музичних творів, тобто використання права на збирання та зберігання інформації з мережі Інтернет без дотримання авторських прав творців музики та пісень; надсилання програм, які можуть містити віруси, іншим особам; дії підприємців у сфері високих технологій, спрямовані на обмеження конкуренції. В цих випадках права здійснюються з незаконною метою.

Використання суб'єктом інформаційних відносин недозволених засобів захисту також може бути визначене як зловживання правом. Так, якщо володільць комерційної таємниці з метою запобігання поширенню інформації, яка становить комерційну таємницю, застосовує такі засоби, які є порушенням трудового законодавства або суперечать іншим правам особи, котра може поширити таку інформацію, і виходить за межі наданих йому законом можливостей, він відповідно зловживає своїм правом.

Реалізація наданих можливостей недозволеними засобами також є однією із форм зловживання правом. Класичним прикладом цього може бути право автора на ім'я, яке можна розглядати і у комплексі права особи на персональні дані. Припустимою формою реалізації даного права є опублікування твору під псевдонімом, однак ім'я, яке при цьому може ввести інших в оману відносно особи автора, може розглядатися як зловживання ним. Згідно з ч. 3 ст. 16 ЦК загальною санкцією за зловживання правом є відмова в охороні суб'єктивного права в разі, якщо конкретні правові наслідки не передбачені спеціальними нормами.

До всього зазначеного слід додати, що у виключних випадках фізичні та юридичні особи здійснюють свої права і обов'язки не самостійно, а через своїх представників.

Як реалізація зобов'язуючих норм, виконання суб'єктом права покладених на нього зобов'язань розуміється виконання як форма

¹ Див.: Гражданское право. Учебник. Часть 1. – С. 266–267.

реалізації права. Виконання зобов'язань полягає у здійсненні фізичною чи юридичною особою дій, передбачених нормою права або в договорі чи індивідуальних актах, що видаються в процесі правозастосування¹.

Конституційні обов'язки громадян, обов'язки осіб, передбачені ЦК, є прикладами зобов'язань, що містяться в нормах права. До таких обов'язків, зокрема, належать обов'язок додержуватися таємниці листування, телефонних розмов, додержання права на надання достовірної інформації про стан довкілля тощо.

Важливо уточнити, що у низці випадків до виконання обов'язків шляхом здійснення певних дій прирівнюється також утримання від здійснення тих чи інших дій. При цьому виконання завжди пов'язано із втіленням у життя зобов'язуючих приписів, незалежно від шляхів його досягнення — за допомогою активних дій чи утримання від них.

Важливою проблемою, яка потребує окремого дослідження, є питання строків (термінів) здійснення цивільних прав і виконання цивільних обов'язків.

Що стосується такої форми реалізації права, як додержання норм права, то в літературі вона пов'язується тільки з реалізацією забороняючих норм, а іноді додержання норм права розглядають як додержання обов'язків. Тобто, завжди йдеться про утримання від здійснення дій, що заборонені нормами права. Додержання обов'язків згідно з теорією права завжди має не активний, а пасивний характер.

Досить складним у теорії права є визначення поняття «застосування права», яке розглядається у даному контексті як форма реалізації права. Не вдаючись у докладний аналіз усіх наявних точок зору з цього питання, зазначимо, що сьогодні в літературі скоріше визначаються загальні риси і особливості правозастосовного процесу, ніж робляться ефективні спроби дати його чітке визначення. Зокрема, звертається увага на те, що правозастосовна діяльність може здійснюватися лише уповноваженими на це державними органами та посадовими особами і є одним із найважливіших видів державної діяльності, має державно-владний характер, який здійснюється у чітко визначеному законом порядку; така діяльність завжди здійснюється згідно з певни-

¹ Див.: Общая теория государства и права. Академический курс в 2-х т. — Т. 2. — С. 313–314.

ми, загально визнаними у всіх країнах принципами (законності, соціальної справедливості, доцільності та обґрунтованості рішень). Така діяльність завжди здійснюється у певній послідовності і завжди пов'язана із прийняттям рішення по конкретній справі і його оформленням¹.

Слід зазначити, що дана стаття є певним узагальненням ґрунтовних теоретичних досліджень, які проводяться автором у сфері реалізації інформаційних прав і потребують подальшого вивчення як доктринальних основ, так і практики інформаційних відносин.

Надійшла до редколегії 06.04.04

С. Погрібний, доцент Одеської
національної юридичної академії

Цивільні відносини як об'єкт правового регулювання

З моменту закінчення першої наукової дискусії про систему права (1938–1941 рр.) питання про те, що є об'єктом правового регулювання, в цілому перестало бути дискусійним. У літературі другої половини ХХ – початку ХХІ ст. практично однотайно визнається, що право в цілому регулює суспільні відносини, а окремі його галузі – певні групи суспільних відносин. Це підтверджується публікаціями як представників загальної теорії права², так і фахівців в окремих галузевих науках³. Думки про те, що цивільно-правове регулювання має

¹ Див.: *Общая теория права*. – С. 285–288.

² Див., напр.: *Протасов В. Н.* Что и как регулирует право. – М., 1995. С. 7; *Гойман-Калинский И. В., Иванец Г. И., Червонюк В. И.* Элементарные начала общей теории права. / Под общ. ред. *В. И. Червонюка*. – М., 2003. – С. 102–103.

³ Див., напр.: *Бельский К. С.* К вопросу о предмете административного права // *Государство и право*. – 1997. – № 11. – С. 14–21; *Карасева М. В.* О предмете финансового права на современном этапе // Там само. – 1997. – № 11. – С. 22–31; *Пилипенко П. Д.* Проблеми теорії трудових правовідносин в умовах переходу України до ринкової економіки: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.05. – Х., 2001. – С. 9–10; *Право социального обеспечения: Учебник* / Под ред. *К. Н. Гусова*. – М., 2001. – С. 12.

своїм об'єктом специфічну групу суспільних відносин — цивільні відносини, дотримуються і цивілісти¹.

Разом з тим деякі вчені беруть під сумнів правильність визначення об'єкта правового регулювання як суспільних відносин, стверджуючи, що таким є поведінка людей та інших суб'єктів права². Дійсно, варто погодитися з В. Протасовим у тому, що суспільні відносини діалектично пов'язані з поведінкою людей, їх діяльністю: «З одного боку суспільні відносини виникають з дій людей, породжуються їх поведінкою. А з іншого — суспільні відносини визначають, формують поведінку своїх суб'єктів». З цього він робить висновки про те, що: «а) суспільні відносини стосовно поведінки людей являють собою самостійне явище, оскільки вони визначають дії; б) суспільні відносини і діяльність являють собою взаємопов'язані явища»³.

Підтримуючи таке судження, відзначимо, що, на наш погляд, немає підстав для протиставлення поведінки людей та суспільних відносин як об'єкта правового регулювання. Очевидно, що урегульованість суспільних відносин досягається саме через урегульованість поведінки окремих суб'єктів в кожному конкретному випадку. Тому в даному аспекті більш точно було б услід за В. Нерсесянцем виділяти, крім об'єкта правового регулювання, ще й предмет такого регулювання. На думку цього автора, якщо об'єктом правового регулювання є суспільні відносини, то предметом правового регулювання — офіційно встановлюваний правопорядок у сфері всіх регульованих суспільних відносин⁴. На наш погляд, судження про предмет правового регулювання потребує уточнення. Очевидно, що ним є не правопорядок як результат відповідності поведінки суб'єктів права вимогам

¹ Див., напр.: *Азімов Ч. Н.* Про предмет і метод цивільного права // Вісник Академії правових наук України. — 1999. — № 1 (16). — С. 143–156; *Бірюков І.* Предмет і метод приватного права // Право України. — 2002. — № 3. — С. 34–35; *Егоров Н. Д.* Гражданско-правовое регулирование общественных отношений: единство и дифференциация. — Л., 1988. — С. 3–17; Цивільне право України. Частина перша: Підручник / *Ч. Н. Азімов, М. М. Сибільов, В. І. Борисова та ін.* За ред. Ч. Н. Азімова, С. Н. Приступи, В. М. Ігнатенка. — Х., 2000. — С. 7–10; та ін.

² Див., напр.: Загальна теорія держави і права: Підручник / За ред. *М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченка, О. В. Петришина.* — Х., 2002. — С. 404; *Поляков А. В.* Общая теория права: Феноменолого-коммуникативный подход. — СПб., 2003. — С. 603–604,

³ *Протасов В. Н.* Вказ. праця. — С. 9.

⁴ Див.: *Нерсесянц В. С.* Общая теория права и государства. — М., 2000. — С. 434–436.

правових норм, а сама така поведінка, врегулювавши яку суб'єкт правового регулювання досягає урегульованості об'єкта правового регулювання (суспільних відносин), що, в свою чергу, свідчить про наявність правопорядку як стану урегульованості.

Практична однотайність серед науковців у розумінні того, що є об'єктом правового регулювання, стала достатньою підставою і для законодавчого визначення об'єкта регулювання цивільного законодавства. Відповідно до ч. 1 ст. 1 ЦК України цивільним законодавством регулюються особисті немайнові та майнові відносини (цивільні відносини), засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників. При цьому відповідно до ч.ч. 3 та 4 ст. 6 ЦК цивільні суспільні відносини в договірній сфері можуть бути врегульовані не лише актами цивільного законодавства, а й самими їх учасниками — суб'єктами цих відносин.

У зв'язку з цим актуальним є питання про те, які ж відносини є цивільними, оскільки лише такі відносини можуть регулюватися цивільним законодавством. І навпаки, відносини, які не є цивільними, регулюватися ним не можуть. Отже, важливим науковим і практичним завданням сьогодення є визначення сутності цивільних відносин та їх юридичних ознак, що, зрештою, дасть змогу встановити і зміст даного поняття, тобто склад (сукупність) тих суспільних відносин, які є цивільними, а відтак є об'єктом цивільно-правового регулювання.

Питання про сутність, ознаки та види цивільних відносин завжди було в центрі уваги радянської цивілістики. Зокрема, вони знайшли достатньо глибоке опрацювання в роботах С. Алексеєва, С. Братуся, С. Вільнянського, А. Дозорцева, М. Єгорова, О. Пушкіна, Ю. Толстого, В. Яковлева та багатьох інших цивілістів. В результаті цього було досягнуто відносної єдності поглядів на те, які ж відносини за своєю природою є цивільними, інакше кажучи — в чому полягає сутність цивільних відносин. Цивільні відносини, як відомо, поділяються на дві великих групи — особисті немайнові та майнові відносини. І якщо в попередні роки в науці ще точилася дискусія про можливість і підстави віднесення до об'єкта цивільно-правового регулювання особистих немайнових відносин¹, то на разі її можна вже вважати завершеною, оскільки законодавець однозначно відніс до об'єкта регулювання цивільного законодавства особисті немайнові відносини, причому поділяючи їх не на

¹ Див., напр.: Флейшиц Е. А., Масловский А. Л. Теоретические вопросы кодификации гражданского законодательства // Сов. государство и право. — 1963. — № 1. — С. 87–89; Иоффе О. С. Советское гражданское право. — М., 1967. — С. 494.

пов'язані з майновими і не пов'язані з такими, а на такі, що забезпечують природне існування або соціальне буття фізичної особи.

За своєю сутністю цивільні відносини (як особисті немайнові, так і майнові) — це відносини приватних суб'єктів громадянського суспільства, яке, будучи сферою приватного життя незалежних один від одного і не підпорядкованих один одному суб'єктів, є первісним щодо держави та її інституцій явищем, самодостатнім середовищем існування особистості¹. Тому відносини в громадянському суспільстві є первісними щодо держави, незалежними від неї і не зобов'язаними їй своїм існуванням². Такі відносини складаються з приводу найрізноманітніших соціальних цінностей членів громадянського суспільства, які (цінності) можуть бути майновими або немайновими (особистими). Відповідно і відносини, які складаються щодо них, є або майновими відносинами (відносини, що мають економічний зміст, пов'язані з виробництвом, обміном чи споживанням матеріальних цінностей: відносини власності (статичні цивільні відносини) та відносини економічного обігу (динамічні цивільні відносини), або особистими немайновими (відносини, що забезпечують фізичне існування людини та її соціальне буття як члена громадянського суспільства). Всі ці відносини за своєю суттю є цивільними відносинами³.

¹ Див.: *Речицкий В. В.* Свобода и государство. — Х., 1998.

² Послідовне розмежування суспільних відносин у громадянському суспільстві та суспільних відносин, що складаються у зв'язку зі здійсненням публічної влади, є, на наш погляд, основним критерієм дихотомії права — його поділу на приватне й публічне. Якщо приватне право — це право, що регулює приватні відносини, тобто відносини, що складаються між членами громадянського суспільства, то публічне право регулює відносини, пов'язані з функціонуванням публічної влади в країні — публічні відносини. Відтак, суспільні відносини в громадянському суспільстві можуть бути названі і цивільними відносинами, і приватноправовими відносинами, що не змінює їх сутності.

³ В радянській цивільно-правовій науці протягом довгого часу дискутувалася проблема сутності майнових відносин, що регулюються цивільним правом, та їх відмінності від інших майнових відносин. Зокрема, спірним було питання про те, чи є такі відносини економічними (виробничими) чи ні, якими є їх юридичні ознаки (див., напр.: *Алексеев С. С.* Предмет советского социалистического гражданского права. — Свердловск, 1959; *Братусь С. Н.* Предмет и система советского гражданского права. — М., 1963. — С. 9–35). Ми не вдаємося до дослідження цього питання, оскільки визнання поділу права на публічне й приватне дозволяє дійти висновку про те, що всі майнові відносини, які складаються у приватноправовій сфері (сфері громадянського суспільства), є цивільними. І лише ті майнові відносини, які складаються в публічно-правовій сфері (наприклад, сплата податків, міжбюджетні відносини тощо), є публічно-правовими. В подальшому майнові відносини сфери приватного права аналізуються такі, що становлять економічну основу громадянського суспільства (див.: *Кодифікація приватного (цивільного) права України / За ред. А. С. Довгерта.* — К., 2000. — С. 54–55).

Разом з тим у науковій літературі залишається дискусійною низка питань, пов'язаних з розумінням цивільних відносин. Перш за все різні погляди були висловлені щодо проблеми про те, чи мають всі цивільні відносини (майнові та особисті (немайнові) цивільні відносини) спільні юридичні ознаки. На думку, наприклад, О. Пушкіна¹, М. Сібільова², Є. Суханова³, та деяких інших цивілістів, такі спільні ознаки є і ними виступають юридична рівність суб'єктів цивільних відносин, їх майнова відокремленість та автономність їх волі. Натомість, О. Дзера вважає спірним твердження про наявність у особистих немайнових відносин таких само ознак, що й у майнових відносин⁴.

Крім того, навіть визнаючи наявність у всіх цивільних відносин, незалежно від їх виду, спільних юридичних ознак, деякі автори виділяють різну кількість таких ознак. Так, на думку Я. Шевченко, цивільні відносини (авторка пише — «правовідносини») — це відносини, які «передбачають рівність учасників, незалежність їх правовідносин від майнового стану кожного з них, диспозитивність у відносинах, свободу договорів, повагу до честі, гідності, охорону ділової репутації учасників»⁵.

Дискусійність цих загальних питань тягне за собою і неоднозначне розв'язання деяких питань, зокрема про віднесення тих чи інших суспільних відносин до цивільно-правових. Широко відомою є наукова дискусія про юридичну природу відносин, що регулюються Господарським кодексом України (далі — ГК): чи є такі відносини цивільними, чи їх сутність та юридичні ознаки відрізняються від аналогічних характеристик цивільних відносин? Прийняття Сімейного кодексу України (далі — СК) знову відродило науковий спір про правову природу суспільних відносин, що регулюються ним. Одні вчені вважають, що «до більшості сімейних відносин не можна застосовувати цивілістичні підходи. Сімейне право — це самостійна галузь права, яка має специфічний предмет та метод правового регулювання, а не підгалузь

¹ Див.: Гражданское право Украины: Учебник: В 2 ч. Часть 1 / Под ред. А. А. Пушкіна, В. М. Самойленко. — Х., 1996. — С. 16–17.

² Див.: Цивільне право України. Частина перша. — С. 9.

³ Див.: Гражданское право: В 2 т. — Том 1: Учебник / Под ред. Е. А. Суханова. — М., 2000. — С. 25.

⁴ Див.: Цивільне право України: Підручник: У 2 кн. — Кн. 1 / За ред. О. В. Дзери та Н. С. Кузнецової. — К., 2002. — С. 19.

⁵ Шевченко Я. М. Принципові засади розвитку цивільних правовідносин у сучасній Україні та проєкт нового Цивільного кодексу // Часопис Київського університету права. — 2001. — № 1. — С. 58.

приватного права»¹ (виділено мною. — С. П.). Інші, навпаки, додержуються думки про те, що ці відносини є різновидом цивільно-правових. Спірним є і питання про характер відносин, які складаються в процесі кредитної діяльності. Наприклад, С. Очкуренко хоча і застерігає, що «відносини між комерційними банками та позичальниками регулюються і повинні регулюватися цивільним правом», тобто є цивільними, втім визнає провідну роль у регулюванні відносин з приводу кредитної діяльності комерційних банків за фінансовим правом². Натомість Л. Рябко всі кредитні відносини розглядає як цивільно-правові і провідну роль в їх регулюванні вбачає саме за цивільним правом³. Достатньо дискусійним є питання про характер земельних відносин. Так, наприклад, на думку М. Я. Ващишин, «в силу особливого характеру та значення земель сільськогосподарського призначення, їх правовий режим, відносини власності, угоди з приводу земель повинні регулюватися не Цивільним, а Земельним кодексом та іншим земельним законодавством України»⁴. О. Копилов та І. Лящевський вважають, що речові та інші права на землю і угоди з земельними ділянками між власниками та суб'єктами інших речових прав, а також спадкування земель є складовою майнового цивільного обороту, а тому є інститутами цивільного (приватного права)⁵.

У зв'язку з викладеним уявляється необхідним наукове дослідження юридичних ознак цивільних відносин, тобто тих їх загальних (спільних) характеристик, що дають підстави для об'єднання їх в одну

¹ *Красицька Л. В.* Проблеми сучасної цивілістики // Проблеми цивільного права та цивільного процесу на сучасному етапі розвитку законодавства: Матер. міжвуз. наук. конф.: [Донецьк] 5 квітня 2002 р. / Гол. ред. Ю. Л. Титаренко. — Донецьк, 2002. — С. 7. Див. також: *Афанасьєва Л. В.* Аліментні правовідносини в Україні: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. — Х., 2003. — С. 5; *Ромовська З. В.* Сімейний кодекс України: Науково-практичний коментар. — К., 2003.

² Див.: *Очкуренко С. В.* Правове регулювання відносин, що виникають в процесі кредитної діяльності комерційних банків: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. — Одеса, 2001. — С. 6, 9.

³ Див.: *Рябко Л. Г.* Правове регулювання кредитних відносин по законодавству України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. — Х., 2002. — С. 7.

⁴ *Ващишин М. Я.* Земельні правовідносини у селянських (фермерських) господарствах: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.06. — Львів, 2000. — С. 8; *Лящевский И. С.* Особенности гражданско-правового регулирования земельных отношений в городах: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. — М., 2002. — С. 16.

⁵ Див.: *Копылов А. В.* Вещные права на землю в римском, русском дореволюционном и современном российском гражданском праве — М., 2000. — С. 5.

групу суспільних відносин, що є об'єктом цивільно-правового регулювання. М. Єгоров правильно відзначає, що при виявленні предмета галузі права слід орієнтуватися не на специфіку окремих суспільних відносин, що регулюються, а в першу чергу на ту загальну родову ознаку, яка визначає найбільшу спільність в їх правовому регулюванні. Він, зокрема, відзначає, що «при дослідженні суспільних відносин з точки зору їх галузевої диференціації необхідно, перш за все, прагнути віднайти не специфічні особливості окремих видів суспільних відносин, а їх загальні властивості, які визначають єдність їх правового регулювання»¹. Очевидно, що саме на цьому базисі можна буде запропонувати науково обґрунтовану модель цивільних суспільних відносин, яка, будучи застосованою до тієї чи іншої конкретної групи таких відносин, дасть достатні підстави для віднесення їх до цивільних чи якихось інших. У свою чергу, це дозволить використовувати цивільно-правові засоби саме до регулювання таких відносин і унеможливить їх використання щодо інших.

Дійсно, слід погодитися з М. Єгоровим у тому, що «наукове визначення предмета будь-якої галузі права не може бути зведено до простого перерахування суспільних відносин, що регулюються даною галуззю. До завдання юридичної науки входить виявлення в цих суспільних відносинах тієї зальної ознаки, яка і дозволяє об'єднати їх в предметі однієї і тієї ж галузі права»². З ним солідаризується і В. Сорокін, який пише, що «визначення предмета галузі методом перерахування видів відносин, що охоплюються регулятивним впливом цієї галузі, — прийом доволі сумнівний, оскільки залишається незрозумілим сам принцип виділення саме даної групи відносин»³. Тому визначення предмета цивільного права як особистих немайнових та майнових відносин мало що дає для розуміння характеру цих відносин, якщо не встановлено їх характеристики.

Попри відзначену вище дискусійність у науковій літературі питання про наявність у всіх цивільних відносин спільних юридичних ознак, а також про кількість та зміст таких ознак, ми виходимо з того, що законодавче вирішення цього питання уявляється вірним. Закон відносить до юридичних ознак цивільних відносин (і особистих, і майнових) їх заснованість на юридичній рівності, вільному волевиявленні та майновій самостійності їх учасників (ч. 1 ст. 1 ЦК).

¹ *Егоров Н. Д.* Гражданско-правовое регулирование общественных отношений: единство и дифференциация. — Л., 1988. — С. 13.

² Там само. — С. 14.

³ *Сорокин В. Д.* Правовое регулирование: Предмет, метод, процесс (макроуровень). — СПб., 2003. — С. 39.

Отже, першою юридичною ознакою цивільних відносин є характерна для учасників цих відносин їх юридична рівність. Вона полягає в тому, що підпорядкування одного суб'єкта таких відносин іншому виключається. Юридична рівність учасників цивільних відносин, однак, не означає рівності їх суб'єктивних цивільних прав, а зумовлює лише рівність можливостей для їх виникнення, зміни, припинення, а також відповідальності за їх порушення. У зв'язку із зазначеним важко погодитися з думкою І. Спасибо-Фатеевої, яка, розглядаючи акціонерні правовідносини як цивільно-правові, разом з тим застерігає, що «певною мірою умовною є рівність учасників таких правовідносин, бо нерівними є, наприклад, права власників простих і привілейованих акцій, власників великих пакетів акцій і дрібних акціонерів»¹. На наш погляд, таке застереження в даному випадку є зайвим, оскільки юридичну рівність учасників цивільних відносин не можна ототожнювати з рівним набором їх суб'єктивних прав. Юридична рівність суб'єктів цивільних відносин перед цивільним законом і судом не залежить від їх матеріального чи соціального стану.

Юридична рівність (тобто непідпорядкованість один одному) суб'єктів цивільних відносин зумовлюється їх майновою самостійністю та організаційною відокремленістю. Цивільні відносини — це відносини суб'єктів, що знаходяться в одній юридичній площині («горизонталі»), на відміну від відносин в публічному праві, де один суб'єкт часто займає підпорядковане становище стосовно іншого. Наприклад, в адміністративному праві управляючий суб'єкт і суб'єкт, яким управляють, знаходяться в різних юридичних площинах, відносини між ними є відносинами «вертикалі», а тому про юридичну рівність між ними не може йтися.

Наступною ознакою цивільних відносин є заснованість їх на вільному волевиявленні їх учасників. Цивільні відносини завжди є вольовими, оскільки і фізичні, і юридичні особи беруть у них участь за власним розсудом, проявляють свою волю до набуття конкретних прав та обов'язків. Класик російської цивілістики Й. Покровський свого часу писав, що «цивільне право споконвіку за самою його структурою було правом окремої людської особи, сферою її волі і самовизначення»². Щоправда, до цивільних належать і такі відносини, які можуть виникнути поза волею їх учасників. Таким, наприклад, є

¹ Спасибо-Фатеева І. В. Цивільно-правові проблеми акціонерних правовідносин: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03. — Х., 2000. — С. 7.

² Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. — М., 1998. — С. 309.

відносини, які опосередковують зобов'язання з відшкодування шкоди (глава 82 ЦК) чи зобов'язання у зв'язку з набуттям чи збереженням майна без достатньої правової підстави (глава 83 ЦК). Проте в цих випадках про позовольовий їх характер йдеться лише стосовно моменту виникнення таких відносин. Самі ж права й обов'язки, що виникли в результаті появи таких цивільних відносин, здійснюються також свідомо, з виявом волі суб'єкта таких відносин.

Свобода волевиявлення учасників цивільних суспільних відносин є результатом автономності їх волі і найбільшою мірою проявляється при здійсненні ними правочинів, як односторонніх, так і дво- та багатосторонніх (договорів). Саме при їх вчиненні найбільш виразно проявляється дія (поведінка) суб'єктів цивільних відносин за своєю ініціативою, без чийого б то не було примусу, шляхом вільного визначення ними своїх прав та обов'язків¹.

Нарешті, останньою з названих у ч. 1 ст. 1 ЦК України юридичних ознак цивільних відносин є заснованість їх на майновій самостійності їх учасників. Така самостійність учасників цивільних відносин полягає в тому, що вони в майновому плані є відокремленими один від одного, що дає змогу не тільки диференціювати та індивідуалізувати їх у цивільних відносинах, а й конкретизувати їх правовий статус. При цьому буквальний зміст ч. 1 ст. 1 ЦК може привести до хибного висновку про те, що відсутність у певного суб'єкта самостійного майна тягне за собою неможливість віднесення суспільних відносин за його участю до цивільно-правових. На наш погляд, щоб не допустити таких висновків, майнову самостійність учасників цивільних відносин не слід ототожнювати з обов'язковою наявністю у них певного виду майна, що належить їм на праві власності чи за іншим речовим правом. Адже дійсно, певна кількість учасників цивільних відносин (наприклад, малолітні діти) можуть взагалі не мати ніякого майна на праві власності. Втім, відсутність у них майна ще не свідчить про те, що вони не можуть бути суб'єктами суспільних відносин, які є цивільними. Такі суб'єкти хоч і не мають самостійного майна, проте здатні до володіння відокремленим майном. Тому ознакою цивільних відносин слід вважати не наявність у їх суб'єктів самостійного майна, а їх майнову відокремленість один від одного, що, як очевидно, не одне й те ж. Й. Покровський правильно писав, що в цивільному праві склалося «уявлення про людину (додамо — й інших

¹ Див.: Спасибо-Фатеева И. В. Акционерные общества: корпоративные правоотношения. — Х., 1998. — С. 32.

суб'єктів цивільних відносин, наприклад, юридичних осіб. — С. П.) як суб'єкта права, тобто уявлення про особу як про щось юридично самостійне і незалежне навіть стосовно держави та її влади»¹. Тому, на мій погляд, більш точним було б в контексті ч. 1 ст. 1 ЦК говорити про майнову відокремленість (автономність) учасників цивільних відносин², а не про їх майнову самостійність.

Таким чином, аналіз наведених юридичних ознак цивільних відносин дає підстави для висновку про те, що це вольові відносини, які складаються між юридично не підпорядкованими один одному, відокремленими один від одного в майновому плані суб'єктами. Разом з тим сама сукупність таких юридичних ознак ще не є достатньою підставою для точного визначення кола суспільних відносин, які підлягають цивільно-правовому регулюванню. Адже названими ознаками можуть характеризуватися й інші види суспільних відносин, які регулюються галузями публічного права. Так, відносини між політичними партіями та виборчими блоками з приводу участі у виборах народних депутатів — це також вольові суспільні відносини юридично рівних і відокремлених в майновому плані суб'єктів. Проте очевидно, що ці суспільні відносини не є цивільними, оскільки вони є відносинами в сфері публічної діяльності, відносинами, що виходять за рамки громадянського суспільства.

Отже, об'єктом регулювання цивільного законодавства і саморегулювання приватних осіб (цивільно-правового регулювання) є відносини у сфері громадянського суспільства, що виникають між його членами з приводу майнових та особистих немайнових благ і характеризуються юридичною рівністю, вільним волевиявленням та майновою відокремленістю їх учасників. Тільки такі відносини і можуть бути названі цивільними. Відтак, визначення поняття цивільних відносин могло б бути сформульоване, наприклад, таким чином.

Цивільні відносини — це такі особисті немайнові та майнові суспільні відносини, які складаються у громадянському суспільстві на основі вільного волевиявлення юридично не підпорядкованих один одному, відокремлених один від одного в майновому плані суб'єктів. У зв'язку з цим, на наш погляд, необхідно уточнити ч. 1 ст. 1 ЦК, перенісши слова «(цивільні відносини)» в її кінець, після чого вона могла б набути, наприклад, такого вигляду: «Цивільним законодавством регулюються особисті немайнові та майнові відносини, засновані на

¹ Покровський І. А. Вказ. праця. — С. 309.

² Див., напр.: Цивільне право України. Частина перша. — С. 10.

юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій відокремленості їх учасників (цивільні відносини)».

ЦК визнає єдність особистих немайнових та майнових цивільних відносин незалежно від того, в якій сфері вони виникають (побути, сім'ї, підприємстві тощо). Той факт, що фактично в Україні, крім ЦК, прийняті і такі кодифіковані акти, як ГК, СК, ЗК, не заперечує викладеного. Не вдаючись до детального аналізу причин виникнення такого становища, підкреслимо ще раз, що особисті немайнові та майнові відносини, які виникають між не підпорядкованими суб'єктами, є цивільними за суттю і підлягають регулюванню ЦК. Саме такий підхід, на наш погляд, є інструментом, за допомогою якого ті чи інші конкретні суспільні відносини можуть бути віднесені до сфери цивільно-правового регулювання або ні. І навпаки, майнові, а також немайнові відносини, що не відповідають названим ознакам, як слушно зауважує Є. Суханов, не належать до предмета цивільного права і не можуть регулюватися його нормами¹. При цьому оцінка конкретних суспільних відносин як цивільно-правових має здійснюватися виключно на підставі визначених у ч. 1 ст. 1 ЦК їх юридичних ознак та з урахуванням приватноправової сутності цих відносин, незалежно від того, якзначаються такі відносини в окремих актах законодавства чи як вони розуміються в доктрині. Інакше кажучи, відповідність приватних суспільних відносин юридичним ознакам, властивим цивільним відносинам, є достатньою підставою для застосування щодо них цивільно-правових засобів регулювання, нехай навіть в інших законодавчих актах і передбачалися б інші засоби їх регулювання.

Такий висновок цілком відповідає концептуальним засадам нового ЦК України про те, що сутність цивільних відносин і об'єктивність їх існування не залежать від соціальних регуляторів (у тому числі права як одного з їх різновидів), тобто цивільні відносини є первинними, а право як один із регуляторів — вторинним². Тому не ті чи інші відносини повинні «притягуватися» під сформовані законодавцем правові регулятори, а навпаки, створення і застосування таких регуляторів має здійснюватися з урахуванням характеру суспільних відносин, на які вони спрямовані, зокрема — цивільних відносин.

Надійшла до редколегії 20.09.04

¹ Див.: Гражданское право: В 2 т. — Том I: Учебник. — С. 25.

² Див.: Яворська О. Цивільні відносини: нові підходи у правовому регулюванні // Підприємництво, господарство і право. — 2002. — № 3. — С. 26.

А. Степанюк, кандидат юридичних наук (НЮА України)

Категорія «правовідносини» у міжнародному приватному праві

Реформування правової системи України у зв'язку з оновленням соціально-економічного становища потребує кардинального перегляду передусім категоріального апарату, яким оперують різні галузі права при регламентації відповідних відносин. Не є виключенням і міжнародне приватне право (далі — МПП), яке потребує переосмислення своїх базових, ключових категорій, що покликані виконувати керівну функцію при визначенні правових засад регулювання приватних відносин, пов'язаних із правовими системами двох або декількох країн. Тому для впорядкування правового механізму регулювання у сфері МПП слід перш за все визначитись з тим, яку роль відіграє категорія правовідносин у МПП. Це дозволить адекватно відобразити мету, механізм і результат правового регулювання приватних суспільних відносин, які виходять за межі одного правопорядку, визначитись з об'єктом правового регулювання МПП, а також з особливостями, що притаманні правовідносинам саме у сфері МПП.

Важливість теоретичного розгляду категорії «правовідносини» у сфері МПП пояснюється насамперед тим, що у вітчизняній юриспруденції цьому аспекту правового регулювання традиційно не приділялась увага. Слід зазначити, що правова абстракція «правовідносини» була всебічно досліджена представниками загальної теорії права і цивільного права, а також частково міжнародного публічного права за радянських часів, що, однак, не зняло дискусійності та неоднозначності зазначеної категорії відносно її визначення, структури, змісту тощо. Що ж стосується теоретичних розробок МПП, то проблемі правовідносин на рівні монографій чи хоча б статей науковці майже взагалі не приділяли увагу. У підручниках з МПП також марно шукати глави чи розділу, присвяченого правовідносинам у сфері МПП. Певним винятком у цьому аспекті можуть бути, напевне, лише деякі частини окремих праць видатного теоретика МПП А. Рубанова, який розглянув питання правовідносин з іноземним елементом з точки зору їх невідповідності структурі правовідносин¹, що визнається деякими

¹ Див.: Рубанов А. А. Теоретические основы международного взаимодействия национальных правовых систем. — М., 1984. — С. 91–93; *його ж.* Вопросы теории правоотношения в международном частном праве // XXVI съезд КПСС и проблемы гражданского и трудового права, гражданского процесса. — М., 1982. — С. 92–93.

представниками загальної теорії права. Крім того, у межах сучасної російської науки МПП певним аспектам правовідносин у цій сфері присвячено частини робіт Л. Ануфрієвої, яка намагається розглянути питання правовідносин у МПП з погляду структури понятійного ряду цієї правової категорії¹. Інші науково-теоретичні джерела, в яких досліджувалася проблема правовідносин МПП, відсутні.

У свою чергу, представники української науки МПП сучасного періоду не надто переймаються розробкою наукових термінів, понять, категорій МПП. Все це у кінцевому підсумку проявляється в законодавчій невизначеності окремих термінів і понять, розпливчастості формулювань, неадекватності сутності поняття вкладеному у нього змісту, що призводить до непорозуміння при правозастосуванні. Відтак, відсутність теоретично обґрунтованих сучасних українських розробок категоріального апарату науки МПП спонукає до аналізу абстракції «правовідносини» на основі звернення до здобутків загальної теорії права, а також до деяких зарубіжних наукових джерел, у яких започатковано розв'язання даної проблеми.

Таким чином, описана ситуація вказує на необхідність розгляду у межах даної статті абстракції «правовідносини» з погляду їх структури, впливу так званого «іноземного елемента» на визначення цієї категорії, а також стану концепції «правовідносини з іноземним елементом» за сучасних умов розвитку науки, законодавства і практики МПП як невіршених раніше частин загальної проблеми «правовідносини» у сфері МПП. Отже, метою цієї статті є дослідження категорії «правовідносини» на сучасному етапі розвитку МПП.

Як зазначається у російській теорії права, правова абстракція «правовідносини» є однією з найбільш глибоких і складних, що характеризують правову форму суспільного життя у цілому², а проблема правовідносин залишається у юридичній науці центральною, такою, що залучає до орбіти спорів щодо кожного питання теорії правовідносин все більшу кількість науковців³. І, незважаючи на давні спори з приводу визначення, сутності, структури, елементів правовідносин, на сьогодні не можна стверджувати, що питання правовідносин є од-

¹ Див.: *Ануфриева Л. П.* Международное частное право: В 3 т. – Т. 1. Общая часть: Учебник. – М., 2002. – С. 60–62; *П ж.* Соотношение международного публичного и международного частного права: правовые категории. – М., 2002. – С. 243–257.

² Див.: *Васильев А. М.* Правовые категории. Методологические аспекты разработки системы категорий теории права. – М., 1976. – С. 175.

³ Див.: *Толстой Ю. К.* Еще раз о правоотношении // Правоведение. – 1969. – №1. – С. 32.

нозначно вирішеними в теорії права. Що ж стосується теорії МПП, то вони взагалі є не вирішеними.

Відтак, розглянемо ситуацію, що склалася, більш докладно.

Перш за все слід зазначити, що відповідно до наукових досягнень загальної теорії права правовідносини частіше за все розуміють як врегульовані нормами права суспільні відносини. Так, на думку О. Іоффе, правовідносини — це відносини, що виникли в результаті правового регулювання існуючих суспільних відносин¹. Р. Халфіна визначає правовідносини як суспільні відносини, що врегульовані нормою права². Л. Явич прямо вказує на те, що правовідносини — це саме результат правового регулювання³. Разом із цим у теорії права існує й інша точка зору, яка опосередковує правовідносини через зв'язок між особами. Так, Б. Назаров зазначає, що правовідносини — це завжди юридичний зв'язок між особами, що проявляється у взаємних суб'єктивних правах і обов'язках⁴.

Натомість українська теорія МПП (що у даному питанні проявляється лише у підручниках) майже одноставно, не визнаючи правовідносини ні результатом правового регулювання суспільних відносин, ні суспільним зв'язком між особами, очевидно, сприймає дану правову абстракцію як об'єкт (чи предмет) правового регулювання. Услід за теорією йде і законодавство, прикладом чому може слугувати проект Закону України «Про міжнародне приватне право України».

Така позиція вже досить давно критикувалась представниками загальної теорії права, які відзначали глибоку помилковість думки про те, що право регулює правові відносини замість фактичних суспільних відносин, які лише після їх врегулювання правовими нормами отримують форму правовідносин⁵. Для адекватного розуміння місця норми права, суспільних відносин і правовідносин у процесі правового регулювання загальна теорія права пропонує розмежовувати суспільні відносини і правовідносини, які стають такими лише після впорядкування суспільних відносин нормою права⁶. Очевидно, що наведене

¹ Див.: *Іоффе О. С.* Спорные вопросы учения о правоотношении // *Очерки по гражданскому праву.* — Л., 1967. — С. 25.

² Див.: *Халфіна Р. О.* Общее учение о правоотношении. — М., 1974. — С. 23.

³ Див.: *Явич Л. С.* Право и общественные отношения (основные аспекты содержания и формы советского права). — М. 1971. — С. 33.

⁴ Див.: *Назаров Б. Л.* Социалистическое право в системе социальных связей. — М., 1976. — С. 42.

⁵ Див.: *Александров Н. Г.* Законность и правоотношения в советском обществе. — М., 1955. — С. 94.

⁶ Див.: *Толстой Ю. К.* К теории правоотношения. — Л., 1959. — С. 23-31; *Халфіна Р. О.* Вказ. праця. — С. 35.

положення має бути визнано основоположним як теоретиками МПП, так і українським законодавцем при фіксуванні об'єкта правового регулювання МПП у відповідному нормативному акті.

Наступним моментом, який неоднозначно сприймається в загальній теорії права і не сприймається в теорії МПП взагалі, є структура правовідносин. Різні теоретики права висловлювали своє бачення категорій, які входять до структури правовідносин. Для А. Васильєва правовідносини можуть бути розкриті через низку таких категорій, як «суб'єкт права», «суб'єктивне право», «юридичний обов'язок», «об'єкт правовідносин», «юридичний факт», що відображають, на його думку, юридичну природу і структурні елементи правовідносин¹, хоча більшість теоретиків не включають до структури правовідносин юридичний факт, розглядаючи останній як передумову виникнення правовідносин. О. Іоффе розумів структуру правовідносин через такі елементи, як суб'єкти, об'єкти, правомочності і обов'язки². Р. Халфіна у структурі правовідносин вбачала такі елементи, як учасники правовідносин, права і обов'язки, їх взаємозв'язок, реальна поведінка учасників правовідносин у співвідношенні з правами і обов'язками³. Я. Магазінер розглядав правовідносини через права і обов'язки, виключаючи при цьому суб'єктів і об'єкти зі структури правовідносин⁴.

Разом із цим, напевне, кожний елемент структури правовідносин піддавався критиці представниками загальної теорії права. Найбільше дискусій, очевидно, викликала така правова абстракція, як об'єкт правовідносин. Так, одні автори відносили до об'єкта правовідносин поведінку людей, речі, блага, інші цінності, потреби життєвих відносин, дії⁵, продукти духовної творчості, результати дії⁶ і т.д.; другі автори розглядали права і обов'язки як внутрішній зміст правовідносин, усуваючи з цієї позиції поведінку осіб⁷; треті наголошували на тому, що

¹ Див.: *Васильєв А. М.* Вказ. праця. — С. 176.

² Див.: *Іоффе О. С.* Правоотношения по советскому гражданскому праву. — Л., 1949. — С. 43.

³ Див.: *Халфина Р. О.* Вказ. праця. — С. 211.

⁴ Див.: *Магазінер Я. М.* Объект права // *Очерки по гражданскому праву.* — Л., 1967. — С. 66, 69–70.

⁵ Див.: *Шуршалов В. М.* Международные правоотношения. — М., 1971. — С. 146–147, 150, 153.

⁶ Див.: *Алексеев С. С.* Об объекте права и правоотношения // *Вопросы общей теории советского права / Под ред. С. Н. Братуся.* — М., 1960. — 305.

⁷ Див.: *Назаров Б. Л.* Вказ. праця. — С. 67; *Алексеев С. С.* Вказ. праця. — С. 293.; *Іоффе О. С.* Спорные вопросы учения о правоотношении. — С. 39.

об'єктом правовідносин є поведінка учасників¹; на думку четвертих, дії є змістом правовідносин і тому не можуть бути одночасно об'єктом права². Деякі автори вважали, що у правовідносинах слід виділяти множинність об'єктів³; інші взагалі заперечували об'єкт як складову структуру правовідносин, а фактичні відносини (реальну поведінку) розглядали складовою структури правовідносин⁴. Представники загальної теорії права до змісту даної категорії відносять поведінку осіб або права і обов'язки⁵.

Інша концепція правовідносин базується на тому, що правовідносини — це юридичний зв'язок між учасниками⁷, між нормою права і суспільними відносинами⁸, між суб'єктами, а також між суб'єктами і державою⁹.

Очевидно, що така багатоманітність думок щодо різних аспектів правовідносин викликана складністю даного феномена. Можна, звичайно, долучитись до дискусії щодо тих чи інших елементів, структури, змісту правовідносин, що, однак, не є метою даної роботи, але у цьому питанні можна дійти одного базового висновку про те, що правовідносини, як і інші структурні феномени, характеризуються не тільки множинністю елементів структури, а й зв'язком між цими елементами, а також зовнішнім для них середовищем.

Проте, в класичній науці МПП такий висновок, що можна зробити, зокрема, відповідно до наукових розробок загальної теорії права, загалом не знайшов відповідної регламентації. Незважаючи на те що в середині ХХ ст. було висловлено спробу розглядати правовідносини МПП як зв'язок його елементів з територіями різних держав¹⁰, глибо-

¹ Див.: *Иоффе О. С.* Правоотношения по советскому гражданскому праву. — С. 90.; Див.: *Александров Н. Г.* Вказ. праця. — С. 120.

² Див.: *Кечекьян С. Ф.* Правоотношения в социалистическом обществе. — М., 1958. — С. 148.

³ Див.: *Иоффе О. С.* Спорные вопросы учения о правоотношении. — С. 49; *Толстой Ю. К.* Вказ. праця. — С. 53, 65.

⁴ Див.: *Халфина Р. О.* Вказ. праця. — С. 212.

⁵ Див.: *Явич Л. С.* Вказ. праця. — С. 117.

⁶ Див.: *Шейндлин Б. В.* Норма права и правоотношение // Вопросы общей теории советского права. Под ред. С. Н. Братуся. — М., 1960. — 142; *Иоффе О. С.* Спорные вопросы учения о правоотношении. — С. 37; *Толстой Ю. К.* Вказ. праця. — С. 32.

⁷ Див.: *Назаров Б. Л.* Вказ. праця. — С. 42.

⁸ Див.: *Шейндлин Б. В.* Вказ. праця. — С. 130.

⁹ Див.: *Иоффе О. С.* Спорные вопросы учения о правоотношении. — С. 41.

¹⁰ Див.: *Перетерский И. С., Крылов С. Б.* Международное частное право. — М., 1959. — С. 9.

шої розробки теорія правовідносин у МПП за радянських часів майже не отримала. До такого висновку можна дійти, ознайомившись з тим, як у більшості наукових джерел з МПП окреслюють так звані «міжнародні» чи «іноземні елементи» правовідносин. Для прикладу наведемо класичне визначення з цього питання Л. Лунца: наявність іноземного елемента у цивільно-правових відносинах може виразитись або у тому, що суб'єктом такого відношення є іноземний громадянин або іноземна юридична особа; або у тому, що об'єктом відношення є річ, що знаходиться за кордоном; або у тому, що юридичні факти, з якими пов'язані виникнення, зміна чи припинення правовідносин, мають місце за кордоном¹. Слід відзначити, що подібна тричленна будова елементів правовідносин у сфері МПП була за радянських часів і залишається натхненником багатьох вітчизняних науковців, які описують об'єкт (предмет) МПП у своїх підручниках.

Залишається незрозумілим, чим пояснюється той факт, що у МПП при визначенні даної категорії не використовуються досягнення загальної теорії права², коли, відповідно до наведеного та інших визначень, об'єктом у правовідносинах МПП може бути лише річ (а не інші визнані в теорії права різновиди об'єкта); чому юридичний факт безумовно розглядається як елемент правовідносин (що заперечується представниками теорії права, котрі розглядають останній як чинник, що зумовлює виникнення, зміну чи припинення правовідносин, тобто як необхідну передумову правовідносин, а не як елемент правовідносин); чому при визначенні елементів правовідносин у МПП ніколи не фігурують суб'єктивні права і обов'язки учасників правовідносин (що визнаються в загальній теорії права і щодо яких у теорії і практиці МПП й досі немає одностайності в аспекті визнання благонабутих за кордоном суб'єктивних прав і виконання обов'язків, що покладаються, відповідно до іноземної системи права)?

Крім того, при визначенні цих елементів правовідносин завжди вказують на іноземні характеристики суб'єкта, об'єкта і юридичного факту. Зазначені «характеристики» вже давно були предметом критики А. Рубанова, який відзначав, що, наприклад, громадянство особи є її зв'язком з певною державою, тобто громадянство особи — це інші соціальні відносини, котрі аж ніяк не стосуються цивільно-правових

¹ Див.: Лунц Л. А. Курс международного частного права: В 3 т. — М., 2002. — С. 26–27.

² Див.: Загальна теорія держави і права / За ред. М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченка, О. В. Петришина. — Х., 2002. — С. 342–347.

відносин у сфері МПП. Це ж саме можна стверджувати і щодо юридичних осіб, походження яких не може бути елементом правовідносин у сфері МПП. Далі, до елементів правовідносин у МПП зараховують об'єкт, тобто річ, що знаходиться за кордоном. Таким чином, основною у цьому аспекті є навіть не сама річ, а її місцезнаходження, тобто логічним висновком буде твердження про те, що важливою ознакою правовідносин є територія, де знаходиться річ як об'єкт МПП. Разом із цим територія іноземної держави не може бути елементом відносин, що регулює МПП, адже це сфера міжнародного публічного права, а не МПП. Відповідно через те, що юридичні факти не входять взагалі до структури правовідносин, недоцільно як керівний принцип при характеристиці правовідносин у сфері МПП застосовувати критерій їх місця настання¹. Отже, зазначені елементи взагалі не стосуються правовідносин у сфері МПП.

Очевидно, що у даному питанні слід погодитись із твердженням про те, що загально визнані «елементи» правовідносин, як це не дивно, не стосуються того, що є дійсним змістом правовідносин, що насправді більш за все характеризує їх як форму реалізації права².

