

ВІСНИК

АКАДЕМІЇ

ПРАВОВИХ

НАУК

УКРАЇНИ

№ 2 (53)

Заснований у 1993 році



Харків
2008

ISSN 1993-0909

Зареєстрований Міністерством України у справах преси та інформації

(Свідоцтво про Державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації. Серія KB № 1254, від 17.02.95 р.)

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

Видавець — Академія правових наук України

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

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

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

ЗАГАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОЇ НАУКИ

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

Людина і правова держава: проблеми взаємовідносин і взаємодії

27 березня 2008 р. у Києві відбувся форум української інтелігенції. У його роботі взяв участь Президент України Віктор Ющенко. Представники 24 областей України, Автономної Республіки Крим, міст Києва і Севастополя зібрались, щоб обговорити Концепцію гуманітарного розвитку України.

У виступі Президента України наголошувалося на особливій ролі інтелігенції у духовному розвитку суспільства і розв'язанні нагальних проблем гуманітарної сфери.

На зорі незалежності нашої держави суспільство мріяло про найкращу державу, ідеал якої закріпили у ст. 1 Конституції України, що і покликано стати нашою національною ідеєю: «Україна є суверенна і незалежна, демократична, соціальна, правова держава». Звичайно ця стаття має програмний характер, визначає стратегію та основні напрямки подальшого розвитку України, становлення дійсно демократичної та правової держави.

Проте формування правової держави передбачає як мінімум дві важливих складових: 1) розгалужену та несуперечливу систему законодавства та 2) високу правосвідомість громадян, передовсім тієї частини, яку прийнято називати інтелігенцією, що за своїм покликанням має бути носієм культури, високої моралі, патріотизму, громадянської відповідальності. Якщо з першою умовою проблеми поступово вирішуються, то питання правової культури та й взагалі гуманітарної складової розбудови правової, демократичної держави дедалі більше загострюються.

Треба, нарешті, переконати суспільство, всіх наших громадян у тому, що всі ми є творцями не лише власної долі, а й власної держави, маємо

зможу безпосередньо впливати на її розквіт або занепад. Адже саме від кожного з нас залежить, як скоро вона стане правовою, демократичною та соціальною. Натомість ми маємо політичну нестабільність, суперечки між гілками влади, повну бездіяльність парламенту, який сьогодні є вкрай низьким за своїм інтелектуальним та професійним рівнем.

Цьому сприяє багато чинників. Один із них — запровадження системи виборів, за якою народ виявився практично відстороненим як від визначення кандидатів на депутатські мандати, так і від їх обрання. Так само й депутати сьогодні відсторонені від виборців. Відповідні наслідки науковці передбачали, але мало хто звертав на це належну увагу. Безвідповідально поставилося до виборів і саме суспільство: підкуп виборців, протестний настрій проти всіх, хто при владі, сприяв обранню випадкових людей, або тих, які взагалі не підготовлені до відповідальної законотворчої роботи.

Виправити такий стан речей мали на меті прийнятий 11 січня 2008 року Указ Президента України «Про підготовку та проведення Всеукраїнського форуму інтелігенції», розробка та виконання Концепції гуманітарного розвитку, регіональні громадські слухання Концепції, що були проведені у всіх областях країни. Зокрема, за нашою ініціативою, до проекту Концепції був включений окремий розділ під назвою «Людина і держава».

Звідси актуальна проблема правового забезпечення розвитку гуманітарної сфери, яке має спиратися на пріоритетність інтересів людини, поваги до особистості, її прав та основних свобод. Йдеться, насамперед, про гарантування основоположних прав людини: на працю, соціальний захист і відпочинок; на безпечне природне середовище; на вільний розвиток особистості, її свободу та особисту недоторканність; на безпечне життя, охорону здоров'я, медичну допомогу і медичне страхування; на повагу гідності, свободу наукової, технічної, літературної, художньої і соціальної творчості, захист інтелектуальної власності тощо.

У найзагальнішому сенсі під гуманітарними аспектами розбудови демократичної, соціальної, правової держави слід розуміти ті, які спрямовані до людини, її інтересів та прав. Адже формування правової держави не можна зводити лише до інституційного аспекту — верховенства правових законів, поділу влади та нормативного закріплення системи прав людини і громадянина. Це дуже важливо, але не вичерпує всіх сторін цього складного процесу. Як підтверджує практика демократичних перетворень, ключовим тут є саме рівень розвитку людини, тобто «людно-вимірні» аспекти процесу державо- і правотворення, передовсім активна

роль у цьому процесі інтелігенції. Причому йдеться про розуміння інтелігенції в широкому сенсі як соціального прошарку людей, що професійно займаються розумовою діяльністю, творчою працею, поєднують у собі високу моральність і культуру, глибокі знання та відповідальність. Тому, звісно, інтелігенція за своєю природою не може бути байдужою до своєї Батьківщини, народу, бід та негараздів суспільства, проблем всебічного забезпечення прав і свобод кожної людини.

Йдеться про пріоритет формування правового суспільства як необхідну передумову демократичної, правової та соціальної держави. Це суспільство, в якому діє принцип верховенства права, в якому права людини є витребуваними, безумовними і гарантованими. Побудувати правову державу і суспільство можна лише тоді, коли права людини стануть реальним фактом, тобто існуватимуть і як нагальна потреба кожного громадянина, і як цінність суспільної правової свідомості, і як факт безпосереднього ставлення до інших людей з боку як окремих громадян, так і держави та її органів.

Тому саме особистість, що здійснює своє право на самореалізацію, є основоположною умовою існування і громадянського суспільства, і правової держави. Як суб'єкт правового суспільства та держави особистість постає громадянином, який вирізняється серед інших почуттям високої громадянської відповідальності та патріотизму.

Далі слід звернути увагу на правову свідомість як систему правового змісту і цінностей, на її установки, що дають підстави для висновку про панування у взаєминах між людьми права. Адже основоположними установками правосвідомості виступають — безумовний обов'язок поважати чуже право і обумовлений повагою до людської сутності, ролі людини як громадянина і члена суспільства, обов'язок обстоювати власне право. За цих умов людина готова діяти шляхом самообмеження власних інтересів задля блага інших людей суспільства і держави, що завжди було основною ознакою інтелігенції.

Нарешті, синтезуючим фактором формування правової держави і правового суспільства є правова культура. Саме правова культура визначає в остаточному вимірі долю політико-правових реформ, реформування судової системи, нормативно-правових актів і інститутів. Адже від рівня правової культури залежить: будуть вони діяти чи ні. Найважливішою функцією правової культури в сучасному суспільстві є формування правових умов, у яких здійснюється дискусія, обговорення питань, які мають загальний інтерес як для окремих індивідів, так і держави, формується громадська думка та очікування.

Нині Україна перебуває в стані динамічного державотворчого процесу, реально просувається шляхом становлення демократичних політичних структур і заснованої на правових засадах системи економічних відносин. Головним у цьому процесі є орієнтація на загальновизнану систему цінностей, найважливіші складові якої — демократія, ринкова економіка, інтелект — становлять підвалини сучасної цивілізації.

У просуванні в цьому напрямі виникає багато труднощів і суперечностей. Адже демократичні цінності за умов посттоталітарного суспільства були значною мірою деформовані. Базові для суспільства поняття ринкової економіки набули за роки незалежності невластивого їм економічного, соціального і морального змісту. Нові форми активності, приватне підприємництво в українському суспільстві часто ототожнювались із протиправними діями (для чого, до речі, були підстави) і мали наслідком розшарування суспільства на багатих і бідних. Гуманітарна сфера суспільства останніми роками зазнала надзвичайно болючих трансформацій. Масова свідомість була дезорієнтована, значною мірою зруйнована високоморальна, творча складова інтелігенції.

Зайвим буде констатувати, що утвердження верховенства права, рівності всіх перед законом, незалежності судової гілки влади, забезпечення доступу громадян до правосуддя, ефективність інститутів правопорядку та судочинства у відстоюванні прав та свобод громадян є сьогодні однією з найактуальніших проблем. Такий висновок підтверджується і результатами соціологічних досліджень. За даними моніторингового опитування Інституту соціології НАН України «Українське суспільство» 2006 р., переважна більшість респондентів (майже 70 %) зазначили, що їм не вистачає дотримання чинних у країні законів і лише 2,3 % опитаних не цікавляться цим питанням. Це один з найвищих національних рейтингів «нестачі» поряд з браком державного захисту від зниження рівня життя — 77,3 %, заощаджень — 76,7 %, ладу в суспільстві — 74,3 %, стабільності в державі й суспільстві — 72,2 % (для порівняння: респондентам також не вистачає — «необхідної медичної допомоги» — 54,2 %, «роботи підходящої» — 43 %, «можливості купувати найнеобхідніші продукти» — 35,7 %, «необхідного одягу» — 25,7 %).

Передовсім у сфері розбудови правової, демократичної держави в Україні особливо виділяються проблеми захисту прав і свобод людини й громадянина. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини й громадянина є головним конституційним обов'язком держави, проте, значна частина громадян України не має змоги у повному обсязі реалізувати власні права. Адже практична цінність прав і свобод людини та грома-

дянина полягає у їх реальності, тобто у можливості здійснення повноважень, які випливають зі змісту того чи іншого суб'єктивного права. Реальність прав людини має забезпечуватися цілою низкою гарантій — засобів, способів та умов, використовуючи які суб'єкт досягає безперечного здійснення своїх прав. У свою чергу ці гарантії зумовлені рівнем демократії, розвитком економіки, правової культури суспільства, ступенем незалежності судової влади, обґрунтованістю встановлених законом обмежень тощо.

Аналіз процесу здійснення захисту прав людини в Україні свідчить, що за роки незалежності наша держава опрацювала певні механізми його запровадження. Разом з тим процеси, які відбуваються в нашій державі, свідчать про необхідність подальшого реформування законодавства в контексті визначеного міжнародним правом і Конституцією України належного рівня забезпечення прав людини як необхідної умови функціонування української держави. Водночас не можна погодитися з тим положенням Концепції гуманітарного розвитку України, в якому йдеться про необхідність подолання інерцій позитивістського закріплення державою широкого спектру прав і свобод людини та громадянина. Адже саме таким чином держава може активно впливати на розвиток конституційно-правового статусу людини в Україні, збагачуючи його новими правами і свободами та стимулюючи їх гарантування.

Слід врахувати й те, що всі сегменти суспільного розвитку є тісно взаємопов'язаними: незавершеність і недосконалість політичних інститутів створює перешкоди для правової реформи та реформи економічної сфери, а ті, у свою чергу, гальмують поступ до реформування політичної й адміністративної систем України. Проте рівень суспільної довіри до судово-правової системи досі залишається надзвичайно низьким. Послуги таких інституцій, як міліція, суд, прокуратура та адвокатура є хронічно мало затребуваними — понад 90 % респондентів у опитуваннях Інституту соціології НАНУ 2005 і 2006 рр. взагалі не зверталися до них у пошуках справедливості. Як відомо, 40–60 % судових рішень не виконуються.

Права людини є певним ціннісним орієнтиром, який дає змогу застосувати «людський вимір» не лише до держави, права, закону, правопорядку, а й до громадянського суспільства, оскільки ступінь його зрілості значною мірою залежить від якісного стану справ з правами людини, від обсягу їх реалізації. Громадянське суспільство в Україні може бути сформованим лише тоді, коли індивід зможе реалізувати свої інтереси та права передовсім завдяки діяльності громадських і політичних інститутів, а держава відмовиться від тотального контролю за його становленням, формами існування

та функціонуванням. Тому за сучасних умов однією з основних вимог громадянського суспільства є соціальна відповідальність у різних сферах життя та на всіх рівнях суспільних відносин і організацій, пов'язаних з ви-суненням на перший план загальнолюдських цінностей.

Проте українське суспільство навіть після політичних зрушень та масової громадської активності 2004 р. демонструє синдром правового безсилля у захисті своїх прав та інтересів перед центральною та місцевою владою, що ще раз підтверджує висновок про бездіяльність громадянського суспільства як одну із основних проблем на шляху формування правової, демократичної держави.

Як результат, особливість сучасної ситуації в Україні зводиться до того, що відбувається двоєдиний процес формування і громадянського суспільства, і правової держави. Модель громадянського суспільства в Україні і механізми практичної реалізації прав і свобод людини й громадянина повинні будуватися на рішучій відмові від патерналістських принципів у відносинах держави й суспільства, на підґрунті соціокультурного плюралізму та багатовекторного партнерства. Підкреслимо, що невід'ємні права не надаються людині законом; закон — це засіб, знаряддя в механізмі забезпечення й захисту прав і свобод людини, тому й самі закони мають бути правовими.

Окремо слід наголосити, що визначені в Конституції України завдання по створенню демократичної, соціальної, правової держави не можуть бути вирішені без відповідного рівня правової культури особи та суспільства. Адже саме належний рівень правової культури є найважливішим чинником, який сприяє становленню правової системи та демократичних підвалин суспільства, впливає на формування всього спектра соціальних відносин, підтримує цілісність суспільства і держави, забезпечує стабільність та правопорядок.

Серед основних елементів правової культури суспільства слід назвати: рівень якісного стану юридичної охорони і захисту основних прав і свобод людини та громадянина; ступінь впровадження в практику суспільного і державного життя принципів верховенства права та правового закону; рівень правосвідомості громадян та посадових осіб; наявність досконалого за формою і змістом законодавства; стан законності у суспільстві; ефективність роботи правоохоронних органів; стан розвитку юридичної науки; ступінь залучення вчених-юристів до розробки проєктів нормативно-правових актів і вдосконалення їх змісту тощо.

Останніми роками в Україні в цілому забезпечено права людини на свободу слова та інформації. Проте свобода слова має й інший вимір та

форму впливу на правову культуру суспільства. У засобах масової інформації дедалі частіше з'являються матеріали, що пропагують насильство, уседозволеність, аморальність, зневагу до патріотичних і громадянських обов'язків, моральних принципів, зневажливе ставлення до представників державної влади. Зникли з екрану та газетних шпальт теми про працю, хлібороба, виробника, патріотизм, порядність, людську гідність.

Обурення викликає пропаганда жорстокості, розпусти, «героїзація» злочинності і злочинців, які завдають великої шкоди моральним і духовним цінностям народу, травмують психіку молоді, породжують небачену за своєю жорстокістю злочинність і чинять дуже негативний вплив на правову культуру суспільства. На думку зарубіжних учених, які вивчають ТБ, воно виступає засобом програмування поведінки людини. В одному з досліджень, що проводилися у США на початку 80-х рр. ХХ ст., 63 % засуджених зізналися, що здійснили злочин, наслідуючи «телегероям», а 22 % перейняли з передач, що транслювалися на ТБ, ще й «техніку злочину».

У цілому слід говорити про такі наявні форми деформації правосвідомості громадян, як правовий нігілізм, правові паліативи, правова міфологія, правовий інфантилізм, правова недосвідченість тощо. Найбільш небезпечною її формою є правовий нігілізм. Досить довгий час у науковій літературі майже не приділялося уваги дослідженню цієї проблеми, хоча потреба в її вивченні виникла вже давно, бо правовий нігілізм поширився не лише у свідомості громадян, але й у державній та громадській діяльності, а також серед юристів. Назріла нагальна потреба дослідити його природу, причини виникнення та напрямки подолання, формувати середовище, в якому людина була б вимушена і мала б реальну можливість діяти за законом, загальними для всіх чіткими правилами поведінки.

У сфері правового виховання основними завданнями сьогодні мають стати: популяризація правових знань (у тому числі через засоби масової інформації), пробудження інтересу в населення до правових знань і підвищення їх доступності, застосування методів реклами, розвиток сімейного правового виховання. Для піднесення рівня правової культури громадян України потрібно, насамперед, виробити чітку державну політику в сфері правового виховання, системний, науковий підхід до проведення відповідних заходів, скоординувати всі зусилля державних органів у цьому процесі. Його основою мають бути приклади з реального життя, які переконують людей у тому, що державна влада, органи влади, усі посадовці прагнуть жити за законом.

Важливо повною мірою використовувати весь позитивний досвід, який був накопичений у нашій країні за минулі часи. Проте використовувати його необхідно творчо, на новій концептуальній основі, виходячи із завдань нинішнього етапу розвитку України як суверенної держави, що прагне стати демократичною і правовою. При цьому необхідно пам'ятати і про те, що вирішення завдань з формування сучасної правової культури в громадян суспільства залежить не тільки від держави, але й від зусиль усієї громадськості, кожного громадянина країни.

Процес правового виховання у багатьох країнах склався як цілеспрямована єдність правової освіти (просвітництва); вироблення звичок і вмінь правомірної поведінки; формування правосвідомості й правових переконань; утвердження у свідомості негативного, непримиренного ставлення до злочину, злочинної поведінки, правопорушень, аморалізму; вироблення потреби й здатності до постійного правового самовиховання, самоосвіти, самовдосконалення.

На загальнодержавному рівні слід розробити програми правової освіти для різних вікових та професійних груп населення. Серед них — вивчення в освітніх закладах усіх рівнів основних положень Загальної декларації прав людини, Європейської конвенції з прав людини, Міжнародних пактів про громадянські та політичні права і про економічні, соціальні й культурні права, Конституції України, основ цивільного, трудового, сімейного, кримінального кодексів України тощо. Важливим є засвоєння знань про базові принципи демократичної держави — верховенство права, повагу прав людини, виборність представницьких органів, гарантії свободи волевиявлення та ін.