Як видається, для адекватного відображення дійсності в питанні правовідносин у МПП слід визначитись з тим, для чого саме застосовується ця правова абстракція. Очевидно, що на даному етапі розвитку МПП України її застосування пов'язується із визначенням об'єкта цієї галузі права. Однак, якщо сприйняти теоретично обґрунтований постулат про те, що об'єктом права правовідносини бути не можуть, ними повинні бути лише суспільні відносини, то очевидним є визнання недоцільності звернення до категорії правовідносин та їх елементів для розв'язання названої проблеми.

Очевидно, що суспільні відносини у МПП можуть визначатись множинністю своїх елементів, різного роду зв'язками між собою і зовнішнім середовищем у вигляді різних правових систем, що унеможливорює надання їх чіткої схеми чи загальноприйнятих меж їх структури і зв'язків. Таким чином, у разі виникненні спірної ситуації і необхідності її правового впорядкування суспільні відносини повинні бути розглянуті і оцінені різнобічно, у всій їх сукупності і неповторності у кожному конкретному випадку окремо з боку юрисдикційних органів. Тільки врахування конкретних обставин справи

¹ Див.: Рубанов А. А. Теоретические основы международного взаимодействия национальных правовых систем. — М., 1984. — С. 92—93.

² Див.: Явич Л. С. Вказ. праця. — С. 121.

може бути основою для правового регулювання, визначення правового механізму і появи відповідних правовідносин як результату дії норм права на суспільні відносини.

Як видається, даний висновок має стати основоположним для теоретичних розробок категоріального апарату МПП, подальшого вдосконалення праворозуміння у теорії і законодавстві стосовно правовідносин, ролі «іноземного елемента» і визначення об'єкта правового регулювання МПП на сучасному етапі розвитку правової системи України.

Надійшла до редколегії 15.09.04

ПИТАННЯ ФІНАНСОВОГО ПРАВА

Є. Алісов, доцент НЮА України

Деякі проблеми правового регулювання глобальної платіжної системи в Україні

Специфіка правового регулювання суспільних відносин, пов'язаних з організацією та функціонуванням грошового обігу України, проявляється не тільки через створення власної національної валюти і введення в обіг емісійного механізму, що забезпечує її. Особливе значення для з'ясування особливостей цього явища мають питання, що стосуються організації власної глобальної (у деяких фахівців — загальнодержавної чи інтегрованої¹) платіжної системи, вирішення яких пов'язано зі здійсненням НБУ низки заходів технологічного, інституціонального, організаційно-економічного характеру.

З часу здобуття державного суверенітету перед Україною стояло складне і невідкладне завдання налагодження власної дійової системи безготівкових розрахунків, оскільки воно безпосередньо зумовлювало створення фундаментальних основ функціонування національної економіки, забезпечувало реалізацію фінансової політики держави. Недарма в літературі щодо означеної проблеми висловлюється думка, згідно з якою в Україні гостро стоїть питання про створення якщо не єдиного центрального процесингового інституту, то хоча б єдиного платіжного середовища². Але в юридичній літературі цим проблемам до останнього часу не приділялося належної уваги. Окремі правові аспекти організації й функціонування сучасних платіжних

¹ Див.: *Нариков Г. С.* Общегосударственная платежная система и развитие электронных носителей денег: Дис. ... канд. экон. наук. — Хабаровск, 2001. — С. 24; *Решетников П.* Досвід використання інформаційних технологій в банківській справі // Вісник НБУ. — 2004. — № 4. — С. 42.

² Див.: *Махаева О., Харченко В.* Платіжна система Нідерландів і контроль за нею // Там само. — 2003. — № 12. — С. 51.

систем або пов'язаних з ними питань новітніх інформаційних технологій М. Вертепа, Ф. Діланян, І. Заверуха, О. Кохановська та ін.

Значно більше уваги цим питанням приділяють економісти та фахівці у сфері банківської справи, інформатизації та телекомунікацій, серед яких можна назвати Б. Адамика, Ю. Кисельова, І. Козака, Г. Нарікова та ін. Але й в роботах цих фахівців названа проблема розглядається фрагментарно. Винятком із загального правила є, мабуть, тільки дисертація Г. Нарікова, яка, однак, також має певні прогалини у вивченні сучасних платіжних систем. Це перш за все стосується наданого ним визначення загальнодержавної платіжної системи, яке являє собою просте механічне поєднання різних елементів і не узгоджується з логікою прийнятого цим науковцем системного підходу, а також невиділення серед структурних елементів імперативної платіжної системи принципів її організації й функціонування¹, що значно зменшує можливості використання одержаних наукових результатів як фундаменту законодавчої діяльності й майбутніх юридичних досліджень у цій галузі.

У цьому контексті зазначимо, що труднощі створення в Україні глобальної платіжної системи тривалий час зумовлювалися серед іншого відсутністю узгодженого сприйняття визначення та змісту самого поняття «платіжна система», яке є дуже розпливчастим, оскільки сучасні автори до платіжних систем відносять розрахунки по рахунках у центральному банку країни, розрахунки з використанням пластикових карток чи грошових сурогатів в Internet, міжбанківські та внутрішньобанківські розрахунки, інші розрахункові схеми. Як підкреслює Г. Наріков, усі перелічені системи є платіжними і вказують на окремі рівні загальнодержавної платіжної системи². З огляду на це стає зрозумілим, чому законодавство України до останнього часу не містило визначення такої категорії. Через це завдання цієї статті полягатиме в уточненні правового поняття платіжної системи, з'ясуванні особливостей правового регулювання такого явища як елемента грошової системи та виокремленні її рівнів.

Почати треба з того, що з набранням чинності Законом України від 5 квітня 2001 р. № 2346-III «Про платіжні системи та переказ грошей в Україні» (далі — Закон) платіжна система визначається як платіжна організація, члени платіжної системи та сукупність відносин, що виникають між ними при проведенні переказу грошей. При цьому зазначається, що проведення переказу грошей є обов'язковою

¹ Див.: Наріков Г. С. Вказ. праця. — С. 27, 30.

² Там само. — С. 24.

функцією, яку має виконувати платіжна система. Але навіть з прийняттям цього Закону питання про визначення поняття «платіжна система» остаточно не вирішене, оскільки існують інші нормативні визначення цієї категорії, що не збігаються між собою за змістом¹.

Якщо виходити з прийнятого для цілей даного дослідження розуміння категорії «система», то платіжну систему як цілісний об'єкт необхідно розглядати через розкриття її структури і складу елементів. У цьому контексті перш за все треба звернутися до аналізу п.п. 1.28, 1.43 та 1.44 ст. 1 Закону, що вказують на коло осіб, між якими виникають суспільні відносини при здійсненні переказу грошей. Це платіжна організація, члени та учасники платіжної системи.

Платіжна організація є базовим елементом платіжної системи, оскільки являє собою організатора системи суспільних відносин по здійсненню переказу грошей в межах платіжної системи, залучає до її роботи членів платіжної системи, які разом з нею утворюють апарат платіжної системи і є складовою національної системи органів, які сприяють організації та функціонуванню грошового обігу в Україні. Таке твердження базується на визначенні в п. 1.28 ст. 1 Закону платіжної організації як юридичної особи, котра є власником або одержала право на використання товарного та інших знаків, що ідентифікують належність платіжних карток та інших платіжних інструментів до платіжної системи, і визначає правила роботи платіжної системи, а також виконує інші функції щодо забезпечення діяльності платіжної системи та несе відповідальність відповідно до закону і договору.

Члени платіжної системи як суб'єкти суспільних відносин по здійсненню переказу грошей в межах платіжної системи є юридичними особами, які на підставі належним чином оформленого права (ліцензії платіжної системи, укладеного з платіжною організацією платіжної системи договору тощо) надають послуги учасникам платіжної системи щодо проведення переказу за допомогою цієї платіжної системи та відповідно до законодавства України мають право надавати такі послуги в межах України. Тобто члени платіжної системи,

¹ Наприклад, в п. 6.1 Інструкції про міжбанківські розрахунки в Україні, затвердженої постановою Правління НБУ від 27 грудня 1999 р. № 621, визначалося, що платіжна система — це система, що забезпечує здійснення переказування грошових коштів (платежів) між банківськими установами (зокрема за кліринговою схемою). Може бути самостійною юридичною особою або об'єднанням на договірних умовах кількох юридичних осіб, якими визначаються правила, порядок роботи цієї системи та порядок розрахунків (див.: Офіційний вісник України. — 2000. — № 5. — Ст. 181).

як і платіжна організація, входять до складу платіжної системи на противагу від її учасників, які є споживачами таких послуг, будучи або ініціатором переказу коштів, або їх отримувачем.

Права та обов'язки учасників платіжної системи обмежуються сферою використання функціональних можливостей платіжної системи, які проявляються через реалізацію повноважень платіжного апарату. Саме таке розуміння правового статусу учасників платіжної системи відображає зміст п. 1.43 ст. 1 Закону, оскільки визначає їх як юридичних або фізичних осіб — суб'єктів відносин, що виникають при проведенні переказу грошей, ініційованого за допомогою платіжного інструмента цієї платіжної системи. Примітним є те, що учасники платіжної системи хоча і виступають суб'єктами суспільних відносин, що виникають при проведенні переказу грошей, однак не входять до складу платіжної системи. Водночас самі суспільні відносини, які виникають при проведенні переказу грошей, входять до складу платіжної системи тільки у тій частині відносин, які складаються між платіжною організацією та членами платіжної системи, тобто коли вони існують в межах платіжного апарату. Аналіз змісту п. 1.29 ст. 1 Закону дає підстави стверджувати, що суспільні відносини, що виникають при проведенні переказу грошей, між членами та учасниками платіжної системи не входять до складу платіжної системи, є позасистемними зв'язками. З огляду на це учасників платіжної системи краще було б визначити як її клієнтів¹, що більше б відповідало характеристиці статусу таких суб'єктів та їх ставлення до платіжної системи.

Але треба визнати, що зазначеними у п. 1.29 1 Закону елементами складу платіжної системи не вичерпується. Погодитися з точкою зору законодавця означало б сприйняти платіжну систему лише як сукупність певних осіб та відносин між ними, які, не будучи наповненими реальним змістом, не можуть забезпечити функціонування будь-якої платіжної системи. Зазначена в Законі сукупність елементів не відповідає ознаці достатності складових, що забезпечують цілісність системи, оскільки без таких осіб, заходів, явищ та інструментів, як банкомати, документи (в тому числі електронні) на переказ грошей, еквайрингові установи (еквайри) та власне еквайринг, електронні

¹ *Клієнт* [від лат. *cliens* (*clientis*) — підопічний] — 1) у стародавньому Римі неповноправний клас людей, залежних від покровителя, патрона; 2) особа, що доручила ведення своєї справи адвокатові, захисникові; 3) постійний відвідувач, покупець, замовник, вкладник тощо (див.: Словник іншомовних слів / За ред. чл.-кор. АН УРСР О. С. Мельничука. — К., 1977. — С. 332).

засоби телекомунікацій та програмне забезпечення програмно-технічних комплексів, за допомогою яких здійснюється переказ грошей, заходи безпеки функціонування платіжної системи, клірингові установи, спеціальний платіжний засіб тощо, сучасна платіжна система позбавлена матеріального змісту, а відтак, не може нормально функціонувати. Видається, що включення перелічених елементів до складу платіжної системи необхідно визнати обов'язковим, оскільки без урахування їх специфіки неможливі як організаційне моделювання структури будь-якої платіжної системи, так і дійове правове регулювання грошового обігу через прогалини в організації грошової системи. Якщо такі особи, заходи, явища та інструменти розглядати поза платіжною системою, то логіка організації грошового обігу на єдиних принципах та за допомогою єдиних правових норм втрачає усілякий сенс, чого не можна допустити з огляду на її значення для фінансової діяльності держави.

Аналіз норм чинного законодавства України дозволяє виокремити кілька рівнів реалізації платіжної системи як елемента грошової системи. Перш за все зазначимо, що відповідно до п. 1.29 ст. 1 Закону вирізняються: 1) внутрішньодержавна платіжна система, в якій платіжна організація є резидентом та яка здійснює свою діяльність і забезпечує проведення переказу грошей виключно в межах України; 2) міжнародна платіжна система, в якій платіжна організація може бути як резидентом, так і нерезидентом і яка здійснює свою діяльність на території двох і більше країн та забезпечує проведення переказу грошей з однієї країни в іншу. В такий спосіб законодавець окреслив функціональну спрямованість платіжних систем щодо організації руху грошей та його територіальні межі.

В цій статті не розглядаються питання правового регулювання організації та функціонування міжнародних платіжних систем, оскільки це виходить за межі означеної теми. Хоча слід зауважити, що функціональна спроможність таких структур не виключає можливості їх використання для здійснення переказів грошей усередині країни, для якої така міжнародна платіжна система не є резидентом. Більш того, тенденції розвитку сучасних платіжних систем випереджають рівень розвитку законодавства, що регулює їх організацію й функціонування, навіть з огляду на його динаміку, яка істотно посилилася останнім часом. Так, зараз НБУ розглядає питання розроблення та реалізації на базі існуючої у Франції платіжної системи Carte Bancaire проекту Єдиної національної системи банківських карток, яка б поєднувала можливості внутрішньодержавної та міжнародної платіжних систем.

У разі утворення в Україні такої платіжної системи за формою та правовим статусом вона буде внутрішньодержавною, а за змістом — міжнародною, оскільки застосовувані в її межах платіжні картки, що емітуються банками-резидентами, можуть використовуватися і за межами країни як повнофункціональні платіжні інструменти будь-якої міжнародної платіжної системи (VISA, MasterCard тощо). Це дещо виходить за межі окресленого Законом розуміння і внутрішньодержавної, і міжнародної платіжних систем, а відтак, вимагає певного коригування цього Закону.

Що ж стосується внутрішньодержавної платіжної системи, то її організація та функціонування окреслюються перш за все поняттям платіжної території. Ця категорія не розглядалася в юридичній літературі на відміну від понять державної, митної чи податкової території¹. Законодавство України, на відміну від румунського, також не містить визначення такої категорії, незважаючи на те, що вона має істотне значення для правового регулювання грошового обігу. Так, відповідно до ст. 4 Регламенту Національного банку Румунії платіжна територія Румунії збігається з державною територією цієї країни за винятком зон зі спеціальним митним, податковим та платіжним режимами². Цим орієнтується увага на особливість реалізації державного суверенітету країни щодо організації грошового обігу на своїй території³. Національний банк Румунії при цьому вказує на можливість створення спеціальних режимів на територіях, що належать до окремо визначених зон і мають певні особливості здійснення економічних відносин, в тому числі проведення переказу грошей. Це передбачає утворення відносно відокремлених платіжних систем, які мають локальний характер, оскільки не поширюють свою діяльність за межі чітко визначеної території. Але усі вони, виходячи з особливостей організації сучасних грошових систем, які базуються на принципах цен-

¹ Див.: *Гаврилюк Р. О.* Дія норм податкового права в часі, просторі та за колом осіб. — Чернівці, 2002. — С. 134–149; *Европейское право: Учебник / Под общ. ред. Л. М. Энтина.* — М., 2002. — С. 346–347; *Международное право / Ответ. ред. Г. П. Калюжная, Д. В. Левин.* — М., 1964. — С. 174–179 та ін.

² Регламент Національного банку Румунії щодо поточних операцій з переказу капіталу з використанням іноземних платіжних засобів // Законодавство України: інформаційно-пошукова система Лика // www.lica.com.ua.

³ В міжнародному праві державна територія визначається як просторові межі, в яких здійснюється влада (територіальне верховенство) даної держави (див.: *Международное право / Отв. редакторы Г. П. Калюжная, Д. В. Левин.* — М., 1964. — С. 174–179). Саме такого розуміння цієї категорії ми й будемо додержуватися.

тралізації та імперативного правового регулювання, повинні контролюватися центральним банком країни¹.

Але локальні платіжні системи можуть мати й інше значення. За своїми змістом та формою до локальних систем належать внутрішньобанківські платіжні системи, які відповідно до п. 1 Інструкції про міжбанківський переказ грошей в Україні в національній валюті (постанова Правління НБУ від 17 березня 2004 р. № 110, далі — Інструкція)² являють собою сукупність правил, організаційних заходів, програмно-технічних засобів, засобів захисту, що використовуються банком для виконання внутрішньобанківського переказу грошей, а також для взаємодії з іншими банківськими платіжними системами з метою забезпечення виконання міжбанківського переказу грошей філіями банку. До речі, наведене визначення внутрішньобанківських платіжних систем відрізняється від визначення платіжної системи в Законі є більш досконалим і може бути використане як база для уточнення визначення розглядуваної категорії.

У п. 1 Інструкції також міститься визначення поняття банківського регіону як сукупності банківських установ-учасників системи електронних міжбанківських переказів НБУ (СЕМП), які мають кореспондентські рахунки в одному територіальному управлінні або виконують міжбанківський переказ через консолідований кореспондентський рахунок, що відкритий у цьому управлінні. Це свідчить про те, що територіальна ознака платіжної системи поступово втрачає свою чітку окресленість у просторі. Хоча банки (чи їх філії) одержують певну територіальну прив'язку до того територіального управління НБУ, в якому вони мають кореспондентські рахунки, або здійснюють розра-

¹ Це проявляється насамперед у тому, що всі платіжні системи або використовують як грошову (розрахункову) одиницю офіційну валюту держави (legal tender), або застосовують своєрідні механізми співвідношення (порівняння) з нею власних сурогатних грошових знаків. Крім того, як правило, робота будь-якої платіжної системи ґрунтується на застосуванні традиційних способів розрахунків і будується на принципах, аналогічних тим, що покладені в основу організації і функціонування централізованої грошової системи, де провідна роль належить контрольно-емісійному центру. В українському законодавстві такий принцип відображено у приписах ст. 9 Закону, яка передбачає необхідність урахування вимог та нормативних актів НБУ платіжними системами, а також окремими банками щодо платіжних інструментів, програмно-технічних засобів, систем захисту інформації та телекомунікаційних каналів зв'язку. Крім того, самі Правила внутрішньодержавної платіжної системи мають бути узгоджені з НБУ.

² Див.: Офіційний вісник України. — 2004. — № 16. — Ст. 1123.

хунки за консолідованим кореспондентським рахунком, примітним є те, що така «прописка» учасників системи електронних платежів НБУ (СЕР) є дещо формальною та умовною через можливості використання засобів сучасних телекомунікацій. Недарма в п. 1 глави 1 розділу 1 Інструкції міститься термін «віртуальний банківський регіон», зміст якого охоплює сукупність банківських установ, які обслуговуються одним програмно-технічним комплексом АРМ-2 СЕР НБУ. Зазначимо, що таке визначення не заперечує для комерційних банків та їх філій можливість розташування в різних адміністративно-територіальних одиницях при обслуговуванні одним програмно-технічним комплексом АРМ-2 СЕР НБУ.

В цьому контексті постає завдання визначити співвідношення категорій державної території, глобального інформаційного простору (кіберпростору) та юрисдикції інформаційних мереж. Як вважає з цього приводу О. Кохановська, проблема законодавчого регулювання й контролю процесів у мережі знаходить різні, нерідко протилежні погляди й підходи. З одного боку, існує потяг до самоорганізації в Інтернеті, а з другого — орієнтація на сильний державний контроль¹. Вирішення такого завдання об'єктивно вимагає поєднання цих крайнощів. Але при цьому зазначимо, що для потреб організації фінансової діяльності держави першочергове значення має державне регулювання Інтернету, але цим не обмежується, оскільки платіжні системи можуть спиратися й на інші телекомунікаційні засоби.

Останнім часом можливості сучасних інформаційно-телекомунікаційних технологій зумовили розроблення та впровадження НБУ загальнодержавної СЕР, яка являє собою декілька сполучених через НБУ спеціалізованих підсистем, що охоплюють усю територію країни. В процесі розвитку сучасної глобальної платіжної системи в Україні на базі системи розрахункових палат НБУ було сформовано загальнодержавну систему електронних міжбанківських переказів НБУ (СЕРП), що вказує на чільну роль цього органу в організації грошового обігу та відображає реалізацію принципу централізації грошової системи України, яка базується на імперативних засадах правового регулювання грошового обігу. СЕРП охоплює дві складові, різниця між якими полягає в технологічних особливостях процедури проведення міжбанківського переказу: 1) СЕР, що працює в режимі, та 2) система термінових переказів

¹ Див.: Кохановская Е. В. Проблемы гармонизации гражданско-правового регулирования информационных отношений в условиях информационного общества // Проблемы гармонизации законодательства Украины и стран Европы / Под общ. ред. Е. Б. Кубко, В. В. Цветкова. — К., 2003. — С. 546.

(СТП), що працює в режимі on-line. Координацію роботи таких складових забезпечує система моніторингу технічних рахунків. Додатковими складовими СЕМП є інформаційно-пошукова система (ІПС), система резервування і відновлення функціонування СЕМП.

Програмне забезпечення СЕП складається із програмно-технічних комплексів — автоматизованих робочих місць (АРМ), що відповідають трьом рівням структури СЕП: Центральна розрахункова палата — АРМ-1, АРМ ІПС; розрахункові палати — АРМ-2; банківські установи — учасники СЕП — АРМ-НБУ. Така структура програмного забезпечення СЕП зумовлена дворівневою системою розрахункових палат, яка складається із: 1) Центральної розрахункової палати НБУ (ЦРП) — забезпечує функціонування СЕМП у цілому, а також здійснює функції розрахункової палати для банківських установ м. Києва і Київської області та обслуговує віртуальні банківські регіони, і 2) розрахункових палат (РП), що обслуговують в системі електронних платежів НБУ банки відповідного банківського (віртуального банківського) регіону. Розрахункові палати є структурними підрозділами НБУ та його установ на місцях (територіальних управлінь), що свідчить про чільну роль цього органу в організації грошового обігу та відображає реалізацію принципу централізації в устрої грошової системи України, яка базується на імперативних засадах правового регулювання грошового обігу.

Маючи таку інфраструктуру, НБУ виступив як фундатор та платіжна організація на стадії реалізації пілотного проекту Національної системи масових електронних платежів (далі — НСЕМП), яка є внутрішньодержавною багатомітентною платіжною системою, в якій розрахунки за товари та послуги, одержання готівки та інші операції здійснюються за допомогою банківських платіжних смарт-карток за технологією, що розроблена НБУ. В подальшому планується, що на стадії поширення керівництво платіжною системою здійснюватиме нова платіжна організація, що буде створена за ініціативи членів НСЕМП як юридична особа.

Спираються на інформаційні й технологічні можливості, а також правові засади організації й функціонування СЕМП (точніше, СЕП) й інші платіжні системи, які можуть утворюватися в Україні. Так, окремою локальною платіжною системою є внутрішня платіжна система органів Держказначейства України, яке відповідно до п. 5 спільної постанови КМУ та НБУ від 15 вересня 1999 р. № 1721¹ одержало пра-

¹ Див.: Про створення внутрішньої платіжної системи Державного казначейства: постанова КМУ та НБУ від 15 вересня 1999 р. № 1721 // Офіційний вісник України. — 1999. — № 38. — Ст. 1905.

во здійснювати через цю систему тільки платежі та міжбанківські розрахунки. Також треба вказати на можливість утворення в Україні внутрішньодержавних небанківських платіжних систем¹, які є специфічними утвореннями та можуть здійснювати діяльність з переказу грошей відповідно до п/п. 8 п. 1 ст. 4 Закону України від 12 липня 2001 р. № 2664-III «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг».

На завершення розгляду питання про платіжні системи треба зазначити, що крім зазначених вище складових таких утворень важливе значення для їх характеристики як об'єктів правового регулювання мають режими функціонування та технологічні регламенти роботи². Переважно це стосується проблеми забезпечення інформаційної безпеки платіжних систем, але, крім цього, таке питання пов'язане з реалізацією заходів з підготовки національної економіки, території, органів державної влади, органів військового управління, органів місцевого самоврядування, а також населення до дій в особливий період, що передбачено ст. 3 Закону України від 6 грудня 1991 р. № 1932-XII «Про оборону України». З огляду на це Правління НБУ розробило та затвердило постанову від 23 грудня 2003 р. № 576 «Про затвердження Положення про міжбанківський переказ грошей в Україні в національній валюті в особливий період»³, відповідно до п. 1.2 якого НБУ координує організацію та забезпечує здійснення міжбанківського переказу

¹ Див.: Про затвердження Положення про порядок реєстрації та надання дозволу внутрішньодержавним небанківським платіжним системам на здійснення діяльності, пов'язаної з переказом грошей: Постанова Правління НБУ від 14 жовтня 2003 р. № 447 // Там само. — 2003. — № 45. — Ст. 2368.

² Важливе значення для організації роботи СЕМП має її система резервування і відновлення функціонування, яку утворюють процедури та компоненти програмного забезпечення СЕМП, призначені для забезпечення функціонування СЕМП у разі неможливості штатного функціонування РП або ЦРП. Резервування СЕМП функціонально організоване на кількох рівнях, призначених для відновлення роботи СЕМП у разі неможливості забезпечення штатного функціонування за допомогою мінімально потрібних заходів, виконання яких залежить від ступеня та локалізації пошкоджень: а) «гарячий», якщо відновлення роботи АРМ здійснюється негайно, у тій самій РП і на тому самому вузлі СЕМП (для РП — відновлення роботи АРМ-2, для ЦРП — відновлення роботи АРМ-1, СМТР, АРМ-2, що обслуговуються ЦРП); б) «теплій», якщо відновлення роботи АРМ-2 РП та відповідного територіального вузла СЕМП оперативно здійснюється персоналом ЦРП у ЦРП; в) «холодний», якщо відновлення роботи ЦРП здійснюється у територіально віддаленому пункті (будівлі центрального апарату НБУ) персоналом ЦРП і Департаменту інформатизації.

³ Див.: Офіційний вісник України. — 2004. — № 3. — Ст. 132.

засобами СЕП в особливий період (в період мобілізації або з часу введення воєнного стану). Міжбанківські перекази в Україні в особливий період здійснюються через залучені банки, що є учасниками СЕП¹. Система термінових переказів Національного банку в особливий період не функціонує.

Такі заходи, серед іншого, включають резервування автоматизованих систем, що забезпечують роботу СЕП на рівні територіальних управлінь, РП, ЦРП з метою відновлення функціонування СЕП в особливий період та створення територіально відокремленого захищеного резервного центру оброблення даних, облаштованого спеціальним серверним приміщенням, яке відповідає сучасним вимогам безпеки інформаційних систем, потрібною обчислювальною технікою та телекомунікаційним обладнанням, засобами зв'язку, автономним джерелом постачання електроенергії тощо (зараз це Харківське обласне управління НБУ).

Надійшла до редколегії 02.11.04

Т. Кагановська, кандидат юридичних наук (Харківський національний університет)

До питання щодо регулювання прав суб'єктів податково-правових відносин

Сплата податків та зборів, надходження коштів від обов'язкових платежів податкового характеру є однією з найважливіших складових існування держави, забезпечення здійснення нею необхідних для існування суспільства завдань та функцій. Адекватне правове регулювання цих відносин має забезпечити стале надходження коштів до бюджетів, соціально-економічну стабільність життя кожного громадянина України і держави в цілому. Відносини з приводу оподаткування повинні виступати виключно в правовій формі. На них цілком поширюється

¹ Це передбачає здійснення заходів щодо забезпечення мобілізаційної підготовки з метою своєчасного переведення СЕП на функціонування в особливий період та задоволення потреб у міжбанківських переказах відповідно до вимог особливого періоду, організації міжбанківських переказів засобами СЕП у обмеженій кількості банків, відновлення функціонування СЕП у повному обсязі після закінчення воєнних дій.

запропонований та існуючий на сьогодні як класична аксіома висновок Ю. Ровинського про існування фінансових відносин тільки в формі правових. Безумовно, це повною мірою стосується й окремого фінансово-правового інституту — податкового.

Аналіз податкових правовідносин, дослідження їх фахівцями на сучасному етапі є дуже активними. До початку ХХІ ст. вже склалися основні підходи щодо визначення найсуттєвіших податково-правових конструкцій. Це простежується в роботах Л. Воронової, О. Грачової, Ю. Крохіної, І. Кучерова, М. Кучерявенка, С. Пепеляєва, Н. Петрової, Н. Хімічевої. Поряд із системними працями цих авторів необхідним постає більш докладний аналіз окремих складових правового механізму податку, найважливіших положень змісту податкових правовідносин. Навряд чи можна вважати, що питання суб'єктного складу податкових правовідносин, окремих рис їх владних та зобов'язаних суб'єктів не досліджувалися взагалі. Деякі праці з цих питань належать О. Бакун, В. Гриценко, М. Перепелиці. Але багато дуже актуальних та важливих питань на сьогодні лише визначені і потребують досить суттєвого та докладного аналізу.

При розгляді правового регулювання прав суб'єктів податкових правовідносин необхідно перш за все визначитися з тим, що таке право взагалі. В теорії права виділяють два фундаментальні поняття — об'єктивне право і суб'єктивне право. Перше з них являє собою систему норм, загальнообов'язкових правил поведінки, що регулюють певні суспільні відносини. Друге найчастіше розглядається як вид і міра можливої поведінки суб'єкта цих відносин. Безумовно, об'єктом нашого дослідження є перш за все суб'єктивні права суб'єктів податкових правовідносин, однак таке дослідження було б неповним без певного аналізу співвідношення об'єктивного та суб'єктивного права.

Об'єктивне право як система норм створює принципову можливість, для реалізації якої необхідна наявність реальної можливості для даного суб'єкта права. Загальні можливості, передбачені правовою нормою, формують певні стимули в поведінці, досягненні мети правового регулювання, що і реалізує норма права¹. Повною мірою такий підхід демонструє й Р. Халфіна: «Норма створює абстрактну можливість певної поведінки, але для її реалізації в правовідношенні необхідні конкретні можливості даних учасників, а також вираження волі учасників (або настання не залежних від їхньої волі подій), спря-

¹ Див.: Кучерявенко Н. П. Курс налогового права: В 6 т. — Т. II: Введение в теорию налогового права. — Х., 2004. — С. 348–349.

мованої на реалізацію відносин, передбачених у нормі. Тут відбувається перший етап переходу можливості в дійсність. Абстрактна можливість, встановлена нормою, перетворюється на конкретні права й обов'язки учасників правовідносин, у їхній правовий зв'язок, модель їхньої поведінки. При цьому відбувається і відповідна зміна елементів структури»¹. Таким чином, об'єктивне право є певною передумовою суб'єктивного права. Важливо враховувати зауваження Ю. Толстого про те, що «...немає достатніх підстав відмовлятися від традиційного вчення про співвідношення норми права, правоздатності (правосуб'єктності), юридичного факту і правомочності. Жодне суб'єктивне право не може виникнути безпосередньо з норми права, без настання передбаченого нормою юридичного факту»². Так, конституційно закріплений обов'язок кожного сплачувати податки виникає в платника спочатку лише з настанням передбачених податковими законами фактів, які породжують суб'єктивні права й обов'язки, додають їм персоніфікованого характеру. Слід погодитися з тим, що будь-яке суб'єктивне право може виникнути лише при наявності необхідних передумов, якими є норма права, правоздатність і юридичний факт³.

Слід, однак, мати на увазі, що наявність самого суб'єктивного права чи обов'язку ще не означає повної реалізації приписів правової норми. «Державна воля, виражена в юридичних нормах, реалізується не тільки у встановленні кола прав і обов'язків, але й у діях, спрямованих на фактичне використання суб'єктивного права, виконання покладених обов'язків. Тут державна воля необхідно поєднується з волею суб'єктів права, поза якою немислима його діяльність по використанню прав і виконанню юридичних обов'язків»⁴. Подібної точки зору дотримується й Р. Халфіна: «Як би точно не була визначена модель поведінки в сукупності прав і обов'язків учасників, це все-таки ще можливість, а не дійсність. Правовий припис, що міститься в нормі, конкретизований в застосуванні до даних учасників у вигляді їхніх прав і обов'язків, перетвориться в дійсність тоді, коли він буде співвіднесений з реальною поведінкою»⁵. Дійсно, абстрактний обов'язок сплачувати податки стає реальністю тільки тоді, коли він стосується кон-

¹ Халфіна Р. О. *Общее учение о правоотношении*. – М., 1974. – С. 207–208.

² Толстой Ю. К. *К теории правоотношения*. – Л., 1954. – С. 71.

³ Див.: Там само. – С. 68.

⁴ Явич Л. С. *Право и общественные отношения (Основные аспекты содержания и формы советского права)*. – М., 1971. – С. 112.

⁵ Халфіна Р. О. *Вказ. праця*. – С. 209.

кретного платника, в якого у зв'язку з певним об'єктом оподаткування складаються абсолютно чіткі обов'язки щодо обліку, сплати, звітності і який своїми діями здійснює їх реалізацію.

Права різних суб'єктів податкових правовідносин вирізняються певними особливостями залежно від правового становища того чи іншого суб'єкта. Важливим при цьому є питання про співвідношення понять сторони й суб'єкта податкових правовідносин. Імперативний характер податкових правовідносин зумовлює чітке розмежування владної та зобов'язаної сторін. У цих умовах регулювання здійснюється шляхом владних вказівок держави або уповноважених нею органів щодо обов'язків і прав платників податків та інших зобов'язаних осіб. На наш погляд, важливо враховувати два моменти. По-перше, кожна зі сторін може бути представлена декількома суб'єктами: як владна сторона може бути представлена державою, органами податкової адміністрації, податкової міліції, митними органами і т. ін., так і зобов'язана сторона включає кілька різновидів платників податків та інших зобов'язаних осіб. По-друге, деякі суб'єкти правовідносини залежно від особливостей регулювання можуть виступати як владною, так і зобов'язаною стороною. Наприклад, податкові органи наділені владними повноваженнями щодо платників податків і характеризуються визначеними обов'язками стосовно держави. Звісно, такий розподіл не може цілком розкрити зміст відносин між усіма суб'єктами, що вступають у податкові правовідносини. Відносини між різними суб'єктами податкових правовідносин, безумовно, мають певну видову своєрідність. Разом з тим принцип співвідношення сторін, відображаючи природу податкових правовідносин, дозволяє чітко визначити становище певного суб'єкта даних конкретних податково-правових відносин.

Слід погодитися з тим, що суб'єктивному праву однієї сторони логічно відповідає встановлений об'єктивним правом обов'язок іншої¹. Н. Коркунов у зв'язку з цим підкреслював: «Право неодмінно припускає відповідний обов'язок. Якщо немає відповідного обов'язку, буде простий дозвіл, а не правомочність. Але обов'язок може завжди існувати і без відповідної йому правомочності»². Дійсно, відособлений аналіз права, обов'язку є певною науковою абстракцією, і дослідження їх неможливе без зіставлення цих систем. Відповідному суб'єктивному праву одного учасника податкових правовідносин ко-

¹ Див.: Кучерявенко Н. П. Курс налогового права. — С. 356.

² Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. — СПб., 1909. — С. 191.

респондує обов'язок іншого. Фактично без їх зіставлення іноді важко з'ясувати межі правомірної поведінки тієї чи іншої особи. Але координація прав та обов'язків, відповідна логічна та змістовна кореляція їх змісту може стати напрямком окремого дослідження. Зараз же нам хотілося б, визначивши це положення, все ж таки більш докладно зупинитися виключно на змісті системи прав учасників податкових правовідносин.

Класифікація податкових прав може здійснюватися за різними підставами¹. Серед них можна виділити підхід за суб'єктивним складом, виходячи з об'єкта, відносно якого надаються права, типу податку тощо. Але слід мати на увазі, що класифікація такого елемента податкової правосуб'єктності, як права, здійснюється не як самоціль, а для більш точного та доцільного регулювання поведінки учасників правовідносин, визначення відповідного правового режиму, що висвітлює і деталізує характер дій владних та зобов'язаних осіб у певних ситуаціях, пов'язаних з оподаткуванням.

Не торкаючись деталізації підходу до класифікації прав учасників податкових правовідносин, зупинимось на деяких найсуттєвіших моментах. Мабуть, вихідним є розмежування суб'єктивних податкових прав згідно з відношенням до владної чи зобов'язаної сторони податкових правовідносин. З цього приводу ми маємо відокремити права владних суб'єктів податкових правовідносин від прав зобов'язаних суб'єктів. Незважаючи на те що вони мають певний зв'язок, вони існують як окремі підсистеми. Однак ця окремість не означає абсолютної ізоляваності. Права податкових органів, які насамперед представляють державу в податкових відносинах, базуються на відповідному закріпленні державою своїх функцій в галузі оподаткування шляхом надання податковим органам відповідних прав.

Хотілося б при цьому звернути увагу на деякі проблеми, що існують в чинному податковому законодавстві та шляхом розв'язання яких можна, на наш погляд, удосконалити механізм оподаткування. По-перше, треба остаточно визначитися з колом суб'єктів, які входять до складу владної сторони в податкових правовідносинах. На сьогодні ми досить часто наштовкуємось на суперечності між окремими законодавчими актами. Так, згідно з ними правами відносно справляння податків і зборів та надходження коштів до бюджетів наділені податкові органи (Закон України «Про державну податкову службу в Україні»), контролюючі органи (Бюджетний кодекс України), органи

¹ Див.: Налоговое право: Учебник / Под ред. С. Г. Пепеляева. — М., 2003. — С. 168–176; Кучерявенко Н. П. Налоговое право. — Х., 2001. — С. 118.

стягнення (Закон України «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами»). Розв'язати цю колізію, на наш погляд, можна шляхом закріплення вичерпного переліку органів, що належать до тих, які контролюють сплату обов'язкових платежів податкового характеру до бюджетів, та посилення на умови або ситуації, коли такими ж правами можуть користуватися інші, неподаткові органи (наприклад, митні). По-друге, необхідні деталізація та приведення в певну систему всієї сукупності прав податкових органів. Вважаємо, що серед тих, які закріплено на сьогодні чинним законодавством, є багато таких, що мають зміст лозунгу, не можуть бути певним чином реалізовані, не мають відповідних підстав для цього (наприклад, матеріально і морально заохочувати громадян, звертатися до суду з заявами і т.д.). Більш доцільно не тільки закріпити виважений перелік прав представників владної сторони податкових правовідносин, а й згрупувати їх відповідним чином (матеріальні, організаційні та ін.). Це дозволить сформулювати й відповідні підстави їх реалізації, наприклад, необхідні грошові надходження для реалізації відповідних майнових прав податкових органів тощо.

Певними правами наділені й зобов'язані особи податкових правовідносин — платники податків і зборів (обов'язкових платежів)¹. Але, на наш погляд, вважати остаточно вирішеною та врегульованою проблему визначення прав платників податків не можна. Законодавець дуже поверхово торкнувся цієї проблеми; з огляду на чинну норму саме податкових прав фактично у платників і немає. Навряд чи можна віднести до прав платника податку право на оскарження рішень державних податкових органів та дій їх посадових осіб. Право на звернення до суду гарантовано всім громадянам України, і для цього зовсім не треба набувати статусу платника податку. Дуже примарним виглядає й надання права платнику податків на використання податкової пільги. Це перш за все його інтерес, і немає сенсу окремо закріплювати те, що й так надається спеціальними законами про оподаткування. На наш погляд, суперечним є й надання платникам права на звернення до податкових органів за роз'ясненнями та інформацією. Щоб стати діючим, це право має забезпечуватися й відповідним обов'язком податкових органів — надавати таку інформацію та нести відповідальність у разі такої відмови. Але такого обов'язку в податкових органів немає.

¹ Див.: Стаття 10 Закону України «Про систему оподаткування» // Відомості Верховної Ради України. — 1991. — № 39 (24.09.91). — Ст. 510.

Взагалі хотілося б наголосити на відносній складності механізму закріплення прав платників податків і зборів (обов'язкових платежів). Треба замислитися над тим, чи можуть вони бути. Річ у тім, що йдеться про деталізацію правового статусу зобов'язаних осіб, закріплення механізму реалізації безумовного обов'язку по сплаті податків і зборів. Виконання цього обов'язку забезпечує сукупність видових обов'язків платників по податковому обліку, сплаті та звітності й деталізація прав зобов'язаних осіб навряд чи тут необхідна. Дійсно, це дискусійне питання, навряд чи може бути який-небудь висновок остаточним, але, мабуть, залишити цю проблему в тому стані, в якому вона існує в чинному податковому законодавстві, не можна.

Надійшла до редколегії 01.12.04

ПРОБЛЕМИ БОРОТЬБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ

О. Костенко, член-кореспондент
АПрН України

Соціальний натуралізм як методологічний принцип юриспруденції і кримінології

Дві речі визначають будь-яку науку: основне питання, що лежить в основі тієї чи іншої науки, і метод, за допомогою якого це основне питання має вирішуватися. Зазначене стосується і юриспруденції та кримінології.

При найближчому розгляді історії правознавства, на наш погляд, можна зробити висновок, що основне питання правознавства має бути сформульовано таким чином: «Право — це витвір природи чи людей? А якщо того й іншого, то яка роль природи і яка роль людей у творенні права?» Саме це питання визначає решту питань, що постають у правознавстві: як вирішується воно, так вирішуються й усі інші.

І тут слід зазначити, що Гуго Гроцій, розглядаючи історію правознавства, доходить висновку, що правознавство може бути наукою лише тоді, коли визнає участь природи у творенні права. Він писав: «Багато хто до цих пір намагався надати цій галузі (юриспруденції. — *О. К.*) наукової форми, але ніхто не зміг цього зробити, та й, по правді кажучи, це й неможливо було здійснити інакше як... відокремивши те, що виникло внаслідок установа, від того, що виникає із самої природи»¹. Ця ідея є особливо актуальною зараз, коли виникає гостра потреба в модернізації української юридичної науки.

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

З нашої точки зору історія ідеї природного права вказує на існування такої закономірності: прогрес права завжди пов'язаний із при-

¹ *Гроцій Гуго. О праве войны и мира. — М., 1994. — С. 52.*

стосуванням його до природних законів існування суспільства, а регрес — з непристосованістю до цих законів, внаслідок чого чинне законодавство стало проявом правового волюнтаризму або утопізму. При найближчому розгляді історії розвитку юриспруденції можна помітити, що цей розвиток завжди відбувався завдяки юристам-«натуралістам», тобто юристам, які сповідували ідеологію природного права. До них належать, зокрема, Ульпіан, Цицерон, Гуго Гроцій, С. Пуфендорф, Дж. Локк, Ш. Монтеск'є, Ч. Беккарія, Т. Джефферсон та ін.

Саме з огляду на це на науково-практичній конференції «Правова система України: теорія і практика», яка відбулася 7–8 жовтня 1993 р. в м. Києві, нами було запропоновано започаткувати відродження в Україні ідеї природного права на новій методологічній основі — на основі принципу соціального натуралізму¹. Подальші дослідження підтвердили перспективність такого підходу².

Необхідність відродження в Україні ідеї природного права зумовлюється тим, що вона має властивість «виліковувати» право від хвороби, яка називається правовим волюнтаризмом і проявляється, зокрема, в законодавчому свавіллі. Саме тому в історії розвитку права ідея природного права завжди використовувалась як засіб для подолання правового волюнтаризму, тобто зловживання законодавством.

¹ Див.: Костенко О. М. Принцип натуралізму в юридичній науці і кримінології // Правова система України: теорія і практика. Тези доповідей і наукових повідомлень науково-практичної конференції (Київ, 7–8 жовтня 1993 р.). — К., 1993. — С. 390–392.

² Див., зокрема: Костенко О. М. Трикутник долі // Віче. — 1993. — № 6. — С. 91–99; його ж. Принципи «універсальної конституції» природи // Трибуна. — 1993. — № 8–9. — С. 15–16; його ж. Справедливість кримінального закону як передумова ефективності його застосування // Законодавство: проблеми ефективності. — К., 1995. — С. 146–162; його ж. Концепція природного права і законодавство // Правова держава. — 1996. — Вип. 7. — С. 77–84; його ж. Наказання в системі средств боротьби з преступністю // Уголовное наказание. — К.—Донецк, 1997. — С. 76–101; його ж. Зашморг на злочинність // Віче. — 1997. — № 7. — С. 118–125; його ж. Конституція і правова культура громадян: що головніше? // Державно-правова реформа в Україні. Матеріали науково-практичної конференції. Листопад 1997 року. — К., 1997. — С. 64–66; його ж. Культура і закон // Правова держава. — 1998. — Вип. 9. — С. 130–136; його ж. Розвиток кримінального права в незалежній Україні // Державотворення і правотворення в Україні: досвід, проблеми, перспективи / За ред. Ю. С. Шемшученка. — К., 2001. — С. 562–576; його ж. Основне питання правознавства: пошуки сучасного рішення // Ерліхівський збірник. Юридичний факультет Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича. Випуск 3. — Чернівці, 2002. — С. 5–10; його ж. Європейська юридична освіта (концептуальний підхід) // Часопис Київського університету права. — 2003. — № 1. — С. 75–79 та ін.

Для того щоб правильно зрозуміти роль ідеї природного права в подоланні правового волюнтаризму, треба правильно визначити, що є само право. На нашу думку, робити це слід за допомогою так званого принципу соціального натуралізму¹. Згідно з цим принципом соціальні явища не можна розглядати за межами дії законів природи, навпаки, їх треба розглядати як такі, що є не менш природними, ніж фізичні та біологічні, а більш природними, бо вони є вищою формою розвитку природи.

Проте тут слід мати на увазі, що природа кожної речі є мінливою, вона може або розвиватися, або деградувати (тобто має місце еволюція чи інші метаморфози). Відповідним чином змінюються і закони природи, за якими та чи інша річ існує, перебуваючи в тому чи іншому природному стані. Наприклад, природа людини в дитячому віці дещо інша, ніж у старості. Отже, в дитинстві людина має жити за одними законами природи, а в похилому віці — за дещо іншими. Інакше кажучи, те, що є природним для дитини, може бути неприродним для людини похилого віку. Це саме стосується, наприклад, і порівняння тварини і людини — природне для тварини може бути неприродним для людини, і навпаки.

Сучасне суспільство існує за іншими природними законами, ніж первісне, бо природа суспільства змінилась.

З принципу соціального натуралізму випливає, що існують дві форми реальності: природна, тобто така, що відповідає законам природи, і протиприродна, тобто така, що не відповідає законам природи. Зокрема, в соціальній реальності існують добродіє, що є природними феноменами, і злочини, що є протиприродними феноменами. В біологічній реальності існують, наприклад, стан здоров'я, що є природним явищем, і стан хвороби, що є протиприродним явищем. Згідно з принципом соціального натуралізму критерієм добра і зла є природність або протиприродність того чи іншого соціального явища. Добро — це те, що відповідає законам природи, а зло — це те, що їм суперечить.

Відповідно до принципу соціального натуралізму суспільства і всі суспільні явища, в тому числі право, існують не всупереч біологічній природі людини і не для пригнічення її біологічних інстинктів, як вва-

¹ Більш докладно про принцип соціального натуралізму див., напр.: Костенко О. М. Зашморг на злочинність — С. 118–124; його ж. Принцип соціального натуралізму в правознавстві. — С. 19–21; його ж. Основне питання правознавства: пошуки сучасного рішення. — С. 5–10; його ж. Основне питання правознавства з позиції соціального натуралізму // Проблеми філософії права. — 2003. — Т. 1. — С. 72–79.

жав З. Фрейд, навпаки, вони існують завдяки біологічній природі людини і для забезпечення свободи біологічних інстинктів відповідно до законів Матері-Природи. Сама ж соціальна форма природи розвивається з біологічної форми природи, а не виникає замість біологічної форми. Заслугою З. Фрейда є те, що він на розвиток дарвінізму відкрив ознаки, що вказують на зв'язок соціальної природи людини з її біологічною природою. Однак його помилкою було те, що він не помітив, що цей зв'язок має генетичний характер — соціальне є вищою формою природи, яка розвивається з біологічної форми і існує, живлячись із неї. З. Фрейд вважав, що соціальне виникає для пригнічення біологічного.

Проте з огляду на принцип соціального натуралізму соціальне не має антибіологічного характеру, так само як біологічне не має анти-соціального характеру. Кримінологічні дослідження, засновані на принципі соціального натуралізму, підтверджують це. Біологічне має не антисоціальний, а протосоціальний характер. Біологічна природа людини відповідно до принципу соціального натуралізму є єдиним «матеріалом», з якого лише і може розвинутиися її соціальна природа. Саме завдяки існуванню інстинктів, що мають біологічну природу, в людей розвиваються властивості, що мають соціальну природу, і люди стають здатними до суспільного життя. Усі соціальні властивості людини (тобто все, чим відрізняється людина від тварини) походять (розвиваються, утворюються) з її біологічних властивостей, а останні, у свою чергу, із фізичних. Інакше кажучи, згідно з принципом соціального натуралізму без біологічного не може бути соціального, так само як без фізичного не може бути біологічного.

Отже, право виникає для пригнічення не всіх біологічних інстинктів, як вважав З. Фрейд, а лише тих, що проявляються протиприродним чином. Навпаки, право покликане забезпечувати свободу природних проявів біологічних інстинктів, без чого неможливе нормальне життя людей у суспільстві.

З огляду на принцип соціального натуралізму, право — це соціальна форма законів природи, і зокрема, природних законів суспільного життя. А якщо це так, то право як соціальне явище має два аспекти: 1) природний зміст; 2) соціальну форму. Інакше кажучи, право насправді має бути природним за своїм змістом і соціальним за своєю формою.

З допомогою принципу соціального натуралізму можна дійти висновку, що поняття «природне право» слід розглядати як засіб для відображення першого аспекту права, а саме: природного змісту права; а

поняття «позитивне право» — для відображення другого аспекту права, а саме: соціальної форми права. Тому, з нашої точки зору, правильним є не протиставляти два права: «позитивне право» і «природне право», а зіставляти їх як два невіддільні аспекти одного і того ж соціального феномена — права. Отже, відповідно до принципу соціального натуралізму не існують «природне право» і «позитивне право» як два феномени, що протистоять один одному, а є один феномен — право, що має два невіддільні один від одного аспекти: «природний» і «позитивний».

В такий спосіб можна, на наш погляд, зняти спір про те, що є істинним — «позитивне право» чи «природне право», а також вирішити інші спірні питання щодо тлумачення цих понять і суті самого права.

Згідно з викладеною концепцією права ігнорування «природного аспекту» права веде до правового волюнтаризму, а ігнорування «позитивного аспекту» права — до правового безладдя (анархії). Найдоконалішим є те право, в якому «природний аспект» (тобто природний зміст права) найкращим чином втілюється в «позитивному аспекті» (тобто в соціальній формі права — законодавстві).

Отже, принцип соціального натуралізму може стати тим ключем, який відкриє шлях до нових можливостей у розв'язанні багатьох проблем, пов'язаних з вирішенням основного питання правознавства.

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

З огляду на таке вирішення основного питання правознавства право можна визначити таким чином: право — це заснований на законах природи, яким надано форми нормативно-правових актів, інститут забезпечення соціального порядку, сприятливого для нормального існування людей у суспільстві.

Згідно з принципом соціального натуралізму антиподом права є особливий стан волі людини, який називається сваволею. З цього можна зробити висновок, що будь-яке правопорушення, — чи то злочин, чи адміністративний проступок, чи порушення конституції, чи норми цивільного, або міжнародного права, — є не що інше, як прояв людської сваволі.

У свою чергу з визначення правопорушення як прояву людської сваволі відкривається перспектива визначення того, що засобом про-

ти сваволі є культура людей, зокрема соціальна культура людей. А це означає, що стає можливим по-новому визначити роль соціальної культури людей в протидії правопорушенням у забезпеченні соціального порядку. Нами розробляється культурно-правова концепція забезпечення соціального порядку, згідно з якою цей порядок слід забезпечувати відповідно до формули «культура + право».

Відповідно до цієї концепції право має свої межі, які визначаються тим, що воно здатне впливати на волю людей, лише утримуючи її від прояву у вигляді правопорушення, якщо ця воля перебуває у стані сваволі. Намагання застосовувати право для усунення самого стану сваволі було б проявом правового волюнтаризму і утопізму. Усувати цей стан можна лише за допомогою соціальної культури людей.

Запропоноване вирішення основного питання правознавства зумовлює, на нашу думку, підвищення ролі правової доктрини в юриспруденції. Лише за допомогою цієї доктрини належним чином можна забезпечити «природний аспект» права, бо вона є знаряддям пізнання природних законів суспільного життя, на яких законодавець має засновувати законодавчі акти. У зв'язку з цим підвищується також роль доктринального тлумачення в праві, оскільки лише з його допомогою той, хто застосовує законодавство, має виявляти «природний» зміст, на якому воно засноване. Завдяки цьому правознавство може стати справжньою наукою, а не апологією правового волюнтаризму законодавця або, навпаки, критикою законодавця з позиції правового волюнтаризму правознавців.

Отже, основним предметом юридичної науки мають бути природні закони життя людей в суспільстві, яким законодавець своєю волею надає форму законодавства, а громадянин — форму правової практики.

Крім «природного аспекту» права, який є основним предметом юридичної науки, вона має також досліджувати «позитивний аспект» права для забезпечення якнайкращого втілення в ньому природних законів життя людей в суспільстві.

Оскільки воля законодавця і громадян може набрати форми сваволі і вступити в суперечність із законами природи, то юридична наука повинна досліджувати феномен сваволі, що проявляється у вигляді тих чи інших правопорушень, з тим, щоб протидіяти виникненню цього феномена, а також його проявам у вигляді правопорушень. Засобом протидії виникненню феномена сваволі є права культура громадян, а засобом протидії проявам сваволі у вигляді правопорушень — права відповідальність. Таким чином, і вони мають досліджуватись юридичною наукою.

Диференціація в праві «природного» і «позитивного» аспектів відповідно до вирішення основного питання правознавства за допомогою принципу соціального натуралізму відкриває можливість також для правильного розуміння справедливості в праві. З позиції одностороннього «позитивного» підходу джерелом справедливості в праві можуть бути лише законодавчий акт і правова практика людей, а з позиції «природно-позитивного» підходу законодавчі акти і правова практика людей можуть бути і справедливими, і несправедливими, залежно від того, узгоджені вони з природними законами людського життя чи ні, бо лише вони є джерелом справедливості. Особливе значення проблема справедливості має для оцінки способів набуття власності, зокрема в сучасній Україні. Для її розв'язання теж, на нашу думку, треба виходити із запропонованого вище вирішення основного питання правознавства. Справедливим у праві слід вважати усе те, що узгоджується з природними законами людського життя. Таким є критерій справедливості. Відповідно до нього власність може набуватися способом, що не порушує чинного законодавства чи правової практики людей, але в той же час цей спосіб може бути несправедливим, тобто суперечити природним законам людського життя.

З огляду на це правило «дозволено все, що не заборонено законом» є проявом односторонності у праві, а саме позитивізму. Відповідно до принципу соціального натуралізму правило правової поведінки має формулюватися таким чином: «дозволено усе, що не суперечить законам природи». Це означає, що дозволено також усе те, що відповідає законам природи, втіленим у чинному законодавстві держави. Завдяки цьому реалізується «природно-позитивний» підхід у юриспруденції, що відповідає принципу соціального натуралізму.

З основним питанням правознавства пов'язане й **основне питання кримінології**, яке теж має вирішуватись за допомогою принципу соціального натуралізму. На нашу думку, основне питання кримінології можна сформулювати так: «Злочин — це порушення законів природи, чи законодавства, встановленого людьми, чи того й іншого?»

Відповідно до принципу соціального натуралізму основне питання правознавства вирішується таким чином, що право — це втілені людьми в законодавчі акти закони соціальної природи. З цього випливає, що злочин — це діяння, яке порушує закони природи, втілені людьми у кримінальне законодавство, зокрема у Кримінальний кодекс. При цьому злочином визнається лише те діяння, яке є проявом волі й свідомості людини. Очевидно, для того щоб проявитися у вигляді злочину, тобто діяння, яке порушує закони соціальної природи, втілені

у КК, воля і свідомість людини мають перебувати у певному, а саме у криміногенному стані. Як показали наші дослідження, у людини, що вчиняє злочин, воля перебуває у стані сваволі, а свідомість — у стані ілюзій, утворюючи так званий комплекс сваволі та ілюзій¹. Воля, що перебуває у стані сваволі, — це така воля, яка не узгоджена із законами природи, а свідомість у стані ілюзій — це така свідомість, яка так само не узгоджена із законами природи. Саме маючи такі волю і свідомість, тобто комплекс сваволі та ілюзій, людина і проявляє їх у вигляді діяння, що порушує закони соціальної природи, втілені у кримінальному законодавстві, яке і визнається злочином. Отже, на кримінологічне питання: «Чому людина вчиняє злочин?» можна відповісти так: тому, що у неї сформувався комплекс сваволі та ілюзій, який і проявляється у вигляді злочину. А будь-який чинник, що породжує виникнення цього комплексу в тієї чи іншої людини, має визнаватися причиною тих злочинів, які ця людина вчиняє.

На нашу думку, предметом кримінології має бути не тільки питання: «Чому людина вчиняє злочин?», а й питання: «Чому людина не вчиняє злочин?». Пізнавши, чому людина не вчиняє злочин, можна було б відповідним чином щось робити, аби люди не вчиняли злочини. Очевидно, тоді можна було б протидіяти злочинності і забезпечувати безпеку в суспільстві, не лише руйнуючи причини виникнення злочинів, а й створюючи причини невчинення злочинів. Наприклад, у медицині ставиться питання подібним чином: кращим є забезпечувати чинники здоров'я людини, ніж усувати причини хвороб.

Виходячи з цього, кримінологія має допомагати не лише руйнувати причини злочинності, а й, що набагато краще, творити причини добродійності.

На підставі цього слід вирішувати і таке питання кримінології: «Чим відрізняється злочинець від незлочинця?» Злочинець — це особа, яка має комплекс сваволі та ілюзій, що проявився у вчиненні нею злочину, а незлочинець — це особа, яка не має комплексу сваволі та

¹ Див.: Костенко А. Н. Кримінальний произвол (социопсихология воли и сознания преступника). — К., 1990. — С. 92 та ін.; його ж. Воля и сознание в структуре личности преступника, совершающего преступления по неосторожности // Преступная неосторожность (уголовно-правовое и криминологическое исследование). — К., 1992. — С. 158–168; його ж. Особистість правопорушника, який вчиняє екологічні злочини // Боротьба з екологічними злочинами (кримінально-правове і кримінологічне дослідження). — К., 1994. — С. 107–120; його ж. Воля і свідомість злочинця (дослідження із застосуванням принципу натуралізму): Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — К., 1995. — С. 28.

ілюзій, або має його, але він не проявився у вигляді злочину, хоч може проявлятися у вигляді інших правопорушень, аморальних вчинків, волюнтаризму, утопізму, екстремізму та іншої протиприродної поведінки некримінального характеру.

Ще одним питанням кримінології є питання: «Як протидіяти злочинності?» Як і попередні, воно має також вирішуватися відповідно до запропонованого вище вирішення основного питання кримінології за допомогою принципу соціального натуралізму. Очевидно, шляхів протидії злочинності має бути два: а) руйнування причин злочинності; б) творення причин добродетельності.

Виходячи з питання: «Чому люди вчиняють злочини?», слід протидіяти злочинності і таким чином. Якщо злочин є проявом комплексу сваволі та ілюзій, то, очевидно, слід якось усувати цей комплекс, тобто виводити волю особи зі стану сваволі, а свідомість — зі стану ілюзій. А це означає, що треба займатися діяльністю, спрямованою на узгодження волі і свідомості людей із законами соціальної природи. Міра узгодженості волі і свідомості людини з цими законами є не що інше, як культура людини. Отже, причиною існування у людини комплексу сваволі та ілюзій, проявом якого і є злочинність, слід визнати безкультур'я людини. Усуваючи це безкультур'я, ми усуваємо і причину злочинності.

Виходячи з питання: «Чому люди не вчиняють злочини?», слід відповідно відзначити, що причиною невчинення злочинів, тобто добродетельності, є, навпаки, культура людини, особливо соціальна культура людини. Утворюючи цю причину, ми протидіємо злочинності тим шляхом, що замість злочинності ми продукуємо добродетельність. Отже, культура людини в такому розумінні є радикальним засобом протидії злочинності, бо вона утворює імунітет проти виникнення у неї комплексу сваволі та ілюзій, проявом якого є злочини. Не буде цього комплексу — не буде і злочину.

Яка ж роль карі за злочини з огляду на антикриміногенну роль культури людини? Передбачена кримінальним законодавством кара — це засіб впливу на волю і свідомість тих, хто вже має комплекс сваволі та ілюзій, з метою утримати їх від того, аби вони не проявляли цей комплекс у вигляді злочину.

Отже, відповідно до викладеного, на кримінологічне питання «Як протидіяти злочинності?» слід відповісти так: сприяти розвиткові соціальної культури людей в поєднанні із застосуванням кримінального законодавства, яке передбачає кару за злочини. Очевидно, існує така кримінологічна закономірність: чим вища в суспільстві антикримінальна культура, тим ефективнішою є кара.

Виходячи з культурно-репресивної концепції злочинності, розробленої за допомогою принципу соціального натуралізму, слід визначати і поняття причин та умов у механізмі злочинної поведінки.

Причинами як умисних злочинів, так і злочинів з необережності є будь-які чинники, що спричиняють виникнення в особи комплексу сваволі та ілюзій. **Умовами**, що сприяють вчиненню злочинів, слід вважати: а) природжені чи набуті властивості особи злочинця; б) чинники життєвої ситуації, в якій перебуває особа, якщо зазначені вище чинники є такими, що сприяють прояву комплексу сваволі та ілюзій у вигляді злочину. Інакше кажучи, причини злочинності можна визначити як чинники, котрі приводять волю і свідомість людини у криміногенний стан, тобто спричиняють формування в особи комплексу сваволі та ілюзій, проявом якого і є злочини. Умови, відповідно, це чинники, необхідні для того, щоб комплекс сваволі та ілюзій проявився саме у вигляді злочину.

Механізм злочинної поведінки, тобто процес породження злочинного діяння, є таким:

I етап — під дією причин злочинності у людини створюється комплекс сваволі та ілюзій.

II етап — під впливом комплексу сваволі та ілюзій людина обирає саме злочинний спосіб задоволення своїх потреб, в результаті чого в неї виникає мотив, що спонукає до злочинного діяння (злочинний мотив).

III етап — під впливом комплексу сваволі та ілюзій людина ставить собі мету — створити злочинним способом такий стан речей, який необхідний для задоволення її потреб (злочинна мета).

IV етап — під впливом злочинного мотиву і злочинної мети людина за наявності певних умов, що сприяють прояву комплексу сваволі та ілюзій, вчиняє злочин.

З огляду на наведену концепцію злочинної поведінки фізичні, біологічні та соціальні чинники виконують таку роль у механізмі злочинної поведінки. Фізичні чинники (наприклад, температура повітря) і біологічні чинники (наприклад, спадкова агресивність, хвороба, алкоголізм) можуть відігравати лише роль умов злочинності, а не причин.

А роль причин злочинності можуть відігравати лише ті соціальні чинники, які здатні спричинити створення комплексу сваволі та ілюзій в особи. Всі інші соціальні чинники — це теж умови злочинності (наприклад, недоліки в діяльності органів кримінальної юстиції, бідність, або навпаки, розкіш, різноманітні конфлікти між людьми тощо). Чи вчинить людина будь-який злочин взагалі — залежить від того, чи має вона комплекс сваволі та ілюзій, а яким буде вчинюваний

нею злочин — це залежить, зокрема, від біологічних властивостей людини. Наприклад, комплекс сваволі та ілюзій у поєднанні з такою біологічною властивістю особи, як агресивність, згенерує вчинення саме агресивного злочину. Біологічні властивості особи зумовлюють спеціалізацію злочинної діяльності, а не спричиняють злочин.

Виходячи з цього і слід визначати причини і умови, що породили той чи інший злочин. Наприклад, у разі винного заподіяння смерті пішоходу водієм автомобіля під час ожеледиці причиною цього злочину з необережності слід вважати те, що призвело до створення у водія комплексу сваволі та ілюзій, а умовою — ожеледицю на дорозі.

Принцип соціального натуралізму — це «ключ», що дає можливість по-новому вирішувати й інші проблеми, які постають в юридичній науці і кримінології. З огляду на викладене можна сформулювати такі тези:

1) принцип соціального натуралізму є засобом, придатним для розв'язання будь-яких гуманітарних і соціальних проблем, у тому числі проблем юриспруденції та кримінології;

2) відповідно до принципу соціального натуралізму право можна визначити як інститут забезпечення соціального порядку, заснований на законах природи, яким надано форми законодавства (нормативно-правових актів);

3) найдосконалішим є те законодавство, яке найповніше відображає закони природи, зокрема закони природного права;

4) виходячи з цього будь-яке правопорушення, в тому числі злочин, — це порушення законів природи, яким надано форми законодавства;

5) будь-яке порушення законів природи є проявом сваволі, а це означає, що будь-яке правопорушення, в тому числі і злочин, слід розглядати як прояв людської сваволі. Правопорушення (в тому числі і злочини) — є явищем реальним, але протиприродним;

6) злочинець — це особа, в якій воля перебуває в стані сваволі, а свідомість — у стані ілюзій, утворюючи так званий комплекс сваволі та ілюзій, що проявився у вигляді вчинення злочину. Це визначення сто-сується і будь-якого правопорушника, тобто особи, яка вчиняє конституційне, адміністративне, цивільне чи будь-яке інше правопорушення;

7) зважаючи на те, що міру узгодженості волі людини із законами природи можна визначити як культуру людини, слід зробити такий висновок: найефективнішим засобом протидії людській сваволі, яка проявляється у вигляді правопорушень, зокрема, злочинів, — є культура людей, у тому числі соціальна культура громадян, яка включає в себе і правову культуру громадян. Це дає підстави для створення культурно-правової концепції забезпечення соціального порядку. Відповідно

до цієї концепції проблеми юриспруденції (в тому числі і кримінології) слід розв'язувати, керуючись принципом «культура вирішує все!»;

8) основою правової держави і правопорядку слід визнати правову культуру громадян;

9) справедливість, — з огляду на принцип соціального натуралізму, — можна визначити як відповідність проявів волі людей законам природи, зокрема, законам природного права;

10) правова поведінка людей визначається їх правовою культурою, а не законодавством. Нормативно-правові акти є лише засобами для: а) визначення того, яка поведінка є правовою і яка — неправовою; б) соціального реагування на правову і неправову поведінку людей;

11) так званий принцип «верховенства права» як норму суспільного життя можна забезпечити лише при належній правовій культурі громадян;

12) закони в будь-якому суспільстві «працюють» так, як до цього їх скеровує соціальна культура громадян;

13) свобода людини в суспільстві — це незалежність її від будь-якої сваволі, завдяки чому вона має можливість жити за законами природи. Людина, маючи свободу, тобто можливість проявляти свою волю і свідомість, може чинити будь-що, але нормальним буде лише той вчинок, який відповідає законам природи, зокрема, законам соціальної природи;

14) завдяки свободі людина має можливість не підкорятися будь-якому, якщо цей будь-хто чинить щось всупереч законам Матері-Природи. Найвищою владою для людини є влада Матері-Природи, а усе інше — остільки, оскільки воно втілює у собі закони Матері-Природи;

15) для того щоб жити щасливо, не вчиняючи злочинів, треба вчитися жити у Матері-Природи або у людей, які найкраще пізнали закони Матері-Природи і живуть у злагоді з ними;

16) безпека людини в суспільстві — це захищеність її свободи від будь-яких проявів людської сваволі;

17) гуманізм у кримінальному праві полягає у врахуванні природи людини при вирішенні тих чи інших правових проблем, а не в безмежному пом'якшенні покарання;

18) критерієм істини в юридичній науці та кримінології має визнаватися не правова практика, а природні закони соціального життя людей;

19) прогрес права як засобу забезпечення соціального порядку є неможливим без пізнання законів природного права. Тому науковцям слід було б найперше розробляти своєрідний Кодекс законів природного права, основу якого заклали своїми працями ще творці римського права.

Викладене дає підстави стверджувати таке. «Природно-позитивний» підхід в юридичній науці, який впливає із запропонованого вище вирішення основного питання правознавства, відкриває нові перспективи у розв'язанні питань, що виникають у всіх галузях права: конституційному, кримінальному, цивільному, адміністративному тощо.

Крім того, з наведеного можна зробити висновок, що застосування принципу соціального натуралізму може бути плідним також для вирішення фундаментальних проблем кримінології, зокрема проблем, пов'язаних з питаннями: «Чому існує злочинність?», «Чим відрізняється злочинець від незлочинця?», «Як протидіяти злочинності?»

Надійшла до редколегії 29.10.04

І. Даньшин, член-кореспондент
АПрН України

Кримінологічне планування заходів протидії злочинності та її прогнозування

Політика в цілому являє собою складний і різноманітний феномен. Її призначення полягає у визначенні основних напрямів, змісту і форм діяльності держави. Політика, говорячи узагальнено, — це мистецтво управляти справами держави.

Політична діяльність державної влади проявляється у всіх сферах суспільного життя. Одну з її специфічних сторін становить політика боротьби зі злочинністю — *кримінальна політика (власне кримінально-правова, кримінально-процесуальна і кримінологічна політика)*¹.

¹ Розрізняють кримінальну політику як державну доктрину, реалізовану на практиці, і кримінальну політику як систему певних наукових знань, що являє собою теоретико-пізнавальну категорію. Кримінальна політика в другому розумінні — це свого роду загальна теорія боротьби зі злочинністю. Її розробка входить до завдання і компетенції науково-дослідних установ і окремих учених-криміналістів різного профілю. Що стосується доктринальної кримінальної політики, то це доля практичної діяльності органів держави і відповідних громадських організацій, покликаних вживати заходів щодо протидії злочинності. Докладніше про кримінальну політику див.: *Даньшин І.* Кримінальна політика: за і проти // *Право України.* — 1992. — № 8. — С. 29–32; *Його ж.* Проблемы взаимодействия государства и человека, совершившего преступление // *Материалы международной научно-практической конференции «Человек и политика».* — Х., 1993.

До основних засад кримінальної політики належить *планування* боротьби зі злочинністю. При цьому пріоритетне значення надається кримінологічно-попереджувальній діяльності, спрямованій на підриг коренів суспільно небезпечних проявів, зниження рівня окремих видів і груп злочинів та проведення індивідуальної профілактики серед деліквентного населення.

Звідси випливає, що кримінологічне планування являє собою діяльність представницьких органів влади по розробленню цілей, завдань і заходів для подолання злочинності, шляхів, напрямів і засобів вирішення цих завдань, їх нормативного, інформаційного, методичного, ресурсного забезпечення на певний проміжок часу. Воно практично виражається в розробленні та впровадженні системи заходів, спрямованих на розвиток позитивних тенденцій, що виключають, нейтралізують можливість антисуспільної поведінки з боку окремих осіб, які створюють у країні або окремих її регіонах таку обстановку, що ускладнювала б, перешкождала вчиненню злочинів.

Кримінологічне планування реалізується у формі управлінських документів — різного роду планів, програм. У зв'язку з цим у кримінологічній літературі іноді висловлюється думка, нібито «планування» і «програмування» є термінами-синонімами, що взаємозамінюють один одного. Вочевидь, така думка є хибною, оскільки програмування усього-на-всього є деталізацією планування стосовно функцій окремих суб'єктів попередження злочинів, порядку, послідовності, строків виконання ними конкретних запланованих заходів.

Ефективність планування залежить від деяких попередніх вимог, що ставляться до нього. А саме воно має бути:

- таким, що впливає з чинних законодавчих актів;
- актуальним, відповідати пріоритетним напрямам у боротьбі зі злочинністю, позбавленим елементів «прожектерства»;
- несуперечливим, його основні частини мають бути погоджені одна з одною;
- конкретним;
- заснованим на повній, достовірній інформації;
- забезпеченим належними кадрами виконавців і матеріальними ресурсами;
- містити в собі різні форми координації всієї системи попереджувальної діяльності;
- передбачати дійовий контроль за виконанням запланованих заходів.

На практиці фактичне кримінологічне планування, на жаль, не відповідає багатьом вимогам, переліченим вище, що негативно позна-

чається на реалізації кримінологічної політики нашої держави¹. Владні структури повинні радикально переглянути своє ставлення до цієї вкрай важливої проблеми.

Кримінологічне планування поділяється на окремі види, виходячи з його масштабу, предмета і строків реалізації планованих заходів.

За *масштабом* кримінологічне планування може бути загальнодержавним, тобто в масштабі всієї країни; відомчо-галузевим (у рамках окремих міністерств і відомств, у сфері конкретних галузей господарства) і, нарешті, у межах окремих областей, міст, районів.

За *предметом* кримінологічне планування підрозділяється на два види: а) планування, що охоплює боротьбу зі злочинністю в цілому; б) планування, що охоплює окремі види або групи злочинів (наприклад, насильницьку злочинність, економічну злочинність, рецидивну злочинність тощо).

За *строками* виділяють короткострокове планування, розраховане на квартал, сезон, один-два роки; середньострокове (на три — п'ять років); довгострокове (перспективне) — звичайно на шість і більше років. В останньому випадку кримінологічне планування набуває форми великомасштабних програм боротьби зі злочинністю. У нашій країні стало традиційним розробляти п'ятирічні комплексно-цільові програми попередження (профілактики) злочинності.

Кримінологічне планування складається з низки етапів: а) організаційно-підготовчий етап (визначення основних завдань майбутньої роботи, встановлення строків її виконання, створення робочої групи виконавців, розподіл обов'язків між ними, джерела матеріально-технічного забезпечення); б) інформаційно-аналітичний етап (аналіз кількісно-якісних показників злочинності, вивчення особи злочинців, ознайомлення зі станом попередження злочинів і правопорушень на окремих об'єктах та соціально-економічними умовами на них); в) розробка змісту планованого документа; г) виконання запланованих заходів; г) оцінка одержаних результатів.

Повнота й ефективність планування боротьби зі злочинністю багато в чому залежать від правильного визначення тенденцій розвитку злочинності. Виявлення (з'ясування) таких тенденцій стає можливим завдяки *прогнозуванню*. У зв'язку з цим кримінологічний прогноз розглядається як необхідна передумова планування боротьби зі зло-

¹ Див.: Шакун В. І. Суспільство і злочинність. — К., 2003. — С. 50–52; Кримінологія: Загальна та Особлива частини / За ред. проф. І. М. Даньшина. — Х., 2003. — С. 134–136.

чинністю, оскільки він надає необхідну інформацію для прийняття конкретних і обґрунтованих рішень у цьому напрямі.

Прогнозування взагалі — це процес наукового передбачення майбутнього стану прогнозованого явища на основі аналізу його минулого і сьогодення. За допомогою прогнозування ми можемо судити (передбачати), яким же буде в майбутньому дане досліджуване явище.

Кримінологічне ж прогнозування являє собою наукове передбачення про еволюцію (розвиток) злочинності та окремих її груп, видів у наступні роки в країні та окремих її регіонах. Завданням кримінологічного прогнозування є передбачення майбутніх змін у рівні, структурі, динаміці злочинності, передбачення можливих наслідків реалізації розроблюваних заходів для її попередження, передбачення можливої поведінки осіб, засуджених за вчинення злочинів.

Кримінологічне прогнозування будується на підставі змін:

- характеру злочинів, учинених у даному суспільстві;
- змісту їх причин і умов;
- рівня, структури і динаміки за попередні роки і на момент прогнозу;
- в окресленні особи злочинців;
- у практиці, що склалася, боротьби зі злочинністю;
- у соціально-економічній, моральній, політичній, правовій та інших сферах суспільства.

Цілі прогнозування полягають у виявленні небажаних і позитивних тенденцій та закономірностей у розвитку злочинності. Слід урахувати при цьому і стан правопорушень незлочинного характеру, оскільки деякі деліктні правопорушення виступають у ролі «фонових» явищ злочинності.

Кримінологічні прогнози мають бути глибокими і повними, реалістичними, достовірними і відповідальними. Нерідко деякі учені і практичні відомства, прогнозуючи розвиток злочинності в країні, змальовують оптимістичну картину стану злочинності на найближчий час. У таких випадках виходить не науковий прогноз, а прогноз, підігнаний під певний політичний курс, під офіційні документи певних владних структур. У той же час слід мати на увазі, що кримінологічне прогнозування, як і будь-яке інше прогнозування, має вірогідний, різноманітний характер.

У кримінології прогнозування здійснюється трьома методами: методом екстраполявання, методом експертних оцінок і методом математичного моделювання.

Суть методу екстраполяції полягає в тому, що розраховані за допомогою математичних засобів рівні, структура і ритми динаміки зло-

чинності минулих і теперішнього періоду шляхом побудови динамічного ряду переносяться на подальше майбутнє. Цей метод кількісної оцінки для розрахунків майбутньої динаміки злочинності застосовується тоді, коли не передбачалися істотні зміни законодавства у сфері боротьби зі злочинністю, а також чинники, що впливають на її зміни, мають стійкий характер. З урахуванням зазначених особливостей методу екстраполяції злочинності він застосовний лише на найближчі періоди.

Метод експертних оцінок майбутнього стану злочинності й окремих злочинів базується на основі думки спеціальних експертних груп, що складаються з висококваліфікованих учених і практичних працівників з достатнім стажем роботи. Результати їх оцінок обробляються і служать вихідною базою для прогнозування.

Метод математичного моделювання полягає у визначенні показників злочинності на майбутнє за допомогою складних математичних формул, що враховують її розвиток залежно від тих змін соціально-економічних явищ і процесів, з якими вона тісно пов'язана і які її зумовлюють (детермінують). При цьому дослідники оперують численними відомостями, які в результаті обчислюються на електронно-обчислювальних машинах (ЕОМ) за спеціально розробленими формулами.

Залежно від строків кримінологічного планування, заради яких готуються прогнози, останні можуть бути короткостроковими, середньостроковими та довгостроковими.

Короткострокові кримінологічні прогнози (один-два роки) використовуються для організації поточної, повсякденної діяльності з подолання злочинності, визначення тактики цієї діяльності.

Довгострокові прогнози (на шість і більше років) допомагають розробляти стратегію боротьби зі злочинністю на тривалі проміжки часу. Вони базуються на основі комплексного аналізу передбачуваних тенденцій у розвитку держави і суспільства, таких їх сторін, як соціально-економічні, демографічні, культурно-масові, правові та інші зміни. Можливий, наприклад, довгостроковий прогноз необережної злочинності. По-перше, в період науково-технічної революції збільшується кількість складних машин, механізмів, агрегатів, усіляких технологічних систем, що є джерелом підвищеної небезпеки. По-друге, у складне технічне і технологічне виробництво втягується велика кількість населення. По-третє, управління в цій сфері стрімко ускладнюється. На підставі перелічених обставин можна передбачати значне зростання необережних злочинів.

Середньострокові прогнози (три — п'ять років), виконуючи самостійну функцію, зв'язують воедино короткострокове і довгострокове передбачення, тактику і стратегію боротьби зі злочинністю. Так, традиційно в нашій країні розробляються п'ятирічні плани розвитку економіки в цілому й окремих галузях господарства. Паралельно з цим складаються плани попередження злочинності.

Що стосується окремих груп злочинів, то середньострокове прогнозування залежить від їх специфіки. Так, рецидивну злочинність уявляється можливим успішно прогнозувати в більш ранніх часових рамках. Такий висновок пояснюється тим, що більшість нових повторних злочинів раніше судимі особи вчиняють, як показує практика, протягом перших трьох років з моменту відбуття покарання.

Ще раз нагадаємо, що кримінологічне прогнозування може здійснюватися за трьома напрямками: прогноз зміни злочинності в цілому, прогноз руху окремих груп та видів злочинів і, нарешті, прогноз можливої злочинної поведінки окремих осіб, які в минулому вже припускалися антисуспільної деліквентної поведінки, тобто поведінки, яка не відповідає позитивним соціальним нормам.

Що стосується названих вище перших двох різновидів кримінологічного прогнозу, то їх можливість і необхідність ні в кого зараз не викликають сумнівів і заперечень. Адже такі кримінологічні прогнози надають необхідну, цінну інформацію для потреб науки і практики, оскільки, одержавши тільки за допомогою прогнозування уявлення про те, як, якщо так можна сказати, складеться злочинність у майбутньому, які обставини справлятимуть на неї позитивний чи негативний вплив, можна складати науково обґрунтовані плани боротьби зі злочинністю. Причому такі прогнози вже розробляються окремими дослідниками і творчими колективами.

Складніше стоїть справа з індивідуальним кримінологічним прогнозуванням, тобто прогнозуванням індивідуальної злочинної поведінки, кажучи ще точніше, передбаченням можливості вчинення злочину конкретною особою у майбутньому.

Деякі фахівці заперечують можливість такого прогнозу. Вони мотивують свою позицію тим, що сучасна наука ще не розробила повної моделі людини; що людина — це складна динамічна біосоціальна система, яка містить безліч якісних характеристик, що не зводяться до статистичних закономірностей; що окрема людина є індивідуально неповторною; що кримінології дотепер невідомий повний набір причин і умов вчинення окремих злочинів.

Однак, незважаючи на зазначені обставини, прогноз індивідуальної злочинної поведінки, особливо кримінологічний прогноз рециди-

ву злочинів, деякі кримінологи вважають цілком можливим¹. І ми з ними згодні. По-перше, хоча людям і властива індивідуальна неповторність, але у них є багато спільного, що дає можливість говорити про типову поведінку більшості, про стандарти вчинків представників окремих соціальних груп. По-друге, на основі деяких ретельно відібраних показників, що характеризують індивіда, можна судити про націленість особи, робити висновок про стійкі укорінені мотиви, цілі, установки, тенденції її поведінки. По-третє, за висновком фахівців-кібернетиків, навіть за відсутності повного знання про всі взаємодіючі причини, що викликають дане явище, наукове прогнозування з певною мірою вірогідності може мати місце.

Звичайно, прогнозування індивідуальної злочинної поведінки має характер вірогідності. Воно виключає однозначний висновок про можливі варіанти майбутньої поведінки. І все ж такий прогноз, не будучи фатальним, одноваріантним, пророчим, набагато кращий за інтуїтивне пророкування, яким користуються в даний час працівники правоохоронних і правозастосовних органів, що ведуть боротьбу зі злочинністю, зокрема при вирішенні питань про заходи припинення, винність особи, вибір для неї міри і тривалості покарання, можливість рецидиву злочину з її боку, призначення адміністративного нагляду над нею. Причому прогнозування індивідуальної злочинної поведінки, з одного боку, та її попередження — з другого становлять єдиний взаємопов'язаний процес.

Як зазначалося, зараз розпочинаються теоретичні та експериментальні розробки у сфері індивідуального прогнозування злочинів, у першу чергу — кримінологічного прогнозу рецидиву злочину, які реально поєднують традиційні статистичні методи з кібернетичними, заснованими на застосуванні ЕОМ.

Одним з таких комплексних методів слід назвати метод розпізнавання образів².

Сутність цього методу стосовно прогнозування імовірності рецидиву злочинів зводиться до того, що кожний досліджуваний засуджений розглядається як своєрідний «образ», якому притаманні певні

¹ Маються на увазі окремі висловлення Г. Аванесова, С. Віцина, В. Звірбуля, І. Карпеця, Г. Мінковського, В. Панкратова та ін.

² Про характеристику цього методу див: *Енциклопедія кібернетики*. — К., 1974. — Т. 2; *Алгоритмы обучения распознаванию образов / Под ред. В. Н. Вапника*. — М., 1973; *Петрунев В. П. К вопросу о возможности прогноза преступного поведения при выявлении умысла // Вопросы современной криминологии*. — М., 1976. — С. 94–104.

ознаки і якості. При цьому інформація, що характеризує досліджуваний «образ», збирається шляхом опитування експертів: адміністрації і співробітників пенітенціарних установ, родичів досліджуваних осіб, які їх близько знають, інших засуджених, з якими особи відбувають покарання. Крім переліченого, враховується самооцінка, що дається засудженим самому собі. Набір зібраних ознак, якостей і характеристик вводиться в ЕОМ.

Поряд з цим в ЕОМ вводяться моделі осіб, від яких можна чекати вчинення злочинів, і моделі осіб, для яких не характерна подібна поведінка, тобто «образ» законослухняного громадянина. Шляхом зіставлення наведених описів ЕОМ «довідується», до якої з цих категорій уявляється можливим віднести засудженого, поведінка якого прогнозується. Робиться це шляхом розроблених кібернетикою еталонних таблиць, шкалування і машинних алгоритмів.

Приблизно за такою ж схемою здійснюються кримінологічний прогноз рецидиву злочинів і прогноз іншої делінквентної поведінки зарубіжними дослідниками (Сем Уорнер, Феріс Лоном, подружжя Глюк та ін.)¹.

Надійшла до редколегії 21.06.04

О. Капліна, доцент НЮА України

Поширювальне тлумачення і аналогія кримінально-процесуального закону: проблеми розмежування

Ефективність правозастосовного процесу багато в чому залежить від того, яким чином сформульовані норми права, які засоби законодавчої техніки застосовуються для їх побудови, які способи і прийоми використовує правозастосовувач для з'ясування дійсного смислу норм права з метою їх правильної реалізації. Зміст деяких норм кримінально-процесуального права, смисл яких виявляється ширшим за їх текстуальний вираз, може бути засвоєний не інакше як шляхом поширювального тлумачення. Проблеми видів тлумачення норм права за обсягом здебільшого привертали увагу вчених у межах загальної теорії права. Окремі питання, пов'язані з особливостями поширю-

¹ Див.: Фокс В. Введение в криминологию / Пер. с нем. – М., 1980. – С. 271–278.

вального тлумачення в кримінальному судочинстві, досліджувалися тільки в монографії П. Елькінд¹. Водночас слід зазначити, що з необхідністю тлумачення норм права за обсягом стикається будь-який учений-процесуаліст або практичний працівник у ході здійснення теоретичних досліджень або в правозастосовному процесі. Проте, незважаючи на очевидне значення проблем, що виникають при тлумаченні норм права за обсягом, рівень їх розроблення не можна визнати достатнім. Узагальнення матеріалів судової і слідчої практики показує, що при тлумаченні норм права за обсягом можливі серйозні помилки, пов'язані з неправильним визначенням меж тлумачення, завуальованою підміною поширювальним тлумаченням аналогії кримінально-процесуального закону, що в кримінальному судочинстві неприпустиме, оскільки адекватне тлумачення норм права і дотримання прав і законних інтересів громадян, залучених в його орбіту, завжди тісно між собою пов'язані.

Метою статті є з'ясування суті тлумачення норм права за обсягом, можливості використання поширювального тлумачення в кримінальному судочинстві, визначення сфери його застосування, дослідження проблеми співвідношення поширювального тлумачення і аналогії кримінально-процесуального закону, аналіз спірних положень, пов'язаних із здійсненням поширювального тлумачення норм права.

Раціональний законодавець завжди прагне викласти норми права стисло і лаконічно. Культура законотворчості неодмінно передбачає логічно послідовний виклад змісту закону, чітко витримані професійний стиль і мову закону і водночас його простоту, зрозумілість, доступність. «Важко переоцінити значення логіки, стилю і мови закону, бо навряд чи можна назвати яку-небудь іншу сферу суспільної практики, де алогічно побудована фраза, розрив між думкою та її текстуальним виразом, невірнo або недоречно використане слово здатні спричинити важкі, іноді навіть трагічні наслідки, як у галузі законотворчості»². У кримінальному судочинстві логічністю, точністю, чіткістю і ясністю закону визначаються адекватність тлумачення правових розпоряджень, повноцінне забезпечення прав і законних інтересів осіб, що залучаються в орбіту кримінального судочинства, процесуальна економія.

Чим досконаліший текст закону, тим, на думку законодавця, він менше викличе проблем при його реалізації. Разом з тим саме згадані

¹ Див.: *Елькінд П. С.* Толкование и применение норм уголовно-процесуального права. – М., 1967.

² *Керимов Д. А.* Законодательная техника: Науч.-методич. и учеб. пособ. – М., 2000 – С. 55.

прийоми законодавчої техніки часом викликають певні ускладнення в правозастосовній практиці. За загальним правилом суб'єкт, який пізнає, не повинен виходити за межі тлумаченої норми права, що зумовлює отримання точних, таких, що виключають двозначність, знань про зміст норми права. Саме для з'ясування дійсного змісту норми права (справжнього її смислу) юридичною наукою вироблені способи тлумачення, що є сукупністю спеціальних прийомів і правил, за допомогою яких аналізується текст правових розпоряджень, розкривається смисл елементів правової норми і нормативно-правового акту в цілому з метою їх правильної реалізації. За допомогою способів і прийомів тлумачення досліджується норма права, правозастосовувач пізнає її смисл, одержує повне і вичерпне уявлення про неї.

Разом з тим лаконічне словесне формулювання статей кримінально-процесуального закону може бути ширшим або вужчим від дійсного смислу норми права. У всіх цих випадках правозастосовувач має вловити «спрямованість думки» законодавця, зробити правильні висновки, які безпосередньо впливають з тексту закону. Цій меті і служить тлумачення норм права за обсягом: буквальне, обмежувальне і поширювальне.

Тривалий час в юридичній науці існували різні підходи до питання про обсяг тлумачення. Одні автори визнавали його актуальним, інші вважали теоретично невмотивованим і практично непотрібним, позбавленим смислу. При цьому увага акцентувалася на тому, що поширювальне або обмежувальне тлумачення не узгоджується з принципом законності, сприяє «розширенню» або «звуженню» дійсного смислу норми права або ж є не результатом, а способом тлумачення¹. Такі доводи можна цілком пояснити складністю і суперечністю правової дійсності минулого, коли «інтереси революційної законності вимагали, щоб кожен закон застосовувався відповідно до того смислу, який вкладений у нього радянським законодавцем»². Нині аналіз

¹ Див.: Голунский С. А., Строгович М. С. Теория государства и права. — М., 1940. — С. 265; Герцензон А. А. Уголовное право. Часть Общая. — М., 1948. — С. 297; Марчук В. П. О так называемом распространительном и ограничительном толковании советских уголовных законов // Социалистическая законность, толкование и применение советских законов: Материалы научной конференции. — К., 1961. — С. 26; Комиссаров К. И. Задачи судебного надзора в сфере гражданского судопроизводства. — Свердловск, 1971. — С. 152; Темушин О. П. Толкование закона Пленумом Верховного Суда СССР // Сов. государство и право. — 1976. — № 12. — С. 30.

² Гродзинский М. М. Законодательная техника и уголовный закон // Вестник советской юстиции. — 1928. — № 19. — С. 558.

юридичної літератури дає підстави зробити висновок про те, що спір про доцільність виділення тлумачення норм права за обсягом став надбанням історії¹, акценти ж у дослідницькій діяльності учених зміщені у бік вирішення інших дискусійних проблем, необхідних для правильного правореалізаційного процесу. Зокрема, активно обговорюються питання правомірності застосування поширювального тлумачення в різних галузях права, про види тлумачення за обсягом, про межі поширювального й обмежувального тлумачення, перелік випадків, що вимагають такого тлумачення, тощо.

Більшість учених дотримується погляду, згідно з яким видами тлумачення за обсягом є буквальне, обмежувальне і поширювальне. Тлумачення, в яких смисл тлумаченої норми збігається з текстом нормативно-правового акта, в теорії права прийнято називати буквальним. Тлумачення норми, зміст якої ширший за її дійсний смисл, називається обмежувальним.

При поширювальному тлумаченні смисл тлумаченої норми виявляється ширшим за її текстуальний вираз. Зупинимось докладніше на здійсненні поширювального тлумачення. Як приклад можна навести ч. 1 ст. 129 Конституції України і ст. 18 КПК України, які закріплюють, що при здійсненні правосуддя по кримінальних справах судді і народні засідателі незалежні і підкоряються лише закону. У наведених статтях смисл того, що хотів сказати законодавець, набагато ширший, ніж текстуальний вираз закріпленого положення. Поширювальне тлумачення дозволяє зробити висновок про те, що крім законів України судді і народні засідателі використовують у своїй практиці і керуються також рішеннями Конституційного Суду України (ч. 3 ст. 150 Конституції), підзаконними нормативно-правовими актами, що приймаються уповноваженими правотворчими суб'єктами на основі і на виконання законів: указами Президента України (ч. 3 ст. 106 Конституції), Постановами Кабінету Міністрів України (ч. 1 ст. 117 Конституції), нормативно-правовими актами міністерств та інших центральних органів виконавчої влади (ч. 3 ст. 117 Конституції). У разі ж виникнення ієрархічних колізій застосовується нормативний акт, що має вищу юридичну силу, тобто закон.

¹ Див.: *Комаров С. А.* Общая теория государства и права: Учебник. — 7-е изд. — СПб., 2004. — С. 355–356, *Поляков А. В.* Общая теория права: Феноменолого-коммуникативный подход: Курс лекций. — 2-е изд., доп. — СПб., 2003. — С. 793; Загальна теорія держави і права / За ред. М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченка, О. В. Петришина. — Х., 2002. — С. 382–384; *Тодька Ю. Н.* Толкование Конституции и законов Украины. — Х., 2001. — С. 118–121 та ін.

Причинами розбіжностей дійсного смислу норми права та її текстуального виразу, що викликають необхідність поширювального тлумачення, часто називають недоліки законодавчої техніки, дефекти у викладі державної волі, неточності, неясності, умовчання, помилки, упущення законодавця. Таким чином, причини, що викликають необхідність поширювального тлумачення, схожі з причинами застосування аналогії. Дійсно, поширювальне тлумачення і аналогія кримінально-процесуального закону зовні мають певну схожість: 1) вони зумовлені об'єктивними причинами, мають місце там, де є «дефект» законодавства; 2) спрямовані на усунення певної невідповідності між фактичними обставинами і правовою нормою; 3) ні поширювальне тлумачення, ні аналогія не спричиняють якої-небудь зміни в змісті об'єктивного права; 4) схожість їх виявляється також у тому, що для заповнення прогалини або недостатньої визначеності в нормі права застосовуються однакові прийоми тлумачення; 5) як застосування аналогії, так і поширювальне тлумачення мають бути законними, обґрунтованими, аргументованими. Дотримання принципу законності кримінального судочинства зобов'язує суд, прокурора, слідчого, особу, що провадить дізнання, обґрунтувати свої висновки, що дозволить перевірити обґрунтованість і правомірність ухваленого рішення, переконатися у відсутності зловживань і волюнтаризму; 6) обидва ці правові явища передбачають заснований на принципі законності творчий підхід правозастосовувача до вирішення проблеми поширювального тлумачення, що стоїть перед ним, або застосування закону за аналогією, активну правову ініціативу, процесуальну самостійність, певну свободу розсуду, засновану на внутрішньому переконанні. Причому особливого значення у зв'язку з цим набувають високий рівень правосвідомості і вміле використання способів та прийомів тлумачення норм права; 7) сприйнятий слідчою і судовою практикою порядок заповнення прогалини в законодавстві за допомогою аналогії, як і одноманітне поширювальне тлумачення схожих ситуацій, може стати зразком для правозастосувача в аналогічних випадках, що сприятиме уніфікації слідчої і судової практики; 8) і нарешті, не підлягають поширювальному тлумаченню і аналогії норми, які встановлюють винятки із загального правила, містять розпорядження вичерпного характеру.