Досвід організації правового виховання в нашій країні та й у багатьох розвинутих країнах світу (Великій Британії, Німеччині, Швеції, Японії) переконливо свідчить, що воно стає ефективним лише через системну співпрацю державних і, насамперед, правоохоронних органів з широкими верствами населення з метою укорінення у свідомості різних вікових груп, передовсім — у неповнолітніх і молоді, стереотипу законослухняності для запобігання можливості їх переходу на злочинний шлях.

Серед конкретних напрямків з правового забезпечення розвитку гуманітарної сфери слід виділити такі:

у сфері загальнодержавної стратегії — спрямованість державної політики на захист інтересів особистості, вироблення єдиної правової політики, всебічне забезпечення добробуту громадян, найсуворіше дотримання Конституції і законів державними органами, усіма посадовцями та громадянами;

у сфері правотворчості — професіоналізація законодавчої діяльності, надання населенню права реальної законодавчої ініціативи, поширення знань в галузі юридичної техніки, широке публічне висвітлення та обговорення законопроектів;

у сфері правозастосування — ліцензування юридичних професій, розвиток судової системи, забезпечення прямої дії норм Конституції та доступу до правосуддя, проведення практичних семінарів для працівників державних органів, створення консультативних рад при юридичних відомствах, посилення юридичної відповідальності за порушення прав і свобод громадян;

у сфері громадянського суспільства — розвиток мережі громадських організацій, активне відстоювання інституціями громадянського суспільства своїх прав, боротьба з будь-якими проявами беззаконня і сваволі;

у сфері інформаційних технологій:

– ініціювання внесення поправок до Закону «Про телебачення і радіомовлення», в яких заборонити демонструвати фільми чи телепрограми з елементами насильства, жорстокості;

– створення громадської ради при Комітеті з телебачення і радіомовлення як у центрі, так і в регіонах з метою забезпечення контролю за тим, щоб ЗМІ сприяли формуванню правового суспільства, безперечного дотримання морально-етичних норм;

– прискорення створення суспільного телебачення в Україні, загальнонаціонального каналу під назвою «Право», а також постійно діючої програми (рубрики) з правових питань на обласних центрах телебачення з залученням до цього процесу провідних фахівців у галузі права — як учених, так і практичних працівників.

У Концепції... поставлений й обґрунтовано висвітлений такий напрямок гуманітарної сфери, як формування нової якості життя, що включає збереження генофонду нації, охорону здоров'я, захист, виховання молоді, розв'язання гендерних проблем, збереження та розвиток духовних надбань тощо. Серед них не менш важливою для нашого суспільства, як наголошувалось і в Концепції..., і на форумі, є демографічна проблема.

В Україні склалася тривожна демографічна ситуація, наявним є певний спад, щорічно скорочується чисельність населення приблизно на 300 тис. осіб, спостерігається падіння народжуваності та висока інтенсивність смертності, зокрема у працездатному віці. Порушується статевовікова структура населення. Знижується потенціал здоров'я людини. Для

значної частини населення характерним є нездоровий спосіб життя (гіподинамія, паління, надмірне вживання алкоголю, нераціональне харчування тощо). Зменшується тривалість життя, високими темпами збільшується кількість хронічних неінфекційних захворювань.

Особливу стурбованість викликають негативні процеси в дитячому та молодіжному середовищі. Поза систематичним шкільним навчанням щороку залишається 30–35 тис. дітей різного віку. Бракує закладів ранньої діагностики й корекції вад розвитку (фізичного й психічного) дітей, охоплення їх дошкільним вихованням, професійно-трудовою підготовкою. За даними МВС України, з початку 2001 р. у країні за бродяжництво було затримано 6,7 тис. дітей, за жебракування — 2,2 тис., за пияцтво — 3,3 тис., за продаж наркотиків — 400. При цьому більше 90 тис. сімей не виконують своїх виховних функцій.

Певну увагу учасники форуму приділили обговоренню напрямку формування суспільства знань. У матеріалах до підсумкової колегії МОНУ «Вища освіта України — європейський вимір: стан, проблеми, перспективи» викладені докладно проблеми реформування освітньої сфери, особливо вищої освіти (Див. Спецвипуск «Освіта України» № 21–22 (905) від 19 березня 2008 р.).

Отже, форум української інтелігенції зупинився на пріоритетних завданнях суспільного розвитку, пов'язаних з системою національних інтересів, підвищенням якості життя та національної безпеки.

Після обговорення на форумі Концепцію гуманітарного розвитку України було схвалено представниками української інтелігенції й визнано за основу плану дій уряду, (місцевих влад) органів місцевого самоуправління та громадських організацій.

О. Скрипнюк, доктор юридичних наук,
професор, академік Академії правових
наук України

Верховенство права і демократія: концептуальні питання взаємозв'язку

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

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

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

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

принцип, згідно з яким народ не можна примушувати робити те, що йому не подобається, має те значення, що від народу не можна вимагати аби він мирився з тим, що йому не подобається. Істинний демократичний принцип, згідно з яким воля кожної особи має бути якомога більш вільною, має те значення, що вільна воля всього народу нічим не може бути обмежена¹. Сьогодні ця «лінкольнівська» й «актонівська» ідея «правління народу» відбита практично у всіх без винятку доктринальних тлумаченнях демократії, не зважаючи на всі відмінності між ними. Для прикладу наведемо лише декілька з них. Так, у визначенні О. Скакун демократія — це «політична організація влади народу, при якій забезпечується: рівна участь всіх і кожного в управлінні державними й суспільними справами; виборність основних органів держави і законність у функціонуванні всіх суб'єктів політичної системи суспільства; забезпечення прав і свобод людини та меншості відповідно до міжнародних стандартів»². Подібно до наведеної дефініції О. Скакун, демократія часто тлумачиться як «форма правління в державі, яка характеризується визнанням єдиним джерелом влади народу, рівноправністю громадян, домінуванням більшості при визнанні цінності інтересів та думок меншості, виборністю основних органів держави, дотриманням прав і свобод людини»³ або ж як політичний режим, якому властиві визнання народу джерелом влади і сувереном у державі, рівноправність громадян, підлеглисть меншості більшості під час прийняття рішень, повага до прав та інтересів меншості, виборність ключових органів держави⁴. Для відомого сучасного дослідника Р. А. Даля демократія — це реально встановлений тип врядування, який передбачає ефективну участь всіх громадян, розуміння, засноване на поінформованості, наявність контролю та включеність в життя суспільства (inclusion)⁵.

Отже, як бачимо, у всіх без винятку визначеннях демократії (за бажанням їх можна наводити й далі, але в цьому, судячи з усього, немає нагальної потреби) присутнє посилення на те, що ця форма врядування має у своїй основі процес легітимзації держави і державної влади народом. Більше того, сама держава за умов демократії, як зазначалося вище,

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

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

³ Политология. Краткий словарь. — Ростов н/Д, 2001. — С. 75.

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

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

перетворюється на інструмент забезпечення суспільної волі та суспільних потреб. Свого часу цю тезу чудово висловив М. Рейснер, який писав, що в демократичній державі не лише влада існує для народу, а й «сам народ стає державою, народне благо здійснюється не тільки для народу, а й через народ, сам народ стає владою»¹. У цьому розумінні фундаментом демократії виступає народовладдя, яке тлумачиться як належність усієї суспільної влади, у тому числі державної, народові, вільне здійснення народом цієї влади відповідно до його суверенної волі в інтересах як всього суспільства, так і кожної людини². Тому, як справедливо вказує В. Погорілко, головною передумовою утвердження демократії є народовладдя, наявність конституційно-правової основи демократичної держави і демократичного суспільства³.

По суті, зазначена влада народу реалізується завдяки специфічній системі правових норм, яка встановлює основні принципи, цінності та правила реалізації влади, визначає ті органи, що наділяються владними повноваженнями, окреслюють цілі процесів суспільного й державного розвитку. Основою зазначеної системи правових норм у сучасному світі виступають конституції, які проголошуються від імені народу і як реалізація народної волі. Тут доречно згадати перші рядки преамбули Конституції України, де сказано: «Верховна Рада України від імені Українського народу — громадян усіх національностей, виражаючи суверенну волю народу... приймає цю Конституцію — Основний Закон України». Подібні положення можна знайти в конституціях інших держав. Так, у преамбулі до Конституції Вірменії вказується: «Вірменський народ, приймаючи за основу фундаментальні принципи вірменської державності та загальнонаціональні цілі... приймає Конституцію Республіки Вірменія». Конституція Болгарії починається словами: «Ми, народні представники Сьомого Великого народного зібрання, намагаючись виразити волю болгарського народу... проголошуємо рішучість створити демократичну, правову і соціальну державу, для чого приймаємо цю Конституцію». В Основному Законі ФРН зазначено: «Усвідомлюючи свою відповідальність перед Богом і людьми, натхнений бажанням служити справі миру у всьому світі як рівноправний союзника

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

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

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

в об'єднаній Європі, германський народ прийняв в силу своєї конститутивної влади цей Основний Закон». У Конституції Іспанії зазначається: «Іспанська нація, бажаючи сприяти справедливості, свободі і безпеці, а також забезпечити добробут усіх, хто її утворює, користуючись своїм суверенним правом, проголошує про своє прагнення гарантувати спільне демократичне існування згідно з Конституцією і законами... Відповідно до цього Кортесами ухвалена, а іспанським народом утверджена ця Конституція».

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

Таким чином, виходячи вже із самого змісту процедури легітимації правових норм, які згодом формують основу конституційного ладу і конституціоналізму в цілому, можна твердити про існування безпосереднього зв'язку між вимогою легітимного характеру права (як зазначалось вище, ця вимога становить невід'ємну частину змісту принципу

¹ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 60 народних депутатів України про офіційне тлумачення положень частини першої статті 103 Конституції України в контексті положень її статей 5, 156 та за конституційним зверненням громадян Галайчука В. С., Подгорної В. В., Кислої Т. В. про офіційне тлумачення положень частин другої, третьої, четвертої статті 5 Конституції України (справа про здійснення влади народом) від 5. 10. 2005 р. // Офіц. вісн. України. – 2005. – № 41. – Ст. 2605.

верховенства права) і становленням демократії. Однак, чи є цей зв'язок між правом і демократією випадковим, і чи можливо розбудувати таку систему демократичного врядування, яка б не спиралась на принцип верховенства права? Вище нами було аргументовано лише те, що верховенство права передбачає формування демократичного політичного режиму. Тож чи є справедливою формула зворотного зв'язку і чи можемо ми з поняття демократії вивести принцип верховенства права?

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

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

¹ Основи демократії / За заг. ред. А. Колодій. – К., 2002. – С. 30.

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

Очевидно, що подібне «процесуальне тлумачення» демократії (засноване на застосуванні того чи іншого типу «процесуальної матриці») від самого початку передбачає апеляцію до принципу верховенства права. Це пояснюється тим, що будь-який процес (у тому числі й демократичний, а також будь-які процеси демократичного розвитку) пов'язаний із реалізацією влади. Тому базові властивості демократичного врядування стосуються насамперед того, яким чином суспільство та окремі індивіди вступають у відносини з владою. Цікавий перелік таких властивостей пропонує К. Стром. Посилаючись на дослідження С. Ліпсета, він зазначає, що система демократичного врядування стає можливою лише у разі якщо забезпечуються три вимоги: а) осмислена та широка змагальність серед індивідів та їх груп (насамперед політичних партій) за можливість впливати на прийняття державних рішень; б) високий рівень впливу тих, хто бере участь у політичному житті на вибір політиків (і відповідно — на вибір того політичного курсу, який представляють ці політики); в) належний рівень забезпеченості політичних та громадянських свобод¹. Отже йдеться про те, що демократичне врядування постає як синтез змагальності та участі (такого погляду дотримуються також Ф. Шміттер, А. Пшеворській, Г. О'Доннелл, Л. Даймонд) за умови, якщо ці два процеси тривають у рамках чітко встановлених правил, які не можуть порушуватись ані державою, ані індивідами чи їх групами. Тобто вже в самому понятті демократичного процесу міститься імпліцитна ідея його нормативної урегульованості, оскільки всі вимоги до демократичного процесу (дотримання прав і свобод людини і громадянина, політична участь і мирні способи ротації політичних еліт) передбачають наявність правової основи, яка дозволяє визначити

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

права і свободи людини і громадянина, закріпити механізми політичної участі й забезпечити процедури мирної передачі влади. Водночас зазначена правова основа повинна встановлювати норми, які є рівною мірою значущими для всіх учасників демократичного процесу, незалежно від того, чи вони представляють державу, чи громадянське суспільство. А це, по суті, є не що інше, як одне із визначень принципу верховенства права.

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

Утім, як відомо, крім процесуального способу тлумачення демократії не менш широко застосованим є й інший підхід. За аналогією з «процесуальною матрицею» його можна описати як «інституційну матрицю». Її сенс полягає у виділенні ряду базових інститутів (ці інститути мають як політичний, так і правовий характер¹), що визначають демократію як специфічний порядок організації держави і суспільства. Тому, з огляду на сформульовану нами проблему, слід з'ясувати чи є принцип верховенства права таким же необхідним з точки зору інституційних інтерпретацій демократії, як це було щойно продемонстровано на прикладі процесуального способу тлумачення сутності феномену демократії і демократичного врядування.

На перший погляд, відповідь на це питання становить значно більше труднощів, оскільки перелік тих інститутів, які є необхідними для демократії, може бути предметом змістовних науково-правових дискусій. Але насправді, на наше переконання, є всі підстави для того, щоби виділити певний «інституційний мінімум», який уможливорює вжиток

¹ Хоча, на думку ряду дослідників, в процесі аналізу становлення і розвитку демократії необхідно приділяти увагу не лише політико-правовим інститутам і процесам, але й тому, як функціонує економіка країни, як і на яких принципах вона організована. У цьому сенсі варто згадати змістовну працю А. Пшеворського «Демократія та ринок». Див. *Пшеворский А. Демократия и рынок. Политические и экономические реформы в Восточной Европе и Латинской Америке.* — М., 2000.

поняття «демократія» стосовно того чи іншого політичного режиму. Як свідчить історичний досвід, демократія як одна з форм політичної практики, здійснюється завдяки таким інститутам, як загальне виборче право, представництво, правління більшості тощо. Усі ці інститути є тісно взаємопов'язаними і взаємозалежними. Тому, якщо спробувати виділити певну інституційну основу демократії, то її становлять передусім ті політико-правові інститути (цікаве визначення політико-правових інститутів пропонує М. Панов, на думку якого, це поняття слід визначати як «один із видів соціальних інститутів», що є «виокремленою організаційно-функціональною структурою в системі державного регулювання, яка діє на підставах легальності та публічності за участю спеціальних професійних груп державних службовців»¹), що покликані сприяти забезпеченню політичної участі, завдяки якій громадяни мають змогу обирати для себе такі дві важливі речі, як: а) загальний напрям суспільного розвитку; б) тих, хто здійснюватиме політичне управління (тобто ту чи іншу політичну еліту, партію тощо). У цьому плані демократична ідея є не що інше, як вимога участі в процесі управління всіх тих (зараз ми не беремо до уваги конкретні форми цієї участі), на кого це управління (влада) поширюється. Інакше кажучи, сам вжиток поняття демократії передбачає переконання в тому, що всі можливі зміни чи модифікації на рівні інституційної структури, які відрізняють одну модель демократії від іншої, спрямовані тільки на забезпечення ролі громадян у процесі формування і здійснення державної влади.

Зрозуміло, що ця участь може реалізовуватись завдяки різним механізмам (пряма участь, представництво інтересів, делегування інтересів тощо). Більше того, самі демократичні процедури у різних країнах можуть суттєво різнитися. Наприклад, наголошуючи на тому, що демократія — це завжди вільний вибір, ми визнаємо, що сама процедура проведення виборів може набувати найрізноманітніших форм. Причому виборча система як така (у даному випадку під «виборчою системою» мається на увазі встановлений законом чи іншим нормативно-правовим актом спосіб визначення результатів голосування та порядок розподілу мандатів між партіями і кандидатами) не є певною єдиною та універсальною моделлю для всіх демократій, оскільки на сьогоднішній день існують принаймні такі три поширені види виборчих систем, як мажоритарні, пропорційні та змішані, і ми не можемо однозначно вказати, що якась одна з перелічених виборчих систем є більш демократичною,

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

ніж інші. Те саме стосується й принципів, які кладуться в основу функціонування тих чи інших невід'ємних для демократії інститутів. Так, скажімо, у випадку інституту виборів ми зазначаємо, що для демократичних політичних систем це можуть бути як прямі, так і непрямі вибори. Чи, як ми спостерігаємо у значній кількості випадків, різні органи державної влади можуть формуватись із застосуванням різних процедур, коли одні утворюються шляхом прямих виборів, а інші — непрямих. Але, як би там не було, попри всі відмінності на рівні процедур, для всіх демократій загальна інституційна структура забезпечення політичної участі становить ту основу, яка дозволяє висновувати про феномен демократичного правління й демократичного політичного режиму.