Проте, незважаючи на їхню схожість, інститут аналогії і поширювальне тлумачення не можна ототожнювати, а тим більше помилково підміняти. Будь-яка спроба ототожнення поширювального тлумачення і аналогії може привести до застосування в замаскованій формі,

під виглядом поширювального тлумачення аналогії закону, що є неприпустимим, а в тих галузях права, де аналогія повністю заборонена, особливо небезпечним.

Відмінність поширювального тлумачення від застосування норм права за аналогією необхідно проводити за природою цих правових явищ, а також за тими цілями і функціями, які вони виконують у кримінальному судочинстві.

1. При поширювальному тлумаченні йдеться тільки про з'ясування дійсного смислу норми права на основі використання способів і прийомів тлумачення. При аналогії відбувається пошук норми права, яка регулює близькі, схожі відносини. Проте гіпотеза знайденої норми не містить конкретних обставин справи, що потребують правового регулювання, оскільки законодавець не передбачав їх виникнення або свідомо умовчує, розраховуючи прийняти відповідні норми найближчим часом.

2. При аналогії закону певні факти не охоплюються не лише «буквою» закону, але і його «духом», «сміслом». Аналогія має місце в тому випадку, якщо в чинному законодавстві відсутні правові норми, спрямовані на врегулювання тих або інших суспільних відносин, тобто виникла прогалина. Як підкреслював П. Недбайло, особливість застосування закону або права за аналогією «полягає в розширенні обсягу дії норми... на факти, які не були і не могли бути у полі зору законодавця на момент видання закону, через що аналогія є засобом заповнення прогалин у праві»¹.

При поширювальному ж тлумаченні певні факти охоплюються змістом нормативного акта, перебувають в орбіті правового регулювання норми права. Прогалина в правовому регулюванні відсутня. Законодавець «має на увазі» поширення норми права на даний конкретний випадок, хоча це прагнення законодавця точно, ясно і буквально не виражено в тексті. Тобто мовний вираз не завжди повністю відповідає дійсному змісту норми права.

3. Аналогія є оперативним засобом казуального (разового, такого що має юридичне значення тільки для даної справи) заповнення прогалин у праві. Поширювальне тлумачення не може бути таким засобом. Його мета, як вже зазначалося, — лише одержати висновки, які безпосередньо впливають з дійсного змісту норми права.

4. При поширювальному тлумаченні тлумачиться сама норма права, яка регулює певні відносини. Тобто правозастосовувач у процесі

¹ Недбайло П. Е. Применение советских правовых норм. — М., 1960. — С. 470.

з'ясування правової норми приводить у повну відповідність її дійсний смисл, її ідею з не зовсім точною формою викладу. В процесі застосування аналогії необхідна норма права, яка б регулювала конкретні відносини, повністю відсутня, тобто відсутній предмет тлумачення.

5. Первинним об'єктом юридичного аналізу при пробільності кримінально-процесуального закону є гіпотези правових норм. Диспозиція і санкція досліджуватимуться лише в тому випадку, якщо знайдено відповідну правову базу, що регулює схожі відносини. При поширювальному тлумаченні первинним об'єктом дослідження може бути будь-який елемент правової норми, оскільки «недосконалість форми нормативного акта» може простежуватися як у гіпотезі, так і в диспозиції і санкції.

6. Прогалини в праві, що ведуть до необхідності застосування аналогії, заповнюються законодавцем, оскільки одне з важливих його завдань полягає в тому, щоб постійно вдосконалювати нормативну базу з тим, щоб кількість прогалин все більш звужувалася, правове регулювання ширше і глибше охоплювало необхідну сферу суспільних відносин, а виникаючі при цьому нерегульовані відносини максимально оперативно одержували своє законодавче закріплення. Необхідність же в поширювальному тлумаченні існуватиме завжди. Заснована на літературній мові мова норм права не може бути позбавлена невід'ємних властивостей природно-мовної системи. Прийоми законодавчої техніки передбачають наявність узагальнено абстрактних засобів мови, що мають малий ступінь визначеності: гіперонімів, гіпонімів, перифраз, слів із займенниковими значеннями тощо¹, а також незавершених переліків обставин, умов, які закінчуються, наприклад, зворотами «та інші», «а також інші», або які містять їх в своєму складі. За нашим підрахунком, лише в Загальній частині КПК України близько 40 статей побудовані з використанням таких конструкцій.

Розглядаючи спірні положення, пов'язані з поширювальним тлумаченням норм права, доречно звернути увагу на відсутність єдності в поглядах на випадки його можливого застосування. Одні автори вважають, що необхідність поширювального тлумачення може виникнути тоді, коли внаслідок обстановки, що змінилася, розширилося коло юридично значущих фактів, що кваліфікуються відповідно до вживаної норми, тобто в тих випадках, коли нові факти стали відповідати критеріям норми². Інші вчені не підтримують цієї точки зору, вважа-

¹ Див.: *Губаєва Т. В.* Язык и право. Искусство владения словом в профессиональной юридической деятельности. — М., 2003. — С. 47—49.

² Див.: *Недбайло П. Е.* Вказ. праця. — С. 437—438, 440; *Алексеев С. С.* Общая теория социалистического права. Выпуск третий. — Свердловск, 1965. — С. 200.

ючи, що закон завжди має один і той самий смисл, який вклав у нього законодавець, а завдання тлумачення — розкрити виражену в законі волю законодавця¹. Видається все ж таки вірною перша точка зору. Аргументувати сказане можна, щонайменше, трьома міркуваннями.

По-перше, при поширювальному тлумаченні не йдеться про розширення дійсного смислу норми права до бажаного результату правозастосувача, інакше під приводом необхідності з'ясування обсягу тлумаченої норми або «зміни обстановки» норму права можна буде тлумачити довільно, упереджено, тенденційно, а спричинені порушення законності пояснити посиланнями на доцільність. Припускаючи можливість поширювального тлумачення, правозастосувач завжди повинен виходити з необхідності встановлення дійсного смислу норми права, того смислу, який «вклав» у неї перш за все законодавець, а не того, який хоче одержати з норми він сам.

По-друге, поза сумнівом, у країнах романо-германської правової сім'ї було б доцільно здійснювати пристосування правової системи до нових умов ззовні, за допомогою правотворчості. Тобто при виникненні відносин, не врегульованих правом, вони повинні одержати своє законодавче закріплення. Водночас це не завжди необхідно, оскільки в самому праві, як підкреслив С. Алексеев, вироблені такі «внутрішні механізми», які у деяких випадках дають можливість забезпечити дію юридичних норм відповідно до вимог відносин, що розвиваються². І таким «механізмом» може стати поширювальне тлумачення норм права. Сказане рівною мірою стосується і кримінального судочинства у тому разі, коли нові факти стали відповідати критеріям норми і правозастосувач кваліфікує їх відповідно до цієї вживаної ним норми. Наприклад, п. 5 ч. 2 ст. 48 КПК надає захиснику право застосовувати з дозволу особи, що провадить дізнання, або слідчого науково-технічні засоби при провадженні тих слідчих дій, в яких він бере участь, а також при ознайомленні з матеріалами справи. Ні КПК, ні Закон України «Про адвокатуру», ні Пленум Верховного Суду України в ухвалі від 24 жовтня 2003 р. № 8 «Про застосування законодавства, яке забезпечує право на захист у кримінальному судочинстві»³ не наводять вичерпного переліку тих науково-технічних засобів, які

¹ Див.: Гранат Н. Л., Колесникова О. М., Тимофеев М. С. Толкование норм права в правоприменительной деятельности органов внутренних дел: Учеб. пособ. — М., 1991. — С. 55.

² Див.: Алексеев С. С. Проблемы теории права: Курс лекций: В 2 т. — Свердловск, 1973. — Т. 2. — С. 265.

³ Див.: Вісник Верховного Суду України. — 2003. — № 6. — С. 20.

захисник може застосовувати, залишаючи за органом дізнання, слідчим і судом право поширювально тлумачити п. 5 ч. 2 ст. 48. Оскільки постійно поповнюється арсенал науково-технічних досягнень, які можуть надати допомогу захиснику при ознайомленні з матеріалами кримінальної справи або у фіксації ходу слідчої дії, то необхідності постійно вносити зміни і доповнення до закону немає. Свою роль відіграє поширювальне тлумачення закону, за допомогою якого нові факти відповідатимуть критеріям даної норми права. Аналогічні аргументи можна застосувати до ст. 187 КПК, в якій законодавець передбачив можливість поширення дії цієї статті на новинки технічного прогресу, закріплюючи можливість зняття інформації з «каналів зв'язку». Якби нові канали зв'язку не були винайдені і поставлені на службу людини, вилучення інформації з них здійснюватиметься на основі процесуального порядку, закріпленого в ст. 187 КПК.

По-третє, для правозастосовувача є достатньо важливим при появі «нових юридично значущих фактів» чітко розмежовувати випадки застосування поширювального тлумачення і аналогії, не допускати їх підміни, що повністю виключить можливість перетворення правозастосовних органів на органи, що здійснюють правотворчі функції.

В літературі можна зустріти також твердження про те, що у всіх випадках, коли в тексті нормативного акта уживаються вирази «і т. д.», «та інші», «тощо», таке тлумачення не буде поширювальним, оскільки тут немає неузгодження букви і духу нормативно-правового акта. Текстовий зміст висловлений таким чином, що не лише дає змогу, але й прямо передбачає можливість його доповнення інтерпретатором, про що і свідчать займенники «інший», «інше». Поширювальне ж тлумачення має місце там, де існує неузгодження букви і духу закону, коли зміст тексту формально виглядає завершеним і не передбачає яких-небудь доповнень, тоді як за змістом норми такі доповнення необхідні¹.

На нашу думку, незавершені переліки також можуть підлягати поширювальному тлумаченню, оскільки часом мають різний рівень конкретизації. Зокрема, ст. 347 КПК закріплює види рішень, на які може бути подана апеляція. У п. 3 ч. 2 ст. 347 зазначено, що апеляція може бути подана також «на інші постанови місцевих судів у випадках, передбачених цим Кодексом». Допускаючи невизначений займенник «інші», законодавець дозволяє поширювально тлумачити

¹ Див.: *Сырых В. М.* Теория государства и права: Учебник. – 2-е изд., стер. – М., 2002 – С. 248.

цей пункт, окреслюючи, проте, його обсяг випадками, закріпленими в КПК. До них, зокрема, можна віднести, за нашим підрахунком, 24 постанови місцевих судів. Набагато менший ступінь конкретизації, що дозволяє поширювально його тлумачити, містить п. 1 ч. 1 ст. 1 Закону України від 1 грудня 1994 р. «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду»: відшкодуванню підлягає шкода, завдана громадянину внаслідок «незаконного засудження, незаконного притягнення як обвинуваченого, незаконного взяття і тримання під вартою, незаконного проведення в ході розслідування чи судового розгляду кримінальної справи обшуку, виїмки, незаконного накладення арешту на майно, незаконного відсторонення від роботи (посади) і інших процесуальних дій, що обмежують права громадян». Використовуючи незавершений перелік, законодавець таким чином закликає правозастосовувача самостійно «поширити» відповідні норми на ті процесуальні дії, в результаті яких за його внутрішнім переконанням відбувається обмеження прав громадян, на ті фактичні обставини, які охоплюються обсягом цієї норми.

Поза сумнівом, законодавець повинен прагнути до того, щоб кожна фраза в тексті закону була абсолютно визначеною. Проте оскільки, як вже зазначалося, повністю відмовитися від використання узагальнено абстрактних засобів мови, що мають малий ступінь визначеності, незавершених переліків обставин, умов тощо неможливо, необхідність поширювального тлумачення існуватиме і надалі. Для досягнення ж точності законодавчого тексту в процесі правотворчості доцільно використовувати тільки терміни, що мають чітко визначене значення, або пояснювати ті обставини, про які йдеться в незавершених переліках. Тільки в цьому разі не буде допущена провокація довільного домислу при тлумаченні.

Проведене дослідження дозволяє сформулювати певні висновки. Поширювальне тлумачення має місце в тих випадках, коли словесне формулювання статті кримінально-процесуального закону вужче за дійсний смисл норми права і тих висновків, які безпосередньо може зробити правозастосовувач, використовуючи прийоми і способи тлумачення. Воно також можливе, з огляду на системність права, навіть тоді, коли законодавець чітко сформулював відповідні норми. Крім того, поширювально тлумачаться незавершені переліки обставин, умов, оскільки вони мають різний ступінь конкретизації. Сфера застосування окремих норм права може бути розширена у зв'язку з прийняттям іншого нормативно-правового акта, який більш повно регулює даний вид відносин.

Можливість поширювального тлумачення не суперечить принципу законності кримінального судочинства, сприяє з'ясуванню справжнього смислу норм кримінально-процесуального права, правильному визначенню сфери застосування норми, винесенню законного і обґрунтованого рішення, досягненню завдань кримінального судочинства і, врешті-решт, дотриманню прав і законних інтересів особи.

Надійшла до редколегії 15.10.04

І. Добrorез (НЮА України)

Кримінологічні та правові підстави криміналізації незаконного обігу наркотичних засобів або психотропних речовин без мети збуту

Щороку в Україні фіксується збільшення кількості осіб, в яких відмічається наркотична залежність, та зростає кількість злочинів, пов'язаних з незаконним обігом наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів. Сьогодні в країні офіційно зареєстровано близько 90 тис. наркоманів¹. У 2003 р. виявлено близько 32 тис. злочинних діянь у сфері незаконного обігу наркотичних засобів, що порівняно із серединою 90-х років ХХ ст. майже удвічі більше. Крім того, немедичне вживання наркотиків призводить до зростання числа самогубств, смертності від передозування вживаних речовин, побутового та виробничого травматизму.

У системі заходів протидії поширенню наркоманії та злочинності, пов'язаної з нею, провідна роль належить кримінально-правовому захисту суспільних відносин у сфері охорони народного здоров'я.

Аналіз спеціальної літератури останніх десятиріч свідчить про те, що багато вчених працювали над кримінально-правовою і кримінологічною характеристикою тих чи інших злочинів у сфері незаконного обігу наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів, зокрема, передбачених ст. 309 КК України 2001 р. (ст. 229⁶ КК України

¹ Див.: Кримінологія: Підручник / О. М. Джужа, Я. Ю. Кондратьєв, О. Г. Кулик; За заг. ред. О. М. Джужі. – К., 2002. – С. 324.

1960 р.). Так, дослідженню цих проблем присвячено праці О. Козаченка, А. Музики, М. Селіванова, М. Хруппи, Є. Фесенка та ін. Проте до цього часу не були предметом всебічного розгляду саме підстави криміналізації діянь, що полягають у незаконному виробництві, виготовленні, придбанні, зберіганні, перевезенні чи пересиланні наркотичних засобів або психотропних речовин без мети збуту. Незважаючи на те що аналіз цих підстав значною мірою має ретроспективний характер, з кримінологічної точки зору він необхідний, по-перше, для надання розгорнутої структури цього виду злочинності, яка є невід'ємною частиною її кримінологічної характеристики; по-друге, для розкриття особливостей мотиваційного комплексу зазначених дій; по-третє, для аналізу ефективності досягнутих результатів боротьби із врахуванням факту наявності в арсеналі протидії цьому явищу кримінально-правової норми; по-четверте, для розроблення шляхів подальшого вдосконалення законодавчих положень, спрямованих на попередження та боротьбу із цими злочинами. Отже, з'ясування названих питань потребує ґрунтовного аналізу підстав криміналізації протиправних діянь, передбачених ст. 309 КК України.

Теорія криміналізації виникла як теорія сукупності чинників, що впливають на віднесення певної групи діянь чи окремого діяння до злочинного, тобто такого, що заборонений кримінальним законом. Сьогодні термін «криміналізація» вживається у вузькому значенні — як визнання діяння злочинним та у широкому значенні: по-перше, як збільшення верхніх меж санкції у складах, що вже є, по-друге, як деяке обмеження у застосуванні інститутів звільнення від покарання; по-третє, як процес збільшення кількості кримінально караних діянь у суспільстві¹.

Найбільш повний перелік чинників, що впливають на криміналізацію діянь, запропонували П. Дагель та А. Коробеев. Так, П. Дагель всі чинники криміналізації поділив на об'єктивні та суб'єктивні умови встановлення кримінальної караності. Отже, до першої групи віднесені: ступінь суспільної небезпечності та поширеності певного діяння у суспільстві; неможливість успішної боротьби із суспільно

¹ Див.: *Галиакбаров Р. Р.* Проблемы криминализации многосубъектных общественно опасных деяний // *Актуальные проблемы криминализации и декриминализации общественно опасных деяний.* — Омск, 1980. — С. 40; *Клочков А. В.* Информационные предпосылки криминализации общественного сознания // *Вестник Московского университета. Сер. 11. Право.* — 1999. — № 2. — С. 17–42; *Плохова В. И.* Ненасильственные преступления против собственности: криминалогическая и правовая обоснованность. — СПб., 2003. — С. 15 та ін.

небезпечним діянням менш репресивними, ніж кримінально-правові, методами. Друга група представлена усвідомленням об'єктивних потреб суспільства в його криміналізації, певним рівнем суспільної правосвідомості¹. У свою чергу, А. Коробеев виділяє три групи підстав криміналізації діянь. Перша група юридико-кримінологічних підстав включає: а) ступінь суспільної небезпечності діянь; б) їх відносну поширеність та типовість; в) динаміку діянь із врахуванням причин та умов, що їх породжують; г) можливість впливу на них кримінально-правовими заходами при недостатній ефективності інших засобів боротьби; д) можливості системи кримінальної юстиції. Друга група соціально-економічних підстав складається з: а) збитків, що завдаються діяннями; б) відсутності негативних наслідків кримінально-правової заборони; в) наявності матеріальних ресурсів для його реалізації. Третя група соціально-психологічних підстав включає: а) рівень суспільної правосвідомості і психології; б) історичні підстави². У теорії науки існують й інші класифікації чинників криміналізації тих чи інших діянь.

На нашу думку, серед всього різноманіття наведених чинників доцільніше вирізняти групи соціально-кримінологічних та правових чинників. Це найбільш проста та зручна у застосуванні класифікація, яка, звісно ж, не виключає й більш дрібного групування цих чинників. Але за своєю природою всі чинники так чи інакше вписуються саме у цю схему. Отже, пропонуємо розглянути чинники, які викликали необхідність криміналізації вітчизняним законодавцем незаконного вироблення тощо наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів без мети збуту.

Ці діяння були криміналізовані у 1974 р. Указом Президії Верховної Ради УРСР від 17 червня 1974 р. «Про внесення змін і доповнень до Кримінального кодексу України». Кримінальну відповідальність за них передбачено й у КК України 2001 р. Введення до кримінального закону відповідальності за вчинення цих дій було зумовлено низкою причин.

По-перше, на початок 70-х років ХХ ст. в УРСР, як і в інших радянських республіках, набула значного поширення кількість тих, хто вживає наркотичні засоби. Фактично у СРСР з проблемою наркоманії та наркотизму зіткнулися лише після приєднання до держави тери-

¹ Див.: *Дагель П. С.* Условия установления уголовной наказуемости // Правоведение. – 1975. – № 4. – С. 68–74.

² Див.: *Коробеев А. И.* Советская уголовно-правовая политика: проблемы криминализации и пенализации. – Владивосток, 1987. – С. 67.

торій Середньої Азії та Далекого Сходу, населення яких мало давні традиції вживання наркотичних засобів¹. Проте історично склалося так, що саме наприкінці 60-х – на початку 70-х, коли стали міцнішими інтегративні зв'язки між регіонами СРСР, окремими країнами, було вдосконалено та отримані нові знання про виготовлення наркотичних засобів, налагоджено підпільні технології їх виробництва, набула небувалого розквіту фармакологічна галузь тощо.

Крім того, в країнах Заходу протест молоді проти війни у В'єтнамі, загрози світової ядерної катастрофи, засади консерватизму, спосіб життя, що нав'язувався заможним класом, з постулатами влади грошей, досягнення успіху за будь-яку ціну сприяли виникненню різних молодіжних альтернативних течій (наприклад, хіпі, бітники), помітною рисою яких стало вживання різноманітних одурманюючих речовин, наркотиків тощо. Отже, представники цих течій стали не лише носіями позитивного мислення та соціального протесту, а й пропагандистами іншого сприйняття існуючої реальності, в якому «філософське» ставлення до наркотиків як засобу досягнення якісно «нового» стану свідомості перетворилося на молодіжну моду. Поряд із курінням маріхуани почалось широке вживання раніше невідомих або рідких до тих пір наркотичних засобів та психотропних речовин, які стали останніми «досягненнями» хімії, фармації та медицини. Так розпочалося їх масове вживання в розвинутому індустріальному суспільстві.

Деякі найгірші «традиції» зарубіжного способу життя молодих людей бездумно копіювалися й молоддю колишнього СРСР. Як слушно зазначено у спеціальній літературі з цього приводу, у поширенні наркотизму і наркоманії значну роль відіграє механізм соціально-психологічного зараження і наслідування. Нерідко трагічний ланцюг подій починається з невинної цікавості, прагнення пізнати те, що вживають інші². Підраховано, що один наркоман у підлітково-молодіжному середовищі здатний за короткий проміжок часу і без будь-яких зусиль втягнути до вживання наркотиків 10–15 осіб. На жаль, ніякі загальновідомі аргументи на користь того, що вживання наркотиків призводить до передчасного старіння організму, послаблення

¹ Див.: *Лосев С. Г.* Преступления, связанные с незаконным оборотом наркотиков: Конструкция составов квалификация, карательная практика: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. – Тюмень, 2002. – С. 11.

² Див.: *Руденко А. С.* Особенности причин и условий наркотизма и наркомании в современной России // Преступность в разных ее проявлениях и проблемы организованной преступности / Под ред. А.И. Долговой. – М., 2004. – С. 146.

інтелекту, притуплення почуттів, що під впливом цих речовин людина деградує як особистість, не стримують багатьох молодих людей.

По-друге, незважаючи на низку негативних тенденцій в економічному житті країни, все ж таки відбувалося помітне зростання матеріального добробуту основної маси радянського населення. У партійних документах, суспільно-політичній пресі того часу рапортувалося про підвищення реальних доходів на душу населення. Так, зазначалося, наприклад, що у середині 70-х років порівняно з початком цього десятиріччя реальні доходи населення підвищилися на 18%; майже половина населення країни мала доходи на одного члена сім'ї понад 100 крб. на місяць, тоді як у 1970 р. такий дохід був лише у 18% населення¹. Ситуацією, коли у людей зосереджувалися вільні гроші, скористалися кримінальні ділки, які одержали можливість отримати величезні прибутки, що принесе заборонений обіг наркотичних засобів. Проте не завжди людина, яка опинилася у тенетах наркотичної залежності, спроможна знайти гроші на купівлю зілля, тому альтернативою цьому шляху стає самостійне виготовлення наркотичних засобів, що, у свою чергу, сприяє своєрідній спеціалізації, виготовленню нових речовин у домашніх умовах. Отже, іноді легше виготовити наркотичний засіб або психотропну речовину власноручно, так би мовити, у домашніх умовах, маючи примітивні уявлення про те, як це робиться, ніж придбати її за гроші.

По-третє, введення до кримінального закону відповідальності за незаконне вироблення тощо наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів без мети збуту, а також низки інших статей за їх незаконний обіг було спрямоване на забезпечення більш диференційованого підходу до оцінки суспільної небезпечності діяння. Справа в тому, що до введення цієї статті у КК України 1960 р. не було жодної (!) статті, яка б передбачала кримінальну відповідальність за незаконний обіг наркотичних засобів. Таким чином, навіть вироблення наркотиків з метою збуту залишалось поза увагою правозастосувача. Така ситуація, без сумніву, побічно сприяла безконтрольному поширенню наркотичних засобів та психотропних речовин. У той же час встановлення в законі відповідальності за ці дії диктувалося й необхідністю осмислення вже накопиченого досвіду правозастосовної діяльності і на цій підставі наданню пропозицій та рекомендацій щодо подальшого вдосконалення кримінального закону і практики його

¹ Див.: Страны мира: Краткий политико-экономический справочник. — М., 1981. — С. 17.

застосування при розгляді справ про злочини, пов'язані із незаконним обігом наркотичних засобів.

По-четверте, необхідність криміналізації незаконного вироблення тощо наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів без мети збуту зумовлена достатньо високим ступенем суспільної небезпечності цих діянь. Суспільна небезпечність — по суті, найголовніший з критеріїв криміналізації, оскільки саме ним оперує суспільна думка, визнаючи те чи інше діяння злочинним, іноді навіть раніше, ніж це робить законодавець. Ті або інші діяння забороняються кримінальним законом насамперед тому, що вони є суспільно небезпечними, а не навпаки — стають суспільно небезпечними лише тому, що забороняються. Така ситуація була характерна і щодо діянь, про які йдеться.

Ступінь суспільної небезпечності незаконного вироблення тощо наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів без мети збуту надто високий. Існування цього явища в суспільстві істотно загрожує генофонду нації, оскільки майбутнє будь-якого суспільства та держави безпосередньо залежить від здоров'я нації. Тому найбільш суттєві посягання на це благо мають високий ступінь суспільної небезпечності та потребують криміналізації. Втрата здоров'я та працездатності молодим поколінням призводить до старіння населення України. З огляду на викладене необхідно зробити висновок про те, що суспільна небезпечність наркотизму має цілком достатній для криміналізації таких дій рівень.

По-п'яте, такі форми антисуспільної поведінки, як незаконне вироблення тощо наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів без мети збуту, на початку 70-х років стали невідповідними та непоодинокими. З приводу поширеності суспільно небезпечних діянь Г. Злобін виділяє верхню та нижню межі можливості криміналізації. Сутність нижньої межі полягає у тому, що такі діяння повинні бути відносно поширеними. Однак неможливо не враховувати існування верхньої межі, сутність якої полягає в тому, що такі діяння не можуть бути ані загальновикористовуваними, ані навіть занадто поширеними¹. Чи слід погодитися з тим, що марно криміналізувати те, що стало масовою повсякденністю? Виготовлення наркотичних засобів для особистого вживання набуло масового характеру, тому щодо нижньої межі криміналізації можна впевнено заявити про її наявність. Стосовно верхньої межі для даного виду злочинів питань взагалі не повинно

¹ Див.: Основания уголовно-правового запрета: криминализация и декриминализация. — М., 1982. — С. 218.

виникати — подібна антисупільна поведінка людини не може бути визнана загальновикористовуваною у цивілізованому суспільстві.

Підсумовуючи викладене, можна зробити висновок про те, що діяння, яким присвячено дане дослідження, знаходяться у наведених вище межах: вони мають тенденцію до поширення, не є поодинокими та випадковими і водночас їх не можна віднести до загальновикористовуваних.

По-шосте, кримінологічна наука, розвиток якої одержав певного імпульсу в 60-ті роки ХХ ст., ініціювала проведення досліджень актуальних проблем фонових явищ, серед яких, безумовно, чільне місце посідала наркоманія. У зв'язку з цим постало питання про достатність та ефективність тих засобів подолання цього негативного явища, які на той час були в арсеналі відповідних соціальних структур, у тому числі правоохоронних органів. Як виявилось, їх явно бракувало. Отже, з позиції теорії науки була обґрунтована необхідність введення більш радикального засобу, ніж адміністративні заходи.

Правові підстави для криміналізації небезпечної для суспільства діяльності, що визначають, яка діяльність повинна бути визнана злочинною, зміст та елементний склад норм кримінального права, на думку В. Плохової, містяться у нормах міжнародного права, Конституції, принципах кримінального права і законодавства¹. Погоджуючись в цілому з цією точкою зору, відмітимо, що серед правових підстав криміналізації незаконного виготовлення тощо наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів без мети збуту особливе значення мають такі з них.

1. Визнаючи всю серйозність проблеми наркоманії, яка набула всесвітніх масштабів, світовим співтовариством розроблено низку міжнародних документів, спрямованих на обмеження поширення цього негативного явища. Україна як член ООН ратифікувала Єдину Конвенцію про наркотичні засоби 1961 р. та Конвенція про психотропні речовини 1971 р. Отже, встановивши кримінальну відповідальність за діяння, пов'язані з незаконним обігом наркотиків, Україна розпочала впровадження у своє національне законодавство положень цих міжнародних документів, що є прямим обов'язком країни-члена високого (зазначеного) міжнародного форуму.

2. Практика засвідчила, що неможливо ефективно боротися з поширенням наркоманії лише адміністративними заходами. До 1974 р. фактично лише за допомогою однієї статті (!), передбаченої Кодексом

¹ Див.: Плохова В. И. Вказ. праця. — С. 21.

України про адміністративні правопорушення, намагалися протистояти цьому лиху. Так, ст. 44 цього Кодексу передбачала адміністративну відповідальність за незаконне придбання або зберігання наркотичних засобів у незначних розмірах або вживання наркотичних засобів без призначення лікаря. Проте, як бачимо, ця норма нічого не говорить про виготовлення або вироблення наркотичних речовин як з метою збуту, так і без такої. Тобто значне коло незаконних дій залишалось поза увагою законодавця. І це не дивно, оскільки, враховуючи підвищену ступінь суспільної небезпечності таких дій, за допомогою норм лише адміністративного права неможливо поставити якісний заслін на шляху вчинення цих правопорушень. Отже, необхідну каральну потужність мають виключно кримінально-правові норми.

3. З точки зору кримінально-правової статистики достатня кількість злочинів вчиняються у стані наркотичного сп'яніння, а ще більше — з метою здобуття грошей на придбання наркотичних речовин. При цьому превалює вчинення корисливих та корисливо-насильницьких злочинів (крадіжки, грабежі, розбої). Цей факт не міг надалі залишатися поза увагою правоохоронних органів.

4. З попередньої підстави необхідності криміналізації дій, пов'язаних з незаконним обігом наркотичних засобів, органічно поставало завдання надійної охорони найважливіших конституційних благ людини — її життя і здоров'я. Як зараз, так і за радянських часів перелічені блага людини особливо підкреслювалися у комплексі всіх інших її прав і свобод, оскільки вони є підґрунтям розвитку особи, реалізації її здібностей, потреб, інтересів тощо. При цьому йдеться як про життя і здоров'я споживача наркотичних засобів, так і про особу, яка може зазнати шкоди від протиправних дій наркомана. Тому необхідність надійної охорони нормами кримінального права означених конституційних благ слід вважати достатньою правовою підставою для криміналізації діянь, пов'язаних з незаконним обігом наркотичних засобів або психотропних речовин або їх аналогів без мети збуту.

Отже, за наявності розглянутих підстав криміналізації перед законодавцем на початку 70-х років ХХ ст. постала проблема остаточного з'ясування необхідності цього кроку та використання напрацьованих наукою механізмів якісної розробки необхідної кримінально-правової норми.

ПИТАННЯ КРИМІНАЛІСТИКИ І СУДОВОЇ ЕКСПЕРТИЗИ

В. Журавель, професор НЮА
України, завідувач сектору ІВПЗ
АПрН України,
С. Великанов, кандидат юридичних
наук, старший науковий
співробітник ІВПЗ АПрН України

Слідчі ситуації в методиці розслідування легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом

Ситуаційний підхід у криміналістиці вважається одним із головних принципів, на базі якого здійснюються формування як певних теоретичних концепцій, так і розроблення рекомендацій щодо їх впровадження у практичну діяльність правоохоронних та судових органів. Дійсно, різноманітні ситуації (слідчі, кримінальні) обумовлюють висунення версій, обрання найбільш раціонального алгоритму поведінки і дій учасників кримінального процесу, оптимальної системи проведення слідчих дій та оперативно-розшукових заходів.

Висловлені положення характерні і для розслідування легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, оскільки саме слідчі ситуації складають основу розроблення теоретичних засад окремої криміналістичної методики розслідування цієї категорії злочинів. При цьому треба враховувати, що на процес формування слідчих ситуацій впливають своєрідність самої легалізації і насамперед її взаємозв'язок із предикатним злочином. Йдеться про такі чинники, як джерела походження злочинних доходів та напрямки їх використання (інвестування легалізованих коштів у легальний сектор економіки, підтримка тіншового бізнесу як джерела легалізації, фінансування злочинної діяльності тощо).

У теорії та практиці найбільші труднощі викликає з'ясування підстав для виокремлення, типізації слідчих ситуацій. У криміналістичній літе-

ратурі були зроблені спроби сформувавши найбільш загальні підстави щодо типізації слідчих ситуацій. Так, О. Колесніченко і В. Коновалова зазначали, що «кожний злочин, поряд з більшою чи меншою схожістю з іншими злочинами, має комплекс індивідуальних, неповторних ознак, він індивідуальний. Однак це не означає, що кількість типових слідчих ситуацій і відповідних їм завдань розслідування нескінченна. Стосовно цього слід враховувати, що слідча ситуація встановлюється через відношення наявної інформації до даної в криміналістичній характеристиці та визначення завдань щодо збирання і дослідження необхідної інформації для з'ясування обставин, що становить предмет доказування. Оскільки предмет доказування окреслений і ознаками складу злочину, і положеннями КПК, остільки і перелік основних слідчих ситуацій може бути визначений точно»¹.

Отже, інформаційну основу для типізації слідчих ситуацій вихідного і початкового етапів розслідування легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, складають предмет доказування, окреслений ознаками складу цього злочину і ст. 64 КПК України, та відомості, що входять до його криміналістичної характеристики.

Своєрідність вихідного етапу розслідування легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, полягає в тому, що порушення кримінальної справи за ознаками ст. 209 КК України можливе тільки за умов здійснення відповідних процесуальних дій щодо предикатного злочину. В зв'язку з цим можливі такі *слідчі ситуації на момент прийняття рішення в порядку статей 94 та 97 КПК України*:

— виявлено злочин, у результаті якого одержано злочинні доходи, і за чинним законодавством його віднесено до розряду предикатних, тобто передбачено покарання у виді позбавлення волі на строк від трьох і більше років, і в подальших діях злочинця (злочинців) є ознаки об'єктивної сторони ст. 209 КК;

— виявлено злочин, у результаті якого одержано злочинні доходи, і в подальших діях злочинця (злочинців) є ознаки об'єктивної сторони легалізації, але за чинним законодавством цей злочин виключено з числа предикатних (примітка до ст. 209 КК України);

— виявлено злочин, який хоча формально і віднесено до розряду предикатних, але який у той же час не призвів до безпосереднього одержання злочинних доходів;

— виявлено декілька злочинів, один з яких хоча формально і віднесено до розряду предикатних, але в результаті його вчинення безпо-

¹ Колесніченко А. Н., Коновалова В. Е. Криміналістическая характеристика преступлений. — Х., 1985. — С. 69.

середньо злочинні доходи не одержано, в той же час інший злочин хоча і виключено з числа предикатних (ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів), але саме він призвів до безпосереднього одержання доходів злочинного походження;

– виявлено ознаки здійснення сумнівних фінансових операцій, укладання правочинів, які можуть свідчити про вчинення легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, але відомості щодо предикатного злочину відсутні.

Перша ситуація є доволі стандартною і, як правило, не викликає певних труднощів щодо вирішення питання про порушення кримінальної справи за ознаками легалізації. Цьому, до речі, сприяє і редакція самої ст. 209 КК, диспозицію якої викладено таким чином, що під ознаки легалізації підпадають практично будь-які дії із злочинними доходами, навіть ті, що не пов'язані з приховуванням (маскуванням) джерел їх походження, наданням їм видимості законно одержаних. Відсутність у розглядуваній статті посилення на те, що суб'єкт легалізації повинен діяти із спеціальною метою, а саме з метою приховування (маскування) джерел походження злочинних доходів, включення до об'єктивної сторони цього злочину таких дій, як набуття, володіння, використання грошових коштів або іншого майна, не повною мірою відповідають загальноприйнятому визначенню легалізації. Все ж таки треба виходити з того, що «легалізувати — значить витягнути на поверхню», тобто здійснити активні, умисні дії, спрямовані на приховування (маскування) джерел походження «брудних коштів», їх місцезнаходження, переміщення тощо.

Щодо цього викликають певні сумніви доцільність додаткової кваліфікації за ст. 209 КК деяких дій посадових осіб, що вчинили економічні злочини, наприклад, залишення без руху грошових коштів на банківському рахунку підприємства, тобто коштів, які одержані в легальному секторі економіки, залишені в цьому секторі і з якими не здійснено жодної фінансової операції. Про яке витягування на поверхню йдеться в даному разі, незрозуміло, але представники правоохоронних органів не обтяжують себе такими питаннями або до їх вирішення підходять із суто формальної сторони, беручи до уваги сам факт залишення грошових коштів на банківському рахунку підприємства як їх злочинне використання. Такий спрощений підхід до розуміння легалізації, на нашу думку, не сприяє активізації протидії цьому негативному соціальному явищу.

Друга слідча ситуація за своєю пізнавальною сутністю також може бути віднесена до числа простих, оскільки її інформаційну основу

складають формальні положення закону щодо визначення ознак предикатного злочину. Якщо такі ознаки відсутні, то виноситься постановою про відмову в порушенні кримінальної справи за ст. 209 КК.

Третя і четверта ситуації для свого розв'язання потребують більш ретельного дослідження джерел походження злочинних доходів. Дійсно, законодавець передбачив двоелементний (предикат-легалізація) за правовою природою склад цього виду злочинів, тобто легалізації завжди передує предикатний злочин, але не просто злочин, за вчинення якого передбачено покарання у виді позбавлення волі на строк від трьох і більше років, а злочин, у результаті вчинення якого безпосередньо утворюються злочинні доходи. Так, у судово-слідчій практиці досить поширеним є злочин, пов'язаний з ухиленням від сплати податків шляхом внесення у звітні документи, що надходять до податкової інспекції, необ'єктивних відомостей. Такого роду дії злочинців слідчі правильно кваліфікують за сукупністю відповідних частин ст. 212 КК (ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів) і ст. 366 КК (службове підроблення). В даному разі не виникало б питань, якщо б слідчі не намагалися до цієї сукупності складів додавати ще й ст. 209 КК, що суперечить чинному законодавству. Звісно, що ст. 212 КК виключено з числа предикатних стосовно легалізації, а ст. 366 КК взагалі за формальними підставами не може бути віднесена до розряду предикатних, оскільки передбачає покарання у виді позбавлення волі на строк від двох до п'яти років. Крім того, помилковість віднесення службового підроблення до числа предикатних злочинів полягає ще й у тому, що вчинення цього злочину не призводить до безпосереднього одержання доходів злочинного походження, оскільки він виконує виключно допоміжну функцію і є додатком до основного предикатного злочину. Це зауваження стосується і дій, що кваліфіковані за сукупністю зі ст. 364 КК (зловживання владою або службовим становищем) і деяких інших.

П'ята ситуація виникає в тих випадках, коли в ході фінансового моніторингу, податкових або аудиторських перевірок, оперативно-розшукових заходів виявляються ознаки сумнівних фінансових операцій, укладених правочинів та інших дій, які можуть свідчити про здійснення легалізації. В даному разі порушити кримінальну справу безпосередньо за ознаками ст. 209 КК не можна, а тому необхідно провести дослідчу перевірку, в ході якої з'ясувати, чи мають кошти, з якими здійснено дії щодо легалізації, кримінальну природу походження, чи отримані вони в результаті вчинення злочину, котрий за чинним законодавством віднесено до розряду предикатних. Якщо такі

обставини будуть з'ясовані, то вони є підставами для порушення кримінальної справи спочатку по предикатному злочину, а потім безпосередньо щодо самої легалізації.

Одним з найбільш значущих елементів криміналістичної характеристики легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, та предмета доказування у цій категорії кримінальних справ є особа суб'єкта легалізації. Наявність або відсутність інформації щодо цього елемента значною мірою зумовлює спрямованість пізнавальних та організаційних дій слідчого. У зв'язку з цим особливого значення набувають *слідчі ситуації залежно від обсягу наявної у розпорядженні слідчого інформації щодо суб'єкта легалізації*. Такого роду ситуації можуть бути поділені на декілька різновидів залежно від характеру та специфіки вихідної інформації:

1) ситуації залежно від відношення суб'єкта легалізації до предикатного злочину:

– легалізацію доходів злочинного походження здійснює особа, яка вчинила предикатний злочин;

– легалізацію доходів злочинного походження здійснює особа, яка була співучасником предикатного злочину;

– легалізація здійснюється із злочинними доходами, одержаними іншими особами;

2) ситуації залежно від обсягу інформації щодо самої особи суб'єкта легалізації:

– особа, яка здійснила легалізацію, відома;

– особа, яка здійснила легалізацію, невідома;

– особа, яка здійснила легалізацію, невідома, але є ознаки, що вказують на коло осіб, які можуть бути причетні до легалізації;

3) ситуації залежно від ролі особи в механізмі легалізації;

– у механізмі легалізації використовується підприємство, де суб'єкт легалізації є посадовою особою (директор, головний бухгалтер);

– у механізмі легалізації використовується фіктивне підприємство або підставна фізична особа;

– у механізмі легалізації використовуються особи, для яких легалізація є професійним видом діяльності (адвокати, брокери, бухгалтери);

4) ситуації залежно від обізнаності суб'єкта легалізації:

– суб'єкт легалізації має фахові знання та навички у галузі економіки та менеджменту;

– суб'єкт легалізації використовує як консультанта (співучасника) особу, обізнану в галузі економіки та менеджменту.

Окрему групу складають *слідчі ситуації залежно від органу, який надав інформацію, що стала підставою порушення кримінальної справи за ознаками легалізації*. До таких ситуацій можна віднести:

– кримінальну справу за ознаками легалізації порушено на підставі інформації, наданої органами держфінмоніторингу, аудиту або податковими органами;

– кримінальну справу за ознаками легалізації порушено на підставі інформації, наданої оперативно-розшуковими органами;

– кримінальну справу за ознаками легалізації порушено на підставі доказів, зібраних у ході розслідування предикатного злочину.

У свою чергу, *слідчі ситуації залежно від ступеня обґрунтованості та обсягу зібраних доказів щодо предикатного злочину* можуть поділятися на такі різновиди:

– кримінальну справу за ознаками легалізації порушено майже паралельно з кримінальною справою по предикатному злочину, тобто розслідування предикатного злочину знаходиться тільки на початковому етапі;

– кримінальну справу за ознаками легалізації порушено у той час, коли розслідування предикатного злочину знаходиться на завершальному етапі;

– кримінальну справу за ознаками легалізації порушено тоді, коли набрав чинності вирок по предикатному злочину.

Щодо першого різновиду розглядуваної ситуації, то слідчий стикається із серйозним дефіцитом інформації як про сам предикатний злочин, так і про ознаки механізму легалізації. Ось чому для вирішення питання про порушення кримінальної справи за ст. 209 КК виникає потреба у проведенні додаткової дослідчої перевірки, призначенні ревізій, аудиторських перевірок, особливо при виявленні безтоварних механізмів легалізації. При цьому важливим є отримання пояснень від уповноважених осіб органів первинного та державного фінансового моніторингу, здійснення координації діяльності оперативних та слідчих підрозділів.

Другий різновид зазначеної ситуації характеризується значно більшим обсягом інформації щодо предикатного злочину, оскільки на час завершення досудового слідства, як правило, проведені обшук та виїмка, в результаті яких вилучено необхідну документацію, призначено і проведено економічну експертизу, котра надала можливість не тільки встановити джерела походження злочинних доходів, а й виявити ознаки щодо їх легалізації. В розглядуваних випадках необхідно вирішувати питання про об'єднання кримінальних справ та їх спільне

провадження. Крім того, слідчий має на підставі зібраних доказів оцінити перспективи завершення досудового слідства за предикатним злочином і надіслання кримінальної справи на судовий розгляд.

Третій різновид ситуації з інформаційної точки зору є найбільш сприятливим, оскільки складова відомостей щодо самого предикатного злочину, винних осіб, доходів, одержаних у результаті його вчинення, має найбільш повну форму.

Відокремлення грошових коштів або іншого майна від злочинних джерел і надання їм видимості законного походження з криміналістичної точки зору може розглядатися як ознака завершеності механізму легалізації. З цієї причини доцільно виділяти такі *слідчі ситуації залежно від ступеня завершеності легалізації*:

- легалізація має завершено форму;
- легалізацію виявлено на одному з етапів її реалізації.

Характерною ознакою завершеної форми легалізації є занадто складний, заплутаний, а в деяких випадках навіть не доступний перевірці механізм утворення кримінальних коштів (майна), що легалізуються. Цій ситуації притаманні такі сліди приховування легалізації, як відсутність первинних документів, наприклад, тих, що підтверджують укладання того чи іншого правочину, або, навпаки, наявність підроблених документів чи заплутаного характеру ведення бухгалтерського обліку. Взагалі сучасний бухгалтерський облік на підприємствах, що мають доходи від незаконної діяльності, характеризується суперечливістю, фрагментарністю, веденням обліку в синтетичній, а не в аналітичній формі, що ускладнює аналіз основних і оборотних фондів. У таких випадках виникає потреба повного або часткового відновлення господарської діяльності підприємства і супроводжуючого її бухгалтерського обліку із залученням кваліфікованих фахівців — бухгалтерів чи економістів. При цьому головну увагу слід приділяти встановленню контрагентів підприємства шляхом організації виїмки документів із банківських установ, проведення зустрічних перевірок, оскільки високою є вірогідність того, що легалізацію було здійснено з використанням фіктивних підприємств або підставних фізичних осіб.

Якщо ж легалізацію виявлено на одному з етапів її реалізації, то характерним для неї є наявність значно меншої кількості ознак щодо її приховування, що дозволяє документально підтвердити механізм легалізації, встановити джерела походження кримінальних доходів, висунути версії щодо способу та суб'єкта легалізації.

Для організації розслідування економічних злочинів у цілому та легалізації (відмивання) доходів кримінального походження зокрема

особливого значення набуває інформація щодо способу приготування, вчинення та приховування злочинів розглядуваної категорії. При цьому треба враховувати те, що можливість розпізнавання застосування того чи іншого способу легалізації залежить насамперед від ступеня його складності. У зв'язку з цим вважаємо за можливе виділити такі *слідчі ситуації залежно від ступеня складності способу легалізації*:

- легалізацію здійснено із використанням простого способу;
- легалізацію здійснено із використанням ускладненого способу.

Простий спосіб характеризується застосуванням однієї або декількох операцій для здійснення легалізації, наприклад, подальше використання в господарській діяльності кримінальних доходів, одержаних у ході вчинення економічних злочинів. Такого роду дії лише формально задовольняють вельми широкій за своїм тлумаченням диспозиції ст. 209 КК, оскільки не супроводжуються операціями по маскуванню та приховуванню злочинних доходів. Розпізнавання простих способів не викликає труднощів. Інша справа, коли йдеться про застосування ускладненого способу, тобто певних технологічних схем¹, котрі передбачають здійснення значної кількості операцій, спеціально орієнтованих на відрив (розшарування) «брудних» коштів від джерел їх походження та подальшу інтеграцію в легальне середовище шляхом проведення різноманітних фінансових та інших господарських операцій. Крім того, злочинні технології включають в себе дії щодо маскуванню легалізації на різних етапах її реалізації шляхом створення видимості законного походження доходів, приховування слідів їх виникнення, а також осіб, котрі їх вилучили в ході вчинення предикатного злочину, та осіб, які ініціюють та здійснюють процес їх відмивання, створення видимості законності фінансових операцій чи укладання правочинів. Як правило, для відмивання злочинно набутих грошових коштів чи іншого майна використовують не один, а декілька послідовних і часто різних правочинів і операцій, у результаті яких губляться сліди походження одержаних коштів, наприклад, придбання акцій, нерухомості тощо, згодом — їх продаж, переказ грошових коштів на рахунки в закордонних банках та ін., потім — їх інвестування у вітчизняну економіку. В таких ситуаціях виникає нагальна потреба в проведенні значно більшої кількості слідчих дій та оперативно-розшукових заходів, спрямованих на виявлення механізму та слідів легалізації.

Надійшла до редколегії 20.10.04

¹ Див.: *Шепитько В. Ю.* Преступные технологии легализации (отмывания) денежных средств и способы их разоблачения. — Х., 2002.