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

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

Тому, досліджуючи специфіку взаємозв'язку принципу верховенства права і демократії, можна твердити, що ці два поняття пов'язані в такий спосіб, що одне з них передбачає існування та забезпечення іншого. У цьому сенсі видається цілком обґрунтованим, що Національна комісія, утворена відповідно до Указу Президента України від 5 липня 2005 року, має назву «Національна комісія із зміцнення демократії та утвердження верховенства права»². Нагадаємо, що ця Комісія є постійно діючим консультативно-дорадчим органом при Президентові України, утвореним з метою сприяння досягненню Україною відповідності Копенгагенським критеріям 1993 року щодо набуття членства в Європейському Союзі в частині забезпечення стабільності та ефективності функціонування відповідних інститутів, які гарантують демократію, верховенство права, додержання прав людини і захист меншин, виконання відповідних положень Плану дій «Україна — Європейський Союз». А її основними завданнями є: а) підготовка пропозицій щодо досягнення Україною відповідності політичній складовій Копенгагенських критеріїв та виконання відповідних положень Плану дій «Україна — Європейський Союз»;

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

² Про Національну комісію із зміцнення демократії та утвердження верховенства права: Указ Президента України від 5. 07. 2005 р. // Офіц. вісн. України. — 2005. — № 27. — Ст. 1543.

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

Таким чином, взаємозумовленість процесів утвердження демократії в Україні та забезпечення принципу верховенства права, пояснюється тим, що принцип верховенства права може бути забезпечений і реалізований лише в умовах демократії, тоді як сама демократія стає реальністю (а не псевдо-реальністю, як це часто трапляється в Україні) лише за умов гарантування й дотримання принципу верховенства права. Причому цей зв'язок може бути обґрунтований як з позицій політико-правової теорії, так і завдяки зверненню до аналізу цієї ж політико-правової практики. Саме від усвідомлення специфіки цього нерозривного зв'язку демократії з верховенством права залежить майбутня перспектива не лише суто конституційного, але й загальносуспільного розвитку України, перспектива формування сучасної насправді демократичної системи управління, в основі якої лежить не тільки ефективна побудова системи державної влади, але й утворення стійкої системи взаємозв'язків між державою і громадянським суспільством.

С. Шевчук, професор Міжнародного
Соломонового Університету, м. Київ,
кандидат юридичних наук

Судова правотворчість та принцип поділу влади

Основний аргумент заперечення судової правотворчості, що наводиться у науково-практичних колах країн колишнього СРСР, зокрема в Україні, пов'язаний із принципом поділу влади — фундаментальний принцип демократичної організації держави, закріплений у статті 6 Конституції України. Прихильники заперечення судової правотворчості посилаються не тільки на цей конституційний принцип, але й на ті конституційні положення, які не визнають за судовою владою правотворчої функції, а тільки правозастосовчу та інтерпретаційну¹. Вони також розуміють конституційний принцип поділу влади як такий, що забороняє судовій гілці влади створювати право як у вигляді судового тлумачення, так і при прийнятті рішень *contra legem*, оскільки судді повинні застосовувати закони, а не створювати їх: «...механізм правової держави будується на принципі поділу влади. Судова влада не може займатися правотворчістю. Її функція — здійснення правосуддя»². Особливо ці зауваження стосуються конституційних судів: «...поділ влади не дозволяє Конституційному Суду підміняти законодавця. І якщо він здатний знаходити право, відзначати у межах чинної Конституції невідповідність закону, праву тощо, то творити право, встановлювати конституційні норми він не уповноважений»³.

Можна погодитися, що конституційні суди, як й інші суди не мають повноважень встановлювати, приймати нові правові норми, оскільки це справа конституцієдавця (законодавця). Але чи можна категорично наполягати на тому, що судова правотворчість суперечить принципу поділу влади?

Для відповіді на це запитання слід врахувати основне призначення принципу поділу влади у сучасному демократичному суспільстві, а саме

¹ Див.: *Нерсеяни В. С.* У российских судов нет правотворческих полномочий // Судебная практика как источник права. — М., 2000. — С. 107.

² *Общая теория государства и права. Академический курс: В 2 т. / Под. ред. проф. М. Н. Марченко. Том 2: Теория права.* — М., 1998. — С. 340.

³ *Хабриева Т. Я.* Толкование Конституции Российской Федерации: теория и практика. — М., 1998. — С. 53–54.

забезпечення політичної свободи та стабільного демократичного розвитку. Деконцентрація влади виключає небезпечне для прав людини і громадської свободи надмірне зосередження влади в окремих державних органах, забезпечує недопущення привласнення повноти державної влади однією з гілок влади¹. Виходячи з цього, державна влада не належатиме лише законодавчому органу, а деконцентрується між окремими її гілками, які взаємодіють між собою через систему стримувань та противаг.

Загалом усі підходи до розуміння та тлумачення цього принципу можна звести до такої універсальної точки зору: щоб запобігти встановленню тоталітарного або авторитарного режиму, державна влада повинна бути розподілена по різних центрах (гілках влади) прийняття рішень, що здійснюють тільки власні державно-владні повноваження. З юридичної точки зору реалізація цих владних повноважень має здійснюватися на підставі нормативно закріпленої за державними органами, що входять до різних гілок влади, компетенції, та, за загальним правилом, не повинна перевищувати її межі (доктрина «*ultra vires*»). З іншого боку, кожна гілка влади має виконувати свою основну функцію та кілька додаткових відповідно до механізму стримувань та противаг.

Ці різні гілки влади задля спільних цілей, спрямованих на досягнення «суспільного блага», повинні ефективно взаємодіяти. У правовій державі це досягається за рахунок взаємодії державних органів у межах їх компетенцій. Механізм взаємодії компетенцій є суцільно правовим та заснований на здійсненні різного роду юридичних процедур, перерозподілі постійної компетенції, дачі доручень, прийнятті спільних рішень, делегуванні державних повноважень тощо.

Заборона судової правотворчості, якщо не пов'язувати це з марксистсько-ленінською доктриною, яка загалом вважала принцип поділу влади «ворожим» щодо соціалістичної держави, походить з часів кодифікації Юстиніана та від принципу верховенства законодавчої влади у здійсненні правотворчості.

Імператор Юстиніан вважав, що судова правотворчість безпосередньо загрожує його владі². Тому він прямо заборонив керуватися прецедентами: «Жоден суддя чи арбітр не повинен вважати себе пов'язаним правовою думкою, яка, на його погляд, є неправильною, а тим більше

¹ Конституція України: науково-практичний коментар / В. Б. Авер'янов, О. В. Батанов, Ю. В. Баулін та ін.; Ред. кол. В. Я. Тацій, Ю. П. Битяк, Ю. М. Грошевой та ін. – Х.; К., 2003. – С. 32.

² Allen C. Law In The Making. – Clarendon Press, 1964. – 7th ed. – P. 172–173.

рішеннями вчених префектів чи інших суддів... Рішення повинні ґрунтуватися на законах, а не на прецедентах»¹. Цей вираз Юстиніана можна назвати таким, що закладається у сучасну ідеологічну основу заперечення судової правотворчості у тих правових системах, які «генетично» пов'язані з римським правом.

У свою чергу теоретичне підґрунтя принципу верховенства законодавчої влади викладено у працях одного з авторів теорії поділу влади Дж. Локка, який стверджував, що законодавча влада є першим та верховним наслідком суверенітету, що «тут може бути тільки одна верховна влада, яка називається легіслатурою, якій всі інші повинні підкоритися»².

Під верховенством законодавчої влади Дж. Локк мав на увазі, що законодавча функція є пріоритетною щодо виконавчої, тобто остання повинна здійснюватися згідно з нормами — результатом діяльності законодавчої влади; а верховенство парламенту позначає верховенство закону. Дж. Локк був прихильником законодавчої монополії парламенту, забороняючи при цьому передачу «права на видання законів в інші руки, оскільки це право надано народом, а тому ті, кому воно належить, не можуть передавати його іншим»³. Крім того, виконавча влада має бути підпорядкована законодавчій, а тому їй не належать повноваження із прийняття законів: «Тому, хто встановлює закони для іншого, повинно належати верховенство»⁴. При цьому він визнавав, що, незважаючи на верховенство законодавчої влади, вона не є необмеженою, а підпорядкована праву справедливості та обмежена регламентом⁵.

Інший автор теорії поділу влади Ш. Монтеск'є хоча й відносив судові органи до однієї з гілок державної влади, проте при цьому він робив застереження, що судова гілка влади не є «владою» загалом: «З трьох гілок влади, про які ми ведемо мову, судова не є владою»⁶. Отже традиція розуміння ролі судді, який тільки застосовує правові норми, а не створює їх, ототожнюється не стільки з ідеологічними постулатами, на яких ґрунтувалося радянське право ХХ ст., скільки із загальноєвропейською тенденцією посилення централізації державної влади, впливу теорії правового позитивізму та утилітаризму, занепаду теорії природного права, а також із тенденцією утворення політичних режимів парламент-

¹ Allen C. Law In The Making. – Clarendon Press, 1964. – 7th ed. – P. 172–173.

² Локк Дж. Два трактата о правлении. – М., 1988. – С. 339–340.

³ Там само. – С. 345.

⁴ Там само. – С. 350.

⁵ Там само. – С. 343.

⁶ Монтеск'є Ш. О духе законов – М., 1955. – С. 285.

ських демократій, що йшли на зміну королівському абсолютизму в ході ліберально-демократичних європейських революцій XVIII–XIX ст.

Така традиція, яка ще має назву традиції «Великої французької революції 1789 року», ґрунтується на принципі «парламентського суверенітету» та теорії «жорсткого» поділу влади: судді не можуть визнавати нечинними акти парламенту — закони та займатися правотворчістю, оскільки вони повинні застосовувати, а не творити право, на підставі того, що вони не обираються народом та не відповідають перед ним за свою діяльність. Виходячи з таких міркувань, закон як нормативний акт найвищої юридичної сили був для суддів священним, а принцип парламентського суверенітету — непорушним.

Відтак, виходячи з революційних тенденцій того часу, Ш. Монтеск'є не визнавав за судовою владою правотворчої функції, що повністю відповідає його теорії, яка дістала синонімічну назву теорії класичного або «жорсткого» поділу влади.

Слід також зазначити, що за часів королівського абсолютизму судді були повністю під контролем монарха. Для прикладу можна навести наказ пруського короля своєму уряду 1780 року: «...ми не будемо дозволити, щоб суддя інтерпретував, розширював або обмежував наші закони, й тим більше створював нові закони», а у статті 46 «Введення до пруського пандектного права» зазначалося, що «при прийнятті рішення зі спірних правових питань суддя не може надавати законам ніякого іншого змісту, крім того, що чітко визначені у словах та у їх зв'язку щодо предмета спору або походить з наступної безсумнівної суті закону»¹. Тому у разі сумніву щодо застосування тексту закону суддя повинен поцікавитись позицією законодавця з цього приводу. Це пов'язано з панівною на той час думкою, яку висловив Ч. Беккарія: краще мати абсолютного правителя у країні, ніж опинитися під владою великої кількості маленьких тиранів та напівправителів в особі суддів, що здійснюють тлумачення, тому незрозумілі закони повинен тлумачити законодавець, а не суддя².

Класичне розуміння принципу поділу влади (жорстка модель) полягає в тому, що державна влада поділяється на три гілки, кожна з яких виконує різні функції: законодавчу (парламент), виконавчу (президент та уряд) та судову (суди) з метою уникнення узурпації державної влади

¹ Цит. за: *Кунер Р.* Толкование, аналогия и развитие права: проблемы разграничения судебной и законодательной власти // Государство и право. – 2003. – № 8. – С. 5.

² Цит. за: *Hirsch G.* Zeitschrift für Wirtschaftsrecht. – Bremen, 2002. – S. 502.

(концентрації владних повноважень) в одному державному органі. Як вважав Ш. Монтеск'є: «Коли законодавчі та виконавчі повноваження об'єднані в одній особі або в одному органі магістратури, тут не буде свободи, оскільки виникнуть зловживання; об'єднані в одній особі монарх або сенат будуть приймати тиранічні закони та виконувати їх тиранічним чином»¹.

В українському науковому середовищі принцип поділу влади розуміється у параметрах жорсткої моделі. Відповідно до неї судова правотворчість, у тому числі як результат заповнення прогалін у законодавстві, заборонена. На такі позиції став і Конституційний Суд України: «Заповнення прогалін у законах, окремі положення яких Конституційним Судом України визнані неконституційними, не належить до його повноважень. Згідно зі статтею 6 Конституції України державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову. Виходячи з цього і відповідно до частини другої статті 19 Конституції України вирішення зазначених питань є прерогативою органу законодавчої влади — Верховної Ради України»². На думку прихильників жорсткої моделі, будь-яке відхилення у процесі здійснення судочинства від буквального значення норми права вважається «підміною» законодавця та підлягає безумовному засудженню, а відповідна діяльність Конституційного Суду — неконституційною.

Прихильники жорсткої моделі поділу влади в Україні також посилаються й на частину першу статті 129 Конституції України, згідно з якою судді при здійсненні правосуддя незалежні і підкоряються лише закону. Це — данина «традиції» Великої французької революції та загальної тенденції, що склалася в європейських країнах у XVIII–XIX ст. Так, російський дослідник Г. Демченко на початку XX ст. здійснив відповідний аналіз цього принципу у контексті тогочасних європейських конституцій та російського законодавства, на підставі якого дійшов таких висновків: 1) суд не може тлумачити закон, а зобов'язаний застосовувати його буквально, та у сумнівних випадках звертатися за вказівками до законодавця (декрет 24 серпня 1790 року у Франції, звод законів 1786

¹ *Монтеск'є Ш.* О духе законов. – М., 1955. – С. 290.

² Див.: Частина 3 пункту 2 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України від 25 березня 1998 р. у справі за конституційним поданням Центральної виборчої комісії України щодо офіційного тлумачення положень частин одинадцятої та тринадцятої статті 42 Закону України «Про вибори народних депутатів України» (справа про тлумачення Закону України «Про вибори народних депутатів України»).

в Австрії та 1813 року у Баварії, статті 52 та 65 Основного закону Російської імперії тощо); 2) суд ніколи не може заповнювати прогалини у законі, а творчий елемент загалом виключається із судової діяльності; 3) судові рішення не може мати ніякої загальної сили або загального значення, оскільки право аутентичного тлумачення складає виключну властивість верховної законодавчої влади (конституція бельгійська, італійська, грецька тощо, статті 49, 52, 55, 61 та 69 Основного закону Російської імперії)¹.

Отже, можна дійти висновку, що заперечення судової правотворчості в Україні походить із традиції публічного права тогочасної Європи та Росії. Але навіть у той період вважалося, що такі висновки базуються на непорозумінні, що тільки закон створює правові норми, що є неправильним на практиці, те саме стосується й принципу поділу влади. Цей автор наводить цитату з роботи італійського дослідника Майорані, який ще у 1889 році вважав: «Принцип поділу влади між законодавчою та судовою не має значення безумовного ідеалу, а змінюється разом із зміною життя народів; зокрема, вже зараз можна стверджувати, що вже спостерігаються зародки розкладу цього принципу, що невідворотно призведуть до часткової передачі у руки суду влади законодавця»². Так сталося у Європі у ХХ ст., зокрема, у його другій половині, після Другої світової війни, коли за судами, зокрема конституційними, було по суті визнано здійснення правотворчої функції. Це був вимушений крок, що спричинило надання конституційним нормам, зокрема нормам про права та свободи, характеру прямої дії.

Жорстка модель поділу влади була вперше максимально втілена у тексті Конституції США 1787 року. Видатний діяч періоду американської революції Дж. Медісон у своїй статті, що побачила світ у період обговорення Конституції США і була надрукована у збірці «Федераліст» за № 47, зазначив, що навіть Ш. Монтеск'є в основу своєї теорії заклав принцип, який зводився до того, що якщо всі повноваження однієї гілки влади здійснюються органом, який належить до іншої гілки влади, тоді знищуються основні принципи вільної політичної системи, й не більше того. Аналізуючи слова Дж. Медісона, можна дійти висновку, що французький філософ припускав взаємний частковий вплив та контроль гілок державної влади, який закладається в основу системи стримувань та

¹ Демченко Г. В. Судебный прецедент // Журн. М-ва юстиции. – 1903. – № 3. – С. 99.

² Там само. – С. 101.

протипага, і полягає у частковому виконанні функцій іншої гілки влади¹.

Ідея Дж. Медісона полягала у тому, що одна гілка влади може наділятися допоміжними функціями, які належать до відання іншої гілки влади, але при цьому повноваження окремої гілки влади не можуть бути передані повністю. Передусім та головним чином, на думку Дж. Медісона, це стосується часткового надання законодавчих повноважень виконавчій гілці влади, причому і законодавчій, і виконавчій гілці влади належатиме автономія. Такий висновок можна поширити й на судову гілку влади щодо здійснення судової правотворчості, особливо у США, де судовий прецедент завжди був джерелом права.

Автори «Федераліста» доповнили та остаточно сформулювали сучасну теорію поділу державної влади. На думку М. Віле, «в Америці в 1787 році доктрина поділу влади була модифікована й змінена теорією стримувань та протипага, яка впливала із старої англійської концепції»². Як вважає українська дослідниця Н. Жук, стримування — це техніко-правові засоби, що дозволяють кожній гілці впливати на сферу функціонального призначення інших гілок влади, а протипаги, у свою чергу, покликані забезпечити максимально рівну значущість гілок у різних сферах відправлення державної влади³.

За сучасних умов розвитку демократичних правових систем судова правотворчість вже не визнається як така, що суперечить принципу поділу влади. Більше того, її навіть можна вважати сучасним елементом теорії стримувань та протипага як результат заперечення монополії парламенту на правотворчість. Як зауважує сучасний російський вчений В. Четвернін що, виходячи з вимог цього принципу, неприпустимо об'єднувати законодавчу та судову владу, але ця вимога не заперечує можливість прецедентного права. При встановленні прецеденту суд створює норму, але у подальшому судді зв'язані цією нормою⁴.

¹ Федераліст. Политическое эссе Александра Гамильтона, Джеймса Мэдисона и Джона Джея. – Москва: Прогресс, 1993. – С. 325.

² Vile M. Constitutionalism and the Separation of Powers. – Oxford: Clarendon Press, 1967. – P. 120.

³ Див.: Жук Н. А. Стримування і протипаги в системі поділу влади в Україні (загальнотеоретичні проблеми): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12. 00. 01 / Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2006. – С. 15–16.

⁴ Див. Проблемы общей теории права и государства: Учебник для вузов/ Под общ. ред. академика РАН, д-ра юрид. наук, проф. В. С. Нерсесянца. – М., 2004. – С. 578.

Як наголошувалося, Ш. Монтеск'є сформулював свою теорію поділу влади, виходячи з аналізу політичної та правової системи Великої Британії, де судова правотворчість існувала завжди. Ідея судової правотворчості відповідає концепції системи стримувань та противаг гілок державної влади, що лежить в основі теорії поділу державної влади. Прецеденти, сформульовані судами в ході здійснення конституційного судочинства, стали могутнім чинником стримування й контролю за законодавчою та виконавчою гілками влади з боку судової влади, оскільки рішення суду прецедентного характеру з питань застосування основного закону стримує інші гілки влади та примушує їх дотримуватися Конституції.

Крім того, у сучасних конституційних системах починає переважати «м'яка» модель поділу влади, яка припускає часткове виконання «органічних» або «титульних» функцій однієї гілки влади іншими гілками як елемент розвитку системи стримувань та противаг. Виникають чисельні державні органи, яким законом дозволено здійснення квазі-законодавчої (нормотворчої) та квазі-судової функції. Тому судова правотворчість з позицій такого підходу до розуміння принципу поділу влади не забороняється, а, навпаки, припускається з метою пошуку справедливості та гарантії свободи особи, включаючи політичну, а також забезпечує належне виконання соціальних та економічних функцій сучасної «адміністративної» держави (держави «загального добробуту»).

М'яка модель поділу влади є загальновизнаною у сучасних розвинутих демократичних країнах, що обумовлено тенденцією юридизації суспільного життя, зростанням ролі держави у соціально-економічній сфері, розширенням її функції щодо здійснення правосуддя, різким збільшенням обсягу нормативно-правових актів, що призводить до посилення судової правотворчості при їх застосуванні.

Згідно з «м'якою» моделлю поділу влади відповідні положення Конституції сприймаються лише як путівники практичної діяльності держави щодо досягнення «загального блага», тобто теорія поділу влади розглядається з погляду необхідності її застосування та практичних потреб суспільства. А тому зараз одним із головних питань контролю за державою, яка діє згідно з «м'якою» моделлю поділу влади, є питання судового контролю за здійсненням державної влади.

Як зазначає М. Віле, «тенденція заперечення доктрини поділу влади (у значенні жорсткої моделі. — С. III.) не може приховати того факту, що багато практичних проблем держави ХХ ст. є якраз тими проблемами, вирішення яких пропонує ця доктрина. Ось чому ми є свідками

дедалі частішого вживання термінів «квазі-судовий», «делеговане законодавство», що являє собою спроби пристосування старих категорій до вирішення нових проблем»¹.

Занепад жорсткої моделі поділу влади у ХХ ст. обумовлений впливом ідеології «колективної» діяльності держави, що спрямована на досягнення «загального блага». Це потребує координації дій усіх гілок влади в той час, коли «жорсткий» поділ робить неможливим здійснення складних та комплексних державних програм та функцій, що якісно змінилися у ХХ ст. Як підкреслює з цього приводу російський науковець А. Осавелюк: «Не випадково домінування першої частини принципу (жорсткий поділ влади) протягом всього останнього століття (ХІХ. — С. ІІІ.) та на початку нинішнього співпав із пасивною роллю держави у управлінні»².

Інший російський науковець В. Чіркін підтримує цю ідею, зазначаючи, зокрема, таке: «Історичний досвід свідчить, що теорія поділу влади не може бути реалізованою у вигляді непроникних перегородок між різними сферами діяльності держави. Якщо вести розмови не тільки про надзвичайні, а й про звичайні умови, то нормотворча (по суті, законодавча) влада належить не тільки парламенту. Тобто теорія поділу влади реалізується лише в плані загального принципу, яким слід керуватися при створенні структури державних органів та визначенні контурів їх повноважень»³.

Таку точку зору підтримує і голова Верховного суду Ізраїлю А. Барак, який в одному із своїх рішень зазначив: «Просвітницька (конституційна. — С. ІІІ.) демократія є режимом поділу влади. Поділ влади не означатиме, що кожній гілці влади належить верховенство без урахування позиції інших гілок влади. Така перспектива може зруйнувати основи демократії, якщо це означає диктатуру кожної гілки у своїй сфері. Навпаки, поділ влади означатиме систему взаємних стримувань та противаг серед різних гілок — не стіни між ними, але мости, що забезпечують рівновагу та взаємний контроль»⁴. Отже, принцип поділу влади означатиме, що кожна гілка влади є незалежною у своїй сфері, й тому судам, й тільки судам належатиме останнє слово у владних суперечках

¹ Vile M. *Constitutionalism and the Separation of Powers*. – Oxford, 1967. – P. 10.

² Осавелюк А. Современный механизм системы сдержек и противовесов в зарубежных государствах // Сов. государство и право. – 1993. – № 12. – С. 106.

³ Чиркин В. Элементы сравнительного государственоведения. – М., 1994. – С. 19.

⁴ Н. С. 73/85, «Kash» Faction v. Chairman of Knesset, 39(3) P. D. 141, 158.

щодо конституційності та законності діяльності інших гілок влади. Тільки суди, шляхом тлумачення та застосування законодавства, вирішують владні конфлікти, зокрема, шляхом розширеного тлумачення положень конституції та законів, що призводить до судової правотворчості. Як зазначав свого часу голова Верховного суду США Д. Маршал: «це є категоричним призначенням та обов'язком суддів казати, що є право»¹.

Слід також мати на увазі, що в державно-правовій практиці країн західної демократії періодично використовується і жорсткий і м'який підхід до теорії поділу влади, що обумовлено різними соціальними, політичними та економічними чинниками.

Так, наприклад, Верховний суд США при прийнятті рішення по справі *INS v. Chadna*² виявив жорсткий підхід щодо застосування принципу поділу влади. Суд визнав неконституційним з підстав суперечності принципу поділу влади існування законодавчого вето на акти виконавчої влади, прийняті в результаті здійснення делегованих законодавчих повноважень, оскільки законодавче вето є винятковою прерогативою президента США.

В інших справах, як *Humpkreys Executor v. U. S.* і *Weiner v. U. S.*³, Суд прийняв рішення, застосувавши м'який підхід до теорії поділу влади: якщо посадові особи, котрі входять до складу виконавчої влади, виконують квазі-судову або квазі-законодавчу роль, конгрес може обмежити або повністю скасувати повноваження президента щодо усунення з посад цих осіб.

У будь-якому випадку в країнах англо-саксонської правової сім'ї судова правотворчість вважається припустимою у процесі здійснення правосуддя та не суперечить теорії поділу влади. Ці тенденції отримали визнання й у континентальній Європі, де послідовно набуває поширення думка, що судова правотворчість відповідає м'якому підходу до теорії поділу влади.

Це також пояснюється тим, що класична теорія поділу влади, як це було запропоновано Ш. Монтеск'є, у сучасних умовах є анахронізмом. Навіть у Франції влада не поділяється згідно із запропонованим ідеалом. Відповідно до Конституції V Республіки 1958 року законодавчі повноваження поділяються між законодавчою та виконавчою владою. Певним

¹ *Marbury v. Madison*, 5 U. S. (1 Cranch) 137, 177 (1803).

² *INS v. Chadna*, 462 U. S. 919 (1983).

³ *Humpkrey's Executor v. U. S.*, 295 U. S. 602 (1935); *Weiner v. U. S.*, 357 U. S. 349 (1958).

чином такий підхід щодо розподілення законодавчої компетенції відбиває також бонапартистську традицію, згідно з якою парламент розглядався як «джерело політичної нестабільності», тому його робота повинна бути «раціоналізованою», тобто передана під централізоване управління виконавчої влади.

Як зазначив з цього приводу Конституційний суд ФРН: «Моністична теорія влади, що некоректно виведена з принципу демократії, яка надає монополію на прийняття рішень парламенту, не повинна руйнувати реальний поділ та рівновагу політичної влади, яка гарантується Основним Законом»¹.

В іншому рішенні Суд далі розвиває свій підхід до розуміння цього принципу: «Але принцип поділу влади у Федерації не реалізується у чистому вигляді. Існують чисельні владні перехрещення і збалансування. З Основного Закону можна вивести не абсолютне відокремлення, а протилежний контроль, стримування та врівноваження влад... Таким чином, сенс поділу влади не можна вбачати у чіткому поділі функцій державної влади, але, з іншого боку, все ж має залишатись проведений у Конституції розподіл важелів між трьома гілками влади. Жодна гілка влади не повинна отримувати непередбачений Конституцією надлишок влади над іншими гілками влади»².

У цьому зв'язку професор Р. Циммерман зауважує: «Судова правотворчість *praeter legem* є не тільки загально прийнятим феноменом, але й невід'ємною частиною *officium iudicis* у правовій системі, що ґрунтується на законодавстві. Доктрина поділу влади (як вона закріплена в статті 20 Основного Закону ФРН) не порушується в силу виникнення значного обсягу судової практики при застосуванні кодексів та статутів: оскільки судова правотворчість *contra legem* (прямо) не дозволяється, прерогативи демократично обраної законодавчої влади залишаються по суті неушкодженими»³.

Віддзеркалюючи зазначені тенденції, сучасна конституційна теорія заперечує абсолютність принципу верховенства законодавчої влади, визнаючи правотворчі функції за органами правосуддя, що, як наголошувалося, не суперечить «м'якої» моделі поділу державної влади. Як

¹ *Kalkar Case*, Judgement of 8 Aug., 1978, 49 BVerfGE 89, цитовано за Kommers D. The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany. – Durham: Duke University Press, 1997. – P. 150.

² BVerfGE 34, 52, 58 – Hessisches Richtergesetz.

³ Zimmermann R. Statuta Sunt Stricte Interpretanda? Statutes and the Common Law: A Continental Perspective // Cambridge Law Journal. – 1997. – № 56. – P. 321.

зауважує з цього приводу російський вчений Є. Сем'янов, «визнаючи рівні права за всіма гілками влади, можна стверджувати, що судова влада правомочна здійснювати правотворчу діяльність»¹.

Якщо принцип поділу влади розуміється як основна гарантія свободи, то судова правотворчість може бути виправдана і з цих позицій, особливо у сфері конституційної юрисдикції: «Поділ влади не є цінністю сам по собі. Мета поділу влади полягає в укріпленні свободи та запобіганні концентрації влади у руках одного державного діяча у такий спосіб, що свобода індивіда буде знаходитися під загрозою»².

¹ Семьянов Е. В. Судебное правотворчество (вопросы общей теории права): Дис. ... канд. юрид. наук: 12. 00. 01. – М., 2005. – С. 92.

² *Morrison v. Olson*, 487 U. S. 654, 727 (1988), (Scalia, J., dissenting).

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

Про засоби забезпечення обов'язковості права

Обов'язковість права — одна з найактуальніших і найфундаментальніших проблем, що турбують юриспруденцію. Вже кілька тисячоліть це питання досліджується юристами і філософами, соціологами і політологами, які прагнуть знайти джерело обов'язковості права. Зазвичай підкреслюється, що обов'язковість права підтримується різними засобами, серед яких найчастіше звертають увагу на авторитет та примус. Іншими словами, підкреслюється, що право має бути одночасно і авторитетним, і сильним. Полемічно загострюючи цю тезу, можна стверджувати: якщо немає першого, то ми маємо справу зі свавіллям, якщо немає другого — то з мораллю¹.

Подібне поєднання авторитету і примусу можна побачити ще у Б. Паскаля. «Справедливість, яка не підтримана силою, немічна, — підкреслював видатний французький вчений, — сила, не підтримана справедливістю, тиранічна. Безсилій справедливості незмінно будуть протиборствувати, оскільки погані люди ніколи не переведуться на світі, несправедливою силою завжди будуть обурюватися. Значить, слід об'єднати силу зі справедливістю та чи справедливість зробити сильною, чи силу — справедливою»².

Як відомо, авторитет є підтипом влади, при якому люди з готовністю підкоряються наказам, оскільки вважають здійснення влади легітимним³. Тому сприйняття права як *авторитетного (легітимного) регулятора* породжує впевненість людей у необхідності додержання права. Іншими словами, нормативної (зобов'язуючої) сили право набуває завдяки трансформації аксіологічного аспекту права в деонтологічний⁴. Історія доводить, що влада права не може здійснюватись ефективно без згоди

¹ Див. з цього приводу: *Ллойд Д.* Ідея права: Пер. с англ. – М., 2000. – С. 41–42.

² *Паскаль Б.* Мьсли: Пер. с фр. – СПб., 2005. – С. 97.

³ Див.: *Аберкромби Н., Хилл С., Тернер Б. С.* Социологический словарь: Пер. с англ. – 2-е изд., перераб. и доп. – М., 2004. – С. 20.

⁴ Див.: *Тур М. Г.* Некласичні моделі легітимації соціальних інститутів. – К., 2006. – С. 166.

з боку тих, хто їй підкорюється. Тому право може бути дійовим лише тією мірою, якою йому вдається отримати соціальне визнання (хоча би мовчазне чи часткове). У право треба вірити, інакше воно не буде працювати¹. Це у свою чергу вимагає від представників юридичної професії здійснення зусиль, спрямованих на постійне підтримання у суб'єктивних правах віри в юридичний порядок².

Одне з найважливіших питань юриспруденції традиційно стосується джерела авторитетності права. Зрозуміло, що люди в повсякденному житті зіштовхуються насамперед з позитивним правом³. При виважені підході ми маємо сприймати позитивне право як витвір правової системи, як результат спільних зусиль суб'єктів правотворчості, осіб, що реалізують право, та його інтерпретаторів. Позитивне право, поза всяким сумнівом, створюється діями конкретних людей (органів), але промовляє від імені абстрактного, тобто незалежного від конкретних персон авторитету⁴. Яким же є це авторитетне джерело?

В історії філософії права сформувалися два головні напрямки, які дають відповідь на це запитання. Згідно з традицією природного права, авторитет права врешті-решт неминуче спирається на зв'язок права з мораллю⁵. Прихильники природного права вважають, що посилення на мораль (насамперед на ту її складову, яку називають справедливістю) становить важливий елемент усього пояснення, що таке право. Узагальнюючи традицію природного права, редактори найпопулярнішої в світі антології з філософії права зазначають: «Мораль — не просто бажана риса, яку треба запровадити в право, а радше суттєвий елемент

¹ Див.: *Берман Г. Дж.* Западная традиция права: эпоха формирования. Пер. с англ. — М., 1998. — С. 17.

² Див. з цього приводу: *Бурдые П.* Социальное пространство: поля и практики. Пер. с фр. — М.; СПб., 2007. — С. 110–111.

³ У II ст. н. е. латинський граматист Авл Геллій переклав грецькі терміни *physei* («за природою») та *thesei* («за обдуманим рішенням») як *naturalis* та *positivus*. З латини вони перейшли в більшість європейських мов як назви двох видів права — природного і позитивного. Так, Дж. Остин пояснював позитивне право як право, що існує внаслідок утвердження, відрізняючи його за цією ознакою від права природного (див.: *Хайек Ф. А. фон.* Право, законодательство и свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики. Пер. с англ. — М., 2006. — С. 39; *Остин Дж.* Позитивістська концепція права // *Філософія права*: Пер. з англ. / За ред. Дж. Фейнберга, Дж. Коулмена. — К., 2007. — С. 42).

⁴ Див.: *Речицький В.* Відповідь Всеволода Речицького Мирославу Мариновичу // *Права людини* (ХПГ-інформ). — 2007. — № 11 (447). — С. 11.

⁵ *Філософія права*: Пер. з англ. / За ред. Дж. Фейнберга, Дж. Коулмена. — К., 2007. — С. 12.

права, яким воно є насправді. Жоден адекватний критерій слухності певної правової норми або існування певної правової системи, мабуть, не може бути нейтральним щодо змісту, бо здебільшого саме зміст норми визначає, справедлива вона чи ні, розумна чи нерозумна ... Ба більше, залежить не тільки від змісту права, а й від нашої моральної оцінки цього змісту»¹.