М. Швець, член-кореспондент
АПрН України, директор НДЦП
АПрН України,
С. Дорогих, завідувач лабораторії
НДЦП АПрН України

Адаптація і використання тезаурусу EUROVOC в Україні

Реалізація Закону України «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» вимагає забезпечення доступу до багатомовних систем правової інформації країн ЄС. Одним з таких засобів є багатомовний тезаурус EUROVOC, адаптацію якого здійснено співробітниками Науково-дослідного центру правової інформатики Академії правових наук України, Інституту законодавства Верховної Ради України за участю фахівців інших колективів. При розробленні української версії тезаурусу EUROVOC використано досвід здійснення таких проектів країнами ЄС, а також Державної Думи Російської Федерації, Литви, Польщі та ін.

В українському проекті EUROVOC розглядається як складова частина автоматизованої системи порівняльного аналізу законодавства України із законодавством інших країн (АСПАЗ). Тезаурус має єдине систематизоване представлення еквівалентів понад 6 тис. понять українською, англійською, французькою та російською мовами. Створювана система АСПАЗ об'єднуватиме функціональні комплекси: «Законодавство», «Законопроект», «Термінологія законодавства України» та тезаурус EUROVOC, а також автоматизовані, автоматичні перекладачі та інші компоненти, що входять до системи інформаційно-аналітичного забезпечення законотворчої, правозастосовної та правоосвітньої діяльності.

Відомості про інформаційно-пошукові тезауруси

Оперативний пошук і опрацювання даних, накопичених у великих масивах і потоках інформації, потребують створення ефективного інструментарію для оброблення, пошуку та аналізу. Одним з таких інструментів є інформаційно-пошукові тезауруси (ІПТ). Їх було створено для індексування документів та виконання машинного пошуку. Визначення предметної суті документів, вибір термінів, сукупність яких стисло передає зміст, зазначення відношень між поняттями, пред-

ставленими цими термінами, — основні завдання, що вирішуються при створенні тезауруса¹.

Традиційно при написанні документів автори вільно використовують засоби природної мови. Водночас людина, яка бажає знайти певний документ, може зіткнутися з труднощами, пов'язаними з тим, що:

— одне й те саме поняття може бути виражено рядом синонімів або понять, які частково збігаються (наприклад, квартира, помешкання, житлове приміщення тощо). При визначенні ключових слів або при контекстному пошуку документ позначається тільки одним з перелічених вище синонімів. Відповідно користувач, який виконує пошук за одним із синонімів, не знайде документи, котрі відповідають його запиту, але в тексті яких те саме поняття виражене іншими словами. При цьому пошук документів на мові, відмінній від мови пошуковця, дуже ускладнюється;

— один і той же термін може мати різні значення (наприклад, слово «камера» може вживатися у значенні пристрою для відеозйомки або тюремного приміщення). У результаті використання такого слова при пошуку будуть знайдені документи, які не мають відношення до теми пошуку. Тезаурус виключає багатозначність.

Нарешті, тезауруси надають можливість користувачеві отримати загальну інформацію про термінологічний апарат та структуру предметної галузі, що його цікавить, відомості про зв'язки з суміжними галузями.

Наявність тезауруса як такого не може допомогти користувачеві знайти необхідний документ. Потрібно провести роботу з індексування масиву інформації, в якому відбуватиметься пошук. Тобто тезаурус є предметним покажчиком, який описує певну предметну галузь за допомогою спеціально визначених слів (такі слова мають назву «дескриптори»), встановлює відношення дескрипторів до їх синонімів або близьких понять, котрі прирівнюються до синонімів (аскрипторів²), визначає внутрішню структуру предметної галузі шляхом встановлення відношень між різними дескрипторами, формалізує природну мову та є інструментом для індексації і пошуку документів.

Слід також зазначити, що з часом предметна галузь, яку описує тезаурус, змінюватиметься і відповідно, виникне необхідність внесення змін до нього.

¹ Див.: ДСТУ 4032-20001 (ISO 2788:1986) Одномовний тезаурус. Методика розроблення. — К., 2001.

² Термін тезаурусу, який не повинен використовуватися для вираження поняття і має посилання на один чи декілька дескрипторів, що використовуються замість нього.

Багатомовні тезауруси* розширюють функції одномовних і полегшують міжнародний обмін документами. Вони будуються за принципом тотожності структури. Тобто для кожної з мов, яку підтримує багатомовний тезаурус, існує однакова кількість дескрипторів, котрі мають між собою однакові семантичні зв'язки. Водночас система аскрипторів розробляється окремо для кожної мови і відображає її специфіку.

Дескриптори з різних мов, що стосуються одного й того самого поняття, зазвичай тлумачаться як точні еквіваленти. Проте в окремих випадках така еквівалентність є неточною або частковою. При неточній еквівалентності поняття, що виражені дескрипторами, тлумачаться як такі, що позначають ті самі множини об'єктів та явищ, але склад цих множин дещо варіюється. При частковій еквівалентності дескриптори відображають одне й те саме поняття, проте в якійсь з мов це поняття визначається ширше або вужче¹. Ця проблема вирішується шляхом широкого використання аскрипторів та приміток.

Загалом, багатомовні дескриптори надають можливість виконати пошук мовою користувача та отримати документи іншою мовою (див. рис. 1).



Рис. 1

Призначення ІПТ EUROVOC

ІПТ EUROVOC виконує всі функції, покладені на багатомовні тезауруси, і відповідає міжнародним стандартам ISO 2788–1986

* Тезауруси, які містять дескриптори, як правило, недескриптори, взяті з кількох природних мов, що виражають еквівалентні поняття в кожній з цих мов.

¹ Див.: ДСТУ 4031-20001 (ISO 5964:1985) Багатомовний тезаурус. Методика розроблення.

«Керівні принципи створення і розробки одномовних тезаурусів»¹ та ISO 5964–1985 «Керівні принципи створення і розробки багатомовних тезаурусів»².

При розробці вітчизняного правового поля постає питання гармонізації українського законодавства із міжнародними правовими нормами, а також його презентації іноземним користувачам, які бажають ознайомитися з нормативно-правовими актами України. У Національній програмі інформатизації (Закон України від 4 лютого 1998 р. № 74/98-ВР) інтеграція України у світовий інформаційний простір визначається як одне з основних завдань. В той же час майже не існує інструментарію для реалізації цих завдань на практиці. За цих умов ІПТ EUROVOC може стати одним з таких інструментів.

ІПТ EUROVOC був спеціально розроблений для роботи з документальною інформацією, якою володіють інститути ЄС.

Тезаурус EUROVOC використовується бібліотеками інститутів ЄС, документальними службами, документальними базами даних і користувачами відповідних служб, а саме:

– Європейським Парламентом разом з його документальною базою даних EPOQUE, в якій містяться матеріали парламентських документів і бібліотечний каталог;

– Відділом офіційних публікацій ЄС з його базами даних (особливо CATEL, каталогом публікацій) і Офіційним Журналом ЄС, які прийняли EUROVOC для своєї документації і, таким чином, мають доступ до європейської документації, яка вже індексована на базі того ж тезауруса і охоплює всі офіційні публікації інститутів ЄС, документації Європейського Парламенту і змісту Офіційного Журналу ЄС. EUROVOC використовується парламентами низки країн (наприклад, Бельгійською Палатою Представників, Іспанським Конгресом, Асамблею Португальської Республіки тощо).

У 2001 р. видавництво Державної Думи видало російську версію EUROVOC.

EUROVOC виступає в ролі моста, який з'єднує всі системи документації, що має відношення до діяльності ЄС, як всередині інститутів ЄС на національному та регіональному рівнях, так і в приватному сек-

¹ Див.: ISO 2788-1986 – Guidelines for the establishment and development of monolingual thesauri.

² Див.: ISO 5964-1985 – Guidelines for the establishment and development of multilingual thesauri.

торі. Будь-яка посадова чи приватна особа може використовувати EUROVOC, необхідно лише мати його носії¹.

При роботі з EUROVOC потрібно враховувати як переваги, так і недоліки (обмеження) цього тезауруса, викликані його специфікою та метою створення.

До основних переваг належать:

– термінологічна стандартизація словників введена до документальної бази даних для запитів у цій базі, що робить пошук досить ефективним;

– завдяки багатомовності відбувається пошук документів, написаних різними мовами, хоча запит здійснюється мовою користувача бази даних;

– простота використання EUROVOC як мови індексування дозволяє різним інформаційним службам працювати в єдиній системі, що зменшує витрати на оброблення документів.

Проте існують і деякі недоліки:

– EUROVOC був розроблений так, щоб відповідати вимогам загальних систем документації, які охоплюють діяльність ЄС, але він не підходить для спеціальної, вузькогалузевої документації;

– EUROVOC орієнтовано на діяльність інститутів ЄС, що призводить до обмеження оброблення документальної інформації на національному та регіональному рівнях.

Сфери практичного застосування ІПТ EUROVOC в Україні

Адаптація законодавства України до законодавства ЄС. Орієнтація України на співпрацю та інтеграцію з Європейським Співтовариством визначена як один з основних напрямів державної політики України та затверджена у багатьох нормативно-правових документах.

11 червня 1998 р. було видано Указ Президента України за № 615/98 «Про затвердження Стратегії інтеграції України до Європейського Союзу», в якому одним з основних напрямів визначена адаптація законодавства України до законодавства ЄС. Згідно з цим Указом адаптація законодавства України до законодавства ЄС полягає у зближенні із сучасною європейською системою права, що забезпечить розвиток політичної, підприємницької, соціальної, культурної активності громадян України, економічний розвиток держави в рамках ЄС і сприя-

¹ Див.: Тезаурус «Eurovoc»: Посібник для користувачів. – К., 1992.

тиме поступовому зростанню добробуту громадян до рівня, що склався в державах — членах ЄС. Адаптація законодавства України передбачає реформування її правової системи та поступове приведення у відповідність із європейськими стандартами, охоплює приватне, митне, трудове, фінансове, податкове законодавство, законодавство про інтелектуальну власність, охорону праці, охорону життя та здоров'я, довкілля, захист прав споживачів, технічні правила і стандарти, транспорт, а також інші галузі, визначені Угодою про партнерство та співробітництво.

Для успішної інтеграції українського законодавства до стандартів ЄС згідно з Законом України від 21 листопада 2002 р. № 228-IV «Про Концепцію Загальнодержавної програми адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» передбачається інформаційне забезпечення, яке включає:

- постійне інформування органів державної влади про чинне законодавство ЄС, зміни і доповнення до нього, забезпечення ефективного та повного доступу до європейських правових, бібліографічних та інших баз даних учасників процесу адаптації законодавства України;

- організацію роботи з перекладу актів законодавства ЄС та надання консультацій з питань використання юридичної термінології та методології;

- організацію роботи з наукового дослідження процесів уніфікації та гармонізації права в державах — членах ЄС, державах Центральної і Східної Європи, що є кандидатами на членство в ЄС.

27 листопада 2003 р. було прийнято Закон України «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу», в якому зазначається необхідність створення загальнодержавної інформаційної мережі з питань європейського права. Згідно з цим законом елементами такої мережі є: створення інтернет-порталу; створення електронної системи документації ЄС, перекладеної на українську мову, в тому числі актів *acquis communautaire*; створення спеціалізованої бібліотеки європейського права та її філіалів у регіонах України; забезпечення доступу учасників процесу адаптації до баз даних законодавства ЄС.

ІПТ EUROVOC може виконувати роль як пошукової мови та індексної бази для інтернет-порталу і електронної системи документації ЄС (саме такі функції виконує ІПТ EUROVOC в інформаційних службах ЄС), так і класифікатора для розміщення паперових документів у спеціалізованій бібліотеці європейського права.

Указом Президента України від 13 грудня 2003 р. № 1433/2003 «Про державні програми з питань європейської та євроатлантичної

інтеграції України на 2004–2007 роки» затверджено низку програм, спрямованих на підготовку кадрового забезпечення та інформування громадськості щодо європейської інтеграції України. Виконання цих програм тісно пов'язано з вивченням європейського законодавства. В той же час для цього необхідні доступ до європейського законодавства, можливість виконання пошуку (з формуванням запиту мовою користувачів — українською або російською), що базується на використанні ІПТ EUROVOC.

Загалом адаптація ІПТ EUROVOC в Україні створює передумови для вирішення перелічених завдань інформаційного забезпечення інтеграції українського законодавства. Так, постійне інформування органів державної влади про чинне законодавство ЄС і доступ до баз даних потребує використання відповідного пошукового інструментарію, яким у країнах ЄС є EUROVOC. Пошукові можливості ІПТ EUROVOC дозволяють відібрати нормативно-правові документи країн ЄС, що містяться у правових базах даних, які відповідають певній темі, сформульованій у пошуковому запиті. Завдяки тому, що використання ІПТ EUROVOC дає змогу виконувати пошук мовою користувача (для цього EUROVOC має бути адаптований до відповідної мови) і знайти документи, викладені будь-якою з мов країн ЄС, на яку перекладено EUROVOC (на сьогодні EUROVOC офіційно перекладено 11 мовами), український законотворець може відібрати необхідні йому документи і визначити документи та напрями для першочергового перекладу. Крім того, розподіл документів за темами створює передумови для аналізу законодавства країн ЄС, дозволяє порівнювати співвідношення та зміни у законодавстві за певними галузями в різних країнах ЄС.

Міжнародний обмін інформацією. Для вивчення іноземного законодавства та презентації українського законодавства громадянам інших країн необхідно мати ефективну систему міжнародного обміну інформацією. Завдяки ІПТ EUROVOC створюється багатомовний словник, за яким відбувається індексування нормативно-правових документів як у країнах ЄС, так і в країнах, що не є його членами, але адаптують ІПТ EUROVOC для власних потреб. Єдина система індексування дозволяє формувати єдині інформаційні запити до правових баз даних будь-якої з країн, яка підтримує ІПТ EUROVOC. Нагадаємо також, що при використанні ІПТ EUROVOC запит можна формувати мовою користувача, а отримувати документи мовою оригіналу.

Індексування нормативної бази. Крім організації пошуку вітчизняного користувача в іноземних базах, ІПТ EUROVOC може з певними

обмеженнями виступати інструментом для індексації українського законодавства. Використання ІПТ EUROVOC дає можливість одночасно розпочати розв'язання проблем відсутності в Україні єдиного класифікатора нормативно-правових документів, аналізу та презентації українського законодавства для іноземного користувача.

Пошукова система. Використовуючи ІПТ EUROVOC як інструмент для пошуку, ми маємо розглядати його в двох аспектах: для пошуку в іноземних базах даних та для пошуку у вітчизняному законодавстві.

ІПТ EUROVOC використовується для індексування та пошуку у базах даних EUR-Lex, CELEX та EPOQUE, електронному каталозі CATEL тощо.

База даних EUR-Lex — це портал законодавства ЄС. Він поділяється на секції:

- Офіційний Журнал ЄС (Official Journal) видається п'ять разів на тиждень 11 мовами, складається з двох серій — L (всі нормативні акти), C (інформація, підготовчі роботи, нотатки та рекомендації) та додатково S (пропозиції), що публікується в базі даних TED;

- угоди;

- законодавство (у цій секції зберігаються всі законодавчі акти, прийняті ЄС на виконання угод);

- підготовчі документи (у цій секції можна ознайомитись з проектами документів на всіх стадіях законотворчого чи бюджетного процесу);

- прецедентне право (містить рішення та ухвали Європейського суду, суду першої інстанції та вердикти генерального адвоката);

- парламентські запити (ця секція присвячена усним та письмовим запитам членів Європарламенту та відповідям на них);

- документи, що становлять загальний інтерес (документи, присвячені загальнолюдським, загальноєвропейським питанням, такі як Білі сторінки, інформація та зв'язок, Зелені сторінки тощо).

Ще один з ресурсів, який надається на сайті ЄС, — це анотації до законодавства (Summaries of legislation). База даних цього ресурсу містить детальну інформацію 11 офіційними мовами щодо всіх видів діяльності ЄС. Вона містить короткі виклади і посилання на публікації заходів, що проводяться ЄС в усіх сферах діяльності, включно з попередньою роботою і відповідними звітами. Сайт регулярно оновлюється відповідно до законодавчих процедур. Короткі виклади законодавства також містять зв'язки із повними текстами рішень, правил, директив.

Pre-Lex — база даних з законотворчої процедури. Вона надає можливість простежити за головними станами процесу прийняття рішення Комісією та іншими установами і забезпечує інформацію про:

- етапи прийняття законодавчого акта;
- рішення, прийняті кожною установою на всіх стадіях проходження документа;
- список осіб, залучених до процесу прийняття документа (члени Комісій, доповідачі та ін.);
- довідкові документи.

База даних Pre-Lex дає змогу простежити за поданням пропозицій та роботою різних установ, що беруть участь у процесі підготовки документа (Європейський Парламент, Рада, Економічний і Соціальний Комітети, Комітет Регіонів і т. д.) від передачі пропозиції до Ради або Європарламенту до прийняття або відхилення проекту.

За допомогою гіперпосилань з бази Pre-Lex можна отримати прямий доступ до електронних текстів (Офіційний Журнал, документи Європейського Парламенту, преса Ради та ін.).

База даних CELEX містить договори про створення та основні засади роботи ЄС; міжнародні договори та інші документи, пов'язані із зовнішньою політикою ЄС; обов'язкові та необов'язкові правові акти; судову практику; парламентські запити тощо.

База даних EPOQUE¹ містить інформацію за видами діяльності Європарламенту, яка поділяється на:

- документи Європейського парламенту;
- відомості щодо законодавчої та парламентської процедур (в цих відомостях у документальному вигляді відображаються всі етапи процесу прийняття рішень).

База даних CATEL² містить електронні каталоги видань і документів ЄС, а також документів, опублікованих в Офіційному Журналі ЄС.

З базою OEIL можна відслідковувати процедуру прийняття рішення, з'ясувати, якої стадії дійшов процес проходження документа, та скориставшись розкладом, визначити термін наступної стадії. База даних дає змогу скласти думку про роботу Парламенту і його комітетів, щорічну робочу програму Комісії та щодо пропозицій президентів Ради.

¹ Див.: EPOQUE: European Parliament On-line QUERy system. User manual – Guided Search Mode / European Parliament. Directorate General for Research. – Luxembourg, 1995.

² Див.: CATEL: Electronic catalogue. User manual / Office for Official Publications of the European Communities. – Luxembourg, 1992.

Також можна виконувати пошук документів країн ЄС або країн, що адаптували ІПТ EUROVOC для індексації власного законодавства.

Зазначимо, що доступ до таких баз даних можна отримати через Інтернет. У поданій нижче таблиці вказані адреси в Інтернеті деяких із цих баз.

При індексації вітчизняного законодавства за допомогою ІПТ EUROVOC створюється пошуковий масив, за яким можна виконувати пошук серед нормативно-правових документів України. Враховуючи те, що при індексації документів використовуються дескриптори, які визначають найголовніше у змісті документа та відсікають «інформаційний шум» (документи, в яких слово, за яким виконувався пошук, використане випадково і документ по суті не відповідає запиту користувача). Крім того, завдяки тому, що дескриптори згруповані за темами і між ними встановлені зв'язки, можна виконувати пошук за суміжними темами, отримати список близьких понять, які характеризують галузь і за якими можна виконати пошук. У результаті, використовуючи ІПТ EUROVOC, отримуємо ефективну пошукову систему не тільки в іноземному, а й у вітчизняному законодавстві.

Назва бази	Адреса в Інтернеті	Примітки
EUR-Lex	http://europa.eu.int/documents/eur-lex/index_en.htm	мови ЄС*
Офіційний Журнал ЄС	http://europa.eu.int/eur-lex/en/search/search_oj.html	мови ЄС
Анотації до законодавства ЄС	http://europa.eu.int/scadplus/scad_en.htm	мови ЄС
Pre-Lex	http://europa.eu.int/documents/eur-lex/index_en.htm	мови ЄС
CELEX	http://europa.eu.int/documents/celex/index_en.htm	доступ до бази платний; мови ЄС
OEIL	http://wwwdb.europarl.eu.int/dors/oeil/en/default.htm	англ. та фр.
TED	http://ted.publications.eu.int/static/home/en/homepage.ini	мови ЄС

* Усі посилання в таблиці подаються на версію з англomовним інтерфейсом, з якої можна перейти на інтерфейс на будь-якій з 11 інших офіційних мов ЄС.

Аналіз українського законодавства. Структура, лексичний склад, наповненість документами різних тем можуть бути використані для різних аспектів зіставлення законодавства України з нормами, закріпленими в європейському законодавстві. А це є одним з напрямів діяльності щодо адаптації законодавства України до законодавства ЄС, визначеним як один з пріоритетних напрямів розбудови України.

Аналіз термінології, затвердженої в українському законодавстві, на предмет відповідності термінології законодавства країн ЄС. EUROVOC містить понад 6 тис. еквівалентів понять 11 мовами (англійською, голландською, грецькою, датською, іспанською, італійською, німецькою, португальською, фінською, французькою та шведською), їх зв'язки та різні способи вираження для кожної з мов. Таким чином, ІПТ EUROVOC сам є довідковою понятійно-термінологічною базою даних. Робота над адаптацією ІПТ EUROVOC для роботи в Україні передбачає зіставлення термінологічного апарату ІПТ EUROVOC з масивом термінів, які визначені у нормативних актах України. За станом на грудень 2003 р. термінологічна база нормативно-правових актів України становить 18000 термінів.

Кількісні показники ІПТ EUROVOC

Четверта версія EUROVOC містить незалежно від мови (маються на увазі офіційні переклади. Деякі країни, що не є членами ЄС, наприклад Росія, під час адаптації ІПТ EUROVOC для власного використання пішли шляхом додавання власних дескрипторів): 21 розділ; 127 мікротезаурусів; 6439 дескрипторів (з них 511 верхнього рівня); 6448 ієрархічних зв'язків; 3501 асоціативний зв'язок¹.

Кількість аскрипторів та приміток різна для кожної з мовних версій і коливається в межах від 5211 (фінська версія) до 9210 (італійська версія). Російська версія ІПТ EUROVOC за станом на 1 липня 2000 р. містить: 9648 дескрипторів (серед яких 545 верхнього рівня); 1393 аскриптори; 9138 ієрархічних зв'язків; 5681 асоціативний зв'язок; 1124 зв'язки від аскриптора до дескриптора, що його замінює; 175 зв'язків від аскриптора до комбінації дескрипторів, що його замінює; 267 зв'язків від аскриптора до групи дескрипторів, яка альтернативно його замінює; 2898 приміток².

¹ Див.: Thesaurus EUROVOC: Vol. 1-3 / European Communities. – Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2000. – Ed. 4. – English Language.

² Див.: Москаленко Т. А. Предисловие // Информационно-поисковый тезаурус. Русская версия тезауруса EUROVOC: Т. 1–3. – М., 2001.

На першому етапі при розробці української версії ІПТ EUROVOC акцент робиться на відповідності української версії офіційним версіям країн ЄС. У подальшому для подолання обмежень щодо використання ІПТ EUROVOC при індексації національного законодавства планується широке залучення аскрипторів та приміток.

Офіційні мовні версії ІПТ EUROVOC

На сьогодні ІПТ EUROVOC офіційно видано 11 мовами країн ЄС: англійською, голландською, грецькою, датською, іспанською, італійською, німецькою, португальською, фінською, французькою, шведською.

Ця кількість постійно зростає. Так, перша версія ІПТ EUROVOC була презентована 7 мовами, друга та третя версії ІПТ EUROVOC — 9 мовами, а четверта — 11. Безперечно, що зі збільшенням країн — членів ЄС кількість мов, якими здійснено офіційний переклад, збільшуватиметься.

Усі перелічені вище мови мають однаковий статус, тобто кожний дескриптор має еквіваленти в усіх інших мовних версіях. Типи зв'язків між дескрипторами також збігаються (рис. 2). Відповідно в усіх мовних версіях однакова кількість розділів, мікротезаурусів, дескрипторів, зв'язків між дескрипторами.

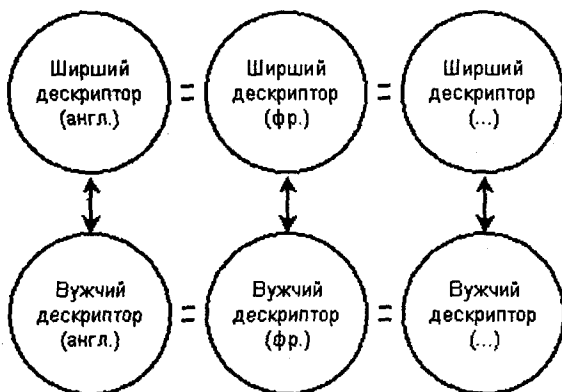


Рис. 2

Тематичні розділи ІПТ EUROVOC

У EUROVOC виділено основні розділи, пов'язані з різними видами діяльності органів, установ та інститутів ЄС: ПОЛІТИКА;

МІЖНАРОДНІ ВІДНОСИНИ; ЄВРОПЕЙСЬКІ СПІВТОВАРИСТВА; ПРАВО; ЕКОНОМІКА; ТОРГІВЛЯ; ФІНАНСИ; СОЦІАЛЬНІ ПИТАННЯ; ОСВІТА, КОМУНІКАЦІЯ; НАУКА; ПІДПРИЄМНИЦТВО, КОНКУРЕНЦІЯ; ПРАЦЯ, ЗАЙНЯТІСТЬ; ТРАНСПОРТ; НАВКОЛИШНЄ СЕРЕДОВИЩЕ; СІЛЬСЬКЕ ГОСПОДАРСТВО, ЛІСОВЕ ГОСПОДАРСТВО, РИБНЕ ГОСПОДАРСТВО; СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКІ ПРОДУКТИ ХАРЧУВАННЯ; ВИРОБНИЦТВО, ТЕХНОЛОГІЇ, ДОСЛІДЖЕННЯ; ЕНЕРГЕТИКА; ПРОМИСЛОВІСТЬ; ГЕОГРАФІЯ; МІЖНАРОДНІ ОРГАНІЗАЦІЇ.

Розподіл дескрипторів за тематичними розділами, як зазначають розробники EUROVOC, певною мірою довільний. Багато дескрипторів за своїм змістом можуть належати не до одного, а до декількох мікротезаурусів. Проте для того, щоб уникнути поліієрархії (наявності у дескриптора декількох ширших дескрипторів), яка б збільшила обсяг тезауруса та ускладнила користування ним, розробники визначили, що один дескриптор знаходиться тільки в одному предметно-тематичному мікротезаурусі. Подібне рішення не викликає нарікань ні у користувачів, які виконують пошук за допомогою EUROVOC, ні у індексаторів, тому що як при побудові запитів, так і при індексуванні документів можна робити комбінації з дескрипторів, які належать до різних розділів та мікротезаурусів.

Виняток з цього правила допускається лише стосовно розділів «ГЕОГРАФІЯ» та «МІЖНАРОДНІ ОРГАНІЗАЦІЇ». Так, дескриптор «ІРАН» має ширший дескриптор «КРАЇНИ ПЕРСЬКОЇ ЗАТОКИ» у мікротезаурусі «АЗІЯ ТА ОКЕАНІЯ», а також ширший дескриптор «КРАЇНИ ОПЕК» у мікротезаурусі «ЕКОНОМІЧНА ГЕОГРАФІЯ».

Електронна версія ІПТ EUROVOC

Крім друкованого видання створюється електронна версія тезауруса, яка покликана не тільки спростити використання ІПТ EUROVOC при пошуку та індексації, й слугувати модулем для інформаційно-аналітичних правових систем в Україні.

Створення та впровадження електронної версії ІПТ EUROVOC спрямовано на інформаційну підтримку законотворчої діяльності Апарату Верховної Ради України, комітетів Верховної Ради України, Інституту законодавства Верховної Ради України та надання можливості використання громадянами України свого права на доступ до чинного законодавства України та країн ЄС. Створення інтегрованої

системи української версії ІПТ EUROVOC надасть змогу міжнародній спільноті ЄС ознайомитися з українським законодавством.

Метою створення електронної версії ІПТ EUROVOC є розробка єдиного лінгвістичного засобу індексування та пошуку нормативних документів, що утворюються в процесі законотворчої діяльності Верховної Ради України, а також забезпечення можливості використання тезауруса для міжнародного інформаційного обміну у сфері законодавства із застосуванням найсучасніших інформаційних технологій.

Надійшла до редколегії 09.11.04

О. Моїсєєв, кандидат юридичних наук, заступник декана економіко-правового факультету ДонНУ

Шляхи вдосконалення висновку експерта

Результатом проведення судової експертизи є висновок експерта, який оцінюється всіма учасниками кримінального (господарського, цивільного, адміністративного) процесу. Отже, діяльність судового експерта є складовою частиною слідчо-судового пізнання, тому всі її етапи мають бути зрозумілими для інших процесуальних осіб. Проблема полягає в тому, що, знаходячись у межах своїх спеціальних знань, експерт застосовує специфічні мовні засоби (терміни та висловлення), які не завжди достатньою мірою розтлумачуються в тексті висновку. Така практика приводить до ускладнень при судовому розгляді справ, про що свідчать непоодинокі виклики експертів до суду, де вони піддаються допиту з приводу складених висновків. Так, за половину поточного року в Донецькому науково-дослідному інституті судових експертиз Мін'юсту України (далі — ДонНДІСЕ) було проведено 753 судові експертизи з судової транспортної трасології та автотехніки; за даний період експерти цієї спеціалізації викликались до суду 80 разів для допиту, тобто приблизно у 10 % від кількості виконаних експертиз, їх тексти потребують додаткових роз'яснень.

Інтерв'юванням експертів-автотехніків та транспортних трасологів ДонНДІСЕ, які брали участь у судових засіданнях, нами встановлено, що під час допиту в суді експерти вимушені були деталізувати та надавати пояснення таким положенням свого висновку, які стосуються складних спеціальних висловлювань у тексті, зокрема, щодо по-

нять механізму дорожньо-транспортної пригоди, процесу контактування транспортних засобів, їхнього взаємного розташування на різних етапах контактної взаємодії, розташування відносно елементів дороги, кута зіткнення тощо. У таких випадках текст висновку експерта не став для учасників судового процесу безспірним та однозначним джерелом інформації доказового значення у справі.

З цього приводу нами висловлено думку про те, що непорозуміння під час вивчення висновку експерта іншими учасниками процесу виникають тоді, якщо в тексті цього процесуального документа експерт недостатньо застосовує мовленнєві (мовні та позамовні) засоби, необхідні для вірного його розуміння.

В сучасній науковій літературі текст розуміється як засіб комунікації, результат спілкування між людьми, його структурно-мовна складова і одночасно кінцева реалізація¹. Відповідно до цього під текстом висновку експерта можна розуміти зв'язну, цілісну та завершену послідовність знакових одиниць, що складається експертом за результатами проведених досліджень та призначена для сприйняття іншими процесуальними особами. Отже, текст цього процесуального документа як лінгвістична категорія характеризується такими ознаками: зв'язністю, цілісністю, інтенційністю (авторською метою), інформативністю, ситуативністю (зв'язністю з контекстом), членованістю (наявністю смислових частин), інтегративністю (єдністю всіх частин), модальністю (особистісним ставленням експерта), розгорнутістю, послідовністю². Зв'язність тексту висновку експерта можна охарактеризувати як особливості з'єднання його частин, котрі відповідають етапам роздільного, експериментального, порівняльного дослідження, синтезу; цілісність визначається єдністю питань, що поставлені перед експертом на дослідження наданих об'єктів; інтенційність тексту визначається комунікативною метою експерта — переконати інших процесуальних осіб у тому, що його висновок є вірним і обґрунтованим; розгорнутість відображає вимогу детального опису процесу експертного дослідження; послідовність означає додержання порядку частин висновку експерта, а також черги етапів усередині його дослідницької частини.

Спираючись на положення Ф. Бацевича, можна бачити, що текст висновку експерта як засіб комунікації та взаємодії судового експерта з іншими учасниками слідчо-судового пізнання має відповідати

¹ Див.: Бацевич Ф. С. Основи комунікативної лінгвістики: Підручник. — К., 2004. — С. 147.

² Див.: Там само. — С. 148.

критеріям смислової, комунікативної та структурної єдності. Сислова єдність охоплює змістовну структуру його елементів та логічну послідовність подання смислових елементів у процесі розгортання тексту. Комунікативну єдність слід розуміти як цілеспрямованість тексту на його сприйняття слідчим, судом, іншими учасниками процесу. Структурна єдність — це категорія, яка відображає конкретно-знаковий вираз тексту висновку експерта у вигляді мовних знаків (лексем, синтаксем), а також позамовних засобів (фототаблиць, схем, графіків, діаграм тощо).

Таким чином, текст висновку експерта стає важливим елементом у взаємодії слідчого, суду з судовим експертом, необхідною ланкою у спілкуванні експерта з іншими процесуальними особами.

Проблемам оцінки результатів експертизи слідчим, судом, іншими учасниками процесу приділяли увагу багато вчених¹. Деяким аспектам удосконалення мови та термінології криміналістичних текстів присвячені окремі роботи². На нашу думку, спираючись на засади лінгвістичної прагматики — науки, що вивчає засоби, за допомогою яких особа, що складає повідомлення (адресант), може впливати на інформаційну систему особи, яка це повідомлення сприймає (адресат)³, можна здійснити пошук шляхів удосконалення тексту висновку експерта як повідомлення від носія спеціальних знань до інших

¹ Див.: *Белкин Р. С.* Собрание, исследование и оценка доказательств. — М., 1966. — С. 66–67; *Сахнова Т. В.* Судебная экспертиза. — М., 1999. — С. 248; *Арсеньев В. Д.* Актуальные вопросы оценки заключения эксперта как доказательства по уголовному делу // Теоретические и методические вопросы судебной экспертизы: Сб. научн. тр. ВНИИСЭ. — М., 1985. — С. 23; *Орлов Ю. К.* Заключение эксперта и его оценка по уголовным делам. — М., 1995. — С. 41–55; *Лисиченко В. К.* Особенности проверки и оценки заключений экспертизы на предварительном следствии // Криміналістика і судова експертиза. — Вып. 24. — 1982. — С. 31; *Россинская Е. Р.* Судебная экспертиза в уголовном, гражданском, арбитражном процессе. — М., 1996. — С. 50–57; *Корухов Ю. Г.* Достоверность экспертного заключения и пути совершенствования его оценки // Вопросы теории судебной экспертизы и совершенствования деятельности судебно-экспертных учреждений: Сб. научн. тр. ВНИИСЭ. — М., 1988. — С. 25; та ін.

² Див.: *Скригонюк М. І.* Криміналістична термінологія: Навчальний посібник. — К., 2003; *Кофанов А. В., Сулява О. Ф.* Зброєзнавство: правові основи обігу вогнестрільної зброї. Порівняльний аналіз вітчизняного та зарубіжного законодавства: Україна. Європа. Світ. / За редакцією проф. П. Д. Біленчука. — К., 2004. — С. 385.

³ Див.: *Серажим К. С.* Дискурс як соціолінгвальне явище: методологія, архітектоніка, варіативність. — К., 2002. — С. 80.

учасників процесу. Однак з цих позицій до сьогодні ще не досліджувались проблеми прийняття до розуміння тексту цього процесуального документа.

Сутність експертного дослідження полягає в оцінюванні різних слідів, властивостей, комплексів ознак, фактів та обставин, зіставленні їх поміж собою чи з еталонами (зразками), обґрунтуванні та формулюванні відповідей на поставлені запитання. Текст свого висновку експерт складає з метою переконати інших процесуальних осіб у тому, до чого він дійшов, вивчаючи джерела (носії) інформації про факти та обставини справи¹, за завданням слідства чи суду. Процес отримання від слідчого (суду) завдання на дослідження та зворотний процес надання експертом висновку за результатами проведених досліджень можна визначити як комунікаційний. В його структурі відокремлюються адресант, адресат, предмет, об'єкт та аспект комунікації².

Для забезпечення ефективної комунікації в процесі пізнавальної діяльності (до якої належить і експертне дослідження) опанування тільки засобами мови не є достатнім³. Судовому експерту для забезпечення ефективної взаємодії з іншими учасниками слідчо-судового пізнання потрібне оволодіння мовленням як системою мовних та позамовних засобів професійної комунікації. До мовних засобів у судовій експертизі можна віднести, крім лексем, синтаксем, різні терміни та слова загального вжитку, а також речення; до позамовних — логічність обґрунтування проміжних та результуючих висновків, ступінь грамотності тексту, зміст ілюструючого матеріалу тощо.

Питання про основні функції мовлення та про їх залежності від трьох полюсів комунікативного акту (адресант — адресат — повідомлення) розробляються філософами та лінгвістами⁴, які, розуміючи

¹ Див.: Судова експертиза: нормативно-правове регулювання та наукові коментарі: Навчально-довідковий посібник. — Х., 2004. — С. 135–136.

² Див.: *Бацевич Ф. С.* Вказ. праця. — С. 107–115.

³ Див.: *Акуленко В. В.* О выражении количественности в семантике языка // Категория количества в современных европейских языках. — К., 1990. — С. 7–40; *Апресян Ю. Д.* О языке толкований и семантических примитивах // Известия РАН. Сер. лит и яз. — 1994. — Т. 53. — № 4. — С. 27–39; *Арутюнова Н. Д.* Язык и мир человека. — М., 1999.

⁴ *Арутюнова Н. Д.* Вказ. праця; *Вежбицкая А.* Семантические универсалии в описании языков. — М., 1999. — I – XII; *Кубрякова Е. С.* Номинативный аспект речевой деятельности. — М., 1986; *Почепцов Г. Г.* Коммуникативные аспекты семантики. — К., 1987; *Франк Д.* Семь грехов прагматики: тезисы о теории речевых актов, анализе речевого общения, лингвистике и риторике // Зарубежная лингвистика. — М., 2002. — С. 254–264.

під функцією визначену мету мовлення в реальній мовленнєвій комунікації, встановили, що крім функції повідомлення чи передачі інформації про позамовну дійсність, мовлення несе ще й додаткові навантаження, виконуючи й функцію звернення до адресата, впливу на нього (апеляційна функція); мовлення стає засобом характеристики почуттів адресанта, які ним висловлюються (емотивна або експресивна функції). На нашу думку, щодо експертної діяльності особи — носія спеціальних знань — комунікативному спілкуванню експерта з іншими учасниками процесу притаманні всі функції мовлення, тому жодну з них не можна обійти увагою при вивченні мовленнєвих проблем, що виникають при складанні та сприйнятті висновків експерта. Наприклад, функція звернення до адресата в тексті висновку експерта реалізується змістом реквізитів цього процесуального документа, вказівкою на замовника експертизи, що надається в першій частині висновку експерта; емотивна (експресивна) функція притаманна занадто категоричним твердженням у тексті, а також судженням, які оформляються деякими експертами як висловлювання від першої особи.

Надаючи перелік загальних та часткових ознак у слідах експериментальних та досліджуваному, експерт реалізує намір продемонструвати комунікантам (слідству, суду, іншим учасникам процесу), що даний трасологічний комплекс є унікальним (неповторним), маючи за мету переконати їх у достовірності ідентифікаційного висновку. Але якщо експерт не усвідомлює комунікативної мети в процесі складання тексту висновку, то, за нашими спостереженнями, це призводить до незрозуміння окремих положень висновку експерта з боку осіб, що знайомляться з цим процесуальним документом. Наприклад, зіставляючи трасологічні сліди на транспортних засобах, експерт зробив цілком обґрунтований висновок про ідентичність об'єкта за комплексом загальних та часткових ознак. Однак за параметром висоти над опорною поверхнею трасологічні комплекси на кузовах автомобілів розрізнялися майже на 10 см. Для фахівця в галузі автотехніки та транспортної трасології цілком зрозуміло, що така різниця не є істотною з урахуванням динаміки слідоутворення в процесі зіткнення автомобілів. Однак для забезпечення вірного розуміння іншими процесуальними особами в даному випадку стали необхідними додаткові пояснення експерта в судовому засіданні. На нашу думку, з огляду на комунікативну мету експерта йому доцільно було б додати більш докладних пояснень у тексті висновку з приводу розбіжностей висоти слідів, що зіставляються, над опорною поверхнею. В іншому випад-

ку, досліджуючи обставини руху реактивного снаряда, експерт зі спеціалізації «судова балістика» застосував висловлення «траєкторія матеріальної точки», що викликало непорозуміння, доки він не надав додаткових роз'яснень під час допиту в суді, проілюструвавши їх відповідними кресленнями.

Мовленнєвому акту в тексті висновку експерта притаманні різні функції — когнітивна, комунікативна, функція психологічного впливу, інші міжособистісні функції, притому питома вага цих функцій у конкретній ситуації стає різною. Умови спілкування комунікантів, у процесі якого виробляються мовленнєві акти, потребують додаткового розгляду з метою встановлення впливу, який ці умови накладають на інтерпретацію тексту. Вочевидь, що оцінити результативність конкретного висловлення у тексті можливо тільки тоді, коли відома поінформованість адресата до і після сприйняття цього мовленнєвого акту, що залежить не тільки від його мовної та позамовної складових мовленнєвого акту, але й ще від багатьох параметрів адресата — його обізнаності щодо предмета висловлення, процесуального становища, обсягу спеціальних знань, соціальних та психологічних рис тощо. Аналогічно такі чинники можна вважати впливовими й щодо ролі адресанта мовленнєвого акта (особи експерта) в процесі судово-експертної діяльності. Так, із аналізу експертної практики ДонНДІСЕ можна бачити, що на результативність взаємодії експерта зі слідчим впливає досвід цих процесуальних осіб. Досвідчені експерти володіють мовленнєвими засобами, завдяки яким висновок експерта стає зрозумілим для неспеціаліста. До таких засобів належить, за нашими спостереженнями, деталізація процесу обґрунтування висновку за результатами досліджень, коли експерт послідовно, крок за кроком, аргументує спочатку проміжні, а потім і результуючий висновки. Досвідчені слідчі та судді, які ставлять питання на вирішення експертизи, намагаються формулювати їх у деталізованій формі, використовуючи повторення, конкретизацію, багатоваріантність запитань та інші мовленнєві засоби.

Врахування такого (рольового) вимірювання при аналізі експертних мовленнєвих актів дозволяє повною мірою дослідити не тільки змістовну складову процедури вироблення та сприйняття тексту висновку експерта, а й особистісні характеристики експерта та інших процесуальних осіб. Мовленнєвий акт в судовій експертизі реалізується послідовністю операцій: 1) його формування за результатами застосування експертного прийому чи експертної методики; 2) упровадження його в текст висновку експерта; 3) диспозиція мовленнєвого

акту — прийняття чи неприйняття його іншими процесуальними особами. Враховуючи цілі того, хто формує мовленнєвий акт (судового експерта), та спрямованість повідомлення на конкретного адресата (слідчого, суддю, інших процесуальних осіб), до істотних умов, в яких відбувається комунікація експерта з ними, можна віднести обставини події, що розслідується чи розглядається, процесуальну форму взаємодії учасників процесу, мовне середовище, спеціальну термінологію тощо, які у сукупності становлять контекст для конкретного мовленнєвого акту в тексті.

За нашими спостереженнями, контекст впливає на категоричність форми висловлення результатів експертного дослідження. Наприклад, у дактилоскопічних дослідженнях ставляться дуже суворі умови для обґрунтування ідентифікаційного висновку, а в контексті транспортної трасології факт контактування транспортних засобів встановлюється за порівнянно меншою кількістю загальних та часткових ознак, що збігаються, оскільки самій ситуації дорожньо-транспортної пригоди притаманна менша варіативність об'єктів, які створюють сліди. Відповідно до цього мовленнєві засоби в дактилоскопії, зокрема ілюстрації до тексту висновку експерта, відрізняються більшою деталізацією, ніж у транспортній трасології.

Таким чином, рольовий та контекстний аналіз дозволяє дослідити процес застосування та сприйняття тексту висновку експерта всіма процесуальними особами. Суб'єктивні та контекстні чинники складають систему, яку не можна не враховувати при всебічному вивченні мовленнєвого акту в судовій експертизі. Застосування наукових положень лінгвістичної прагматики надає можливості до підвищення ефективності взаємодії судових експертів з іншими учасниками процесу.

ТРИБУНА ДОКТОРАНТА

О. Дашковська, доцент НЮА України

Право на гідність та особисту недоторканність особи: гендерний аспект

Право на гідність — одне з основних прав людини, тому не випадково Загальна декларація прав людини, прийнята Генеральною Асамблеєю ООН 10 грудня 1948 р., починається саме зі слів: «Усі люди народжуються вільними і рівними у своїй гідності і правах» (ст. 1).

Гідність — це сукупність високих моральних, світоглядних, професійних якостей людини, які дають їй підстави для самоповаги та усвідомлення своєї суспільної цінності. Існує цілий комплекс елементів, умов і передумов дотримання гідності, найважливішою серед яких є особиста недоторканність людини, котра може бути порушена внаслідок застосування до неї насильства як у публічній, так і в приватній сферах життя. Уявлення про рівну гідність усіх людей є ідеологічним джерелом їх рівноправності, заслоном на встановлення безпідставних привілеїв чи обмежень.

Змістом права на повагу до гідності людини є законодавчо встановлена та гарантована державою сукупність норм, які дають кожній людині впевненість у своїй суспільній цінності, можливість усвідомлювати себе як особистість, поважати власні моральні принципи й етичні норми, наполягати на повазі до себе інших людей, державних органів та їх посадових і службових осіб, а також вимагати, щоб будь-які сумніви щодо її моральних якостей та етичних принципів були належним чином обґрунтовані¹.

Однаковість гідності кожної людини відображено у ст. 28 Конституції України, яка проголошує, що кожен має право на повагу до його гідності. Ця норма є відтворенням положень, що містяться у ст. 5 Загальної декларації прав людини, статтях 7 і 10 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права, ст. 3 Європейської конвенції з

¹ Див.: Рабінович П. М., Хавронюк М. І. Права людини і громадянина: Навч. посіб. — К., 2004. — С. 152.

прав людини. Зазначені нормативно-правові акти прямо забороняють застосування катувань людини; жорстоке, нелюдське або таке, що принижує гідність, поводження з людиною; застосування покарань, які є жорстокими, нелюдськими або такими, що принижують гідність людини; медичні, наукові чи інші дослідження щодо людини без її вільної згоди. При цьому в першу чергу наголошується про неприпустимість насильницьких дій щодо людини в публічній сфері, що в більшості випадків є гендерно нейтральним.

Інша справа — насильство у приватній сфері життя, де для жінок ризик піддатися насильству набагато вищий, ніж у чоловіків. Тому Генеральна Асамблея ООН 20 грудня 1993 р. для комплексного вирішення цієї проблеми прийняла спеціальну Декларацію «Про ліквідацію насильства щодо жінок», згідно з ст. 1 котрої поняття «насильство щодо жінок» визначається як «будь-який акт насильства, вчинений на підставі статевої ознаки, який заподіює чи може заподіяти фізичну, статеву чи психологічну шкоду або страждання жінкам, включаючи погрози вчинення таких актів, примус чи безпідставне позбавлення волі, будь то в суспільному або в приватному житті».

З огляду на глобальний характер насильства щодо жінок Генеральна Асамблея ООН рекомендувала урядам усіх країн засудити насильство щодо жінок і невідкладно приступити до його ліквідації всіма належними засобами, в тому числі шляхом встановлення в законодавстві санкцій за вчинення злочинів проти жінок, реалізації системи екстрених заходів, спрямованих на запобігання і захист жінок від злочинних посягань, та ін.

Акти насильства щодо жінок у громадських місцях (на вулицях, у транспорті, на роботі, дискотеках тощо) і вдома залежно від характеру діяння кваліфікуються як адміністративні правопорушення та кримінальні злочини з одночасним вирішенням питання про відшкодування заподіяної шкоди в цивільно-правовому порядку. Однак навіть коли насильство чиниться вдома, порушуються не тільки права та інтереси конкретної жінки, а й публічні інтереси інших осіб, які охороняються законом. Тому насильство щодо жінок є проблемою публічного, а не приватного права.