Часто-густо родовід цієї теорії ведуть від трагедії «Антигона», написаної Софоклом ще в V ст. до н. е.² Обґрунтування вчення про природне право можна знайти у працях Арістотеля, Цицерона, Августина,

¹ Філософія права / За ред. Дж. Фейнберга, Дж. Коулмена. – С. 14.

² За сюжетом цієї трагедії правитель міста Фіви Креонт ухвалює наказ, згідно з яким Полініка, який загинув під час віроломного нападу на місто, слід покарати, відмовивши йому в праві бути похованим з пошаною. Тим часом брата Полініка Етеокла, який поліг у бою, захищаючи місто від зрадника, поховали з великими почестями. Міркування, якими керується Креонт, є зрозумілими та ефективними: роблячи покарання якомога жакливішим, він прагне стримувати людей від зради й у такий спосіб забезпечити державу. Антигона, сестра Етеокла та Полініка, захищає альтернативну концепцію, за якою право має відповідати велінням природи, а відтак, вона вирішує організувати для брата належний похорон – хоча він і був зрадником (див. з цього приводу: *Познер Р. А.* Проблеми юриспруденції: Пер. з англ. – Х., 2004. – С. 16–17).

Наведемо фрагмент трагедії:

«КРЕОНТ

<...>

А ти – пряму й коротку дай нам відповідь.

Ти знала, що робить це заборонено?

АНТИГОНА

Так... Як не знати? Скрізь це оголошено.

КРЕОНТ

І все ж наказ переступить посміла ти?

АНТИГОНА

Його ж не Зевс з Олімпу сповістив мені,

І не богів підземних правда вічна,

Що всі закони людям установлює.

Не знала я, що смертних розпорядження

Такі могутні, щоб переступать могли

Богів закон одвічний, хоч не писаний.

Його не вчора, не сьогодні створено,

Коли з'явивсь він – вже ніхто не відає.

Не хтіла я, людських велінь страхаючись,

Відповідати потім перед вічними

Богами».

Софокл. Антигона: Пер. з давньогрец. // Давньогрецька трагедія. – К., 1981. – С. 134–135.

Томи Аквінського, Г. Гроція, С. Пуфендорфа, Дж. Локка та ін.¹ Вислів «*lex iniusta non est lex*» (несправедливий закон не закон) часто приписують Томі Аквінському (хоч і безпідставно, оскільки він ніколи не вживав саме цих поданих вище слів²) і часто трактують як підсумок його поглядів і позиції природного права взагалі³.

Юридичний позитивізм дотримується іншої думки щодо цього питання, виходячи з того, що необхідного зв'язку між правом і мораллю не існує. Від Т. Гоббса, який сказав, що закон не може бути несправедливим⁴, зусилля позитивістів були спрямовані на дискредитацію концепції справедливості як провідного принципу, який визначає, що таке закон⁵. Відтоді Гоббсівська формула «*Auctoritas, non veritas facit legem*» (влада, а не істина породжує закони) протиставляється девізу природного права «*veritas, non auctoritas facit legem*» (істина, а не влада породжує закони). Іншими словами, позитивісти вважають, що в усіх правових системах немає необхідності в моральній вартості (на кшталт справедливості), яка має бути властива нормі, щоб ця норма була правовою⁶. Наприклад, Г. Кельзен зазначав, що будь-який правовий порядок може бути визначений як несправедливий, якщо його розглядати з позицій

¹ Викладення їх поглядів див., наприклад: *Баумейстер А.* Філософія права. – Вінниця, 2007. – С. 109–160.

² Проте у Томі Аквінського можна знайти дуже схожі твердження: «Кожен людський закон має природу закону тією мірою, якою походить від природного права. Але якщо він десь відступає від природного права, це вже не закон, а перекручення закону»; «він [несправедливий закон] має природу не закону, а насильства певної особи»; «як говорить Августин, законом, здається, не є те, що не справедливе» (див.: *Аквінський Фома.* Сумма теології // Антологія мирової правової думки. В 5 т. / Рук. науч. проекта Г. Ю. Семигин. – М., 1999. – Т. 2. Європа: V–XVII вв. – С. 590, 593.

³ *Бікс Б.* Теорія природного права // Філософія права: Пер. з англ. / За ред. Дж. Фейнберга, Дж. Коулмена. – К., 2007. – С. 22–23.

⁴ «Закони – це правила, які визначають, що справедливо й несправедливо, бо несправедливим вважається лише те, що суперечить будь-якому закону» (див.: *Гоббс Т.* Левіафан: Пер. з англ. – К., 2000. – С. 255).

Деякі дослідники вбачають витoki юридичного позитивізму в позиції Фрази-маха, який, дискутуючи із Сократом, виходив з того, що «в усіх державах справедливою вважається одне й те ж, а саме те, що придатне для існуючої влади», те, що вигідне, корисне найсильнішим (див.: *Платон.* Государство // Соч.: В 3 т.: Пер. с древнегреч. – М., 1971. – Т. 3. Ч. 1. – С. 107.

⁵ Див.: *Хайек Ф. А. фон.* Право, законодательство и свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики. – С. 217.

⁶ Див.: *Коулмен Дж. Л., Лейтер Б.* Юридичний позитивізм // Філософія права: Пер. з англ. / За ред. Дж. Фейнберга, Дж. Коулмена. – К., 2007. – С. 156.

певної норми справедливості. Але те, що зміст чинного правового порядку може бути визначений як несправедливий, у жодному разі не може служити підставою того, щоб не вважати його правовим¹.

Інший видатний позитивіст ХХ ст. Г. Харт певною мірою пом'якшив важливий постулат класичного правового позитивізму про відокремлення права від моралі². Він визнавав деяку слухність ідеї, згідно з якою права система мусить виявляти певну узгодженість з мораллю і справедливістю, не заперечував того, що на практиці закони нерідко відтворюють або задовольняють певні вимоги моралі. Г. Харт також підкреслював, що насправді є всі підстави для того, щоб справедливість посідала найвизначніше місце в критиці правових заходів і характеризував справедливість як найбільш громадську й найбільш правову з усіх чеснот. Проте наполягав на тому, що критерії юридичної чинності окремих законів не обов'язково мають містити посилання на мораль та справедливість³.

Класичний позитивізм пояснював обов'язковість позитивного права існуванням у переважній більшості членів суспільства звичаю коритися примусовим наказам певного суверена⁴. Сучасний позитивізм зазвичай пов'язує обов'язковість позитивного права з так званим «правилом визнання». Це правило визначає умови, які слід виконати, щоб певну норму можна було вважати частиною права суспільства. Г. Харт називає його «правилом остаточної ідентифікації первинних правил». Він підкреслює, що в кожній правовій системі правило визнання може набувати самотньої форми. Наприклад, юридична чинність норм може бути пов'язана з тим фактом, що їх затвердив конкретний орган, або з їхнім давнім існуванням у формі звичаю, або їхнім зв'язком із судовими постановами⁵.

При цьому слід розуміти, що правило визнання існує лише як складна, але зазвичай узгоджена діяльність судів, офіційних і приватних осіб щодо встановлення того, що є правом на основі деяких критеріїв. Отже, його існування — це факт⁶. Оскільки воно вкорінене в практиці, необ-

¹ Див.: Кельзен Г. Чисте правознавство: 3 дод.: Проблема справедливості: Пер. з нім. — К., 2004. — С. 63.

² Нагадаємо, що цей постулат сформульований у відомій першій лекції Дж. Остина (див.: *Остин Дж.* Позитивістська концепція права. — С. 41–53).

³ Див.: *Харт Х. Л. А.* Концепція права: Пер. з англ. — К., 1998. — С. 156, 166, 183–184.

⁴ Див.: *Остин Дж.* Позитивістська концепція права. — С. 56.

⁵ Див.: *Харт Х. Л. А.* Концепція права. — С. 97.

⁶ Див.: *Моисеев С. В.* Філософія права: Курс лекцій. — 2-е изд., испр. и доп. — Новосибирск, 2004. — С. 42.

хідно вийти за межі нормативного порядку і звернутися до живої традиції, яка й породжує сам нормативний порядок¹. Зокрема, слід з'ясувати, які кінцеві аргументи посадові особи приймають як такі, що доводять дійсність конкретного правила, і які кінцеві аргументи наводять, критикуючи інших посадових осіб чи інші інституції². Позитивісти вважають, що авторитет правила визнання переходить на норми; їх законність залежить від того, що правило визнання надає їм юридичної чинності³. Іншими словами, правило визнання є засобом легітимації права: саме воно створює силу права як силу легітимну⁴.

Схожим чином пояснював обов'язковість права Г. Кельзен. «Те, що яка-небудь конкретна норма належить до котрогось конкретного порядку, — зазначав відомий австрійський правознавець, — ґрунтується на тому, що її остання основа чинності є засадничою нормою цього порядку. Саме ця засаднича норма й конститує єдність усієї множини норм, являючи собою основу для чинності всіх норм, які тільки належать до цього порядку»⁵. Слід підкреслити, що засаднича норма є вигаданою, гіпотетичною, оскільки її неможливо вивести логічним шляхом з іншої — більш високої — норми. Для державного правового порядку як засаднича припускається така найвища норма: «треба поводитися відповідно до приписів конституції», тобто додержуватися норм, що визначають, як (якими органами й через які процедури) належить виробляти загальні норми правового порядку. «Засаднича норма, — вважав Г. Кельзен, — належить лише до такої конституції, що є фактично запровадженою через законодавчий акт або узвичаєність і є дійовою»⁶. При цьому засаднича норма обмежується делегуванням «нормовстановчого авторитету», визначаючи лише спосіб створення норм в рамках певного правового порядку, а не їх зміст⁷.

Таким чином, сучасні позитивісти зазвичай дотримуються двох ключових поглядів: 1) те, що вважають за право в кожному конкретному суспільстві, є, по суті, питанням суспільного факту або традиції («сусп-

¹ Див.: Баумейстер А. Філософія права. – С. 79.

² Див.: Дворкін Р. Серйозний погляд на права: Пер. з англ. – К., 2000. – С. 45.

³ Див.: Коулмен Дж. Л., Лейтер Б. Юридичний позитивізм. – С. 159.

⁴ Див.: Поляков А. В. Российская теоретико-правовая мысль: опыт прошлого и перспективы на будущее // Наш трудный путь к праву: Материалы философско-правовых чтений памяти акад. В. С. Нерсесянца / Сост. В. Г. Графский. – М., 2006. – С. 116.

⁵ Кельзен Г. Чисте правознавство. – С. 217.

⁶ Кельзен Г. Чисте правознавство. – С. 234.

⁷ Див.: Баумейстер А. Філософія права. – С. 92–93.

пільна теза»); 2) не існує необхідного зв'язку між правом і мораллю («теза про розмежування»)¹.

У сучасному позитивізмі можна виокремити два основних напрями: а) «м'який позитивізм» (інкорпоративізм, інклюзивний позитивізм) та б) «жорсткий позитивізм» (ексклюзивний позитивізм). М'які позитивісти (зокрема, Г. Харт, Дж. Коулмен) вважають, що правило визнання може містити як критерій юридичної чинності відповідність до моральних принципів або змістовних цінностей². Іншими словами, вони не заперечують можливість існування в конкретному суспільстві традиції вважати моральну вартість норми за умову її юридичної чинності. У свою чергу жорсткі позитивісти (наприклад, Дж. Раз) наполягають на тому, що наявність у певної норми моральної вартості ніколи не може бути критерієм юридичної чинності даної норми; критерієм законності має бути просто якийсь визначений соціальний факт, скажімо, те, що ця норма має конкретне суспільне джерело (наприклад, її ухвалив законодавчий орган)³.

Починаючи з другої половини ХХ ст. у західних суспільствах серед представників юридичної професії та населення формується *communis opinio doctorum* (авторитетна загальна думка), стійке переконання, що позитивне право має відповідати певним змістовним моральним стандартам — справедливості, рівності, свободі, гуманізму та ін. Ці засади знаходять своє відбиття в конституціях і міжнародних актах, що свідчить про своєрідну «конвергенцію» природного і позитивного права в межах сучасної правової системи. Таким чином, використовуючи різні підстави для легітимації, прихильники позитивізму і природного права тим не менш можуть дійти згоди щодо переліку основоположних принципів сучасного права. Завдяки цьому за великим рахунком зникає підґрунтя для конфлікту при оцінці правового характеру тих чи інших норм.

Закріплюючи (прямо чи опосередковано) ці принципи як орієнтири для позитивних законів, писані конституції доручають судам випробувати відповідність цих законів засадничим положенням конституції⁴. Особливу роль у цьому процесі відіграють конституційні суди, які при тлумаченні конституційних норм і здійсненні контролю за конституційністю законів конкретизують вимоги природного права. Отже, конституції та інститут судового контролю дозволяють поєднати абстрактні

¹ Коулмен Дж. Л., Лейтер Б. Юридичний позитивізм. – С. 154.

² Hart H. L. A. The Concept of Law. – 2nd ed. – Oxford, 1994. – P. 250.

³ Див.: Коулмен Дж. Л., Лейтер Б. Юридичний позитивізм. – С. 156.

⁴ Див.: Циннеліус Р. Філософія права: Пер. з нім. – К., 2000. – С. 42.

ідеали природного права з конкретними формальними приписами позитивного права¹. Оскільки ці надпозитивні принципи записуються в конституції, вони набувають особливої переваги, і це дозволяє судам розглядати їх як такі, що мають вищу силу і пріоритет над будь-якими юридичними актами у разі конфлікту. Внаслідок цього реальне (дійсне) право стає єдністю справедливості, яка утворює його сенс, і позитивності, що утворює його предметно-інституційну форму².

Ця конвергенція дозволяє виділити *два важливі шляхи легітимації сучасного права*. По-перше, *легітимація за змістом* авторитет права забезпечується його сприйняттям як справедливого і корисного регулятора. Сьогодні на легітимність мають право претендувати ті і тільки ті правила, які могли би бути схвалені всіма можливими зацікавленими особами як учасниками раціонального дискурсу³. Тому сучасне суспільство насамперед шукає легітимаційні підстави своїх правових норм у тих переконаннях своїх громадян, у яких всі або принаймні більшість досягає згоди (на нашу думку, ця згода може бути досягнута насамперед щодо основоположних принципів права).

По-друге, суспільство вдається також до *легітимації права за допомогою процедур*. Правила вважаються авторитетними через те, що вони є породженням певної системи, яка функціонує організованим чином. Правові норми повинні мати «родовід», тобто суспільству слід показати, що вони йдуть від якогось офіційного джерела⁴. Так, коротше кажучи, виникає легітимність законності⁵. Цю думку можна простежити в ч. 1 ст. 19 Конституції України, згідно з якою ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством. Іншими словами, переконаність в обов'язковості права залежить також від авторитетності походження (джерел) його норм⁶.

Другий засіб підтримання обов'язковості права, на який зазвичай вказують в юридичній літературі, — *можливість застосування державного примусу*. При цьому підкреслюється, що в сучасному суспільстві відбувається зміщення акценту з фізичного на психологічний примус: влада демонструє свою силу, проте насамперед як загрозу, яку вона

¹ Див.: Шевчук С. Основи конституційної юриспруденції. – К., 2001. – С. 47.

² Див.: Максимов С. И. Правовая реальность: опыт философского осмысления. – Харьков, 2002. – С. 171–172.

³ Див.: Хабермас Ю. Вовлечение другого. Очерки политической теории: Пер. с нем. – СПб., 2001. – С. 409.

⁴ Див.: Познер Р. А. Проблемы юриспруденции. – С. 36.

⁵ Див.: Циптлеліус Р. Філософія права. – С. 40, 80.

⁶ Філософія права / За ред. Дж. Фейнберга, Дж. Коулмена. – С. 11.

радше прагне не приводити у виконання¹. Іншими словами, державний примус ніби стоїть за спиною норм права, вступаючи в дію у разі їх порушення. Отже, на думку багатьох фахівців, цей особливий засіб забезпечення відрізняє право від інших суспільних регуляторів, що дозволяє характеризувати останнє як «*примусовий порядок*»².

За спостереженням Р. Циппеліуса, ідея примусової природи права дістала найбільше визнання у XVI та XVII сторіччях, тобто за доби, яку шматували релігійні війни, реформація, громадянські війни³. Наприклад, М. Лютер розглядав світське право як примусове — «таке, що примушує злих і захищає добродесних». Він так зображує спосіб здійснення світського права: людей примушують мечем, оскільки, при всьому бажанні, вони не змогли б упоратися зі своєю злостивістю, і якщо вони її підкоряють, то роблять це не без страху, а могли б робити з миром і любов'ю, аналогічно до того, як людина накладає ланцюги та окупи на дикого й лютого звіра, щоб він не зміг, як звичайно, ні покусати, ні розірвати, навіть коли йому цього дуже кортить⁴. Т. Гоббс підкреслював, що «закони безсилі захистити їх [людей. — С. П.], якщо їм не допомагає меч у руках одного чи багатьох людей, щоб змусити виконувати закони»⁵.