На жаль, таке ганебне явище, як домашнє насильство, поширене в усьому світі. Його форми охоплюють фізичне, сексуальне і психічне насильство, погрози вбивством і заподіяння шкоди здоров'ю, доведення до самогубства шляхом жорстокого ставлення до потерпілого, примушування до вживання алкоголю, наркотичних речовин, до заняття проституцією і т. ін. Але найбільш поширеною в сім'ї формою

насильства, від якої найчастіше потерпають жінки і неповнолітні діти, є рукоприкладство. Так, відповідно до офіційної статистики Міністерства юстиції США з 3,5 млн нападів на жінок майже 3 млн чиняться їх чоловіками і коханцями.

26 березня 1985 р. Рада Європи схвалила резолюцію про ліквідацію насильства в сім'ї, зміст якої присвячено заходам щодо запобігання насильству, налагодженню міждержавної інформації з цих питань, розроблення рекомендацій щодо форм і методів можливого втручання уповноважених державних органів у приватне життя при виявленні актів насильства щодо жінок. В Англії, за даними британської кримінальної статистики, поліція одержує за рік понад 1 млн повідомлень від жінок, які стали жертвами насильства знайомих чоловіків. При цьому домашнє насильство становить 25% усіх зареєстрованих поліцією нападів на жінок¹.

У Південній Кореї побиття жінок є невід'ємною частиною сімейного побуту. Дані одного з опитувань, проведеного серед жінок Сеула соціальними працівниками ООН, показують, що більше 50% заміжніх жінок були жертвами побиття їх чоловіками принаймні один раз на місяць. Та, незважаючи на ці факти, експерти ООН поставили Південну Корею на 107 місце, залишивши за нею ще 18 країн світу.

З огляду на глобальність проблеми насильства в сім'ї ООН розробила відповідні рекомендації у формі модельного законодавства², відповідно до яких національні закони про насильство в сім'ї повинні бути зорієнтовані на досягнення одночасно декількох цілей: 1) захист жертв насильства; 2) запобігання подальшому насильству; 3) покарання осіб, які вчинили насильство щодо домочадців або жінок, пов'язаних близькими узами з нападником. У рекомендаціях ООН зазначені необхідні умови попередження насильства, зокрема, формування громадської думки і підвищення рівня поінформованості населення країни в цій галузі; створення служб невідкладної допомоги жертвам різних видів насильства та їх сім'ям; консультування і психокорекція насильника, жертви та інших членів сім'ї, включаючи дітей; консультування і навчання суддів, прокурорів, поліцейських і соціальних працівників ефективним діям у ситуаціях, пов'язаних з насильством у сім'ї.

Рекомендації ООН передбачають максимальне розширення кола відносин, що підлягають регулюванню законодавством про ліквідацію

¹ Див.: Sexual Politics and the European Union. The New Feminist Challenge. — Providence-Oxford, 1996. — P. 67.

² Див.: Проблеми насильства в сім'ї: правові та соціальні аспекти / Упоряд. О. М. Руднева; наук. ред. А. П. Гетьман. — Х., 1999.

насильства в сім'ї. Воно має поширюватися не тільки на подружжя та спільно проживаючих осіб, а й на колишні подружжя чи партнерів, які разом не проживають, а також на інших родичів, хатніх робітниць та членів їх сімей. Спеціально підкреслено, що держави не повинні допускати, щоб релігійні чи культурні звичаї або ознаки громадянства перешкоджали захисту осіб, які постраждали від насильницьких дій в сім'ї.

В Україні недоторканність особи гарантується насамперед нормами кримінального права. В КК України 2001 р. поряд із загальним порядком відповідальності за порушення прав особи є також спеціальні розділи «Злочини проти волі, честі та гідності особи» (III) та «Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи» (IV). Важливо відзначити, що в Україні здійснюються деякі практичні кроки по боротьбі з насильством у сім'ї. Вперше серед країн СНД в Україні було прийнято Закон «Про попередження насильства в сім'ї», в різних містах (Києві, Харкові, Донецьку та ін.) створені й активно діють кризові центри для жінок, які стали жертвами насильства в сім'ї, та центри допомоги особам, які пережили сексуальне насильство.

Довгі роки і навіть десятиліття сексуальні домагання в багатьох країнах світу не вважалися правопорушенням, якщо вони не мали ознак кримінального злочину. Країною, яка зруйнувала такого роду стереотипи, були США, де у 1965 р. на законодавчому рівні було визнано правопорушенням «незаконну практику наймача, який погрожує працівнику звільненням, зниженням зарплати або якимось інакше дискримінує його в пільгах, перевагах, часі й умовах роботи з причини його раси, кольору шкіри, релігії, статі чи національної належності». В 1991 р. Акт про громадянські права було доповнено правом особи вимагати компенсаційних виплат за шкоду, заподіяну сексуальними домаганнями, а в 1992 р. Верховний Суд США роз'яснив, що студентки, які постраждали від сексуальних домагань під час навчання, мають право вимагати відповідного відшкодування від навчальних закладів і в 1993 р. своїм рішенням ухвалив, що жертві сексуального домагання не потрібно спеціально доводити факт психічних страждань, пов'язаних із сексуальним домаганням. В університетах, школах, державних установах і приватних підприємствах США діє ефективна система контролю за дотриманням вимог законодавства про сексуальні домагання, приблизно в 75% усіх американських компаній існує служба контролю за фактами сексуального домагання та їх запобігання¹.

¹ Див.: *Benokzaitis N. V. Modern Sexism: Blatant, Subtle and Covert Discrimination.* — 2-ed. — New Jersey, 1994. — P. 3—4.

Проблема сексуальних домагань на роботі є актуальною і для країн Європи. Дослідження показують, що правопорушення такого роду — не ізольований феномен, а скоріше малоприємний і непереможний аспект трудових відносин мільйонів жінок Європи¹. Не випадково Європейська комісія двічі (у 1991 і 1993 р.) приймала відповідні рекомендації, щоб роз'яснити членам Європейського Союзу невідповідність практики сексуальних домагань принципу рівного ставлення, зафіксованому в директиві про рівне ставлення, яка була прийнята в 1976 р. Європейським Судом справедливості. Відповідно до цих рекомендацій було уточнено національне законодавство багатьох держав-учасниць Європейського Союзу².

В Україні сексуальні домагання на роботі деколи виступають як передумова прийому на роботу (навчання), умова трудових відносин та просування по службі, що має істотне значення в умовах безробіття. На жаль, йдеться не про окремі ексцеси, а про поширене явище. Так, за даними опитування, проведеного Центром гендерних досліджень, за п'ятиліття кожна четверта жінка в Україні стала жертвою сексуальних домагань на роботі. Причому ця цифра занижена, оскільки більшість українських жінок під сексуальним домаганням розуміють тільки безпосередній сексуальний напад³.

Сексуальні домагання трапляються як у державних установах (організаціях, підприємствах, навчальних закладах), так і в приватному секторі виробничих відносин (приватних підприємствах, акціонерних товариствах, ліцеях тощо). Про це свідчать публікації в засобах масової інформації далеко неєдиничних оголошень про прийом на роботу приблизно такого змісту: «Запрошується на роботу молода приваблива жінка з гарною фігурою і без комплексів»⁴.

Такі дії суперечать законодавству України про працю, яке не допускає будь-яке пряме або непряме обмеження прав працівника, встановлення прямих або непрямих переваг при прийомі на роботу залежно від статі, віку, національності та інших обставин, не пов'язаних з діловими якостями працівників (ст. 22) КЗпП. Примушування до вступу в статевий зв'язок з особою, від якої чоловік або жінка залежні матеріально або службово, кваліфікується як кримінальний злочин проти особи відповідно до ст. 154 КК України. Однак довести факт примушування до сексуального контакту при прийомі на роботу або

¹ Див.: Sexual Politics and the European Union. — Р. 39.

² Див.: Там само. — Р. 28–29.

³ Див.: Гендерний аналіз українського суспільства. — К., 1999. — С. 224–225.

⁴ Див.: Там само. — С. 16–17.

під час роботи більш ніж складно, особливо в умовах фактично бай-дужого ставлення до даної проблеми з боку прокуратури, міліції та інших правоохоронних органів. До того ж і самі жінки не прагнуть афішувати такого роду факти, небезпідставно побоюючись не довести факт сексуального домагання в суді. Саме в цьому питанні необхідна значна активізація правозахисної діяльності громадських об'єднань, особливо жіночих.

Потребує більш ґрунтовного розроблення і сам інститут сексуальних домагань на роботі в кримінально-правовому, адміністративно-правовому та цивільно-правовому аспектах. При цьому доцільно ширше використовувати досвід країн, де цій проблемі суспільство і держава приділяють велику увагу, в першу чергу США і Канади.

В США для характеристики сексуальних домагань ключовими словами є: «небажаний фізичний контакт», «небажана спроба встановити інтимний контакт», «небажані залицяння»¹. При цьому тлумачення дії як «небажаної» здійснюється з урахуванням усіх обставин, включаючи природу поведінки; минуле і життєвий досвід учасників; обстановку на робочому місці; використання непристойної лексики; врахування того, якою була б реакція «розважливої людини» у подібній робочій обстановці. Закон вимагає надання доказів того, що причиною небажаного переслідування була стать потерпілої особи.

Суди США покладають відповідальність за участь, потурання і заохочення сексуальних домагань на роботі на роботодавця, прагнучи, щоб керівні й адміністративні працівники не допускали поведінки, яка може призвести до дискримінації підлеглих працівників за ознакою їх статі².

В США розповсюджена пам'ятка з техніки безпеки і способів самозахисту від сексуальних домагань, до яких належать такі дії, якщо вони провадяться без попередньої згоди потерпілого (потерпілої): 1) сексуальні домагання в будь-якій (прихованій чи явній) формі; 2) прохання про надання сексуальних послуг; 3) інші словесні чи фізичні дії сексуального характеру. Примітно, що для того щоб вважатися жертвою сексуального домагання, не обов'язково самому бути об'єктом сексуального приставання. Досить бути «ким завгодно, на кого вплинула образлива поведінка». Наприклад, начальник говорить комусь (не вам), що в нього (неї) красиві ноги. Вам це образливо (кривдно), отже, ви — жертва сексуальних домагань. Зрозуміло, що на сьогодні в українських

¹ Див.: *Справа Mentor Saving Bank v. Vinson*, 1986; *справа Moylan v. Maries Countries*, 1986.

² Див.: *Сексуальные домогательства на работе*. — С. 23–28, 97–124.

умовах при такій постановці питання жертвою сексуального домагання можна вважати практично кожену другу працюючу жінку. Але в США висловлюються заперечення проти настільки розширювального тлумачення поняття «сексуальне домагання на роботі»¹.

Пам'ятка не тільки розшифровує поняття «сексуальне домагання» і містить таблицю основних типів подібних правопорушень, а й надає рекомендації про можливі шляхи самозахисту від небажаних посягань на роботі. Рекомендується насамперед звернутися зі скаргою з цього приводу до керівництва. Якщо ж сексуальних приставань не вдається позбутися шляхом переговорів або якщо керівництво не в змозі вирішити дану проблему, варто звертатися до суду. При цьому позивати можна як безпосередньо до сексуального агресора, так і до керівника організації, який допустив можливість подібної агресії. За даними Міністерства праці США, загальна сума виплат у справах про сексуальні домагання становить по країні більше одного мільярда доларів за рік і найчастіше сплачується роботодавцями, які допустили можливість сексуальних домагань на робочих місцях.

Переносючи досвід США на український ґрунт, необхідно пам'ятати, що не йдеться про «службові романи» чи сексуальні стосунки, які виникли на добровільній основі між співробітниками. Домагання статевого зв'язку — це відносини влади і підпорядкування, а не сексуальні відносини на взаємній добровільній основі. Невипадково соціологічні дослідження, проведені в деяких країнах світу, показують, що залежність потенційної жертви від роботодавця різко підвищує імовірність сексуального переслідування².

Гідність — це моральна властивість людини, яка відображає її унікальну, неперевершену цінність. З моменту народження кожного його гідність є однаково рівною із гідністю інших людей. Усвідомлення цього всіма веде до формування в особи почуття власної гідності, очікування поваги до неї з боку інших людей, установку на відстоювання своїх прав, а також визнання рівних прав усіх інших людей. Тому держава повинна створити усі умови і засоби додержання принципів та норм права, які забезпечують реалізацію, охорону та захист права на гідність і особисту недоторканність осіб в умовах гендерної рівноправності суб'єктів правовідносин.

Надійшла до редколегії 15.11.04

¹ Див.: *Elroy W. Sexual Correctness. The Gender-Feminist Attack on Woman.* — Jefferson-London // 1006. — P. 52–59.

² Див.: *Сексуальные домогательства на работе.* — С. 14, 99–102.

О. Ярошенко, доцент НЮА України

Проблеми та перспективи правового регулювання зайнятості та праці молоді

В Україні проживає понад 11 млн молодих громадян, що становить 22,6 % населення країни. Ситуація, яка протягом останніх років склалася із зайнятістю та працею молоді, без перебільшення є напруженою та має тенденцію до погіршення. Загострення соціально-економічних проблем, недосконалість правової і нормативної баз, відсутність дієвих механізмів державної підтримки молоді в період її соціального становлення і розвитку значно ускладнили процеси відновлення інтелектуального потенціалу, трудових ресурсів держави, негативно позначилися на матеріальному становищі молоді сім'ї, здоров'ї, фізичному і духовному розвитку молодих громадян, призвели до зростання безробіття серед молоді, загострення криміногенної ситуації в суспільстві. Боротьба за виживання вітчизняних підприємств приводить до погіршення умов праці, в тому числі молоді. Тим часом можливості молодих людей і без того обмежені внаслідок їх доволі низької конкурентоздатності порівняно з іншими категоріями населення.

Протягом тривалого часу держава була єдиним монопольним роботодавцем. У СРСР діяв законодавчо закріплений принцип загальної зайнятості. Для кожного підприємства регламентувалися чисельний і професійно-кваліфікаційний склад працівників, у тому числі і за віковою ознакою, рівень оплати праці. Адміністрація мала надзвичайно вузькі повноваження з прийняття та звільнення працівників. Система забезпечення зайнятості була позбавлена гнучкості. На більшості підприємств спостерігався надлишок робочої сили. На початку 90-х років ХХ ст. він становив близько 10 % зайнятого населення. Однак, незважаючи на це, адміністрація підприємств була вимушена працевлаштовувати зацікавлених осіб, хоча їх праці фактично не потребувала.

Умови виходу молоді на ринок праці були жорстко регламентовані. Приток молодих кадрів відбувався переважно двома шляхами: а) для випускників шкіл і осіб, що закінчили професійно-технічні училища та вирішили працевлаштовуватися на виробництві, бронювалися робочі місця; б) випускники інших навчальних закладів розподілялися з урахуванням вакансій та з обов'язковою умовою роботи на місці розподілу протягом декількох років. Служба в армії, заклики на мо-

лодіжні будови тощо фактично спрямовувалися на забезпечення потреб у трудових ресурсах екстенсивного типу виробництва. Як наслідок доволі часто, потреби підприємств задовольнялись не за рахунок якісних характеристик осіб, які працевлаштовувалися, а завдяки їх кількості¹.

Формування комплексу ринкових відносин у сфері зайнятості після проголошення незалежності України почалося зі зміни пріоритетів державної політики: відмови від конституційних гарантій права на працю й вимоги обов'язковості праці, збереження за державою лише функції сприяння працевлаштуванню громадян. Крім того, розширилися права власників або уповноважених ними органів у питаннях укладання та розірвання трудового договору, що давало можливість більш ефективно використовувати робочу силу.

Зміни, які відбувалися, не в останню чергу були зумовлені проведенням економічних та політичних реформ. Надзвичайно низький рівень доходів найбільш вразливих верств населення змусив молодь раніше виходити на ринок праці. Протягом останніх років праця неповнолітніх стала звичайним явищем. Перехід підприємств у руки приватних власників, що припускало модернізацію виробництва, посилив вимоги до професіоналізму працівників і наявності виробничого стажу. Більшість підприємств були створені шляхом акціонування державних підприємств та виникали в основному в фінансово-кредитній сфері та сфері послуг. Як наслідок робочі місця з меншими вимогами до осіб, які їх займають, були ліквідовані, а новостворені характеризувалися більш жорсткими умовами прийняття на роботу. Система підготовки та перепідготовки кадрів, яка існувала, не відповідала новим вимогам, що значно зменшило шанси працевлаштування молоді, котра вперше виходить на ринок праці, на престижні посади в нових секторах економіки, залишаючи для молодих людей робочі місця, що не вимагають високої кваліфікації.

Основною причиною низької конкурентоздатності молоді на ринку праці є брак професійних знань, відсутність необхідної кваліфікації і трудових навичок. Незважаючи на це, молодь досить вигідно відрізняється від інших категорій населення своєю здатністю до творчої діяльності, високою працездатністю і мобільністю, сприйнятливістю до інновацій, гарним здоров'ям, тривалим періодом майбутньої працездатності.

¹ Див.: Гимпельсон В. Страсти вокруг занятости: политическая экономика реформы трудовых отношений. — М., 2003. — С. 80–81.

Питання зайнятості молоді актуальні не тільки для України, а й для промислово розвинутих країн. На сьогодні молодіжне безробіття в останніх коливається від 20 до 40 % загальної кількості всіх безробітних. Уряди цих країн приймають закони, розробляють спеціальні програми, спрямовані на поліпшення ситуації із працевлаштуванням молоді.

Найбільш значущим міжнародним документом, що регламентує працю молоді, є Конвенція Міжнародної Організації Праці 1973 р. (МОП) про мінімальний вік для прийому на роботу (№ 138)¹. Згідно з ст. 1 кожен член МОП, для якого Конвенція є чинною, зобов'язується здійснювати національну політику, що має на меті забезпечення ефективної ліквідації дитячої праці й поступове підвищення мінімального віку для прийому на роботу до рівня, який відповідає найповнішому фізичному та розумовому розвитку підлітків. Мінімальний вік не повинен бути нижчим, ніж вік закінчення обов'язкової шкільної освіти та, в будь-якому випадку, не може бути нижчим ніж 15 років. Однак, незважаючи на це, країна, чия економіка і система освіти недостатньо розвинуті, може після консультацій із зацікавленими організаціями роботодавців і працівників, де такі існують, спочатку встановити вік у 14 років як мінімальний. Кожний член МОП, який встановив вік у 14 років як мінімальний, включає до своїх доповідей про виконання Конвенції № 138, що подаються відповідно до ст. 22 Статуту МОП², заяву про те: а) що причини, які обумовили таке рішення, не змінилися; або б) що він відмовляється від такого рішення, починаючи з певної дати.

Мінімальний вік для прийому на будь-який вид роботи за наймом або іншої роботи, яка за своїм характером або через умови, в яких вона здійснюється, може завдати шкоди здоров'ю, безпеці або моральності підлітка, не може бути нижчим ніж 18 років. Види цих робіт визначаються національними законами або правилами компетентних органів влади після консультацій з відповідними організаціями роботодавців і працівників, де такі існують. Проте, незважаючи на це, компетентні органи влади в національному законодавстві можуть, після консультації із соціальними партнерами, дозволяти роботу за наймом або інший вид роботи особам віком не молодше ніж 16 років, за умови, що здоров'я, безпека і моральність цих підлітків повністю захищені і що

¹ Див.: Конвенції та рекомендації (1965–1999). – Женева, 2001. – С. 998–994.

² Див.: Устав Международной Организации Труда и Регламент Международной Конфедерации Труда. – Женева, 1998.

ці підлітки отримали достатнє спеціальне навчання чи професійну підготовку у відповідній галузі діяльності.

Національним законодавством чи правилами може допускатися прийом на роботу за наймом або на іншу роботу осіб віком від 13 до 15 років для легкої роботи, яка: а) не є шкідливою для їх здоров'я або розвитку; і б) не перешкоджає відвіданню школи, їх участі в затверджених компетентними органами влади програмах професійної орієнтації або підготовки або їхнім можливостям скористатися отриманим навчанням.

Відповідно до ст. 188 КЗпП України, за загальним правилом, не допускається прийняття на роботу осіб молодше 16 років. Як виняток, за згодою одного із батьків або особи, що його замінює, можуть прийматися на роботу особи, які досягли 15 років. Для підготовки молоді до продуктивної праці допускається прийняття на роботу учнів загальноосвітніх шкіл, професійно-технічних і середніх спеціальних навчальних закладів для виконання легкої праці, що не завдає шкоди здоров'ю і не порушує процесу навчання, у вільний від навчання час по досягненні ними 14-річного віку за згодою одного з батьків або особи, що його замінює.

Вченими-трудовиками досить часто висловлюється думка про те, що тільки досягнувши 16-річного віку особа є безумовно правоздатною, в 15-річному віці правоздатність виникає умовно¹. Цей підхід пов'язаний із перебільшенням ролі дозволу батьків або особи, що його замінює, який розглядається як спеціальна додаткова умова визнання підлітка в п'ятнадцять років правоздатним. У результаті ми одержуємо, що батько або особа, що його замінює, бере участь у формуванні трудової правосуб'єктності неповнолітнього.

Частина 2 ст. 188 у першій редакції КЗпП України 1972 р. містила положення про те, що особи, які досягли 15 років, у виключних випадках приймаються на роботу за згодою профкому підприємства, установи, організації. Б. Бегічев та Л. Гінцбург вважали, що згода профкому на прийом на роботу неповнолітнього, який досяг 15-річного віку, відіграє роль правостворюючого факту, який тягне за собою виникнення не правосуб'єктності, а конкретних правовідносин². Володіння правосуб'єктністю не може залежати від згоди будь-якого органу. Значення узгодження з профкомом прийому на роботу неповнолітнього не виходить за рамки елемента фактичного складу. У випадку звільнення неповнолітнього та наступного прийняття знову, в

¹ Див.: Трудове право / Под ред. Н. Г. Александрова. – М., 1966. – С. 150.

² Див.: Бегічев Б. К. Трудовая правоспособность советских граждан. – М., 1972. – С. 149.

черговий раз необхідна згода профкому. В такому повторному дозволі не було б необхідності, якщо б перше рішення створювало правоздатність, а не визначало умови її реалізації в конкретних правовідносинах¹.

Наведені міркування свідчать, що трудова правосуб'єктність настає з 14-річного віку, оскільки згода батьків за своєю юридичною природою аналогічна згоді профкому.

Слід зауважити, що зміст глави XII «Праця молоді» КЗпП України в такому вигляді, в якому вона є зараз, не відповідає назві, оскільки містить у переважній більшості норми, що регламентують працю тільки неповнолітніх громадян, до яких належать особи віком до 18 років. А згідно з термінологією Закону України від 5 лютого 1993 р. «Про сприяння соціальному становленню та розвитку молоді в Україні» та змістом ст. 197 КЗпП молодь — це громадяни віком від 14 до 35 років. Доцільно до нового Трудового кодексу України включити та розмежувати статті, присвячені праці молоді взагалі та її неповнолітньої частини зокрема.

Зниження віку можливого початку трудової діяльності — явище закономірне. Фактична здатність до праці виникає навіть раніше 14 років, і немає нічого поганого у наданні можливості неповнолітнім якомога раніше брати участь у суспільно корисній праці. Це може принести користь як самому підлітку, позитивно вплинути на процес становлення його особистості, так і суспільству — застосування праці підлітка у сфері обслуговування, соціальної допомоги тощо якоюсь мірою допоможе ліквідувати дефіцит кадрів у цих сферах людської діяльності.

Найбільш переконливим доказом на користь визнання правосуб'єктності громадян, які досягли 14-річного віку, є реальний стан речей. Ні для кого не є таємницею, що вже сьогодні багато неповнолітніх активно включились у трудову діяльність: вони микють машини, продають газети, надають різні послуги, працюють у сімейних підприємствах і т. под. А тому включення 14-річних підлітків до кола суб'єктів трудового права аж ніяк не суперечить принципу обов'язкової основної загальної освіти.

Тому вважаємо, що у майбутньому Трудовому кодексі України слід зберегти положення про те, що за загальним правилом особи, які досягли 14-річного віку, можуть прийматися на роботу для виконання

¹ Див.: Гинцбург Л. Я. Социалистическое трудовое правоотношение. — М., 1977. — С. 214.

легкої роботи, яка не завдає шкоди здоров'ю і не порушує процесу навчання.

Одним з негативних наслідків сучасної соціально-економічної ситуації є залучення дітей до незаконної праці, поширення її найгірших форм. За відсутності дієвого контролю з боку державних органів та громадськості діти доволі часто працюють у небезпечних умовах, що шкодить їх фізичному, психічному і духовному розвитку, перешкоджає процесам соціалізації. Середній вік початку трудової діяльності дітей в Україні згідно з результатами проведених наукових досліджень становить близько 12 років. Деякі діти потерпають від фізичних або моральних знущань, позбавлені можливості отримати якісну освіту.

Слід визнати, що відсутність належної уваги з боку держави до проблем дітей цілком можна кваліфікувати як недодержання Україною окремих положень Загальної декларації прав людини і Конвенції про права дитини, у тому числі тих, які стосуються права неповнолітніх на рівень життя, необхідний для нормального фізичного, розумового, духовного, морального і соціального розвитку, принципу найкращого забезпечення інтересів дитини та ін. Становище дітей в нашій країні погіршується і тому, що вітчизняне законодавство до цього часу належною мірою не гарантувало їм надійний правовий захист від жорстокої поведінки дорослих. Недостатньо розроблені правові заходи боротьби з дитячою проституцією, наркоманією та алкоголізмом.

І хоча 5 жовтня 2000 р. Україна ратифікувала Конвенцію МОП №182 «Про заборону та негайні дії щодо ліквідації найгірших форм дитячої праці», однак реальних кроків щодо її впровадження до цього часу, протягом понад чотирьох років, не зроблено. З метою реалізації положень Конвенції МОП № 182 і запобігання та викоренення найгірших форм праці дітей в Україні до Закону України «Про охорону дитинства» слід внести відповідні зміни та доповнення. При цьому треба законодавчо закріпити заборону залучення дітей до найгірших форм дитячої праці. Також нагальним є визначення найгірших форм дитячої праці. До їх числа слід віднести:

а) усі форми рабства або практику, подібну до рабства, зокрема, продаж дітей та торгівлю ними, боргову залежність, а також примусову чи обов'язкову працю, включаючи примусове чи обов'язкове вербування дітей для використання їх у збройних конфліктах;

б) використання, вербування або пропонування дитини для зайняття проституцією, виробництва порнографічної продукції чи порнографічних вистав;

в) використання, вербування або пропонування дитини для незаконної діяльності;

г) роботу, що за своїм характером чи умовами, в яких вона виконується, може завдати шкоди фізичному або психічному здоров'ю дитини.

У світі нагромаджено значний досвід в галузі регулювання праці молоді. Йдеться як про загальнодержавні та приватні програми допомоги працюючим дітям, так і про законодавче регулювання, яке встановлює не тільки мінімальний вік для прийняття на роботу, основні умови праці і т. д., а й відповідальність роботодавця, який припускається зловживань відносно неповнолітніх.

В країнах Східної та Західної Європи все більше уваги приділяється проблемам залучення приватного сектору до створення робочих місць для молоді. Оскільки підприємці часто вважають не вигідним приймати на роботу молодь, особливо некваліфіковану, уряди країн намагаються компенсувати частину витрат по залученню нових працівників за допомогою різних субсидій і угод про заробітну плату. Наприклад, відповідно до Програми трудового досвіду в Ірландії підприємців заохочують до прийому як додаткового персоналу молоді, що не має досвіду роботи. Протягом шестимісячного періоду кожна молода людина одержує неоподатковувану допомогу, яку їм виплачують підприємці, котрим, у свою чергу, цю суму компенсує Національна служба трудових ресурсів. У рамках іншої ірландської Програми стимулювання зайнятості субсидія виплачується підприємцям у певних, наперед визначених галузях, що набирають додаткову робочу силу з числа осіб, які одержують допомогу по безробіттю. Більшість таких програм фінансується за рахунок введеного в 1982 р. податку в розмірі 1 %, що стягується з доходів громадян на користь зайнятості молоді.

В Іспанії діє Положення про тимчасову зайнятість, відповідно до якого підприємствам, котрі працевлаштовують молодь віком до 26 років, на 50 % знижуються податки на соціальний розвиток. Однією з найбільш відомих та ефективних програм, що передбачають надання субсидій, є система професійної підготовки у Великій Британії. Відповідно до неї випускникам шкіл у 16–17-річному віці пропонується інтегрована програма професійного навчання і роботи на виробництві.

З урахуванням притоку великої кількості молоді на ринок праці, поряд зі слабким попитом на робочу силу, здійснюються спроби скоротити пропозицію робочої сили. Продовження строку обов'язкового навчання і тривалості систем професійної підготовки молоді є за-

собом затримки вступу молоді до складу робочої сили. Системи раннього виходу на пенсію мають на меті скорочення періоду активного трудового життя і тим самим скорочення пропозиції своєї праці з боку працівників більш старшого віку. В Іспанії введено спеціальний тип договору про роботу неповний робочий час (договір заміщення). Протягом останніх трьох років, які передують досягненню законодавчо встановленого пенсійного віку, працівники мають право перейти на роботу на умовах неповного робочого часу, якщо роботодавець укладе трудовий договір з молодим працівником на частину робочого часу, яка залишилася¹. Все це супроводжується дієвою системою державного нагляду та контролю, яка наділена владними повноваженнями (право застосовувати штрафні санкції, вимагати припинення трудових відносин тощо)².

Однак варто пам'ятати, що універсальних світових рецептів для вирішення проблеми зайнятості взагалі і зайнятості молоді зокрема не існує. Уряди багатьох держав усвідомлюють гостроту проблеми молодіжного безробіття і спрямовують величезні фінансові кошти на адаптацію молодих працівників на ринку праці. Витрати на сприяння зайнятості молоді в першу чергу здійснюються з метою вдосконалювання якісного складу робочої сили і мають в основному довгостроковий характер. У розвинутих країнах Європи та Північної Америки загальноновизнаним є те, що недовкладення коштів у освітній, культурний і моральний потенціал молодого покоління може мати негативні та важкі наслідки як для окремої особистості, так і для нації в цілому³.

З метою запровадження механізму реалізації конституційних гарантій забезпечення права на працю щодо надання підприємствами, установами, організаціями роботи молодим громадянам доцільно розробити та прийняти Закон України «Про забезпечення працевлаштування молоді». Це дозволить підвищити зацікавленість роботодавців у працевлаштуванні молоді, а також раціонально і збалансовано використовувати кваліфіковані трудові ресурси. Крім того, це знизить рівень безробіття серед кваліфікованих молодих громадян України, яке призводить до злочинності, наркоманії та інших негативних соціальних явищ, а також збільшить зацікавленість молоді у професійному розвитку і підвищенні свого фаху.

¹ Див.: *Наумова Е.* Труд молодежи. Зарубежный опыт // Правоведение. – 2001. – № 2. – С. 28–31.

² Див.: *Киселев И. Я.* Зарубежное трудовое право. – М., 1998. – С. 52–53.

³ Див.: *Киселев И. Я.* Труд с иностранным участием (правовые аспекты). – М., 2003. – С. 14.

Також, за прикладом Республіки Беларусь, слід розробити і прийняти Положення про порядок і умови організації і фінансування з коштів державного фонду сприяння зайнятості тимчасової трудової зайнятості студентської і учнівської молоді у вільний від навчання час та під час літніх канікул¹. Тимчасова зайнятість молоді при цьому повинна мати на меті залучення молоді до суспільно корисної праці й одержання трудових навичок, адаптації до трудової діяльності і підготовки до самостійного виходу на ринок праці, поліпшення матеріального добробуту і забезпечуватися: а) участю в роботі студентських загонів; б) участю в роботі таборів праці і відпочинку; в) тимчасовим працевлаштуванням у міжшкільні навчально-виробничі комбінати; г) участю в роботі тимчасових учнівських ремонтно-будівельних бригад; ґ) тимчасовим працевлаштуванням на робочі місця у підприємствах, установах та організаціях; е) участю в оплачуваних громадських роботах; є) іншими формами тимчасового працевлаштування.

Пріоритетне право на тимчасову зайнятість повинні мати сироти, молодь з сімей безробітних громадян, неповних, багатодітних і неблагополучних сімей, а також молодь, що перебуває на обліку в службах у справах неповнолітніх, звільнена з місць позбавлення волі або така, що закінчила спеціальні навчально-виховні установи, тощо.

Надійшла до редколегії 01.10.04

¹ Див.: Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. – 2001. – № 105. – Ст. 9329.

НА ПОЧАТКУ ТВОРЧОГО ШЛЯХУ

Ю. Зоріна, здобувач Київського
національного університету

Правове регулювання недобросовісної конкуренції в рекламі

У цій статті розглядатиметься, на перший погляд, просте і в той же час надзвичайно складне явище, що називається рекламою. «Щоб зрозуміти рекламу, необхідно розібратися, хто рекламує, для кого і з якою метою», — зазначає Чарльз Лескотт. Його доповнили Музафер та Керолін Шериф у книзі «Соціальна психологія», зазначивши, що «психологічно людина завжди схильна схематизувати досвід».

Наукова новизна полягає у тому, що запропонована робота, по суті, є одним із перших досліджень загальнотеоретичних та практичних проблем правового регулювання реклами в цивільному праві, зокрема цивільно-правових ознак недобросовісної конкуренції в рекламі. Комерційна реклама спрямована на збут товарів, послуг, в результаті чого рекламодавець одержує прибуток. Проте одержання прибутку за рахунок інших суб'єктів підприємницької діяльності вже є дією, що становить недобросовісну конкуренцію. Отже, законодавство про недобросовісну конкуренцію в рекламі — це сукупність норм, спрямованих контролювати такий вид реклами, як недобросовісна реклама, що надає невірну вказівку, в результаті чого винна особа одержує переваги у торгівлі.

Перехід української економіки до ринкових відносин, що розпочався на початку 90-х років ХХ ст., виявив значну кількість проблем, що потребують вирішення в рамках формування нової державності України. Однією з найбільш значних для України є проблема формування цивілізованого ринку, заснованого на плюралізмі форм власності, свободі підприємницької діяльності, добросовісній конкуренції. Розвиток ринкових відносин, конкуренції неможливий без реклами як найбільш важливого способу просування на ринку товарів, робіт та послуг. У законодавстві про рекламу мають бути висвітлені

питання захисту від недобросовісної конкуренції у сфері реклами, запобігання та припинення неналежної реклами, здатної ввести споживачів реклами в оману чи заподіяти шкоду здоров'ю громадян, майну громадян чи юридичних осіб, навколишньому середовищу, честі, гідності та діловій репутації зазначених осіб, а також такої, що посягає на суспільні інтереси, принципи гуманності та моралі.

Предмет цієї статті — розгляд цивільно-правових аспектів недобросовісної конкуренції в рекламі. Питання недобросовісної конкуренції свого часу розглядали Г. Андрощук, С. Усольцева, Т. Нестуля, Л. Зологова, Г. Васильєва, Н. Корчак, О. Безух, Л. Галичина та ін. Проте в працях цих авторів не було висвітлено недобросовісну конкуренцію і рекламу в розрізі співвідношення цих, здавалося б, різних явищ. Розглядалася лише недобросовісна конкуренція в рекламі, як об'єкт регулювання з позиції класифікації органів, що здійснюють контроль і регулювання в галузі реклами та недобросовісної конкуренції.

Таким чином, метою роботи виступає розгляд недобросовісної конкуренції в рекламі, а саме: прояви недобросовісної конкуренції в рекламі, категорії цивільної відповідальності та цивільно-правові заходи захисту від недобросовісної конкуренції в рекламі.

Шейла Ф. Ентоні зазначає, що зараз можна спостерігати вибух конкуренції та інновацій у рекламі¹. Питання недобросовісної конкуренції в рекламі на сьогодні є вкрай актуальним в США, державах Європейського Союзу. Про це свідчить чимала кількість судових рішень, постанов, спільних доповнень², прийнятих повноважними органами цих держав, міжнародними організаціями. В Україні лише дисертаційне дослідження А. Черемнової «Правове регулювання комерційної реклами в Україні» було присвячено висвітленню правового регулювання рекламного ринку.

Оскільки реклама є інформацією, що може містити об'єкти інтелектуальної власності, цілком логічним, на наш погляд, є окреслення зазначених об'єктів. Звертаючись до визначення інтелектуальної власності у Стокгольмській конвенції про заснування Всесвітньої організації інтелектуальної власності при ООН від 14 липня 1967 р. (для України вона набула чинності з 25 грудня 1991 р.) зазначимо, що цей

¹ Див.: *Sheila F. Anthony. Advertising And Unfair Competition // Report before The Product Distribution And Marketing Meeting of American Law Institute-American Bar Association (ALI-ABA). — Scottsdale, Arisona. March 10. 2000.*

² Див.: *Trademarks and unfair competition. — Fifth Edition. — 2003. Cumulative Supplement.*

документ до об'єктів інтелектуальної власності, поміж усього іншого, включає «права, що належать до захисту проти недобросовісної конкуренції» (ст. 2). Положенням п. 1 ст. 1 Паризької конвенції про промислову власність до об'єктів охорони промислової додається також припинення недобросовісної конкуренції. Деякі вчені визначають, що «припинення недобросовісної конкуренції» є об'єктом інтелектуальної власності¹. Проте, з нашої точки зору, припинення недобросовісної конкуренції виступає не об'єктом, бо з правового погляду некоректно кваліфікувати дію як об'єкт, а засобом захисту об'єктів інтелектуальної власності.

Правовою базою захисту від недобросовісної конкуренції в Україні є Конституція України, ст. 42 якої не допускає зловживання монополічним становищем на ринку, неправомірне обмеження конкуренції та недобросовісну конкуренцію. ЦК України (п. 5 ст. 13) встановлює, що «не допускаються використання цивільних прав з метою ... зловживання монополічним становищем на ринку, а також недобросовісна конкуренція». Із цього випливає, що цивільно-правові норми спрямовані на захист конкуренції як основного засобу якісного вдосконалення підприємництва. Недобросовісною конкуренцією є будь-які дії у конкуренції, що суперечать правилам, торговим та іншим чесним звичаям у підприємницькій діяльності (ст. 1 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції»). Це повною мірою відображає концепцію та ідею визначення недобросовісної конкуренції в ст. 10 bis Паризької конвенції про охорону промислової власності.

У довідковій літературі недобросовісною конкуренцією (також має назву *unfair competition, unfair practice*), зокрема, вважаються дії, що вчиняються продавцем для викликання замішання чи введення в оману громадськості з метою одержання більшої частки ринку шляхом зниження цін нижче вартості, реклами, що вводить в оману, продажу підроблених товарів тощо².

Недобросовісна конкуренція у рекламі має різноманітні прояви. Незаконне використання фірмового найменування, промислової власності (торгової марки, промислових зразків — етикетки) є одним із них. Як правило, незаконний користувач не провадитиме рекламної кампанії самостійно для просування товарів і послуг під відомою

¹ Див.: Гальперин Л. Б., Михайлова Л. А. Интеллектуальная собственность: сущность и правовая природа // Сов.государство и право. — 1991. — № 12. — С. 38.

² Див.: Websters encyclopedic unabridged dictionary of the English language. — Published by Gramercy Books, 1989.

торговою маркою. Це можливо тоді, коли власник відомої торгової марки ще не вийшов на ринок тієї чи іншої держави, і на території цієї держави за національною та Мадридською процедурами недобросовісний користувач зареєстрував зображення відомої торгової марки. Цивільне законодавство забороняє використовувати торгіву марку та фірмове найменування, право на які належать іншому суб'єкту.

До проявів недобросовісної конкуренції в рекламі відносять також копіювання конкурента, що проявляється у прямому відтворенні зовнішнього оформлення його товару, фірмового найменування, торгової марки, а також рекламних матеріалів, фірмової упаковки, форм та інших зовнішніх якостей, що можуть ввести споживача в оману. Порушення може мати місце навіть у разі використання у рекламі схожого дизайну, оформлення, концепції роликів, фону, на якому розміщується рекламований товар. У цьому зв'язку слід відмітити справу Andros проти Danone, що розглядалася Судом Парижа. Компанія Andros подала позов проти компанії Danone, яка відтворила в рекламі своєї продукції великі фрукти на зеленому задньому фоні. Суд, виносячи рішення у цій справі, зазначив, що компанія Danone використовує зображення фруктів на зеленому фоні починаючи з 1964 р., а компанія Andros не використовувала схоже зображення постійно протягом тривалого часу. Суд також додав, що використання зображення фруктів є необхідним для просування продуктів (особливо йогуртів), які містять фрукти. За рішенням суду така схожість не становить недобросовісну конкуренцію. У французькій судовій практиці розрізняють паразитизм як акт недобросовісної конкуренції, відповідно до якого компанія створює нечесним шляхом зв'язок з іншою компанією, її іміджем, товарами чи послугами з метою одержання неналежної вигоди та переваг роботи іншої компанії. Паразитизм є результатом імітації комунікації інших компаній, якщо тільки відтворені елементи не властиві рекламованому товару або послугам, і створює змішування чи неналежний зв'язок у суспільній свідомості. Порушення виникає у разі відтворення персональної чи оригінальної рекламної ідеї. Проте ідея порівняння білого одягу після прання рекламованими товарами може використовуватися всіма конкурентами на ринку та не повинна привласнюватися кимось одним із них.

Також слід відмітити випадки, коли компанія, яка не є конкурентом стосовно товарів і послуг, що нею надаються, іншій компанії, копіює її рекламну ідею, концепцію, імідж, внаслідок чого створюється реклама, пов'язана з іміджем іншого товару. Це прояв недобросовісної конкуренції, що виявляється у відтворенні однакових еле-

ментів чи імітації стилю без будь-якої явної необхідності в цьому. Зазначене правило підкріплюється і судовою практикою, зокрема, у справі Guerlain проти Bosch. Для запуску на ринок своїх парфумів Samsara компанія Guerlain використовувала зображення гарної жінки, одягнутої у червону сукню з золотим, як її пояс, флаконом парфумів в руках. Компанія Bosch відтворила теж саме до дрібниць (таке ж зображення вишуканої жінки, те ж саме положення рук), проте з метою презентації машин для миття посуду, зменшених до розміру золотого флакону парфумів Guerlain. Оригінальний образ парфумів Samsara, що є комбінацією незвичних елементів, було скопійовано компанією Bosch з метою одержання вигоди від відомості та іміджу товарів компанії Guerlain. Суд визнав компанію Bosch винною у вчиненні акту недобросовісної конкуренції проти компанії Guerlain.

Імітація стилю добре відомого художника також може становити порушення. Ogilvy створив рекламу товарів для малювання та виготовив малюнок у стилі Пікассо. Суд вирішив, що Ogilvy вчинив порушення, обурливо використовуючи імідж художника, навіть якщо використання не було порушенням авторських прав художника.

Проявами недобросовісної конкуренції можна назвати поширення неправдивих відомостей та тверджень щодо товарів або послуг конкурента, а також власних, у тому числі про походження виробника, некоректне порівняння у рекламі компанії, що виробляє продукцію, аналогічну з продукцією іншої компанії, заборонене ст. 11 Закону України «Про рекламу» та ст. 7 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції». У цьому зв'язку слід зазначити, що у рекламі стали використовуватися порівняння безособистого характеру з вживанням слів на кшталт «звичайний», де всі «звичайні» товари виглядали гірше та мали нижчу якість порівняно з рекламованою продукцією. З одного боку, у такій рекламі не лунають заяви про те, що товари конкурентів неякісні, однак, з другого боку, зазначена реклама сприяє закріпленню у свідомості споживача негативного ставлення до продукції конкурентів. Зараз точаться дискусії щодо повної заборони безособистих порівнянь¹. В. Усков обстоює думку, відповідно до якої заява у рекламі про те, що: «я на голову вище від інших дилерів, які торгують цими автомобілями», є законною, оскільки порівняння з невизначеним колом осіб допускається².

¹ Див.: *Ткачева Т.* Недобросовестная конкуренция преследуется по закону // Директор-инфо. – 2000. – № 35.

² Див.: *Усков В.* Обзор споров по рекламе // Образование и Бизнес. – 2000. № 10 (34).

Дії, котрі становлять недобросовісну конкуренцію, можна розділити на такі, що здійснюються з наміром та без наміру. Як правило, у рекламі мають місце умисні дії недобросовісної конкуренції. Проте такий намір довести важко. У цьому зв'язку слід вказати на те, що в США законодавством по недобросовісній конкуренції вживається поняття «умисел» (intent), а законодавством по товарних знаках — «погане переконання» (bad faith).

Вдаючись до порівняльної реклами, необхідно провести спеціальні тести, що підтверджують порівняння, наведені у такій рекламі, оскільки не визнається неправомірним порівняння в рекламі, якщо наведені відомості про товари, роботи, послуги підтверджені фактичними даними. Так, у рекламній статті, написаній за замовленням виробників автобусів «Богдан», зазначалося про проведення порівняльних досліджень стосовно переваг автобусів «Богдан» та ЛАЗ, результати яких свідчили не на користь останнього. Проте ТД «Лаз-Україна» нікому не передавав свої автобуси для проведення порівняльних тестів.

Вважаємо за необхідне звернути увагу на такі категорії відповідальності та заходи захисту в такому явищі, як недобросовісна конкуренція в рекламі. Так, відповідальність учасників рекламної діяльності визначається Законом України «Про рекламу», про що вже говорилося. Слід зазначити, що особи, винні у порушенні законодавства про рекламу, недобросовісну конкуренцію, несуть дисциплінарну, цивільно-правову, адміністративну та кримінальну відповідальність. Деякими спеціалістами в галузі реклами¹ висуваються вимоги щодо того, що особи (зокрема юридичні) мають нести відповідальність за те, що вони надали іншим «засоби» для заохочення до поведінки, що вводить в оману. Так звана теорія «засобів» («the means and instrumentalities» theory). Виникнення такого питання спричинив розгляд справ Федеральною Торговельною Комісією у США, серед яких можна виділити The Shell Chemical Company («Shell»)/Castrol North America, Inc. («Castrol»)². Виробник (компанія Shell), що сама не проводила прямої реклами для громадськості і розповсюджувач (компанія Castrol), яка здійснювала рекламу, опираючись на недостовірний матеріал виробника. Компанія Castrol продавала продукти, що містили газові добавки, які називалися Castrol Syntec Power System. Компанія Shell розробляла та постачала активний інгредієнт для газових продуктів і виробила відео та інші рекламні матеріали, що містили недостовірні

¹ Див.: *Sheila F. Anthony*. Вказ. праця.

² Див.: *Shell Chemical Co.*, С-3912 (Dec. 22, 1999). *Castrol North America, Inc.*, С-3910 (Dec. 13, 1999).

твердження про добавки. В скарзі Федеральної Торгової Комісії містилися твердження про те, що обидві компанії задіяні у недостовірній рекламі, в якій заявлялося, що продукти компанії Castrol, які містять газові добавки, суттєво покращують потужність двигуна та акселератора і є кращими за всі інші газові добавки. Федеральною Торговою Комісією було з'ясовано, що Shell забезпечив «засобами» своїх торгових покупців для введення в оману громадськості, оскільки компанія Shell надала недостовірну рекламу та рекламні матеріали, що повністю відобразилися у рекламі компанії Castrol. Такий підхід до визначення відповідальності дозволяє нам стверджувати, що відповідальність настає для рекламодавця навіть якщо рекламодавець не є основним джерелом недостовірної інформації, проте грає важливу роль у її широкому розповсюдженні та отримує пряму вигоду від недостовірної реклами. Зазначене може мати місце у договорі комерційної концесії, коли користувач вирішив зробити рекламу предмету комерційної концесії, попередньо отримавши від праволодільця інформацію для виготовлення рекламних матеріалів. Таким чином зазначене дозволяє нам говорити про солідарну відповідальність, яку нести будуть двоє рекламодавців — праволодільець, що надав інформацію, і користувач, що є зацікавленим у реалізації своїх товарів.

Стосовно заходів цивільно-правового захисту від недобросовісної конкуренції в рекламі, то слід зазначити, що на правопорушників може бути накладено зобов'язання по відшкодуванню збитків, спростуванню неправдивих, неточних або неповних відомостей. Іноді є необхідним застосування такого засобу захисту, що містить інформаційний чи громадсько-освітній елемент. Зазначені заходи захищають споживачів реклами, роблячи їх менш вразливими до можливого обману. На сьогоднішній день досить поширеним є зазначення, наприклад, виробниками лікарських препаратів у рекламі своєї продукції спростувань інформаційного, освітнього характеру, як це мало місце щодо Novartis Corporation¹ та Bayer Corp². Novartis Corporation у рекламі своїх пігулок стверджувала, що рекламована продукція більш ефективна, аніж інші анальгетики, а в рекламі аспірину компанія Bayer заявила про те, що регулярний прийом аспірину запобігатиме серцевим нападам у всього дорослого населення. Щодо першого випадку, то Федеральною Торговою Комісією було рекомендовано до всієї реклами пігулок включити спростування, зазначивши таке: «Хоча пігулки є ефективним знеболювальним, немає ніяких підстав

¹ Novartis Corp., D-9279 (May 27, 1999).

² US vs Bayer Corp. (Civil Action Feb. 4, 2000, No. 00132 (VHP)).

вважати ці пігулки більш ефективним знеболювальним засобом проти болю в спині, ніж інші препарати». Щодо другого випадку, то компанія Bayer мала вказати у своїй рекламі таке: «Аспірин не підходить кожному, тож обов'язково перед вживанням аспірину порадьтеся зі своїм лікарем».

З позиції економічної теорії реклама є одним із засобів маркетингу, складової менеджменту. Грамотна стратегія та тактика рекламної діяльності дозволить збільшити обсяги реалізації товарів і, як наслідок, прибутків; повідомити про розширення асортименту; розширити бізнес; наростити клієнтську базу; підтримати розвиток нового напрямку; дистанціюватися від конкурентів; скоректувати імідж компанії та її продукції тощо. У цьому зв'язку згадаємо, що примусове ставлення виробників в однакове становище на ринку шляхом накладення обов'язку давати кошти на загальну рекламу є порушенням їх цивільного права на свободу підприємницької діяльності. Також слід зазначити, що особа не може бути примушена до дій, вчинення яких не є обов'язковим для неї. Виробники продукції є юридично рівними, і в цьому випадку можна вказати на те, що нормами законодавств більшості країн світу не допускається неправомірне обмеження конкуренції. Таким чином, можна дійти висновку про виникнення ситуації, в якій здійснюються обмеження добросовісної конкуренції шляхом нав'язування обов'язкової реклами. У цьому зв'язку слід зазначити про справу Глікман проти Wiliaman Bros (1997), що мала місце у США.

Звернемо увагу на регулювання реклами в сільському господарстві в США — найбільшій державі-експортері сільськогосподарської продукції в світі. Так зокрема зазначимо найбільш значимі з цієї точки зору нормативно-правові документи. При розгляді питання компетенції щодо регулювання відносин, що виникають у процесі реклами, згадаємо Закон про Федеральну торговельну комісію (FTC) (1914), відповідно до якого була заснована комісія — орган, що складається із спеціалістів, які мають владні повноваження розслідувати та видавати постанови щодо призупинення та припинення діяльності, що використовує недобросовісні методи конкуренції. Поправкою Уїлєра-Лі (Wheeler-Lee) (1938) забороняються безчесні та такі, що вводять в оману, дії або практика, не залежно від того, завдають вони шкоди конкуренції чи ні; розміщення реклами продуктів харчування та ліків підпадає під юрисдикцію FTC. У Акті FTC по вдосконаленню діяльності (1975)¹ на FTC покладаються повноваження визначати прави-

¹ Також називається Гарантії Магнуссона-Мосса (Magnuson-Moss).

ла, що стосуються гарантій споживачам, а споживачу забезпечується доступ до засобів відшкодування збитків, таким, наприклад, як порушення справи за (груповим) позовом. У випадку перевищення витрат встановленої у цьому документі суми, а саме 5 доларів, FTC дозволяє вимагати відшкодування споживачеві цих витрат, які були завдані внаслідок письмових гарантій, що вводять в оману.

У справі Глікман проти Wiliaman Bros (1997)¹: суд постановив, що обов'язкове регулювання реклами відповідно до Закону про аграрний маркетинг (Agricultural Marketing Agreement Act-АМАА) не посягає на свободу слова сільськогосподарських виробників. Верховний суд відхилив звернення до Першої Поправки сільськогосподарських виробників Каліфорнії, які заперечували проти загальних обмежень по сільськогосподарському маркетингу відповідно до федеральної угоди, за якою частина зборів має бути витрачена на обов'язкову рекламу товарно-родової спрямованості. Відповідачі, сільськогосподарські виробники, розпочали адміністративне провадження, заперечуючи чинність багатьох постанов, в яких Міністерством сільського господарства оприлюднювалися накази у ринковій сфері відповідно до АМАА. Конгресом запроваджувався АМАА для встановлення та підтримання належним чином ринкових умов та справедливих цін щодо найважливіших аграрних продуктів; програма, яка чітко була виділена із антитрестівського законодавства, виставляє конкуренцію на користь колективної діяльності на ринках, що прозоро регулюються. Накази АМАА в ринковій сфері встановлюють однакові ціни, товарні стандарти та інші умови для всіх виробників на окремому ринку і повинні бути схвалені двома третинами виробників, що зацікавлені у їх прийнятті. Виконання зазначених наказів забезпечується комітетами виробників, призначених Міністром та обкладенням податками виробників стосовно витрат їхньої адміністрації, включаючи рекламу товарів та просування на ринок. Після того, як Міністерство сільського господарства затвердило постанови щодо загальної (родової) реклами, відповідачі прагнули переглянути зазначене рішення у позові, що був об'єднаний із зобов'язуючими позовами, поданими Міністром. Окружний суд затвердив накази та виніс рішення на користь Міністра, проте суд дев'ятої округи вирішив, що внески, які запроваджуються урядом, для сплати за загальну (родову) рекламу, порушували права відповідачів на комерційне мовлення відповідно до тесту, встановленого у справі «Central Hudson Gas & Elec. Corp. v. Public

¹ Див.: Glickman Secretary of Agriculture v. Wileman Brothers & Elliot, inc., et al., 117 S. Ct. 2130, 138 L. Ed. 2d (1997).

Serv. Comm'n of N.Y.», 447 U.S. 557, 566. Верховний суд США у справі No.95—1184 постановив, що вимоги фінансування відповідачами загальної (родової) реклами не порушують Першої Поправки.

Родова реклама призначена стимулювати попит споживачів щодо аграрної продукції на регульованому ринку. Ця ціль була визнана законною та сумісною з регуляторними цілями загальної, встановленої законом, схеми. Той факт, що один чи більше виробників не бажають сприяти родовій рекламі їхньої продукції, не є достатньою причиною для суддів відхилити рішення більшості учасників ринку, чиновників та законодавців стосовно того, що такі програми є корисними.

Підсумовуючи вищевикладене, можна зробити такі висновки:

1) недобросовісна конкуренція в рекламі в Україні є явищем прогресуючим і перспективним з точки зору законодавчого врегулювання. Прояви недобросовісної конкуренції мають місце в практиці і тому все більше буде приділятися увага судовим рішенням, винесеним стосовно того чи іншого явища в рекламній діяльності. Зазначене відповідатиме тенденції зближення романо-германської та англосаксонської правових систем, при якому існують поряд судовий прецедент і закон;

2) визначаючи винних осіб, що несуть цивільно-правову відповідальність за недобросовісну конкуренцію у рекламі необхідно розрізняти виробника і рекламодавця, що, наприклад, реалізовує вироблений товар і зацікавлений у збільшенні обсягів реалізації. При розміщенні реклами, що містить недостовірну інформацію виробника, відповідальними є виробник, який формально не є рекламодавцем, і рекламодавець-продавець;

3) слід також зазначити, що, говорячи про недобросовісну конкуренцію в рекламі треба враховувати і норми законодавства про недобросовісну конкуренцію в галузі інтелектуальної власності, оскільки в рекламі повсюдно використовуються об'єкти інтелектуальної власності;

4) аналізуючи вищезазначені прояви недобросовісної конкуренції в рекламі, можна вказати на необхідність чіткої законодавчої деталізації для більшої універсалізації норм законодавства про рекламу та недобросовісну конкуренцію. Так, наприклад, до проявів недобросовісної конкуренції в рекламі у законодавстві України слід віднести відтворення однакових елементів чи імітації стилю без ніякої очевидної необхідності в цьому. Серед можливих шляхів розширення переліку дій, що кваліфікуються як недобросовісна конкуренція в рекламі, можна назвати судочинство. На сьогоднішній день, незважаючи на те, що Україна не є країною, чие законодавство можна віднести до англосаксонської системи права, виникає необхідність у становленні

сильної судової влади, яка б приймала рішення, що містили б корисні новели для законодавчої практики. В Україні на сьогоднішній день необхідно виробити тверду судову практику щодо врегулювання шахрайства та недобросовісної конкуренції в рекламі, а також слід звернутися до професійних статутів етики в рекламі, в яких можна було б знайти ефективний захист від незаконних дій, що мають місце у рекламі. Загальними положеннями ЦК України (ст.ст. 22, 23) дозволяється стороні, чий права було порушено внаслідок незаконної реклами, подавати позов щодо відшкодування збитків, моральної шкоди у будь-якій грошовій сумі.

Надійшла до редколегії 10.10.04

М. Ісаков, адвокат (м. Харків)

Види та організаційні форми підприємств в Україні

Питання щодо організаційно-правових форм підприємств в Україні, безумовно, привертає сьогодні значну увагу до себе в зв'язку з кардинальними змінами в законодавстві України: прийняті Господарський та новий Цивільний кодекси України; втратили силу закони України «Про підприємства» та «Про підприємництво», але продовжують діяти закони України «Про господарські товариства», «Про об'єднання громадян», «Про оренду державного та комунального майна», «Про споживчу кооперацію» та ін., присвячені окремим видам підприємств в частині, в якій вони не суперечать ГК та ЦК України.

Метою даної статті є розкриття різних підходів, які містять положення ГК та ЦК України щодо видів і організаційних форм підприємств в Україні.

ГК розрізняє види підприємств залежно від форми власності. Це приватне підприємство, що діє на основі приватної власності громадян чи суб'єкта господарювання (юридичної особи); підприємство, що діє на основі колективної власності (підприємство колективної власності); комунальне підприємство, що діє на основі комунальної власності територіальної громади; державне підприємство, що діє на основі державної власності, та підприємство, засноване на змішаній формі власності (на базі об'єднання майна різних форм власності).

Відповідно до ч.1 ст. 63 ГК в Україні можуть діяти також інші види підприємств, передбачені законом.

Організаційні форми підприємств ГК ставить в залежність від способу утворення (заснування) та формування статутного фонду і розрізняє унітарні та корпоративні підприємства.

Унітарне підприємство — це підприємство, що створюється одним засновником, який виділяє необхідне для того майно, формує відповідно до закону статутний фонд, не поділений на частки (паї), затверджує статут, розподіляє доходи, безпосередньо або через керівника, який ним призначається, керує підприємством і формує його трудовий колектив на засадах трудового найму, вирішує питання реорганізації та ліквідації підприємства. Унітарними є підприємства державні, комунальні, підприємства, засновані на власності об'єднання громадян, релігійної організації або на приватній власності засновника.

Корпоративне підприємство — це підприємство, що утворюється, як правило, двома або більше засновниками за їх спільним рішенням (договором), діє на основі об'єднання майна та/або підприємницької чи трудової діяльності засновників (учасників), їх спільного управління справами, на основі корпоративних прав, у тому числі через органи, що ними створюються, участі засновників (учасників) у розподілі доходів та ризиків підприємства. Корпоративними є кооперативні підприємства, підприємства, що створюються у формі господарського товариства, а також інші підприємства, в тому числі засновані на приватній власності двох або більше осіб.

Крім того, залежно від кількості працюючих та обсягу валового доходу від реалізації продукції ГК розрізняє малі, середні та великі підприємства.

Малими (незалежно від форми власності) визнаються підприємства, в яких середньооблікова чисельність працюючих за звітний (фінансовий) рік не перевищує 50 осіб, а обсяг валового доходу від реалізації продукції (робіт, послуг) за цей період не перевищує суми, еквівалентної 500 тис. євро за середньорічним курсом НБУ щодо гривні.

Великими визнаються підприємства, в яких середньооблікова чисельність працюючих за звітний (фінансовий) рік перевищує 1000 осіб, а обсяг валового доходу від реалізації продукції (робіт, послуг) за рік перевищує суму, еквівалентну 5 млн євро за середньорічним курсом НБУ щодо гривні.

Інші підприємства визнаються законодавцем середніми.

Як слушно підкреслюється у юридичній літературі¹, малі, середні і великі підприємства не утворюють якихось особливих видів з погляду організаційно-правових форм господарювання. Тому безпідставною є вимога осіб реєструючих органів, що нерідко зустрічається в практиці, вказувати в статуті підприємства, яке реєструється (у його фірмовому найменуванні), що воно «мале». У момент реєстрації воно ще ніяке, тим чи іншим підприємство стане в процесі функціонування, залежно від того, в які класифікаційні критерії вписуватиметься.

Практичне значення поділу підприємств на зазначені категорії полягає, зокрема, в тому, що законодавством можуть встановлюватися заходи державної підтримки, надання пільг малим підприємствам, інша нормативна диференціація, у тому числі з антимонопольних питань, стосовно великих підприємств.

Законодавець також виділяє підприємства, що мають іноземні інвестиції. Так, підприємством з іноземними інвестиціями вважається підприємство, в статутному фонді якого іноземна інвестиція становить не менш як десять відсотків.

Підприємство, в статутному фонді якого іноземна інвестиція становить сто відсотків, вважається іноземним підприємством (ч. 2 ст. 63 ГК).

ГК присвячує підприємствам шість глав, що містять понад 60 статей, в яких дає поняття таких підприємств, як приватне (ст. 113), селянське (фермерське) господарство (ст. 114), орендне (ст. 115), підприємство з іноземними інвестиціями (ст. 116), іноземне підприємство (ст. 117) та ін., підкреслюючи їх відмінні риси.

Для підприємств визначених видів і організаційно-правових форм законом можуть встановлюватися певні особливості господарювання. Так, Господарським кодексом України встановлено особливості для таких підприємств, як державні комерційні (ст. 75), казенні (ст. 77), комунальні унітарні (ст. 78), колективної власності (гл. 10), приватні, іноземні (гл. 11) та ін.

Як бачимо, український законодавець встановив перелік видів та організаційних форм підприємств. Завдяки цьому ми маємо систему підприємств, можемо визначити їх правовий статус. Такий підхід вважається панівним в інших країнах, де законодавець, встановлюючи вичерпний перелік організаційно-правових форм юридичних осіб, має на меті не допустити створення невідомих утворень.

¹ Див.: Науково-практичний коментар Господарського кодексу України / Кол. авт.: Г. Л. Знаменський, В. В. Хахулін, В. С. Щербина та ін.; За заг. ред. В. К. Мамутова. – К., 2004. – С. 114.

Слід відзначити, що термін «підприємство» у вітчизняному законодавстві завжди застосовувався у двох значеннях. По-перше, під підприємством розумівся господарюючий суб'єкт (один з видів юридичних осіб). У такому значенні цей термін вживався у ст. 1 Закону «Про підприємства» як самостійний господарюючий статутний суб'єкт, який має права юридичної особи та здійснює виробничу, науково-дослідницьку і комерційну діяльність з метою одержання відповідного прибутку (доходу). По-друге, під підприємством розумівся цілісний майновий комплекс. В такому значенні цей термін застосовувався як у ст. 18 цього ж Закону, так і в законах «Про режим іноземного інвестування» (ч. 2 ст. 3), «Про оренду державного та комунального майна» (ст. 4) та ін. Неоднозначне поняття терміна «підприємство» у законах України і сьогодні. Наприклад, ст.ст. 5, 14 Закону «Про іпотеку», ст. 11 Закону «Про заставу» використовують «підприємство» як суб'єкта права — заставодавця щодо належного йому майна, закон «Про оренду державного та комунального майна» — як суб'єкта (ст. 1), так і об'єкта (ст. 4) права.

Дослідження даної проблеми на сьогоднішній день ускладнюється у зв'язку з прийняттям ГК та нового ЦК, які мають неоднаковий підхід до такого поняття, як «підприємство». Так, відповідно до ст. 62 ГК підприємство — самостійний суб'єкт господарювання, створений компетентним органом державної влади або органом місцевого самоврядування, або іншими суб'єктами для задоволення суспільних та особистих потреб шляхом систематичного здійснення виробничої, науково-дослідної, торгівельної, іншої господарської діяльності. До майна підприємства ГК відносить цілісний майновий комплекс підприємств, який визнається нерухомістю і може бути об'єктом купівлі-продажу та інших угод, на умовах і в порядку, визначених ГК та законами, прийнятими відповідно до нього (ч. 3 ст. 66).

ЦК ж під підприємством розуміє виключно об'єкт права, розглядаючи підприємство тільки як цілісний майновий комплекс, що використовується для здійснення підприємницької діяльності і може бути об'єктом купівлі-продажу, застави, оренди та інших правочинів (ст. 191).

Таким чином, відносно терміна «підприємство» українське законодавство не має єдиного погляду. Така двозначність має місце не тільки в законодавстві України. Ця проблема є і в російському законодавстві, де новий ЦК РФ¹ не усунув двозначності терміна «підприємство», що ро-

¹ Див.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации части первой и второй / Сост. и автор А. Б. Борисов. — М., 2000.

бити це питання дискусійним і сьогодні. Отже, ЦК РФ під підприємством розуміє як суб'єкта, так і об'єкт права (ст.ст. 113–115, 132).

Багатозначність терміна «підприємство» викликає справедливі нарікання. Так, Ю. Попов називає словосполучення «власник підприємства» нісенітницею і вважає, що підприємство повинно розглядатися лише як комплекс майна, як це передбачає ЦК¹. В. Кравчук же підкреслює, що поняття «підприємство» міцно вкоренилося у вітчизняному законодавстві, насамперед для позначення господарюючих юридичних осіб. Він вважає, що важко знайти інший близький за значенням термін і відмова від поняття підприємства у значенні суб'єкта права за новим ЦК є передчасною².

Взагалі щодо регулювання законодавством України питань юридичних осіб, а саме підприємств, слід зазначити, що одночасна дія ГК та ЦК навряд чи можлива. Дуже тяжко поєднати положення ГК та ЦК України, хоча необхідно це зробити, бо вони розраховані на регулювання однакових відносин.

Розглянемо тепер положення ЦК щодо організаційно-правових форм юридичних осіб. Так, юридичні особи приватного права відповідно до ч. 1 ст. 83 ЦК створюються у формі товариств або установ. Як видно, юридична особа не може бути одночасно товариством і установою, і тому потребують змін закони України, які застосовують ці взаємовиключні терміни. Згідно з ч. 2 ст. 83 ЦК товариством є організація, створена шляхом об'єднання осіб (учасників), які мають право участі у цьому товаристві. Товариство може бути створено і однією особою.

В свою чергу товариства поділяються на підприємницькі і непідприємницькі залежно від мети одержання прибутку та наступного його розподілу між учасниками. Так, підприємницькі товариства мають таку мету на відміну від непідприємницьких товариств, які такої мети не мають.

Щодо підприємницьких товариств слід сказати, що ними є усі види господарських товариств (повне товариство, командитне товариство, товариство з обмеженою або додатковою відповідальністю, акціонерне товариство) або виробничі кооперативи.

Непідприємницькими ж товариствами є споживчі кооперативи, об'єднання громадян, релігійні організації, біржі тощо.

¹ Див.: Попов Ю. Объем понятия «собственник предприятия» // Бизнес. – 1995. – 21 лист. – № 44.

² Див.: Кравчук В. В. Соціально-правова природа юридичної особи: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. – Львів, 2000.

Щодо установ приватного права, то слід відзначити, що ними є організація, створена однією або кількома особами (засновниками), які не беруть участі в управлінні нею, шляхом об'єднання (виділення) їхнього майна для досягнення мети, визначеної засновниками, за рахунок цього майна. Прикладом установи є благодійний фонд, музей тощо.

Як видно, оскільки ч. 1 ст. 83 ЦК має диспозитивний характер, то це дає можливість стверджувати про наявність інших форм юридичних осіб приватного права, до яких і можна віднести різні види підприємств, названі вище, а саме передбачені ГК приватні підприємства, селянське (фермерське) господарство, підприємства колективної власності та ін.

Таким чином, підприємства в розумінні їх ГК як суб'єктів господарювання за положеннями нового ЦК можуть існувати лише в формі товариств.

Тепер спробуємо співвіднести унітарні та корпоративні підприємства за ГК з товариствами за ЦК.

Так, унітарне підприємство створюється одним засновником будь-якої форми власності. При створенні унітарного підприємства засновник виділяє необхідне для того майно, формує відповідно до закону статутний фонд, не поділений на частки (паї), затверджує статут, розподіляє доходи, безпосередньо або через керівника, який ним призначається, керує підприємством і формує його трудовий колектив на засадах трудового найму, вирішує питання реорганізації та ліквідації підприємства (ч. 4 ст. 63 ГК).

Корпоративне підприємство, на відміну від унітарного, створюється не одним, а двома чи декількома засновниками за їх спільним рішенням (договором). У зв'язку з цим діє воно на базі об'єданого ними майна, а також/або на об'єднаній підприємницькій чи трудовій діяльності засновників, їхнього спільного управління справами. Легальною основою спільної участі в управлінні справами корпоративного підприємства є корпоративні права, які реалізуються через участь в органах управління корпоративного підприємства, створеного засновниками та через розподіл доходів і ризиків підприємства (ч. 5 ст. 63 ГК).

Як бачимо, корпоративні підприємства за нормами ГК — це й є товариства за нормами ЦК. Унітарні ж підприємства просто не можуть існувати за нормами ЦК, бо не передбачені ними. Вони не можуть бути віднесені ні до установ, ні до товариств.

Відмінність унітарного підприємства від товариства полягає у неможливості поділу статутного фонду унітарного підприємства на частини (паї).

Як видно, проблема організаційно-правових форм юридичних осіб, зокрема підприємств, не може бути вирішена без погодження положень ГК та ЦК України. Необхідно виробити єдиний підхід до цього питання, бо підприємства створюються, реєструються, здійснюють господарську діяльність, укладають договори, несуть відповідальність, що об'єктивно потребує диференційного законодавчого регулювання стосовно їх видів та організаційно-правових форм.

Надійшла до редколегії 22.10.04

О. Ткачова, здобувач НЮА України

Щодо змісту виправних робіт на сучасному етапі розвитку кримінально-виконавчої системи України

В системі кримінальних покарань виправні роботи належать до основних і мають багаторічну практику їх застосування за радянських часів. Цей вид покарання передбачений і в новому КК України 2001 р. Але в останні 10–15 років кількість випадків призначення судами виправних робіт неухильно падає. Так, якщо у 1989 р. питома вага засуджених до цього виду покарання в СРСР склала 26,3%, то з початку 90-х показники щодо практики застосування виправних робіт стали неухильно зменшуватися — спочатку у колишньому СРСР, потім вже і в незалежних державах¹. На сьогодні в Україні питома вага випадків призначення виправних робіт становить приблизно 4–5%. Отже, ситуація, що склалася, потребує ретельного аналізу змісту цього покарання і розроблення ефективних шляхів, спрямованих на збільшення практики застосування серйозної альтернативи позбавленню волі, якою є виправні роботи, тим більш, що інтерес до вивчення цього покарання викликаний тенденцією до

¹ Див.: *Михлин А. С.* Исправительные работы как альтернатива лишению свободы // <http://www.penalreform.org/russian/altern>.

поступового скорочення сфери застосування покарань, пов'язаних із ізоляцією від суспільства.

Виправні роботи – це традиційний для радянського права вид покарання, який був передбачений вже у перших законодавчих актах радянської держави. Змінювалася їх назва (обов'язкові, громадські, примусові, виправно-трудова, виправні тощо), відпадали або ж, навпаки, виникали деякі правообмеження, проте основні риси цього покарання залишалися незмінними.

Інституту покарання у виді виправних робіт присвячено чимало наукових досліджень. Особливо слід відзначити роботи А. Базунової, В. Богданова, І. Бушуєва, В. Гуськова, О. Міхліна, М. Стручкова, І. Шмарова та ін. Проте ці дослідження здебільшого проводилися ще за радянських часів, адже відбивали зміст цього покарання з точки зору соціалістичних догм і поглядів, із врахуванням реалій того часу. Сьогодні ж фактично відбулася зміна суспільно-політичного устрою, ми живемо в іншій формації, коли діють інші закони суспільного та економічного розвитку. Тому ті положення, які були актуальні ще 15–20 років тому, зараз вже не спрацьовують або ж потребують внесення істотних змін. Не ставлячи за мету здійснити критику наукової цінності робіт зазначених авторів, лише зауважимо, що у зв'язку з докорінними змінами державно-політичної системи суспільства, перебудовою соціально-економічних, культурних та інших відносин виникла потреба у переосмисленні змісту та сутності покарання у виді виправних робіт. Таким чином, цьому суміжному інституту кримінально-правового та кримінально-виконавчого характеру треба дати оцінку відповідно до тих змін, що відбулися та зараз продовжують відбуватися в українському суспільстві, і тих нових положень, що містить кримінальне та кримінально-виконавче законодавство стосовно даного інституту.

Якщо звернутися до ст. 27 КК України, то з'ясуємо, що в кримінальному законодавстві немає поняття покарання у виді виправних робіт. У цій статті лише вказується на строки виправних робіт, розмір стягнень та наслідки в разі ухилення від їх відбування.

У спеціальній літературі наводяться різноманітні визначення виправних робіт. При цьому вчені довільно ставляться до ознак цього виду покарання, що ускладнює виділення тих з них, які є «показовими» і властивими саме йому. Так, російський вчений Р. Галіакбаров вважає, що виправні роботи – це міра покарання, сутність якої полягає у примусовому залученні засудженого до праці на строк, зазна-

чений у вироку, із відрахуванням певної частини заробітку у доход держави¹. Дещо інакше розуміє виправні роботи Б. Леонт'єв. На його думку, зміст виправних робіт без позбавлення волі полягає в тому, що засуджений до цієї міри покарання піддається виправно-трудовому і виховному впливу, переважно за попереднім місцем роботи і завжди за попереднім місцем проживання без ізоляції його від суспільства. Якщо відкинути те, що зараз виправні роботи відбуваються лише за попереднім місцем роботи, цілком зрозумілим є бажання вченого зробити акцент на цілях даного покарання, але без пояснення механізму застосування покарання або принаймні проведення відмінності від однойменного адміністративного стягнення. Співзвучним останньому визначенню слід визнати й визначення, надане А. Івановою і С. Бондар, які вважають, що виправні роботи без позбавлення волі — це покарання, пов'язане з виправно-трудоим впливом на засудженого². У цьому визначенні єдине, що є інформативним для розкриття природи виправних робіт, так це вказівка про віднесення даного заходу саме до покарання.

Проаналізувавши наведені визначення, уявляється досить проблематичним приєднатися до будь-якого з них із таких причин.

По-перше, про які примусові роботи може йтися? Адже ані у ст. 29 КК УРСР 1960 р., ані у ст. 57 КК України 2001 р. не говориться про *примусову* працю, а тільки зазначається те, що виправні роботи відбуваються за місцем роботи засудженого. Щоправда, ст. 29 КК УРСР припускала виконання цього виду покарання і «в інших місцях, що визначалися органами, які виконували виправні роботи, але у районі проживання засудженого». Проте навіть таке становище не дало підстав вважати, що даний вид виправних робіт є примусовим.

У пошуках «кореня» проблеми співвідношення примусової праці і виправних робіт слід звернутися до історії становлення міжнародного законодавства про заборону примусової праці. У 1930 р. Генеральною конференцією Міжнародної Організації Праці (МОП) було прийнято Конвенцію про примусову працю, у п. «с» ст. 2 якої зазначалося, що термін «примусова чи обов'язкова праця» не включає всяку роботу або службу, що вимагається від будь-якої особи внаслідок вироку, винесеного рішенням судового органу, за умови, якщо ця робота або служ-

¹ Див.: Уголовное право Российской Федерации. Общая часть. — Саратов, 1997. — С. 292.

² Див.: *Іванова А., Бондарь С.* Практика назначения и исполнения наказания в виде исправительных работ без лишения свободы // Сов. юстиция. — 1984. — № 22. — С. 13 (С. 13–14).

ба провадитиметься під наглядом і контролем державної влади і якщо вказану особу не буде відступлено чи передано у розпорядження приватних осіб, компаній чи громад. Не викликає сумнівів, що саме цей міжнародний документ мав на увазі радянський законодавець під час розроблення кримінальних покарань, пов'язаних з виправно-трудовим впливом на засуджених, до яких належали й виправні роботи.

У 1957 р. Генеральна конференція МОП на своїй 40-й сесії прийняла Конвенцію про скасування примусової праці. Зокрема, в цьому документі йдеться про те, що «будь-який член Міжнародної Організації Праці, який ратифікував цю Конвенцію, зобов'язується скасувати примусову чи обов'язкову працю та не вдаватися до будь-якої її форми: а) як засобу політичного впливу чи виховання, або як міри покарання за наявності або вираженні політичних поглядів чи переконань, які суперечать встановленій політичній, соціальній або економічній системі; с) як засобу підтримання трудової дисципліни». У той же час терміном «примусова чи обов'язкова праця» згідно з ст. 4 Європейської конвенції про права людини 1950 р. не охоплюється будь-яка робота, виконання якої звичайно вимагається під час ув'язнення людини після її засудження компетентним судом¹. Але виправні роботи *не пов'язані з ув'язненням*, тому взагалі некоректно ставити питання про співвідношення цього виду покарання та примусової праці.

По-друге, хіба ж можна говорити про виправний характер робіт, якщо засуджений після винесення вироку продовжує працювати на тому самому місці, на якому працював і до осудження? Тим паче, що зараз засуджена особа відбуває виправні роботи згідно з законом тільки за попереднім місцем роботи. Отже, характер виконуваних людиною виробничих функцій не змінюється. Тому видається, що робота засудженого не набуває будь-яких виправних якостей, нових ознак. Якщо і може йтися про будь-яке виправлення взагалі, то таким чинником є виправлення засудженого не працею, а певними матеріальними обмеженнями. І однозначно відповісти на це питання дуже складно, оскільки будь-яке обмеження не завжди сприяє прищепленню якихось твердих принципів правослухняної поведінки, які згодом стають внутрішнім стрижнем людини щодо неприпустимості у майбутньому протиправної поведінки. Принаймні, ці матеріальні обмеження не несуть у собі настільки серйозного карального елемен-

¹ Див.: Європейська конвенція про права людини // Спеціальний випуск № 30 інформаційно-аналітичного бюлетеня «Права людини». – Х., 1997. – С. 6.

та, щоб служитиме й надалі гарантом невчинення нового правопорушення.

Щодо цього слід, напевно, погодитися з тими радянськими вченими, які свого часу піддали критиці термін «виправні роботи», виступаючи проти їх визнання за місцем роботи засудженого самотійною мірою покарання і всіляко доказуючи їх схожість зі штрафом¹. Разом з тим таке розуміння виправних робіт, на нашу думку, є вірним лише у певній частині, оскільки вважати виправні роботи за місцем роботи лише майновим стягненням, замаскованим штрафом, чимось середнім між штрафом і умовним засудженням, замаскованим штрафом у розстрочку — означає ігнорувати їх кримінально-правове і виправне трудове значення². Якщо відкинути ідеологічну данину радянським часам, то наведене висловлювання є цілком справедливим у частині неприпустимості ігнорування кримінально-правового значення виправних робіт. Що ж стосується висловлювання щодо виправно-трудового значення цього виду покарання, то зазначимо таке. На той історичний проміжок часу, коли проводилися дослідження змісту покарання у виді виправних робіт, ці висновки у принципі були достатньо обґрунтовані з теоретичної точки зору. Річ у тім, що виправні роботи як такі, у тому числі й за місцем роботи, характеризувалися тим, що засуджений піддавався не тільки і не стільки матеріальним обмеженням, а головним чином тим, що на нього під час відбування покарання справлявся виховний вплив. Звичайно ж, у світлі останніх розробок у галузі кримінально-виконавчого права можна сперечатися з приводу сили та ефективності даного впливу, його виховного значення, методів, які застосовувалися при цьому, навіть стверджувати, що це зовсім не позитивне явище, а цілком визначений тиск на людину, яка працює у трудовому колективі, чи вважати, що такий вплив взагалі-то й неможливий³, проте раніше хоча б формально ця робота з боку громадських організацій, підприємств, установ все ж таки проводилася із засудженим. Згідно з ст. 100 Виправно-

¹ Більш докладно про це див.: *Познышев С. В.* Учебник уголовного права. — М., 1923.

² Див.: *Стручков Н. А.* Уголовная ответственность и ее реализация в борьбе с преступностью. — Саратов, 1997. — С. 206; Советское исправительно-трудовое право / Под общ. ред. Б. С. Утевского. — М., 1960. — С. 264.

³ Див.: *Степанюк А. Ф.* Сущность исполнения наказания. — Х., 1999; *Михлин А. С., Стручков Н. А., Шмаров И. В.* Теоретические проблемы правового регулирования исполнения наказания // Сов. государство и право. — 1988. — № 4. — С. 67–75 та ін.

трудового кодексу України 1970 р. на адміністрацію підприємств, установ, організацій, в яких працює засуджений до виправних робіт, покладалися, зокрема, обов'язок доведення вироку до відома членів трудового колективу; контроль за поведінкою засудженого, участь у проведенні з ним виховної роботи; трудове виховання засудженого у дусі добросовісного ставлення до праці, дотримання трудової і державної дисципліни. При цьому вважалося, що велике виховне значення мало доведення вироку до відома колективу, де працює засуджений. Це підвищувало його виховний вплив, сприяло створенню обстановки нетерпимості і загального осуду злочину і злочинця, формуванню громадської думки, підвищенню авторитету суду, мобілізації громадськості на боротьбу зі злочинністю, усуненню причин і умов, що сприяли вчиненню злочину, дозволяло краще організовувати і проводити із засудженими виховну роботу тощо. Форми такої участі у проведенні виховної роботи із засудженим були різноманітні: індивідуальні і групові бесіди з ним, виступи на зборах колективів працівників, профспілкових зборах, на яких обговорювалися результати праці засуджених, у пресі тощо.

Новий Кримінально-виконавчий кодекс України 2003 р., на відміну від ВТК України 1970 р., не покладає на керівництво підприємств і організацій, де працює засуджений до виправних робіт, обов'язок щодо проведення з ним виховної роботи. Так, у ст. 44 КВК зазначається, що на власника підприємства, установи, організації або уповноваженого ним органу, в якій працює засуджений до виправних робіт, покладається щомісячне відрахування визначеної вироком суду частини заробітної плати і перерахування утриманої суми в доход держави; додержання порядку та умов відбування покарання, передбачених Кодексом; своєчасне інформування кримінально-виконавчої інспекції про ухилення засудженого від відбування покарання, переведення засудженого на іншу роботу чи посаду, а також його звільнення тощо. Обов'язок щодо проведення із засудженим до виправних робіт виховної роботи покладається на кримінально-виконавчу інспекцію, проте в чому вона полягає, законом не визначається.

Сьогодні, на наш погляд, в умовах деградації громадської думки, моральних засад суспільства навіть такий захід, як доведення змісту вироку до відома трудового колективу, не виконує виховної функції, як колись. Єдине, що дійсно може за цим статися, так це створення навколо засудженого атмосфери психологічного неприйняття колективом, пересудів та ін. Отже, в такому ракурсі доведення змісту вироку до відома трудового колективу несе, безперечно, додаткове караль-

не навантаження. Проте не слід підмінювати суто каральну сторону даного елемента будь-якими міркуваннями про значний виховний момент, оскільки скоріше відбуваються приниження та озлоблення людини, ніж її виховання.

По-третє, змістом покарання є лише кара, за допомогою якої досягаються цілі покарання. У виправних роботах кара полягає не у праці як такій, оскільки вона якою була до засудження, такою і залишилася після нього. Більш того, праця для однієї людини – це, так би мовити, природна потреба, спосіб самовираження. Залишаючись джерелом існування, праця стає головним чином процесом задоволення внутрішніх потреб будь-якої особи у вільному і всебічному розвитку, що є її умовою вільного і всебічного розвитку всіх¹. Для декого праця — це основне джерело існування його та його близьких, так би мовити, необхідна умова для підтримання життєдіяльності. Отже, карати такою працею немає сенсу. Тому в чому ж, власне, полягає кара? На думку І. Бушуєва, зміст кари, притаманний виправним роботам без позбавлення волі, створює низка елементів. До них належить сам факт покарання, оскільки визнання людини винною у вчиненні злочину означає негативну морально-політичну оцінку особи від імені держави, виникнення судимості, стягнення із заробітку, тобто майнові правообмеження, втрату права самостійно залишати роботу². Такої ж точки зору додержуються й М. Стручков, Н. Кукушкіна та ін.³

Вважаємо, що у цілому слід погодитися з такою позицією вчених, проте необхідно зробити певні застереження. Річ у тім, що сьогодні законодавцем дещо звужено обсяг правообмежень, які становлять зміст кари. Фактично особи, засуджені до виправних робіт, мають усі громадянські права з обмеженнями, котрі передбачаються виправними роботами як видом покарання, а також впливають з вироку суду⁴. Так, згідно з КВК засудженим надається чергова відпустка, час якої

¹ Див.: *Философский словарь* / Под ред. И. Т. Фроловой. – М., 1986. – С. 491.

² Див.: *Бушуев И. А. Исправительные работы*. – М., 1968. – С. 48–57.

³ Див.: *Стручков Н. А. Уголовная ответственность и ее реализация в борьбе с преступностью*. – Саратов, 1997; *Кукушкина Н. П. Условия отбывания наказания в виде исправительных работ без лишения свободы*. – М., 1973 та ін.

⁴ Див.: *Вербенський М. Г. Покарання, не пов'язані з позбавленням волі: загальна характеристика і проблеми застосування // Новий кримінальний кодекс України: Питання застосування і вивчення: Матер. міжнар. наук.-практ. конф. [Харків] 25–26 жовт. 2001 р. / Редкол.: Сташис В. В. (голов. ред.) та ін. – К.; Х., 2002. – С. 86.*

не зараховується до строку відбування покарання; стаж роботи під час відбування виправних робіт включається до загального трудового стажу, у зв'язку з чим зберігаються усі соціальні пільги (право на одержання пенсії, надбавок до ставок заробітної плати за вислугу, додаткові відпустки тощо). Отже, єдине обмеження трудової сфери, встановлене для засудженого до виправних робіт, — заборона самостійно звільнитися з роботи за власним бажанням. У зв'язку з цим В. Петрашев зазначає, що законодавець практично не встановив ніяких правообмежень для засудженого до виправних робіт. Те, що засуджений не може звільнитися з роботи за власним бажанням без згоди органу, який контролює поведінку засудженого, в умовах постійного скорочення робочих місць є надуманим обмеженням¹.

Під час виконання цього покарання можуть бути встановлені деякі небажанні для засудженого заборони і покладені обов'язки. Однак це стосується тільки тих осіб, які не додержуються звичайних норм поведінки, встановлених і для законослухняних громадян у виробничій сфері (наприклад, догана у зв'язку з невиконання або неналежним виконанням трудових обов'язків, обов'язок відшкодувати матеріальні збитки тощо). Такий підхід, без сумніву, є вірним, адже він у складних умовах соціально-економічної дійсності (безробіття, скорочення робочих місць, соціальна незахищеність широких верств населення) відобразив потреби часу — надати надійний соціальний захист будь-якій людині, навіть правопорушнику, сьогодні та у майбутньому.

Уявляється, що визначитися зі змістом покарання у виді виправних робіт не можна без глибокого наукового осмислення змісту цього покарання. Як вже зазначалося, цій проблемі приділялася значна увага вже раніше, однак майже всі дослідження були пов'язані з організацією та проведенням виховної роботи із засудженими з боку членів трудового колективу та визнанням змісту виправних робіт у єдності каральних та виховних елементів, сукупності кари, режиму, виправно-трудоного та ідейно-політичного впливу, що здійснюються без ізоляції засудженого від суспільства². Але ні про яку єдність *каральних* та *виховних* елементів покарання сьогодні не може йтися, оскільки у змісті виправних робіт є тільки *кара*, до речі, як і в будь-якому по-

¹ Петрашев В. Н. К вопросу о проблеме наказания в новом УК Российской Федерации // Сб. науч. трудов. Северный Кавказ: борьба с преступностью. — Ростов н/Д, 1997. — С. 75.

² Див.: Базунов А. П. Вопросы теории и практики исправительных работ без лишения свободы в советском праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 1956. — С. 9.

каранні. Саме через визначення обсягу правообмежень, які становлять зміст кари, можна навести адекватне поняття виправних робіт.

Отже, більш докладно зупинимося на каральній стороні виправних робіт. Як вже зазначалося, сам факт засудження до виправних робіт як і до будь-якого іншого покарання, є карою, котра з моменту оголошення вироку суду проявляється в негативній моральній оцінці особи засудженого судовим органом від імені держави. Але за цією ознакою виправні роботи навряд чи відрізняються від інших покарань. Тобто негативна оцінка, осуд злочинця є спільною змістовною ознакою, властивою будь-якому покаранню, передбаченому у системі покарань, і за цією ознакою виправні роботи не відрізняються від інших покарань.

Згідно з ст. 89 КК особи, засуджені до виправних робіт, упродовж одного року після відбуття покарання мають судимість. Це ще один елемент, який становить зміст кари. Проте, як і попереднє положення, у цій частині каральний елемент, який полягає у судимості, притаманний також іншим покаранням. Принципова відмінність полягає лише у тривалості стану судимості.

Хоча два вищезазначені елементи каральної сторони визначають зміст виправних робіт як покарання, а тому обов'язково повинні знайти відображення у понятті виправних робіт, але основний акцент у плані кари треба зробити на іншій сфері правообмежень. Цю сферу становить комплекс трудових правовідносин, через обмеження яких настає обмеження майнової сфери засудженого. Однак ці обмеження за новим законодавством мають менший обсяг, ніж раніше, і полягають лише у стягненні із заробітку певної грошової суми, розмір якої визначено судом, і забороні звільнення за власним бажанням без узгодження цього питання з органом, який відає виконанням виправних робіт. Ніяких інших матеріальних збитків або трудових обмежень у зарахуванні стажу, вислуги, наданні чергових відпусток тощо засуджений не несе. Таким чином, на сьогодні максимально зроблено для того, щоб обсяг кари привести у відповідність з тим місцем, яке виправні роботи посідають у шкалі покарань. У цьому є певна логіка, але основне, на наш погляд, полягає в тому, що кара не відчуватиметься людиною і у майбутньому після відбуття покарання (наприклад, недостатність загального трудового стажу або стажу за фахом для одержання через багато років пенсії).

Підбиваючи підсумок викладеному, зауважимо, що виправні роботи як вид кримінального покарання у вітчизняній практиці мають давню історію, якою цілком доведено «життєздатність» та доцільність

застосування у багатьох випадках саме цього виду покарання як альтернативи позбавленню волі. На підставі аналізу змісту покарання, про яке йдеться, зазначимо: виправні роботи — це заходи примусового характеру, які застосовуються від імені держави за вироком суду до особи, визнаної винною у вчиненні злочинного діяння, та полягають у обмеженні трудової сфери у вигляді стягнення певного відсотку із заробітку і забороні звільнитися за власним бажанням, а також тягнуть за собою судимість. Власне, примусовість цього покарання полягає у зобов'язанні засудженого підкорятися тим вимогам, які встановлені законодавством і спрямовані на обмеження трудової сфери особи, отже, й матеріальної сфери, що у решті-решт є не чим іншим, як проявом кари.

Надійшла до редколегії 10.10.04

Новий якісний крок до осмислення фінансово-правової природи публічних накопичувальних фондів

Сучасний етап розвитку нашої держави характеризується суттєвими змінами в усіх сферах суспільного життя. Значною мірою це стоюється змін у механізмі державного регулювання фінансових відносин, оскільки саме сьогодні в Україні відбувається реформування фінансової діяльності держави, зокрема розпочато будівництво та вдосконалення пенсійної системи. Крім того, прийняття законів України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» та «Про недержавне пенсійне забезпечення» вимагає перебудови правової основи усієї системи пенсійного забезпечення нашої країни. Це зумовлює необхідність використання нових підходів до наукового аналізу проблем організації фінансової діяльності держави, вимагає перегляду низки основних теоретичних положень фінансового права, зокрема його предмета та системи, що потребує розроблення нової концепції фінансового права.

Все це, безумовно, не могло не позначитися й на наукових дослідженнях різноманітних проблем фінансового права, результатами яких є поява нових монографій та підручників. Але, незважаючи на це, у вітчизняній науці проблеми утворення, управління та використання нових публічних фондів до недавнього часу не були предметом окремого дослідження. Тому саме на позитивну оцінку заслуговує дослідження проблем публічних накопичувальних фондів, проведене А. Нечай, матеріальним відображенням чого стала її монографія¹.

Треба сказати, що рецензована монографія є змістовною, оригінально побудованою, складеною з урахуванням всебічного аналізу законодавства, що регулює діяльність публічних накопичувальних фондів та останніх теоретичних розробок як українських, так і зарубіжних, зокрема російських, європейських і американських авторів.

Приваблює те, що дослідження А. Нечай не зводиться лише до аналізу діючої в Україні системи законодавства, а й містить аналіз поглядів науковців на основні проблеми теорії і практики фінансово-правового регулювання. Авторка не тільки використала загальноприйняті у науці фінансового права підходи, а й запропонувала нові, оригінальні ідеї, які у майбутньому повинні набути нового розвитку.

¹ *Нечай А. А.* Актуальні питання фінансового права: правові основи публічних накопичувальних фондів: Монографія. — Чернівці: Рута, 2004. — 376 с.

Вперше в монографії вміщено окремою главою «Правова природа публічних накопичувальних фондів» міркування щодо поняття, історії виникнення й видів цих фондів, понять «публічність», «публічний інтерес» з погляду фінансово-правового регулювання, з'ясування правової природи публічних фондів.

Позитивним у монографії є поглиблений аналіз питань державного регулювання та нагляду за діяльністю накопичувальних пенсійних фондів, наприклад, напрямків та методів державного регулювання у цій сфері. Такий підхід є слухним, оскільки ці проблеми не повинні залишатися поза увагою науковців, тим більше в умовах сьогодення. Досить ретельно авторка проаналізувала правові засади запровадження накопичувальних пенсійних фондів в Україні.

Вагоме місце у роботі відведено характеристиці міжнародних джерел правових засад регулювання діяльності накопичувальних пенсійних фондів, а саме: міжнародним правовим актам у сфері діяльності цих фондів, міжнародних стандартів щодо їх функціонування, ретельно проаналізовані міжнародна практика застосування моделей оподаткування і міжнародний досвід організації та функціонування накопичувальних пенсійних фондів, що є досить вдалим, оскільки в сучасних умовах вельми важливим є знання особливостей правового регулювання фінансових відносин в країнах з розвинутою ринковою економікою з метою використання досвіду таких країн для підвищення ефективності здійснюваних реформ у нашій державі.