Проте слід зазначити, що не всі правознавці визнають державний примус як засіб підтримання обов'язковості права. Наприклад, Л. Фуллер взагалі відмовляється бачити в примусі (застосуванні санкцій) специфіку правових норм. «Зважаючи на людську природу, цілком очевидно, — констатував відомий американський правознавець, — що система правових норм може втратити ефективність, якщо сама дозволяє беззаконному насильству кидати собі виклик. Інколи насильство можна припинити лише насильством. Тож цілком природно, що у суспільстві має існувати певний механізм, готовий у разі потреби застосувати силу на підтримку закону. Однак це аж ніяк не виправдовує тлумачення застосування (або потенційного застосування) сили як визначальної характеристики права»⁶. У цьому ж дусі мислив Б. Леоні, підкреслюючи, що в будь-якій діючій правовій системі роль примусу в цілому є надзви-

¹ Див.: *Карбонье Ж.* Юридическая социология: Пер. с фр. — М., 1986. — С. 169.

² *Кельзен Г.* Чисте правознавство. — С. 45.

³ Див.: *Циппеліус Р.* Філософія права. — С. 34.

⁴ Див.: *Лютер М.* О светской власти. В какой мере ей следует повиноваться // Лютер М. Время молчания прошло: Избр. произведения 1520–1526 гг.: Пер. с нем. — 2-е изд. — Харьков, 1994. — С. 120.

⁵ *Гоббс Т.* Левіафан. — С. 217–218.

⁶ *Фуллер Лон Л.* Мораль права: Пер. з англ. — К., 1999. — С. 105.

чайно незначною; санкції і примусові заходи не створюють закону, а лише сприяють йому, причому в обмеженій кількості випадків¹. За слушним зауваженням Нгуєна Куока Діня, «застосування санкцій є умовою ефективності права, а не умовою його існування. <... > На відміну від думок, що іноді звучать, ознакою права є не санкція-покарання, а відчуття зобов'язання адресатами норм незалежно від того, як вони оцінюють обґрунтованість санкцій»². Інакше кажучи, не примус підтримує авторитет права, а авторитет права легітимізує повноваження на примус.

Такий підхід дійсно є правильним, особливо, якщо ми поставимо запитання: що забезпечує обов'язковість права для вищих органів держави — наприклад, верховного суду, конституційного суду, парламенту, глави держави? Зрозуміло, що в деяких випадках примус щодо цих суб'єктів взагалі не може бути застосований (ні юридично, ні фактично). Тому підпорядкування цих суб'єктів праву за великим рахунком може бути забезпечене лише завдяки їх усвідомленню, переконанню, що здійснення певних дій є обов'язковим, оскільки цього вимагає право (opinio juris sive necessitatis). Мабуть, із цим пов'язане поширене включення до тексту присяги вищих посадовців публічного зобов'язання додержуватися конституції і законів³. Ці самі проблеми часто-густо виникають також у сфері міжнародного права. Тому в певному сенсі можна стверджувати, що право є там, де люди переконані в тому, що воно є⁴.

Цікаво, що в найрадикальнійшій версії санкції зникають навіть як засіб забезпечення ефективності права. Так, на думку скандинавських реалістів, право взагалі є лише плодом уяви; воно порівнюється з королівським вбранням із казки Андерсена про голого короля, який прямував голим поміж своїх захоплених придворних, що палко тішилися пишнотою та елегантністю його вбрання. Наприклад, Карл Олівекрона заявляє, що ідея існування правових норм, які певним містичним чином обов'язкові для всіх, є не що інше, як проста людська фантазія, створе-

¹ Див.: Леони Б. Свобода и закон: Пер. с англ. – М., 2008. – С. 220.

² Нгуен Куок Динь, Дайе П., Пелле А. Международное публичное право: В 2 т.: Пер. с фр. – Киев, 2000. – Т. 1; кн. 1: Формирование международного права; кн. 2: Международное сообщество. – С. 46.

³ Див., зокрема, текст присяги Президента України (ст. 104 Конституції України) та народних депутатів (ст. 79 Конституції України). Цікаво, що судді присягаються підкорюватись тільки закону (див. ст. 10 Закону України «Про статус суддів»).

⁴ Див.: Поляков А. В. Российская теоретико-правовая мысль: опыт прошлого и перспективы на будущее. – С. 116.

на забобонами, пересудами і магічними минулими віруваннями. Право в певному розумінні — лише слова, викладені на папері, вони викликають в певних ситуаціях думки, асоціації, міркування і можуть впливати на реальні вчинки. Право насправді — не більше ніж форма психології¹.

Проте у більш поміркованому і близькому нам варіанті сучасна ідея права передбачає, з одного боку, легітимність самого правила, яка має створювати можливість додержання норм через повагу до них, з другого — легальність поведінки в сенсі середньостатистичного виконання норм, якого, якщо необхідно, досягають за допомогою санкцій, гарантованих державою².

¹ Див. з цього приводу: *Ллойд Д.* Ідея права. – С. 247.

² Див.: *Хабермас Ю.* Вовлечение другого. Очерки политической теории. – С. 403.

С. Рабінович, кандидат юридичних наук, провідний науковий співробітник Львівської лабораторії прав людини і громадянина НДІ державного будівництва та місцевого самоврядування АПРн України

Нормативні образи «природного»: Римське право і сучасність

Природно-правові положення римського права вже неодноразово привертали увагу вітчизняних та зарубіжних дослідників — філософів, теоретиків та істориків права¹. Вказана проблематика розглядалась і в працях істориків-романістів, присвячених історичним та теоретичним аспектам суспільно-політичної думки давнього Риму².

¹ Див.: *Ярош К. Н.* Идея естественного права. Ч. I. «Естественное право» у греков и римлян. — СПб., 1881. — С. 238–264; *Хвостов В. М.* Опыт характеристики понятий aequitas і aequum ius в римской классической юриспруденции. — М., 1895; *Палиенко Н. И.* Учение о существе права и правовой связанности государства. — Х., 1908. — С. 13–22; *Удальцова З. В.* Законодательные реформы Юстиниана // Византийский временник. Т. XXVI. — Ан СССР, Ин-т истории. — М., 1965. — С. 3–45; *Иоффе О. С.* Избранные труды по гражданскому праву: Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории "хозяйственного права" // www.elib/books/3/page_4.html; *Нерсесянц В. С.* Правопонимание римских юристов // Сов. гос-во и право. — 1980. — № 12. — С. 83–90; Учение о праве и законе в Древнем Риме // Право и закон. Из истории правовых учений. — М., 1983. — С. 128–173; *Черниловский З. М.* Римское частное право. Элементарный курс. — М., 1997; *Бернацкий Г. Г.* Естественное право в истории правовых учений. — СПб., 2001. — С. 32–38; *Підопригора О. А., Харитонов С. О.* Римське право. — К., 2003. — С. 43–47, 59–64; *Сливка С. С.* Природне та надприродне право: У 3 ч. — Ч. 1: Природне право: історико-філософський погляд. — К., 2005. — С. 82–83; *Ярославцев В. Г.* Нравственное правосудие и судейское правотворчество. — М., 2007. — С. 48–78; *Аксенова О. В.* Принципы римского права // Вест. ТИСБИ. — 2007. — № 1 // <http://www.tisbi.ru/science/vestnik/2007/issue1/Low2.htm>

Voigt. Das Ius naturale, aequum et bonum und ius gentium der Romer. Bd. I-II. — 1858; *Adams J. L.* The Law of Nature in Graeco-Roman Thought // Journal of Religion, 25 (April, 1945). — P. 97–118; *Grant R. M.* Miracle and Natural Law in Graeco-Roman and Early Christian Thought. — Amsterdam, 1952; *Chroust A. -H.* Natural Law and 'According to Nature' in Ancient Philosophy // American Journal of Jurisprudence, 23 (1978). — P. 73–87.

² Див.: *Егоров А. Б.* Добродетели щита Августа // Античный мир: проблемы истории и культуры: Сб. статей / Под ред. И. Я. Фроянова. — СПб, 1998. — С. 280–293; *Немировский А. И.* Идеология и культура раннего Рима. — Воронеж, 1964; *Чернышов Ю. Г.* Социально-утопические идеи и миф о «золотом веке» в Древнем Риме: В 2 ч. — Новосибирск, 1994; *Утченко С. Л.* Две шкалы римской системы ценностей // Вестн. древней истории. — 1972. — № 4. — С. 19–33.

Проте деякі аспекти давньоримського юснатуралізму залишаються маловивченими чи дискусійними. Зокрема, поки що є недостатньо з'ясованим питання про те, яку роль відігравали природно-правові ідеї та концепції в практичній діяльності римських юристів.

У літературі немає однастайності щодо юридичного значення природно-правових ідей у римській юриспруденції. Так, наприклад, революційний романіст К. Ярош у своїй праці ««Природне право» у греків і римлян» (1881) стверджував, що саме ідея природного права «зробила римських правознавців юристами в істинному значенні цього слова»¹ (цей погляд згодом підтримував видатний радянський дослідник історії держави і права З. Черниловський)². У цей же період інша точка зору обстоювалась О. фон Гірке, Р. Франком, С. Муромцевим, М. Палієнком, які схилялися до висновку, що філософська ідея природного права загалом мало вплинула на розвиток позитивного римського права: «слід визнати більш справедливою думку тих вчених, котрі вважають, що природне право відігравало в римських юристів якщо не «майже виключно» (О. фон Гірке), то величезною мірою лише роль зовнішньої прикраси і не зачіпало внутрішньої структури їх національного права»³. Схожу позицію сьогодні обстоює й російський правознавець Г. Бернацький, приєднуючись до думки Б. Ніколаса та Г. Йоловича, що виражені Ціцероном природно-правові ідеї стоїцизму, можливо, фігурували в римській юриспруденції як своєрідні «декоративні елементи»⁴.

А. Косарев, схильний до позитивної оцінки ролі природно-правових ідей у класичний період римського права, зауважив, що в посткласичний період римської юриспруденції «неодноразові заяви в законах про вірність «природному праву» і «справедливості» стають переважно засобом соціальної демагогії та декоративною частиною права»⁵.

Суперечності між наведеними вище позиціями значною мірою усуваються, якщо відокремити питання про значення умоглядно-метафізичних природно-правових ідей від питання про роль природно-правового методу розробки права. Такий підхід видається допустимим виходячи з того, що в римському праві *ius naturale* було представлене на двох рівнях: теоретичному та цивільно-прикладному⁶. Відтак можна

¹ Ярош К. Н. Вказ. праця. – С. 263.

² Черниловский З. М. Лекции по римскому частному праву. – М., 1991. – С. 3, 4, 8, 13, 15, 23, 31, 34.

³ Палиенко Н. И. Вказ. праця. – С. 20, 22.

⁴ Бернацкий Г. Г. Вказ. праця. – С. 36.

⁵ Косарев А. И. Вказ. праця. – С. 81.

⁶ Підпригора О. А., Харитонов Є. О. Вказ. праця. – С. 59.

виокремити два рівні прояву юснатуралістичних підходів до права в римлян: першому рівню відповідатиме філософсько-метафізичне осмислення природного права; другому — юснатуралістичний метод аналізу конкретних юридичних відносин, який полягає у зверненні до їх матеріальних (соціально-економічних, політичних, моральнісних) аспектів — сутності, призначення, змісту, що виступає необхідною умовою визначення відповідної їм юридичної форми — прав та обов'язків їх учасників. Відповідно, у римській правовій культурі й зокрема, у творах римських юристів можна виокремити а) ідеологічні концепції, котрі в силу свого соціально-утопічного характеру не могли мати безпосередньо юридичного значення¹ та б) практично значущі природно-правові конструкції, розроблювані для розв'язання конкретних юридичних питань.

Метою пропонованої статті є з'ясування практико-юридичного значення природно-правових понять і відповідних юридичних конструкцій у римському праві та виявлення їх логіко-історичних зв'язків із відповідними положеннями сучасного права.

Юснатуралістичний метод у римській юриспруденції. Як видається, відповідь на поставлене питання є можливою на основі аналізу ролі зазначених елементів у римській правовій системі, насамперед, у правотворчій та правоперетворювальній (В. Нерсесянц) діяльності римських юристів. Якісною особливістю цієї діяльності став метод розробки позитивного права, який у романістиці дістав назву «натуралістичного» (В. Хвостов)². У чому ж полягав вказаний метод?

Романістами XIX ст. суть останнього визначалась як вироблення норм права на основі дослідження суттєвих властивостей людини як учасника правовідносин, природи об'єктів юридичних відносин та змісту й сутності самих регульованих правом відносин³. Із сучасних позицій юснатуралістичний метод римської юриспруденції виступає насамперед методом правотворення (яке в певних випадках подавалось як правозастосування). Властивий зазначеному методу спосіб аналізу юридичних проблем та пошуку правових рішень полягає у виявленні зв'язків системи права із матерією правових відносин, із антропологічними, соціально-політичними й економічними факторами. На основі узагальнення таких чинників ви-

¹ З огляду на мету й обмежений обсяг статті зазначені концепції в ній не розглядатимуться.

² Для уникнення можних непорозумінь, пов'язаних із багатозначністю поняття «натуралізму», надалі ми користуватимемося терміном «юснатуралізм».

³ Ярош К. Н. Вказ. праця. — С. 253; Хвостов В. М. Опыт характеристики понятий *aequitas* і *aequum ius* в римской классической юриспруденции. — С. 270.

являються значення окремих норм та інститутів права, встановлюються смислові зв'язки всередині системи права (змістово-смисловий аспект методу). При цьому в більшості випадків природно-правова аргументація виступала раціоналістичним оформленням результатів інтуїтивного вибору й конструювання правових рішень як найбільш оптимальних варіантів врегулювання конкретних суспільних відносин¹.

Зовнішнім вираженням юснатуралістичного методу виступає специфічне обґрунтування правових рішень, в якому використовуються ті чи інші аргументи «ad naturam» (апелювання до «природи», «природи речей», «природних міркувань», «природного розуму», «природного права»), котрі виражають формальний, логіко-юридичний та юридико-технічний аспекти методу.

Характеристика юснатуралістичного методу вимагає розкриття значення використовуваних вище понять, насамперед, понять природи (natura) й природного (naturalis). За посередництвом зазначених понять здійснювались посилання на ті чи інші фактичні підстави й джерела правового рішення, на протигагу джерелам формально-інституційним (формально-генетичним)². Відтак загальний процес диференціації соціонормативної сфери, який призвів до поняттєвого відокремлення права, моралі й релігії, знайшов своє продовження у поняттєвій диференціації джерел права.

Конструкції «природи людини», «природи речей» та інші, аналогічні їм за змістом, відображають пошук римськими юристами необхідних підстав для розв'язання тієї чи іншої суспільної проблеми в емпіричній дійсності³; знаходження в суспільній (економічній, політичній, культурно-релігійній, соціально-психологічній тощо) реальності таких фактів та уявлень, які є найбільш типовими, а відтак і найбільш ймовірними й вірогідними для надання їм юридичного значення (D. I. 3, 4, 8, 10; IV. 4. 8. 17, XIX. V. 15, XXI. I. 1, I. 11, I. 31, XXII. III. 25, VI. 6, 9, VI. 2, XVII. I. 80). За словами римського юриста Цельса-сина (перша пол. II ст.), «право повинно відповідати радше тому, що відбувається часто і природно, аніж тому, що трапляється винятково рідко» (D. I. 3. 5, пер. В. Дождєва)⁴. Ціцерон, погляди якого вплинули на світогляд римських

¹ Брунс-Ленель. Внешняя история римского права. – М., 1904. – С. 107.

² Палиенко Н. И. Вказ. праця. – С. 19–21; Плахов В. Д. Социальные нормы: философские основания общей теории. – М., 1985. – С. 164.

³ Хвостов В. М. История римского права. Пособие к лекциям. – 2-е изд. – М., 1905. – С. 195.

⁴ Антология мировой правовой мысли. – В 5 т. Т. 1: Античный мир и Восточные цивилизации. – М., 1999. – С. 309.

юристів, у трактаті «Оратор» зводить зміст справедливості до вимог здорового глузду: «Немає людини настільки сліпої чи нерозумної, аби цілковито не мати поняття про те, що таке посів і жнива, що таке підрізка дерев та лоз, в яку пору року та яким чином усе це робиться...» (I. 58)¹. Для римської юридичної практики класичного періоду першочерговим критерієм правильності юридичного рішення стає не формально-логічна несуперечливість, а очевидність практичного досвіду. При цьому йдеться не про утилітарний та виключно індивідуалістичний «глузд», але про розуміння загальносуспільної користі, типове для освіченого аристократа, представника римської інтелектуальної еліти й патріота своєї держави, здатного враховувати й балансувати суперечливі інтереси учасників суспільного життя.

Поняття *natura* та *naturalis* у римському праві. Виходячи із засади єдності греко-римської культури, аналіз основних значень римського терміно-поняття *natura* може бути здійснено, з відповідними уточненнями, на основі значень грецького поняття *physis*, виокремлених Арістотелем у «Метафізиці» (V, 4). Аналіз пам'яток римського права дозволяє виокремити такі групи взаємопов'язаних значень, на які вказують терміни *natura* та *naturalis*.

Органічні процеси породження, походження; процеси виникнення нового стану речі, зміни її стану або приналежності. При цьому необхідні причинно-наслідкові зв'язки між явищами матеріального світу розглядаються як підстава для відповідних юридичних наслідків. Можна виділити дві підгрупи таких зв'язків: а) зв'язки між людьми та речами та б) зв'язки між людьми. Апелювання до зв'язків першої підгрупи використовується, зокрема, для обґрунтування принципу «природження» (Inst. II. 73, 74), набуття права власності на «те, що додається нам «унаслідок річного наносу», Inst. II. 70)², або ж на «камінчики, перлини та інше, які ми знаходимо на березі» (D. I. 8. 3). Сюди ж відносять випадки, коли правовідносини виявляються пов'язаними з певними природними подіями, плином часу тощо.

До зв'язків другої підгрупи належать відносини, які поєднують батьків та дітей чи інших родичів (D. XXV. 1. 5). Так, наприклад, по-

¹ Цицерон. Три трактата об ораторском искусстве. – М., 1972. – С. 125–126.

² Тут і далі посилання на твори римських юристів наводяться за виданням «Памятники римского права: Законы XII таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана» (М., 1997). Институції Гая позначатимуться Inst. із зазначенням номеру книги та фрагменту, посилання на Дигести – літерою D.; далі римська цифра вказує на номер книги, арабські – на титули, фрагменти й параграфи.

силанням на природне право обґрунтовується правове значення *cognatio* (кровного споріднення через осіб жіночої статі (Inst. I. 156)¹, заборона інцесту (D. XXIII. 2. 14). Такі відносини й відповідні норми можна віднести до «природничого» природного права, що ґрунтується на образі природи як об'єктивної біосоціальної необхідності. Із подібним розумінням природного пов'язана й новочасна ідея про природжений, «вроджений» характер прав людини².

У ширшому значенні поняття природи природність того чи іншого юридичного рішення визначається його зумовленістю не лише біологічною, але й загалом *будь-якою* позаюридичною об'єктивною необхідністю (психофізіологічною, економічною, моральнісною тощо). Необхідність відповідного правоположення може ґрунтуватись на тому, що інше правило об'єктивно (фізично) неможливо виконати; воно явно суперечить психофізіологічним особливостям поведінки учасників правовідносин («першій природі» людини); усталеним моральним стандартам поведінки учасників відносин («другій природі» людини); звичайному перебігу суспільно-економічних подій («природі речей») тощо. При цьому достовірність зазначених обставин у конкретно-історичних умовах видається безсумнівною й, з огляду на це, не потребує пояснення та доведення.

Звідси випливає гносеологічний аспект значення категорії «природного» — *очевидність*. Природне в даному випадку означає явне, «само собою» зрозуміле, безпосередньо достовірне для деякої «розумної людини». Прикладами використання принципу очевидності може виступати юридична оцінка обставин справи на основі безпосереднього сприйняття фактичної, не опосередкованої певними формальними процедурами поведінки особи (D. V. 1. 76, XXI. 1. 48, 1. 31).

У більшості випадків поняття очевидного не має буквального сенсуалістичного значення, а вказує на достовірність інтелектуального, умоглядно-раціоналістичного типу. Як правило, така очевидність має суб'єктивно-об'єктивний характер і ґрунтується на безпосередньому та обумовленому попереднім практичним досвідом сприйнятті широким колом суб'єктів фактів соціального буття та зв'язків між ними.

Очевидність необхідності, корисності, доцільності того чи іншого явища, процесу, принципу для впорядкування відповідної сфери від-

¹ Санфіліппо Ч. Курс римського частного права: Учебник / Под ред. Д. В. Дождєва. – М., 2002. – С. 128

² Пор. ч. 1 ст. 269 ЦК України: «Особисті немайнові права належать кожній фізичній особі від народження або за законом».

носин може виступати гносеологічним критерієм його «природності». Така очевидність зумовлюється насамперед їх типовістю, поширеністю у відповідній сфері відносин. Водночас варто зауважити, що вже сам факт державно-юридичного закріплення тих чи інших положень є свідченням їхньої несамоочевидності й незагальноочевидності — принаймні для частини їх адресатів. Неабсолютний характер «очевидності», її конкретно-історична, соціально-культурна зумовленість постійно враховувалась у практиці римських юристів.

У сучасному праві «очевидне» та «явне» виступають оціночними поняттями, котрі зберігають генетичний зв'язок із природно-правовими ідеями¹. На наш погляд, вказані поняття виступають природно-правовими у всіх випадках, коли правова оцінка певних фактів покладається на самих учасників суспільних відносин і ґрунтується на стандарті «розумного» сприйняття (оцінка цільової спрямованості поведінки приватної особи, змісту правових актів органів влади тощо).

Із викладеним тісно пов'язане ще одне значення поняття природи (речей) — *сутність та призначення, «ество»*. У римському праві згадане терміно-поняття стосується тих чи інших юридичних інститутів та окремих видів правовідносин.

У цьому випадку слід звернути увагу на істотні відмінності між абстрактно-узагальненим (*natura creatrix*, природа, яка творить) та індивідуалізуючим (природа речі, природа договору, природа позову тощо) значеннями поняття природи. З урахуванням результатів антикознавчих досліджень значень поняття природи (А. В. Ахутін, О. Ф. Лосев, Я. М. Боровський)² природа конкретного інституту права може бути визначена як його *основний юридичний зміст, завдяки якому забезпечується якісна визначеність цього інституту та його відмінність від інших інститутів*. Такий зміст задається особливостями оформленої юридичними засобами матерії. Таким чином, юридична природа того чи іншого інституту права ґрунтується на його загальносоціальній природі, на змістовних закономірностях тих соціальних процесів, котрі опосередковуються та оформлюються юридичними нормами.

¹ Для українського права найбільш характерним прикладом цього є положення ст. 60 Конституції України.

² Ахутин А. В. Понятие «природа» в античности и Новое время («фюсис» і «натура»). – М., 1988. – С. 111–120, 146–147; Боровский Я. М. О термине *natura* у Лукреция // Вопросы грамматического строя и словарного состава языка // Ученые зап. Ленинград. гос. ун-та. – № 161. – Л., 1952. – С. 223–238; Лосев А. Ф. История античной эстетики. Высокая классика. – М., 1974. – С. 224; История античной эстетики: Итоги тысячелетнего развития: В 2 кн. – М., 1994. – Кн. 2. – С. 243–244.

Поняття природи вживається у значенні сутності, ества при поси-
ланні на відповідність тих чи інших відносин природі угоди: (D. XXII.
5. 21), вказівках на сутність зобов'язання (Inst. III. 149), на «характер
справи» (D. IV. 4. 1. 1), на природу плодів (D. VII. 1. 69), природу серві-
туту (D. VIII. 1. 15, 2), зберігання (D. XVI. 2. 6), сутність доручення
(D. XIX. V. 5), сутність товариства (Inst. III. 149), природу товариства
(D. XVII. II. 63), природу позову (D. XVIII. 1. 11). Згадані інститути
права тут виступають тими «безтілесними речами», загальносоціальна
та власне юридична природа яких із необхідністю породжує такі, а не
інші юридичні норми.

Сучасними ж еквівалентами подібного терміновживання виступають
використовувані юридичною доктриною й судовою практикою звернен-
ня до «юридичної природи правочину» (зокрема договору), природи тих
чи інших інститутів чи джерел права, характеру правовідносин сторін
тощо.

На завершення слід вказати ще на один аспект поняття природного,
відображений у посиланнях на «природний розум, який встановив пра-
во, спільне для всіх живих істот» (D. I. 1. 1. 2), а також на те, що «вста-
новлено» природою речей. Вочевидь, тут розуміють «природу» як *natura
creatrix*. Аналогічне значення мається на увазі й в соціально-утопічних
образах «відповідного природі» способу життя первісних народів, чи на
«природний стан» «золотої доби». Вказане значення є умоглядним,
філософсько-світоглядним елементом, який при виробленні індивіду-
альних юридичних рішень навряд чи відіграє яку-небудь практично-
значущу роль, а радше виступає лише риторичною фігурою.

Універсально-телеологічна інтерпретація поняття «природний ро-
зум» відповідала стану тогочасної науки і як така ґрунтувалась не стіль-
ки на містифікації «природного розуму» як джерела права, скільки на
даних емпіричних спостережень за самоорганізацією біологічних спіль-
нот. Водночас, із урахуванням даних сучасної порівняльної етології¹
твердження Ульпіана про право, спільне для тварин та людей (D. I. 1. 1),
сприймаються не такими вже «ексцентричними» чи «сміхотворними»,
як це може видаватись на перший погляд².

Таким чином, «природа» у римському праві виступає як онто-
гносеологічне поняття, загальний огляд значень якого (часто викорис-

¹ Див., напр.: Дольник В. Р. Непослушное дитя биосферы. Беседы о поведении человека в компании птиц, зверей и детей. – СПб., 2003. – С. 113.

² Пор: Бернацкий Г. Г. Вказ. праця. – С. 36; Санфилиппо Ч. Вказ. праця. – С. 29.

товуваних одним автором в одному творі!) засвідчує їх різноякісність. Якщо «розумна природа» виступає як умоглядна метафізична конструкція, як специфічно антична світоглядна категорія та об'єкт релігійно-філософської чи власне філософської віри (Сіс., *De off.* I. VII. 22, *De leg.*, I. XII. 33), то природа, осмислювана як єство тих чи інших нормативних установлень (Сіс., *De leg.* I. XIII. 37, XIV. 40-41), є предметом практичного соціального пізнання, а самі пошуки означеної сутності виступають необхідною умовою останнього. Якщо в першому випадку розглядуване поняття є джерелом концепцій ідеального природного права, то друге значення виводить на соціологізовану версію природного права, у якій природне означає «сутнісне».

Висновки. Розглянуті вище смислові значення «природного» використовуються в римському праві насамперед у тій частині юридичних рішень, котру з сучасних позицій слід назвати мотивувальною. Сучасні ж правові системи західної традиції права послуговуються окремими смисловими еквівалентами римських природно-правових категорій в обґрунтуванні рішень конституційних чи міжнародних судів, у преамбулах нормативних актів, а також в оцінювальних нормах, розрахованих на самостійне пізнання правозастосувачем особливостей конкретної ситуації.

У західній традиції права юснатуралістичний метод римських юристів набув свого подальшого розвитку в конституюванні низки загальних та галузевих принципів права (розумності, очевидності, адекватності; «прирощення», загального користування природними об'єктами), в окремих інститутах (прав людини, прав природних спільнот (зокрема сім'ї), необхідної оборони, натуральних зобов'язань, конкубінату тощо), а також в окремих природно-правових юридичних поняттях та конструкціях.

Римська юриспруденція започаткувала два типи таких конструкцій, які умовно можна позначити як гносеологічні та онтологічні. Гносеологічними виступають юридичні конструкції, які вказують на безпосередність виявлення тієї чи іншої «природності» («явно», «очевидно», «звісно», «безсумнівно», «безперечно», «відповідає природному розуму», «впливає з суті договору (відносин, зобов'язання, з поведінки особи, з обстановки)», «впливає з суті закону», «є розумним припустити» тощо). Використання таких юридичних конструкцій має на меті засвідчити безпосередню достовірність та безспірну переконливість тих чи інших правових положень. Онтологічними ж є юридичні конструкції, які вказують на ту чи іншу «останню» буттєву підставу правотворчого, правотлумачного чи правозастосувального рішення («зміст права», «ідея» чи «дух закону», «сутність (суть) правовідносин», «зміст право-

чину», «природа договору»; «природа людини», «природа речей» тощо).

Юснатуралістичні положення римських юристів дають підставу виокремити два аспекти юридично значущої «природності» — *онтологічний* (виявляється насамперед у самоорганізаційному характері біологічних чи соціальних явищ та процесів) та *гносеологічний* (виявляється в самоочевидності змістових аспектів правових явищ, яка, у свою чергу, ґрунтується на типовості, повторюваності, тобто на закономірності тих чи інших фактів, зв'язків, властивостей тощо). Така уможлядно-теоретична «самоочевидність» є інтелектуальним відбиттям зазначеної закономірності, типовості.

Нарешті, слід особливо наголосити ще на одному висновку. Одним із важливих уроків римської юриспруденції посткласичного періоду є той, що саме по собі використання природно-правових категорій в юридичній аргументації може втратити своє справжнє призначення — обґрунтування справедливих та розумно збалансованих рішень — якщо таке використання не буде водночас виражати результат проникнення правотворця чи правозастосовувача в сутність відповідного юридичного явища. Натомість в умовах корумпованості правозастосовчої системи просте риторичне, декларативне посилання на вказані категорії може стати лише ще одним із засобів виправдання бюрократичного свавілля, зловживання правом і зрештою, юридичним оформленням феномену «неправа». Слушність такого уроку підтвердила й уся подальша історія державного розвитку.

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

До поняття правової системи

Категорія «правова система» широко запроваджена в науковий обіг з 80-х років ХХ ст., хоча зарубіжні дослідники вже давно й активно оперують цим поняттям. Автори монографії, спеціально присвяченої дослідженню правової системи, включали до складу правової системи норми й інститути, принципи, юридичні установи (правотворчі й правозастосовчі), правову свідомість, правову культуру, правотворчість, правореалізацію, правопорядок¹.

Становленню теорії правової системи у вітчизняній юридичній науці передувала дискусія про «широке» та «вузьке» праворозуміння, коли представники широкого «праворозуміння» всупереч «вузькому» (правосукупність норм, встановлених чи санкціонованих державою) запропонували розуміння права як єдності правових норм і правосвідомості або єдності правових норм, правосвідомості та правовідносин. Як підкреслює М. І. Матузов, саме висунення ідеї правової системи об'єктивно стало свого роду мовчазним компромісом між прихильниками вузького й широкого розуміння права, тому що ті, хто прагнув включити в нього крім норм низку інших елементів, одержували можливість усі ці реалії відбити. У такому контексті концепція правової системи становила вдалий «вихід зі становища», оскільки для більш об'ємної інтерпретації права треба було розробити нову категорію². Так, П. М. Рабінович вважає, що для більш адекватної характеристики права як складного соціального утворення могло б бути використано поняття правової системи. Із цього висновку випливає, що правова система — це якийсь аналог, синонім права в його широкому трактуванні³. Найбільш широке розуміння правової системи обстоє і В. С. Нерсисянц, який визначає право-

¹ Правовая система социализма: В 2 кн. Кн. 1: Понятие, структура, социальные связи / Под ред. А. М. Васильева. — М., 1986. — С. 14.

² Див.: Матузов Н. И. Право как центральный элемент и нормативная основа правовой системы // *Вопр. теории гос-ва и права: Личность, право, правовая система*. — Саратов, 1988. — С. 20.

³ Див.: Рабинович П. М. *Основи загальної теорії держави та права*. — К., 1995. — С. 147.

ву систему як наукову категорію, що надає багатомірне відображення правової дійсності конкретної держави¹.

Підводячи підсумок різним підходам, С. С. Алексєєв вперше зазначив, що правова система: а) є частиною суспільної системи; б) є єдністю позитивного права й тісно пов'язаних і взаємодіючих з ним юридично значущих реалій — юридичної практики, правової ідеології тощо. У цьому розумінні правова система є частиною більш широкого поняття — «правова дійсність», яке охоплює всі без винятку існуючі в суспільстві правові явища; в) існує в суспільствах з більш-менш розвинутою державною організацією, які можна вважати націями в сучасному їх значенні і де відповідно встановлюється своє, національне право; г) має суттєве значення для характеристики права тієї чи іншої країни, має територіальний вимір, обумовлений тим, що за загальним правилом чинність правової системи окремої країни обмежується певною територією, на яку поширюється суверенітет цієї держави; д) є історичним правовим явищем².

У правовій системі необхідно бачити соціальний, конкретно-історичний і політичний зміст. Тому в рамках загальної теорії права правову систему розуміють передусім як одну з підсистем суспільства поряд з економічною, політичною, релігійною та ін. Такий кут зору зумовлює вивчення її у зв'язку і взаємодії з зовнішнім середовищем (тобто соціальними чинниками, що визначають його розвиток і функціонування). З огляду на це термін правова система є загальноприйнятим в історичних, політичних, правових дослідженнях, у порівняльному правознавстві минулого й сьогодення, де порівняння як основний метод дослідження припускає погляд на інші, «зовнішні» стосовно даного правові системи або їх елементи.

Соціальна сутність правової системи полягає в тому, що вона виражає баланс інтересів різних соціальних груп, прошарків суспільства, які дістають відбиття у праві, законах та інших її частинах у вигляді узгодженої волі учасників суспільних відносин, що спирається на можливість владного примусу до належної поведінки й покарання порушників юридичних приписів. Ось чому правова система виступає найважливішим стабілізуючим та організуючим чинником³. Важливою за

¹ Див.: наприклад: Проблемы общей теории права и государства / Под ред. В. С. Нерсесянца. – М., 2002. – С. 243–248.

² Див.: Алексєєв С. С. Восхождение к праву. Поиски и решения. – М., 2001. – С. 168.

³ Див.: Тацій В. Я. Значення юридичної науки у формуванні правової системи України // Вісн. Акад. прав. наук України. – Х., 2002. – № 26. – С. 5–26.

сучасних умов стає здатність правової системи до накопичення, зберігання й передачі відповідної інформації, що дає підстави стверджувати, що вона є особливим різновидом соціально-правової пам'яті¹.