Разом з тим авторка обґрунтовує низку нових для вітчизняної фінансово-правової науки висновків та рекомендацій, що є вкрай необхідним, оскільки відсутність науково обґрунтованих рекомендацій певним чином позначається на рівні законодавчого регулювання функціонування публічних фондів. Отже, монографічне дослідження А. Нечай є актуальним і своєчасним як для подальшого розвитку науки фінансового права, так і для вдосконалення тих частин фінансового законодавства, які пов'язані з регулюванням виникнення, управління та використання коштів публічних накопичувальних фондів.

Таким чином, саме сьогодні, в умовах розвитку трансформаційних процесів в Україні, особливого значення набувають з'ясування та досконале вивчення правових засад функціонування публічних накопичувальних фондів відповідно до нових принципів державотворення.

Рецензована монографія об'єднує в собі традиційні та оригінальні підходи до висвітлення проблем фінансового права і тому заслуговує на високу оцінку.

М. Кучерявенко, завідувач кафедри фінансового права
НЮА України, доктор юридичних наук, професор

Міжнародний науковий симпозіум у Львові

Нещодавно Львівською лабораторією прав людини і громадянина НДІ державного будівництва та місцевого самоврядування Академії правових наук України (далі — Лабораторія АПрН) спільно з юридичним факультетом Львівського національного університету імені Івана Франка (далі — ЛНУ ім. І. Франка) та юридичним факультетом Регенсбурзького Університету (Німеччина) був організований міжнародний науковий симпозіум на тему: «Релігійна свобода у державах Східної Європи: традиції та новації». Проведення заходу стало можливим завдяки фінансовій підтримці благодійної організації «Volkswagen Stiftung»

У роботі симпозіуму взяли участь учені-правознавці — фахівці у галузі захисту прав людини — з Австрії, Білорусі, Литви, Німеччини, Польщі, Угорщини, України. Протягом кількох днів їх виступи викликали жваві дискусії учасників і гостей.

Відкриваючи перше засідання, декан юридичного факультету ЛНУ ім. І. Франка, доцент **А. Бойко** та начальник відділу у справах національностей і міграції Львівської обласної державної адміністрації **Ю. Гресько** наголосили на схожості завдань усіх європейських держав щодо юридичного забезпечення релігійної свободи людини і закликали учасників симпозіуму звернути увагу на сучасний стан справ у цій сфері й спільні проблеми, що потребують вирішення, а професор Регенсбурзького університету, доктор **Г. Манссен** визначив пріоритетні теми дискусій, серед яких: історія розвитку релігійних прав людини, роль практики конституційних судів європейських держав у їх забезпеченні, правовий статус світоглядних і релігійних організацій, принцип відокремлення останніх від держави.

Професор Регенсбурзького університету, доктор **Г.-Ю. Беккер** виділив умовно чотири етапи розвитку релігійної свободи в Європі: 1) період єдиної культури (до XVI ст. свобода віровизнання як найповніша форма свободи віросповідання не гарантувалася через тісний зв'язок церкви з державою); 2) період обмеженої свободи (з XVIII ст. до початку XX ст. окремі релігійні права знайшли часткове закріплення у національному законодавстві); 3) час формування міжнародного права у сфері релігії (цей етап характеризується переходом від гарантування релігійних прав у торгових контрактах до їх обговорення на міжнародних конференціях і включення у міжнародні договори); 4) вироблення європейських стандартів релігійних прав людини (становлення у другій половині XX ст. регіональних систем захисту таких прав і вироб-

лення орієнтирів для розвитку держав, котрі бажають інтегруватися у певні міждержавні утворення, зокрема в Європейський Союз).

Історико-правовим аспектам становлення права на свободу віросповідання в Україні присвятив доповідь завідувач кафедри основ права України юридичного факультету ЛНУ ім. І. Франка, доцент **В. Семків**. Він зауважив, що релігійна свобода знайшла відображення у політичних документах ще задовго до того, як з'явилася ідея систематичного захисту громадянських прав. Сучасні ж уявлення про релігійні права у нашій державі сформувалися не лише під впливом міжнародних нормативно-правових актів, але й у тривалому процесі історичного розвитку України на основі релігійно-культурної традиції українського народу.

Доктор Університету м. Печ **Т. Дріночі** зосередила увагу на особливостях правового регулювання свободи віросповідання в історії Угорщини. Доповідачка зазначила, що з 1949 р., коли у Конституції Угорщини було закріплено релігійні права (проте люди не були вільними у їх реалізації), Угорщина пройшла складний шлях від внесення змін до її Основного Закону, запровадження інститутів внутрішньодержавного контролю за дотриманням релігійної свободи, імплементації відповідних міжнародних договорів до встановлення умов, які гарантують можливості сповідувати чи не сповідувати будь-яку релігію.

Філософсько-світоглядні аспекти проблематики симпозиуму були розкриті у доповіді наукового співробітника Лабораторії АПрН, доцента Львівського юридичного інституту МВС України **С. Рабіновича**, який з етико-гуманістичних позицій сучасності проаналізував релігійну свободу на таких трьох діалектично взаємозалежних рівнях, як свобода волі (свобода вибору), свобода дії та духовна свобода, наголосивши на тому, що оскільки юридичні аспекти свободи релігії безпосередньо стосуються тільки другого рівня, то в цілому свободу релігії слід вважати метаюридичним феноменом.

У доповіді старшого наукового співробітника Лабораторії АПрН, декана юридичного факультету Західноукраїнського інституту інформаційних технологій та управління **Л. Ярмол** зроблено акцент на антропологічному підґрунті релігійних прав, основою яких було визначено віру як духовну, психічну діяльність людини, спрямовану на вибір об'єкта вірування та визначення внутрішнього ставлення до нього. Можливість здійснення такої діяльності, як зазначила доповідачка, якраз і відображає свобода віровизнання, аналіз правозабезпечувального механізму якої дозволяє говорити про недостатній обсяг, а часом і відсутність в Україні деяких юридичних засобів реалізації, охорони та захисту окремих релігійних прав.

Доктор Регенсбурзького університету **Е. Швірскот** присвятила свою доповідь ролі Європейського суду з прав людини у захисті релігійної свободи. Аналізуючи низку його рішень (зокрема, у справах «Отто-Премінгер інститут проти Австрії» та «Гофман проти Австрії»), вона звернула увагу на необхідність врахування прецедентного права цього Суду в правозастосувальній практиці органів європейських держав.

До з'ясування змісту понять, якими зазвичай відображаються природні та юридичні релігійні права (зокрема, понять «віротерпимість», свободи «віровизнання», «віросповідання», «релігії», «світогляду», «совісті»), і до визначення складу (елементів) таких прав звернувся науковий співробітник Лабораторії досліджень теоретичних проблем прав людини юридичного факультету ЛНУ ім. І. Франка Д. Гудима. Він визнав той факт, що держави не одностайні у розумінні релігійних свобод, їх змісту та меж. Але оскільки діяльність держав у правозахисній сфері часто залежить від впливу політики «сусідів» і міжнародних інституцій, то й уніфікація (стандартизація) релігійних прав відбувається здебільшого за регіональним принципом.

У доповіді члена-кореспондента Академії правових наук України, завідувача Лабораторії АПрН, професора ЛНУ ім. І. Франка П. Рабіновича наголошувалося на відсутності законодавчого закріплення критеріїв визнання організації як релігійної. На думку доповідача, для такого визнання важливим є не релігійний характер організації, а факт непорушення нею прав інших учасників суспільного життя, інших світоглядних організацій. У виступі також було визначено основні тенденції розвитку релігійної віри, серед яких: плюралізація (урізноманітнення) вірувань (їх об'єктів); демонополізація традиційних релігій у визначенні схвалюваної та не схвалюваної поведінки, правильного і неправильного, добра та зла; деетнізація віри, про що свідчать виникнення та поширення у світі релігійних організацій, нетрадиційних для певної нації чи групи націй (наприклад, християнського руху «Євреї за Христа»).

Професор Віденського університету, доктор Р. Тінель охарактеризував форми правосуб'єктності релігійних організацій Австрії, до яких він відніс: 1) церкви та релігійні об'єднання, визнані такими за законом (умови визнання: релігійна община існує понад 20 років; її члени становлять 2% населення держави або адміністративно-територіальної одиниці, на яку поширюється діяльність релігійної організації; статут останньої не суперечить законодавству; її майно використовується лише для релігійних цілей); 2) об'єднання віросповідань (вони не визнаються законом, а реєструються Міністерством освіти на підставі заяви, якщо кількість членів таких об'єднань є не меншою ніж 300 віруючих); 3) асоціації (ідейні об'єднання, що не ґрунтуються на жодній із світових релігій).

Провідний науковий співробітник Лабораторії АПрН, доцент ЛНУ ім. І. Франка І. Панкевич у своєму виступі зазначив, що питання встановлення законодавчих меж реалізації свободи віросповідання є вельми складним, оскільки певна релігія могла домінувати у тій чи іншій державі протягом століть або навіть тисячоліть, унеможливаючи визнання нових релігійних течій. Доповідач наголосив на необхідності постійного діалогу органів державної влади з існуючими релігійними громадами для проведення аналізу поглядів представників останніх на різні суспільно-політичні проблеми, що сприятиме консолідації соціуму, унеможливить становлення релігійного екстремізму, позитивно вплине на розвиток громадянського суспільства.

Теоретико-прикладні аспекти реалізації релігійних прав особи у Литві — останній язичницькій європейській державі та єдиній католицькій радянській республіці — знайшли відображення у доповіді доктора Вільнюського університету **Е. Сілейкіса**. Він зауважив, що литовське законодавство розрізняє релігії традиційні (за законом 1995 р. їх є дев'ять, хоча у 2001 р. законом було додано ще одну, однак не вказано на її традиційний характер), далі — визнані державою (нині є одна така, проте ще три чекають визнання) і, нарешті, нетрадиційні. Така ситуація створює неоднакові можливості для існування та розвитку відповідних релігійних організацій.

Особливості здійснення свободи совісті у Білорусі та Росії детально висвітлювалися професором Білоруського державного університету **О. Вашкевичем** і професором Університету Ернста-Моріца-Ардта у Грайфсвальді (Німеччина), доктором **У. Кішелем**. Вони проаналізували релігійний склад населення цих держав, констатували різке збільшення в них кількості зареєстрованих релігійних об'єднань у пострадянський період, звернулися до відповідного національного законодавства та судової практики щодо альтернативної (невійськової) служби.

Окремим аспектам відповідної практики конституційних судів Польщі та Німеччини були присвячені доповіді професора, доктора Вроцлавського університету **Б. Банашака** та докторів того ж закладу **Р. Баліцко** й **А. Маліцкої**. Вони наголосили на тому, що у сучасних умовах, незважаючи на нечасті спроби звернень (з огляду на високий ступінь однорідності етнічної та релігійної структури польського суспільства), Конституційний Суд Польщі, по-перше, сформулював концепцію «метаправа» як релігійної можливості, що розмежовує права людини на дві групи: вищестоящі та нижчестоящі, залишивши нез'ясованим місце самого «метаправа» в їх системі та не обґрунтувавши свій підхід ані теоретичною необхідністю, ані практичною доцільністю; по-друге, визнав конституційними два акти 1990 р., якими було запроваджено релігійну освіту й встановлено основи співробітництва держави з некатолицькими релігійними організаціями, зазначивши, що запровадження навчальних дисциплін етики та релігії з обов'язковим включенням до атестату оцінок з цих предметів жодним рядком не порушує закон про освіту, оскільки вони можуть викладатися факультативно; по-третє, у справі щодо конституційності ч. 2 ст. 18 Закону «Про радіо та телебачення», в якій забороняється вихід у світ програм, котрі ображають релігійні почуття людини, встановив, що така заборона є правомірним обмеженням права на свободу думки.

Доповідь професора Університету Людвіга-Максиміліана у Мюнхені, доктора **С. Коріюта** була пов'язана з декількома справами з практики Конституційного Суду ФРН. У справі 1960 р. про торгівлю за низькими цінами «секонд-хендо» групою молодих людей, які хотіли пожертвувати зароблене церкві, а один з торговців схожим товаром вважав, що такі дії молоді порушують його права, Суд розширив тлумачення свободи сумління й віросповідання, визнаючи релігійними навіть «нейтральні» дії, якщо ті базуються на релігійних мотивах. В інших, більш пізніх справах, які стосувалися,

зокрема, державного нейтралітету у відносинах з релігійними організаціями, Конституційний Суд ФРН спробував обмежити релігійну свободу лише культурними діями, звуживши дане ним раніше тлумачення.

Щодо всіх означених вище проблем учасниками та гостями симпозиуму висловлювалося чимало міркувань. Дискусії виникали й з приводу дозволеності чи забороненості ритуального забою худоби, «тоталітарних» релігійних організацій, носіння традиційного одягу, вивішування у закладах освіти платникам податків — фізичним особам, присвоєння автомобілям державних номерних знаків, що містять підряд три і більше цифр «6».

Учасники міжнародного симпозиуму домовилися про подальшу співпрацю, логічним наслідком якої має стати видання у Німеччині текстів їхніх доповідей і проведення найближчим часом аналогічного тематичного заходу в Регенсбурзькому Університеті. А це ще раз стане підтвердженням відомої істини: без науки немає відповідей на запитання; проте там, де наука поки що неспроможна знайти такі відповіді, — доводиться вдаватись до віри.

Матеріал підготував

Д. Гудима, науковий співробітник Лабораторії досліджень теоретичних проблем прав людини юридичного факультету ЛНУ ім. І. Франка

Науково-практичний семінар «Проблеми попередження службових злочинів у сфері господарської діяльності»

Серед нагальних питань сьогодення одним із найважливіших і складних для суспільства є питання протидії злочинності у сферах службової та господарської діяльності. Злочинність серед службових осіб на різних рівнях функціонування державного управління економікою і господарською діяльністю створює реальну загрозу соціально-економічним реформам, підвищенню рівня добробуту населення, стабільності розвитку держави та її національній безпеці. Науково-теоретичному осмисленню цих проблем був присвячений науково-практичний семінар «Проблеми попередження службових злочинів у сфері господарської діяльності», який відбувся 9 листопада 2004 р. у м. Харкові. Організаторами семінару виступили Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого та Інститут вивчення проблем злочинності Академії правових наук України.

Актуальність поставлених проблем привернула увагу вчених провідних навчальних та науково-дослідних закладів: Академії правових наук України, Одеської національної юридичної академії, Національної академії внутрішніх справ України, Національного університету внутрішніх справ України, Національної академії СБУ, Юридичної академії МВС України (м. Дніпро-

петровськ), Луганської академії внутрішніх справ імені 10-річчя незалежності України, а також працівників Конституційного Суду України, Координаційного комітету по боротьбі з корупцією і організованою злочинністю при Президентіві України, Генеральної прокуратури України, Служби безпеки України, Міністерства внутрішніх справ України та ін. Всього в роботі семінару взяла участь 117 осіб, із яких з доповідями виступили 17 науковців та практичних працівників

У вступному слові голова оргкомітету семінару, перший проректор НЮА України, академік-секретар відділення кримінально-правових наук АПрН України **В. Сташис** звернув увагу присутніх на актуальність і пріоритетне значення проблем протидії злочинності у сферах службової та господарської діяльності. Зокрема він зазначив, що ці дві сфери діяльності відіграють дуже важливу роль у належному соціально-економічному забезпеченні умов функціонування українського суспільства. Тому робота семінару має бути присвячена передусім розгляду проблемних питань кримінальної відповідальності за злочини, вчинені службовими особами у сфері господарської діяльності, аналізу методологічних та практичних засад попередження злочинності службових осіб у цій сфері, співвідношення кримінальної відповідальності службових осіб і відповідальності, яка встановлюється іншими галузями законодавства.

Багато уваги учасники семінару приділили розв'язанню кримінально-правових проблем протидії службовим злочинам у сфері господарської діяльності. Порівнянню статей Кримінального і Господарських кодексів, що регулюють ці правовідносини, а також суперечностям між ними, які ускладнюють застосування кримінального закону була присвячена доповідь доктора юридичних наук, професора, проректора з наукової роботи Луганської академії внутрішніх справ імені 10-річчя незалежності України **Б. Розовського**. Крім того, він звернув увагу на необхідність вирішення питань декриміналізації деяких діянь у сфері господарської діяльності.

Дискусійною виявилася проблема санкцій за вчинення службовими особами злочинів у сфері господарської діяльності. Була висловлена думка про недоцільність застосування обмеження волі та позбавлення волі за вчинення цих злочинів. Достатніми можуть бути такі види покарання, вплив яких є короткочасним і менш складним, зокрема: штраф, конфіскація знарядь та засобів вчинення злочину, предметів, здобутих злочинним шляхом, а за певних умов — арешт, зазначила доктор юридичних наук, професор кафедри кримінального права № 2 НЮА України, завідувачка відділу кримінально-правових проблем та кримінально-виконавчого законодавства ІВПЗ АПрН України **Н. Гуторова**. На її думку, загальна конфіскація майна є покаранням, яке несумісне з існуванням демократичної, ринково-орієнтованої держави. На підставі цього у відповідних статтях розділу VII КК України, яким передбачена відповідальність за вчинення цих злочинів, слід відмовитися від загальної конфіскації майна, замінивши її на конфіскацію предметів, які використовувалися як засоби чи знаряддя вчинення злочину, предметів злочину або предметів, здобутих зло-

чинних шляхом. При обговоренні доповідей кандидат юридичних наук, завідувач кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права Одеської національної юридичної академії **В. Дрьомін** підкреслив, що йому не зрозумілий підхід українського законодавця щодо застосування конфіскації майна. Навіть в Росії немає такої санкції. Він також зауважив, що деякі санкції розділу VII КК України потребують доопрацювання, адже більшість розвинутих країн світу іде шляхом, зазначеним у доповіді **Н. Гурової**.

Питання звільнення службових осіб від кримінальної відповідальності за вчинення злочинів у сфері господарської діяльності розглянув кандидат юридичних наук, доцент НЮА України, старший науковий співробітник сектору кримінально-правових проблем боротьби зі злочинністю ІВПЗ АПрН України **О. Лемешко**.

У науковому повідомленні доцента НЮА України **С. Гізімчука** підкреслювалось, що з метою посилення протидії злочинам, вчиненим службовими особами громадських організації, необхідно в законі більш чітко визначити ознаки цих осіб.

Предметом обговорення на семінарі стали також питання попередження службових злочинів у сфері господарської діяльності у світлі положень кримінологічної та соціологічної наук. З інтересом присутні заслухали доповідь доктора юридичних наук, доцента кафедри кримінології і кримінально-виконавчого права НЮА України, завідувача відділу загальної теорії кримінології та кримінологічних досліджень ІВПЗ АПрН України **О. Кальмана** на тему «Стан та головні напрямки попередження службових злочинів у сфері господарської діяльності». Доповідач охарактеризував сучасний стан та динаміку збільшення кількості зареєстрованих службових злочинів у сфері господарської діяльності, а також зазначив, що в сучасних умовах для підвищення протидії злочинам у сфері господарської діяльності найбільш важливими є два стратегічних напрями кримінологічного попередження службових злочинів. Перший напрям в основному базується на кримінально-репресивному підході і підвищенні рівня реалізації принципу невідворотності відповідальності за вже вчинений злочин. Другий, більш перспективний і надійний, — це використання якнайширшого арсеналу цивільно-правових, економічних, організаційних, управлінських, виховних та інших заходів спеціально-кримінологічного попередження, спрямованих на усунення основних факторів, які зумовлюють вчинення злочинів у службовій та господарській діяльності. В сучасних умовах лише поєднання цих напрямів може підняти ефективність попередження суспільно небезпечних проявів з боку службових осіб у сфері господарської діяльності та їх мінімізацію. В науковому повідомленні «Проблеми попередження службових злочинів у сфері господарської діяльності, вчинених жінками» асистент НЮА України **О. Подільчак** зупинилася на особливостях соціально-демографічної характеристики жінок, які вчинили ці злочини, а також на чинниках, що зумовлюють динаміку їх неухильного зростання, розкрила специфіку мотивів і мотивації вчинення жінками злочинів у сфері господарської діяльності.

На вдосконаленні організаційно-управлінських заходів попередження службових злочинів у сфері господарської діяльності зупинилася в науковому повідомленні Л. Якименко кандидат економічних наук, начальник кафедри економіко-правових дисциплін Юридичної академії МВС України (м. Дніпропетровськ). Доповідка навела статистичні дані, згідно з якими близько 58% відомих випадків шахрайства та зловживань службовим становищем в організаціях вчиняються їх службовцями, 30% — менеджерами і 12% — топ-менеджерами та власниками, Таке становище потребує розроблення і застосування нових науково обґрунтованих кадрових технологій підбору, відбору і найму, оцінки, навчання персоналу, а також оптимізації всього кадрового менеджменту в системі заходів попередження розкрадання майна на підприємствах.

Проблемі вдосконалення чинного законодавства з метою підвищення рівня протидії службовим злочинам у сфері господарської діяльності присвятив свій виступ член-кореспондент АПрН України, професор НЮА України І. Данишин. Він звернув увагу на необхідність прийняття нового Закону «Про корупцію», Комплексної програми попередження злочинності, Статуту про державну посадову службу. Наукове повідомлення доцента НЮА України О. Шостко було присвячено обґрунтуванню необхідності вдосконалення понятійного апарату, визначенню суб'єктів службових злочинів у сфері господарської діяльності та тому, що покарання (санкції, які застосовуються) за такі види злочинів, як хабарництво, дуже суворі, а у більшості країн світу за цей злочин передбачено відшкодування матеріальної шкоди і штраф. У науковому повідомленні кандидата юридичних наук, асистента НЮА України В. Пивоварова висвітлювалося питання вдосконалення законодавства щодо механізму виявлення фіктивних банкрутств та доведення до банкрутства, а також аналізувалася компетенція органів, які мають право на проведення тих чи інших перевірок. У науковому повідомленні «Соціальні та правові проблеми застосування в Україні європейських стандартів попередження службових злочинів» завідувач лабораторії соціології та порівняльного правознавства у галузі боротьби зі злочинністю ІВПЗ АПрН України, доцент НЮА України О. Сердюк на основі аналізу типових вад протидії корупції підкреслив необхідність вдосконалення антикорупційного законодавства відповідно до міжнародних стандартів з метою його уніфікації до законодавства Європи, що є також однією з передумов вступу України до Євросоюзу.

Кандидат юридичних наук, асистент НЮА України В. Оболенцев у науковому повідомленні «Питання латентності службових злочинів у сфері господарської діяльності» зосередив увагу присутніх на вирішенні проблем встановлення обсягу реальної кількості вчинених злочинів у сфері господарської діяльності, оскільки їх значна латентність не тільки завдає великої шкоди, а й має і соціальний аспект — стимулює недовіру населення до правоохоронних органів.

Проблемі протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, було присвячено наукову доповідь кандидата економічних наук,

старшого наукового співробітника, начальника кафедри НЮА України **Д. Файера**, який висвітлив поняття фінансового моніторингу і його трьох основних напрямків, котрі підпорядковуються єдиній меті: захисту прав і законних інтересів громадян, суспільства і держави шляхом створення правового механізму протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом. Доповідач підкреслив, що в Україні на сьогодні ще відсутній достатній досвід боротьби з цим негативним явищем. Внаслідок цього в осіб, щодо яких здійснюються заходи фінансового моніторингу, виникає можливість стати жертвою правової помилки, технологічної недоробки і навіть зловживань з боку посадових осіб — суб'єктів державного та первинного фінансового моніторингу, тому необхідне розроблення комплексу спеціальних заходів нормативного та організаційного порядку, спрямованих на запобігання виникненню подібних зловживань.

У центрі уваги учасників семінару були також **криміналістичні проблеми боротьби зі службовими злочинами у сфері господарської діяльності**. Член-кореспондент АПРн України, завідувач кафедри криміналістики НЮА України, завідувач лабораторії використання сучасних досягнень науки і техніки у боротьбі зі злочинністю ІВПЗ АПРн України, професор **В. Шепітько** звернув увагу присутніх на те, що одержання і давання хабара — найбільш важко доказувані види злочинів, їх важко розслідувати, використовуючи лише традиційні слідчі дії. Необхідно проводити серію оперативно-розшукових заходів та оперативно-технічних операцій по зняттю інформації з каналів зв'язку та її дослідженню, ширше використовувати спеціальні знання при розслідуванні хабарництва, проводити комплекс судових експертиз (судово-фоноскопічну, судово-хімічну, трасологічну та ін.). А взагалі важливо розробити нову методику розслідування хабарництва, яка б надавала достатньо можливостей для встановлення об'єктивної істини по справі. Над цим питанням фахівці лабораторії інституту вже працюють.

Завідувач відділу апарату організаційного забезпечення діяльності Координаційного комітету по боротьбі з корупцією і організованою злочинністю при Президентові України **О. Процюк** при обговоренні доповідей підкреслив, що на семінарі значна увага приділялась проблемам викоренення корупції, її причин та інших чинників, які створюють сприятливі умови для неправної господарської діяльності. Він висловив побажання, щоб рекомендації семінару були доведені до Координаційного комітету по боротьбі з корупцією і організованою злочинністю при Президентові України, практичних працівників правоохоронних органів.

Із заключним словом виступив проректор НЮА України, академік АПРн України **М. Панов**, який оцінив роботу семінару як плідну і проведenu на високому рівні. Підбиваючи підсумки роботи семінару, доповідач зазначив, що на засіданнях семінару точилися цікаві дискусії. Учасникам семінару вдалося раціонально розв'язати багато питань, що виникають при застосуванні норм права і регламентують кримінальну відповідальність за вчинення службових злочинів у сфері господарської діяльності. Спільними зусиллями ви-

явлено окремі положення кримінального законодавства, які потребують подальшого вдосконалення. Вагомим результатом семінару є також те, що впродовж його роботи докладно обговорено найактуальніші проблеми стану попередження службових злочинів у сфері господарської діяльності та підвищення її ефективності, а також визначено окремі напрямки подальших наукових досліджень зазначених актуальних проблем, намічено практичні шляхи для їх вирішення.

В процесі обговорення проблем попередження службових злочинів у сфері господарської діяльності учасники семінару дійшли висновку про те, що запобігання та протидія посиленню суспільно небезпечних проявів з боку службових осіб суб'єктів господарської діяльності і службових осіб органів влади та управління в сучасних умовах можуть бути забезпечені лише поєднанням заходів, спрямованих на реалізацію принципу невідворотності відповідальності за вже вчинені злочини у сфері господарювання і службової діяльності, а також використанням найбільш широкого арсеналу економіко-правових, організаційно-управлінських, виховних та інших заходів спеціально-кримінологічного попередження, спрямованих на реалізацію принципу законності у службовій та господарській діяльності.

За результатами обговорення проблематики семінару його учасники прийняли рекомендації щодо основних напрямків та заходів стосовно поліпшення кримінально-правової охорони і попередження службових злочинів у сфері господарської діяльності.

1. Кримінально-правова охорона господарської діяльності має здійснюватися з суворим додержанням вимог законодавства, що передбачає відповідальність за вчинення злочинів у цій сфері, забезпеченням точної кваліфікації вчиненого і призначенням справедливого покарання відповідно до положень Загальної та Особливої частини КК України і з урахуванням постанов Пленуму Верховного Суду України «Про практику застосування судами законодавства про відповідальність за окремі злочини у сфері господарської діяльності» № 3 від 25.04.2003 р. та «Про судову практику у справах про хабарництво» № 5 від 26.04.2002 р.

2. Акценти в ідеології попередження злочинних проявів службових осіб у сфері господарської діяльності в сучасних умовах слід змістити із застосування кримінально-правових заходів відповідальності за вчинені злочини на більш широке використання заходів, передбачених різними галузями цивільно-правового законодавства, повне відшкодування заподіяних злочинами збитків.

3. З метою всебічного забезпечення запобігання злочинам, вчинюваним організованими злочинними угрупованнями, доцільно розглянути питання про внесення до Розділу VII КК України норми, яка б передбачала умови звільнення від відповідальності осіб, що добровільно заявили про свої протиправні зв'язки з суб'єктами злочинів у сфері господарської діяльності, а також активно сприяли розкриттю таких злочинів, щиро покалися і повністю відшкодували заподіяні збитки.

4. Рекомендувати Міністерству внутрішніх справ України, Службі безпеки України:

– вжити необхідних заходів з тим, щоб зосередити зусилля Державної служби по боротьбі з економічною злочинністю і Управління по боротьбі з організованою злочинністю на виявлення і цілеспрямовану боротьбу з найбільш небезпечними формами корупції, хабарництва, тяжкими і особливо тяжкими злочинами у сфері службової і господарської діяльності;

– розробити і запровадити в практику комплексні методики виявлення і розслідування злочинів службових осіб у сфері господарської діяльності з корумпованими зв'язками в органах влади і управління, а також у правоохоронних і судових органах;

– забезпечити своєчасне та повне реагування на повідомлення контролюючих органів, громадян та засобів масової інформації про факти вчинення службових злочинів у сфері господарської діяльності;

– забезпечити належну координацію зусиль України з іншими державами та міжнародними організаціями по виявленню та затриманню злочинців, винних у вчиненні транснаціональних організованих форм службових злочинів у сфері господарської діяльності;

– підвищити рівень координації роботи між правоохоронними і контролюючими органами, вдосконалити систему взаємодії між ними і оперативного реагування на виявлені факти злочинної поведінки службових осіб у сфері господарської діяльності.

5. Департаменту інформаційних технологій МВС України з метою забезпечення реальної оцінки профілактичної роботи правоохоронних органів у цій сфері вдосконалити кримінально-правову статистику, уніфікувати її понятійний апарат, розробити і запровадити єдину методику статистичного обліку і звітності про вжиті заходи і кількість попереджених службових і господарських злочинів, що дозволить наблизити дані до фактичного відображення їх кількісно-якісних показників.

6. Рекомендувати Верховному Суду України здійснити за участю науковців узагальнення судової практики розгляду кримінальних справ про службові злочини у сфері господарської діяльності.

7. Активізувати прокурорський нагляд та відомчий контроль за виконанням законодавства у сфері службової та господарської діяльності. Органам, які проводять дізнання та досудове слідство у справах цієї категорії, постійно аналізувати підстави відмов у порушенні кримінальних справ, припинення їх і відповідно реагувати в разі порушення законодавства.

8. Головному контролюно-ревізійному управлінню вжити заходів щодо проведення інвентаризації результатів перевірок фінансово-господарської діяльності з метою з'ясування повноти їх реалізації відповідно до вимог чинного законодавства.

9. Державному департаменту фінансового моніторингу проаналізувати фінансові та банківські технології легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, і на основі цього методично забезпечити діяльність суб'єктів первинного фінансового моніторингу.

10. Міністерству юстиції України рекомендувати:

– провести предметну систематизацію, вивчення і аналіз численних нормативно-правових актів економічного блоку, а також документів перспективного планування щодо виявлення недоліків, які можуть бути використані для вчинення службовими особами злочинів у сфері господарської діяльності, з метою розроблення ефективних заходів протидії;

– виробити загальнообов'язкові рекомендації щодо запровадження механізму розроблення і прийняття виключно економічно обґрунтованих нормативно-правових актів економічного блоку, які повинні включати: економічне обґрунтування, кримінологічний аналіз і прогноз, комплексну правову експертизу, аналіз можливих негативних наслідків і умов їх блокування, внесення доповнень, поправок тощо.

11. Суб'єктам державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності забезпечити вдосконалення правового регулювання господарських відносин, недопущення прийняття економічно недоцільних та неефективних регуляторних актів, зменшення втручання держави у діяльність суб'єктів господарювання та усунення перешкод для розвитку законної господарської діяльності.

12. Рекомендувати Верховній Раді України прискорити обговорення та прийняття Кримінально-процесуального кодексу України, законів України «Про порядок прийняття, реєстрації та вирішення заяв, повідомлень та іншої інформації про злочини», «Про кримінологічно-економічну експертизу проектів нормативних актів», «Про основні засади запобігання та протидії корупції в Україні», «Про господарські товариства», «Про Державну концепцію (стратегію) національної економічної безпеки України», «Про нормативно-правові акти», «Про профілактику злочинів».

13. Державному комітету України з питань регуляторної політики та підприємництва для підвищення рівня соціальної відповідальності службових осіб суб'єктів господарювання сприяти розробленню і запровадженню Кодексу професійної етики у підприємницькій діяльності.

14. Науковим установам Академії правових наук України та Міністерству освіти і науки України:

– активізувати наукові дослідження проблем попередження службових злочинів у сфері господарської діяльності і окремих напрямків її нормативно-правового регулювання;

– спрямувати наукові дослідження на пошук шляхів удосконалення чинного законодавства про кримінальну відповідальність за службові злочини у сфері господарської діяльності, посилити увагу до виявлення колізійних питань застосування кримінально-правових норм та норм інших галузей права;

– добиватися реального втілення у практику попереджувальної діяльності відповідних наукових здобутків, постійно аналізувати ефективність нормативно-правового регулювання у різних галузях господарської діяльності;

– з урахуванням рекомендацій правоохоронних органів визначити пріоритетні напрямки для тематики наукових досліджень з питань поперед-

ження службових злочинів у сфері господарської діяльності, здійснювати прогнозування і моделювання основних тенденцій у динаміці цих злочинів;

– вирішити питання про підготовку у вищих навчальних закладах України юристів кримінологічного-економічного кваліфікації для роботи в правоохоронних органах, органах державного управління і у сфері господарської діяльності;

– забезпечити проведення роз'яснювальної роботи серед працівників правоохоронних органів з приводу тлумачення положень Розділу VII «Злочини у сфері господарської діяльності» і Розділу XVII «Злочини у сфері службової діяльності» Кримінального кодексу, які передбачають відповідальність за злочини, вчинені у зв'язку із виконанням службових обов'язків у сфері господарської діяльності;

– започаткувати проведення щорічних науково-практичних семінарів з питань протидії злочинності у різних галузях економіки на базі юридичних вищих навчальних закладів за участю практичних працівників МВС, прокуратури, податкових органів, органів СБУ, комерційних структур і громадських організацій.

Матеріали підготували:

В. Борисов, директор ІВПЗ АПрН України, професор,

О. Кальман, завідувач відділу загальної теорії кримінології та кримінологічних досліджень ІВПЗ АПрН України, доцент,

І. Христич, старший науковий співробітник сектору вивчення проблем злочинності ІВПЗ АПрН України, доцент.

НАШІ ЮВІЛЯРИ

85



Виповнилося 85 років від дня народження відомого правознавця нашої країни, фахівця в галузі історії держави і права України та зарубіжних країн, доктора юридичних наук України **Володимира Семеновича Кульчицького**.

В. С. Кульчицький народився 28 грудня 1919 р. у с. Кульчиці Самбірського району Львівської області в селянській родині. Початкову школу закінчив 1930 р. у с. Кульчиці. У 1931 р. вступив до Самбірської державної гімназії імені Адама Міцкевича, яку успішно закінчив у травні 1939 р.

У 1939 р. В. С. Кульчицький вступив на перший курс юридичного факультету Львівського державного університету імені Івана Франка і до початку Великої Вітчизняної війни у 1941 р. закінчив II курс.

18 серпня 1944 р. В. С. Кульчицький був мобілізований до лав Радянської Армії, брав участь у боях з німецькими загарбниками, а 23 вересня цього ж року був тяжко поранений і демобілізований.

В. С. Кульчицький нагороджений орденом Вітчизняної війни першого ступеня, 11 медалями і нагрудним знаком Державного комітету СРСР з народної освіти «За відмінні успіхи в праці».

Після війни В. С. Кульчицький вступив на III курс юридичного факультету Львівського державного університету і закінчив його у 1948 р.

У 1948 р. він вступив до аспірантури по кафедрі історії та теорії держави і права Львівського державного університету, яку закінчив у 1951 р. Після цього зарахований викладачем, згодом старшим викладачем на цій же кафедрі. 19 квітня 1954 р. захистив дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук на тему «Галицький сейм в системі колоніального апарату Австро-Угорщини». Захист відбувся на юридичному факультеті Московського університету імені М. В. Ломоносова. Рішенням Вченої ради цього університету В. С. Кульчицькому присуджено науковий ступінь кандидата юридичних наук. З 1954 по 1957 р. він обирався народним засідателем народного суду 3-ї ділянки колишнього Ленінського району м. Львова.

4 лютого 1956 р. рішенням Вищої атестаційної комісії В. С. Кульчицькому присвоєно вчене звання доцента кафедри історії та теорії держави і права.

У 1970 р. В. С. Кульчицький захистив дисертацію на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук на тему «Політичний апарат колоніального управління Східною Галичиною (друга половина XIX – початок XX ст.)». Захист відбувся в Інституті держави і права АН УРСР. Рішенням Вищої атестаційної комісії від 9 квітня 1971 р. В. С. Кульчицькому присуджено науковий ступінь доктора юридичних наук, а 9 лютого 1973 р. присвоєно вчене звання професора кафедри історії та теорії держави і права.

В 1992 р. В. С. Кульчицького обрано членом-кореспондентом Академії правових наук України. Вчений володіє, крім рідної української, польською, німецькою, російською мовами. Плідно займається науковою та навчально-методичною роботою. Він автор і співавтор 19 монографій, 9 підручників, 20 навчальних посібників, понад 400 наукових статей і матеріалів, більше 20 навчально-методичних розробок. Професор досліджував, здебільшого, проблеми державно-правового розвитку західноукраїнських земель у різні періоди їх розвитку, зокрема в часи австрійського, польського панування, а також у період становлення української державності. Активно займався проблемами україно-вірменських політично-правових взаємин, державно-правового розвитку Молдови та ін.

Фактично В. С. Кульчицький є основоположником історико-правової дослідницької школи, відомої в Україні та за її межами. Власне, з цих проблем захистили чотири докторських та тринадцять кандидатських дисертацій аспіранти чи здобувачі, якими опікувався В. С. Кульчицький, у тому числі професори В. К. Гришук, О. Д. Святоцький, доктор історичних наук І. Г. Білас, доценти, кандидати наук П. Ф. Гураль, М. В. Кравчук, О. І. Мінаєв, Я. М. Пігач, Л. Т. Присташ та ін. Всього під керівництвом В. С. Кульчицького стали докторами юридичних наук 4 чол., доцентами, кандидатами наук — 13 чол.

Перу В. С. Кульчицького як автору або співавтору належать відомі монографії, навчальні посібники: «Історія держави і права України» (Львів, 2000), «Правознавство» (Львів, 1994, у співавт.), «З історії української державності» (Львів, 1992), «Державний лад і право в Галичині в другій половині XIX – на початку XX ст.» (Львів, 1966), «Входження Галичини, Північної Буковини та Закарпаття до складу України (1939–1945 рр.)» (Дрогобич, 1995) та ін.

У липні 1999 р. професору В. С. Кульчицькому за особистий внесок у розвиток дружніх взаємин між народами та зміцнення міжнародного авторитету України присвоєно почесне звання «Народний посол України». У жовтні цього ж року він удостоєний Почесної відзнаки лауреа-

та Всеукраїнського конкурсу на краще професійне досягнення «Юрист року» в номінації наукового співробітника за підсумками 1999 року.

У грудні 1999 р. Указом Президента України В.С. Кульчицькому присвоєно почесне звання Заслужений юрист України.

10 жовтня 2001 р. Вчена рада Львівського університету імені Івана Франка присвоїла йому почесне звання Заслужений професор Львівського національного університету імені Івана Франка за особливі заслуги в розвитку науки і освіти, підготовку наукових кадрів вищої кваліфікації, довголітню науково-педагогічну та громадську діяльність в університеті.

Високий професіоналізм, талант науковця, глибока порядність, людяність, чуйність та доброзичливість — це риси, які характеризують В. С. Кульчицького.

Президія Академії правових наук України, редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» щиро вітають **Володимира Семеновича Кульчицького** з славним ювілеєм і бажають йому міцного здоров'я, благополуччя, творчої наснаги і подальших успіхів.



Виповнилося 60 років від дня народження відомого правознавця нашої країни, фахівця в галузі цивільного права, кандидата юридичних наук, доцента, члена-кореспондента Академії правових наук України **Михайла Миколайовича Сібільова**.

М. М. Сібільов народився 20 листопада 1944 р. в м. Маріуполі Донецької області. Після закінчення в 1970 р. Харківського юридичного інституту (нині Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого) його професійне життя пов'язане з рідним вищим навчальним закладом, де він пройшов шлях від аспіранта до доцента кафедри цивільного права. У 1974 р. М. М. Сібільов захистив кандидатську дисертацію, у 1978 р. йому присуджено вчене звання доцента. Протягом майже десяти років був заступником декана та деканом факультету. Обирався секретарем партійного комітету інституту, в 1993—1996 р. очолював кафедру цивільного права.

24 листопада 1993 р. М. М. Сібільов був обраний членом-кореспондентом Академії правових наук України. З 1994 по 1998 р. він працював головним ученим секретарем Академії та був членом її Президії.

До кола наукових інтересів М. М. Сібільова входять проблеми цивільного та підприємницького права. Він є автором більш ніж 100 наукових та науково-методичних робіт. Серед них індивідуальні праці

«Право на жилу площу в общежитии» (1977), «Конституционное право на жилище» (1981), колективна монографія «Кодифікація приватного (цивільного) права України (2000). Особливою є заслуга М. М. Сібільова у підготовці підручників з цивільного права України (1977, 1978, 1982, 2000, 2004). Він є співредактором та співавтором Науково-практичного коментаря Цивільного кодексу України (2004), автором великої кількості наукових статей, статей у Юридичному словнику-довіднику (1996) та Юридичній Енциклопедії (1998–2004).

М. М. Сібільов брав активну участь у новій кодифікації цивільного законодавства. З 1993 р. він був членом Робочої групи з підготовки нового Цивільного кодексу України. З 1994 по 1998 р. М. М. Сібільов був членом науково-методичної ради при Верховному Суді України. З дня заснування «Вісника Академії правових наук України» і до цього часу М. М. Сібільов входить до складу його редакційної колегії.

Високий професіоналізм, принциповість, порядність та чуйність характеризують М. М. Сібільова як фахівця, науковця та людину.

Президія Академії правових наук України, редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» щиро вітають Михайла Миколайовича Сібільова з ювілеєм і бажають йому міцного здоров'я, творчих успіхів та благополуччя.

ЗАГАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОЇ НАУКИ

<i>Скрипнюк О.</i> Сучасна державна політика України: основні концептуальні підходи до визначення змісту поняття	3
<i>Рабінович П., Дудаш Т.</i> Правоназви як закономірний прояв праворозуміння (за матеріалами дослідження індоєвропейської мовної сім'ї)	12
<i>Яковюк І.</i> Субсидіарність як принцип взаємовідносин національних держав і Європейського Союзу	22
<i>Смородинський В.</i> Проблеми судової влади в зарубіжних ученнях про державу і право	30
<i>Спасибо-Фатєєва І.</i> Закономірність випадковості: філософсько-правовий етюд	38

ПИТАННЯ ІСТОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

<i>Козаченко А.</i> Державне право України другої половини XVII – початку XVIII ст.	47
<i>Фіночко Ф.</i> Магдебурзьке право в Україні	54
<i>Дамірлі М.</i> Деякі штрихи до портрета дослідника в історико-правовій науці за умов трансформації її методології	61

ПИТАННЯ ЦИВІЛЬНОГО І МІЖНАРОДНОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА

<i>Кухар В.</i> Правові форми реалізації державної інвестиційної політики	72
<i>Кохановська О.</i> Теоретичні проблеми реалізації інформаційних прав у цивільному праві України	78
<i>Позрібний С.</i> Цивільні відносини як об'єкт правового регулювання	97
<i>Степанюк А.</i> Категорія «правовідносини» у міжнародному приватному праві	108

ПИТАННЯ ФІНАНСОВОГО ПРАВА

<i>Алісов Є.</i> Деякі проблеми правового регулювання глобальної платіжної системи в Україні	116
<i>Кагановська Т.</i> До питання щодо регулювання прав суб'єктів податково-правових відносин	126

ПРОБЛЕМИ БОРОТЬБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ

<i>Костенко О.</i> Соціальний натуралізм як методологічний принцип юриспруденції і кримінології	133
<i>Даньшин І.</i> Кримінологічне планування заходів протидії злочинності та її прогнозування	145
<i>Капліна О.</i> Поширювальне тлумачення і аналогія кримінально-процесуального закону: проблеми розмежування	152

<i>Добро́рез І.</i> Кримінологічні та правові підстави криміналізації незаконного обігу наркотичних засобів або психотропних речовин без мети збуту	162
---	-----

ПИТАННЯ КРИМІНАЛІСТИКИ І СУДОВОЇ ЕКСПЕРТИЗИ

<i>Журавель В., Великанов С.</i> Слідчі ситуації в методиці розслідування легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом	170
<i>Швець М., Дорогих С.</i> Адаптація і використання тезаурусу EUROVOC в Україні	178
<i>Моїсєєв О.</i> Шляхи вдосконалення висновку експерта	191

ТРИБУНА ДОКТОРАНТА

<i>Дашковська О.</i> Право на гідність та особисту недоторканність особи: гендерний аспект	198
<i>Ярошенко О.</i> Проблеми та перспективи правового регулювання зайнятості та праці молоді	205

НА ПОЧАТКУ ТВОРЧОГО ШЛЯХУ

<i>Зоріна Ю.</i> Правове регулювання недобросовісної конкуренції в рекламі	214
<i>Ісаков М.</i> Види та організаційні форми підприємств в Україні	224
<i>Ткачова О.</i> Щодо змісту виправних робіт на сучасному етапі розвитку кримінально-виконавчої системи України	230

РЕЦЕНЗІЇ

Новий якісний крок до осмислення фінансово-правової природи публічних накопичувальних фондів (<i>М. Кучерявенко</i>)	240
--	-----

НАУКОВЕ ЖИТТЯ

Міжнародний науковий симпозіум у Львові (<i>Д. Гудима</i>)	242
Науково-практичний семінар «Проблеми попередження службових злочинів у сфері господарської діяльності» (<i>В. Борисов, О. Кальман, І. Христич</i>)	246

НАШІ ЮВІЛЯРИ

Володимир Семенович Кульчицький	255
Михайло Миколайович Сібільов	257

Збірник наукових праць

Вісник
Академії правових наук
України

№ 4 (39)

Відповідальний за випуск

А. М. Кумака

Редактор *К. Гулий*

Коректор *О. Верховень*

Комп'ютерна верстка

і дизайн *В. Зеленька*

Підписано до друку з оригінал-макета 23.12.04.
Формат 60×84 1/16. Папір офсетний. Гарнітура Newton.
Ум. друк. арк. 16,5. Обл.-вид. арк. 15. Вид. № 185.
Тираж 500 прим. Зам. № 1

Видавництво «Право» Академії правових наук України
Україна 61002 Харків, вул. Чернишевського, 80

(Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до державного реєстру видавців, виготовників і розповсюджувачів
видавничої продукції — серія ДК № 559 від 09.08.2001 р.)

Друкарня СПД фо Костинський А. В.
Україна 61024 Харків, вул. Лермонтовська, 27

До відома юридичної громадськості

Запрошуємо науковців і практичних працівників надсилати свої статті до редакційної колегії Вісника.

Статті мають бути обсягом не більше 12 друкарських сторінок, у 2-х примірниках, надруковані через 1,5 інтервала, написані українською мовою. Посилання на використані джерела слід вміщувати унизу відповідної сторінки, нумерацію посилань на кожній сторінці розпочинати з цифри 1.

З метою оперативного випуску Вісника статті та інші матеріали слід надсилати разом з дискетою, на якій вони записані.

Тексти ненадрукованих рукописів авторам не повертаються.

Наукові погляди авторів статей можуть не збігатися з думкою редакційної колегії.