Категорія «правова система» була впроваджена в юридичну науку для позначення права як системного явища з метою його аналізу у взаємозв'язку і взаємодії складових структурних елементів. Із найширших теоретичних позицій правова система характеризувалася насамперед як складне збірне поняття, що відбиває всю сукупність існуючих у суспільстві юридичних явищ, весь арсенал правових засобів². Поняття «правова система» сформувалось як результат застосування системного підходу до дослідження правової реальності. Як зазначає Н. М. Оніщенко, «використання системного методу в юридичній науці зумовлене загальною потребою аналізу й узагальнення складних соціально-правових явищ з урахуванням особливостей не тільки самого предмета дослідження, а й цілої низки суміжних понять. Значний обсяг наукової інформації у багатьох галузях знань потребує комплексності досліджень, ретельної систематизації наукового пізнання»³. Взаємозв'язок елементів правової системи, їх функціонування зумовлюють існування правової системи, адже в розрізненому вигляді вона існувати не може. Тому при дослідженні цієї категорії доцільними є застосування системно-структурного підходу, вивчення правової системи як у цілому, так і по частинах. Системний підхід у такому випадку є одним з інструментів дослідження об'єкта як складного явища, що містить елементи, взаємозв'язок між якими забезпечує їх цілісність.

За допомогою правової системи розширилися можливості на шляху до цілісного пізнання правової реальності на основі включення у цей процес світоглядного пізнання⁴. Інша справа, що складники правової системи розглядаються як неоднакові за своєю питомою вагою, значенням, роллю, функціями, ступенем самостійності⁵. Варто підкреслити й наступне, певною мірою телеологічне визначення правової системи, в якому останню розуміють як цілісну сукупність взаємозалежних і взаємодіючих

¹ Див.: *Карташов В. Н.* Введение в общую теорию правовой системы общества. – Ярославль, 1996. – Ч. 2. – С. 61.

² Загальна теорія держави і права / За ред. М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченка, О. В. Петришина. – Х., 2002. – С. 211.

³ Див.: *Оніщенко Н. М.* Правова система: Проблеми теорії. – К., 2002. – С. 46–51.

⁴ *Мірошинченко М.* Системно-інформаційний підхід у контексті методологічного забезпечення наукового аналізу проблем теорії правової системи України // *Право.* – 2007. – № 6. – С. 22–25.

⁵ *Матузов Н. И.* Правовая система и личность. – Саратов, 1987. – С. 13.

правових явищ, що формуються суспільством, при необхідності опосередкованих державою, покликаних особливими засобами й методами поєднувати людей у єдиний соціум і регулювати їх відносини з метою самозбереження суспільства і його прогресивного розвитку¹.

Існує певна специфіка інтерпретації поняття «правова система» зарубіжними правознавцями. Розглядаючи ознаки, що відрізняють правову систему від інших систем, англійський юрист Д. Ж. Рац вважає, що, по-перше, правові системи мають загальний характер, і по-друге, що вони є відкритими, оскільки містять норми, мета яких — уведення в дію соціальних норм, які не є частиною правової системи². Значного поширення в зарубіжній літературі набула концепція самореферентних закритих правових систем, особливості яких вбачається в тому, що вони не можуть безпосередньо регулювати соціальну поведінку, а натомість формулюють правила й рішення щодо внутрішньої правової репрезентації соціальної реальності³.

Цікаву характеристику правової системи дає американський юрист Л. Фрідмен, переконуючи, що не проходить і дня й навіть години без взаємодії людини з правом у найширшому значенні слова⁴. Правова система всюдисуща, хоча найчастіше її присутності ми не помічаємо. Вона безперервно змінюється, однак її складові частини зазнають змін з різними швидкостями, і жодна з них не змінюється настільки ж швидко, як інша. Втім існують якісь постійні, довгоживучі елементи — принципи системи, які були присутні в ній завжди (і в минулі століття) і будуть такими впродовж тривалого часу, надаючи їй необхідної форми й визначеності в цілому⁵.

Однак кожне з цих трактувань зумовлене класичним розумінням правових систем. Тому не випадково, що різноманітні концепції правових систем активно використовують ідеї, концепції й поняття, запроваджені в науковий обіг видатним французьким компаративістом Р. Давідом, який розглядав правову систему як однопорядкове за ознакою системності, взаємопов'язане з іншими суміжними системами явище⁶.

¹ Российское государство и правовая система: Современное развитие, проблемы, перспективы / Под ред. Ю. Н. Старилова. – Воронеж, 1999. – С. 310.

² Цит. за: Правові системи сучасності. Глобалізація. Демократизм. Розвиток / В. С. Журавський, О. В. Зайчук, О. Л. Копиленко, Н. М. Оніщенко; За заг. ред. В. С. Журавського. – К., 2003. – С. 24.

³ Див.: Бусова Н. А. Модернизация, рациональность и право. – Х., 2004. – С. 54–60.

⁴ Див.: Фридмен Л. Введение в американское право. – М., 1992. – С. 7–8.

⁵ Там само.

⁶ Див.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. – М., 1999. – С. 177.

Дослідник, зокрема, пропонував концентрувати увагу переважно на процесах, що відбуваються всередині правової системи, насамперед на взаємодії суб'єктів, безпосередньо пов'язаних із правотворчістю і право-реалізацією.

Отже, правова система — це поняття складне й багатопланове, що включає в себе цілий комплекс компонентів, які нормативно-організуюче впливають на суспільні відносини. На думку французького вченого Ж. Карбоньє, правова система є вмістищем, осередком різноманітних юридичних явищ, які існують у суспільстві в той самий час на тому ж просторі. Він зазначає, що юридична соціологія вдається до поняття «правова система», щоб охопити весь спектр досліджуваних нею явищ¹.

У кожную історичну епоху, в кожній цивілізації, в кожній країні право відрізняється суттєвою своєрідністю. Вихідне значення при розгляді цієї своєрідності, як зазначає С. С. Алексєєв, має поняття національної правової системи, яке розглядається в єдності з іншими конститутивними правовими явищами даного суспільства (країни) як історично конкретного соціального організму². Автор підкреслив існування поняття «національна правова система» як конкретно-історичної реальності, що перебуває у складних взаємозв'язках та взаємодії з іншими частинами даного суспільства: з певними економічними відносинами, державою, мораллю, культурою — усім комплексом соціальних інститутів та цінностей. Таким чином, С. С. Алексєєв визначає, що неможливо розглядати існуюче «право» як юридичне явище зовні та незалежно від державних кордонів. Національна правова система відбиває єдність економічного базису, виступає одним із проявів державного суверенітету країни. Національна правова система вбирає особливості економічного, політичного, історичного та національного розвитку країни, існуючі в ній суспільно-політичні традиції, специфіку культурної та моральної сторін життя суспільства, національного побуту, правових традицій та мислення.

Аналізуючи різні визначення та підходи до зазначеної категорії, найбільш доцільним є формулювання поняття «правова система» — як право, узятє в цілісно-понятійному, розгорнутому та функціональному стані³. Інакше кажучи, право існує, формується й функціонує у вигляді

¹ Див.: *Карбоньє Ж.* Юридическая социология: Учебник. – М., 1986. – С. 197, 276–277.

² Див.: *Алексєєв С. С.* Общая теория права: Учебник. – 2-е изд., перераб. и доп. – М., 2008. – С. 84.

³ Див.: *Тихомиров Ю. А.* Курс сравнительного правоведения. – М., 1996. – С. 5.

правової системи. Відповідно і правову систему можна розуміти як цілісний і структурований комплекс правових явищ, що функціонує для врегулювання суспільних відносин, досягнення певного соціально значущого результату.

Досить поширеним треба визнати підхід С. С. Алексєєва до цієї проблематики, який підкреслює, що частинами (елементами) правової системи є: а) об'єктивне (позитивне) право як сукупність загальнообов'язкових норм, виражених у законі, інших визнаних державою формах позитивного права; б) правова ідеологія — активна сторона правосвідомості; в) судова (юридична практика)¹. Тут підкреслюється, що саме через правову систему та її елементи відбувається немов би «ув'язування» позитивного права з державою, її органами, з усією політичною структурою даного суспільства. Саме через неї при розгляді позитивного права включаються правотворчі, законодавчі установи, а також правовиконавчі органи, органи правосуддя, інші правоохоронні установи, вся політична система країни². Результатом дії правових систем є упорядкування суспільних відносин згідно з об'єктивними вимогами дійсності. Як зазначає С. О. Маркова-Мурашова процес правового регулювання як єдина функція правової системи забезпечується взаємодією трьох компонентів: свідомості (ідеального), діяльності (реальної) та правил поведінки (формалізованих моделей, які містяться у законодавстві або судовій практиці). Як би не відрізнявся їх зміст та взаємодія в різних країнах, названі три елементи завжди присутні, а їх взаємодія так або інакше забезпечує функціонування кожної правової системи³.

В. М. Синюков з позицій свого дослідження визначає правову систему як соціальну організацію, що включає в себе основні компоненти національної правової культури⁴. Він пропонує ще одне бачення сутності та структури правової системи. Вчений доповнює її деякими новими елементами, які в принципі охоплюються існуючим широким тлумаченням і розумінням розглядуваного явища, але не завжди називаються при переліку основних рис та ознак обумовленої реальності. До таких елементів він, зокрема, відносить регіональну й місцеву правову інфраструктуру,

¹ Див.: *Алексєев С. С.* Право: азбука – теорія – філософія: Опыт комплексного исследования. – М., 1999. – С. 46–47.

² Там само.

³ Див.: *Маркова -Мурашова С. А.* Правовая система: проблемные аспекты эволюции // История государства и права. – 2007. – № 8. – С. 2–3.

⁴ Див.: *Синюков В. Н.* Российская правовая система. – Саратов, 1994. – С. 165.

системи й підсистеми нагляду, контролю, профілактики порушень, правового інформування і правових комунікацій, юридичного утворення, підготовки й перепідготовки кадрів, відтворення і зберігання правової ідеології (НП, центри, фонди, культурні співтовариства та ін.)¹.

Насамперед відзначимо, що в літературі трапляються судження, з яких можна зробити висновок про «безмежний» зміст поняття «правова система», коли в неї включаються сторонні, тобто не властиві їй елементи. Яскравим прикладом такого підходу є позиція О. І. Харитонової й Є. О. Харитонова, які елементами правової системи виділяють: 1) право як сукупність створюваних й охоронюваних державою норм; 2) законодавство як форму вираження цих норм (нормативні акти); 3) правові установи, що здійснюють правову політику держави; 4) судову й іншу юридичну практику; 5) механізм правового регулювання; 6) правореалізаційний процес (включаючи акти застосування й тлумачення); 7) права, свободи й обов'язки громадян (право в суб'єктивному розумінні); 8) систему складних і функціонуючих у суспільстві правовідносин; 9) законність і правопорядок; 10) правову ідеологію (правосвідомість, юридичні доктрини, теорії, правову культуру тощо); 11) суб'єктів права (індивідуальних і колективних), які організують і приводять у дію весь правовий механізм; 12) систематизуючі зв'язки, що забезпечують єдність, цілісність і стабільність системи; 13) інші правові явища (юридична відповідальність, правосуб'єктність, правовий статус, законні інтереси та ін.), що утворюють немов інфраструктуру правової системи².

Такий підхід претендує на гранично повне окреслення обсягу поняття й характеризує правову систему як складне утворення в єдності всіх його можливих складових частин, але разом з тим з певною надмірністю кількості складових елементів. Проте за визначенням до правової системи не можуть належати виключно всі можливі правові явища, оскільки це суперечить основній її функції стосовно навколишнього середовища — спрощення складності правової реальності та й самому способу конструювання системи як певної ідеальної моделі цієї реальності³. Проти включення в це поняття всіх без винятку юридичних ка-

¹ Див.: *Синюков В. Н.* Российская правовая система. – Саратов, 1994. – С. 165.

² Див.: *Харитонов О. І., Харитонов С. О.* Порівняльне право Європи: Основи порівняльного правознавства. Європейські традиції. – Х., 2002. – С. 26–27.

³ Див.: *Бусова Н. А.* Модернизация, рациональность и право. – Х., 2004. – С. 123.

тегорій, всієї правової дійсності виступає Л. С. Явич, стверджуючи, що було б необачно вважати елементами правової системи соціальні чинники, які безпосередньо впливають на правоутворення та правореалізацію, але не становлять їх безпосереднього змісту¹.

Так, М. М. Байтін визначає правову систему як сукупність внутрішньопогоджених і взаємозалежних класово однорідних і спрямованих у кінцевому підсумку до загальних цілей правових явищ, кожне з яких у рамках єдиної структури виконує свою специфічну службову роль». З погляду В. К. Бабаєва, правова система включає «сукупність взаємозалежних, погоджених і взаємодіючих правових засобів, що регулюють суспільні відносини, а також елементів, що характеризують рівень правового розвитку тієї чи іншої країни»². Таке тлумачення виходить за межі винятково формального підходу до правової системи, але не дає конкретного уявлення про неї в силу необхідності з'ясування змісту того, що входить у «рівень правового розвитку».

В основі різних за змістом визначень правової системи лежать різне праворозуміння, різні підходи до питання, що є «ядром» правової системи, її стрижнем.

Відповідно до принципу єдності логічного й історичного загальна дефініція правової системи повинна відображати реальну історію й різноманітність форм права. Як влучно зауважив А. В. Міцкевич, терміном «праворозуміння» позначають, по суті, не тільки саме поняття права і тим більше не тільки його визначення. Воно містить у собі низку інших загальнотеоретичних правових категорій і понять, що охоплюють усю систему правових явищ, а також філософських і соціологічних категорій, що виражають зв'язки й опосередкування права та інших соціальних явищ³. Тому дослідження правової системи повинне охоплювати, по-перше, систему поглядів, ідей, подань, теорій, тобто праворозуміння в певний історичний період; по-друге, аналіз нормативної основи, її структури; по-третє, систему здійснення права.

На думку М. І. Матузова, таким ядром правової системи є право й законодавство, що його виражає, яке встановлюється державою (нормативістський підхід)⁴. Усі елементи правової системи мають той чи

¹ Див.: Явич Л. С. Сущность права. – Л., 1985. – С. 41.

² Бабаев В. К. Правовая система общества // Общая теория права: Курс лекций / Под ред. В. К. Бабаева. – Н. Новгород, 1993. – С. 85.

³ Див.: Мицкевич А. В. Общее «нормативное» понятие права и его место в марксистском правопонимании // Сов. государство и право. – 1988. – № 6. – С. 11.

⁴ Див.: Матузов Н. И. Правовая система и личность. – Саратов, 1987. – С. 13.

інший ступінь нормативності, адже багато хто з них є похідними від права, правових норм, його складників. Тому вважають, що право — це нормативне підґрунтя всієї правової системи. Воно виступає центральною сполучною ланкою останньої; норми права породжують правовідносини; правовідносини служать формою реалізації юридичних норм.

В. Д. Перевалов доводить, що центральною ланкою правової системи є суб'єкт права, носій прав та обов'язків, який творить право на підставі правових імперативів суспільства (соціетарний підхід до права)¹. На суб'єктах права як єдиному елементі правової системи наполягає Л. А. Луць, оскільки лише вони наділені необхідними властивостями для забезпечення її мети й реалізації функцій². Прикладом антропологічного підходу до сутності правової системи є бачення, що у правовій системі злилися воедино природні потреби людей з їхніми думками, волею, почуттями, з правовими традиціями й арсеналом техніко-юридичних засобів, вчинками, діяльністю їх об'єднань³.

М. І. Матузов і О. В. Малько підкреслюють, що крім права як стрижневого елемента правова система містить безліч інших додатків, як-то: правотворчість, правосуддя, юридична практика, нормативні, правозастосовчі та правотлумачні акти, правовідносини, суб'єктивні права й обов'язки, правові установи (суди, прокуратура, адвокатура), законність, відповідальність, механізми правового регулювання, правосвідомість та ін.⁴

В. М. Синюков з позицій свого дослідження визначає правову систему як соціальну організацію, що включає в себе основні компоненти національної правової культури⁵, крім того, автор пропонує включати до правової системи правоохоронні відомства й організації. О. М. Васильєв як елемент правової системи виділяє правоохоронні, правозастосовчі, державні органи, призначені для реалізації й захисту права, боротьби з його порушеннями⁶.

¹ Див.: *Перевалов В. Д.* Правовая система общества // Теория государства и права: Учебник / Под ред. В. М. Корельского и В. Д. Перевалова. – М.: Юристъ, 1997. – С. 134–142.

² Див.: *Луць Л. А.* Європейські міждержавні правові системи: загальнотеоретична характеристика: Авторефер. дис. ... д-ра юрид. наук. – К., 2005.

³ Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. В. К. Бабаева. – М., 1999. – С. 548–549.

⁴ Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. – М., 2004. – С. 179.

⁵ Див.: *Синюков В. Н.* Российская правовая система. – Саратов, 1994. – С. 165.

⁶ Правовая система социализма. Понятие, структура, социальные связи / Под ред. А. М. Васильева. – М., 1986. – Кн. 1. – С. 39–44.

Українські вчені 90-х років ХХ ст. зазначали, що елементами, які входять до правової системи України, є система права, правова політика, правова ідеологія і юридична (правова) практика, зокрема правотворча, правозастосовча, правоохоронна. Поряд із цим до правової системи також входять споріднені з нею явища: норми і принципи міжнародного права, соціальні норми, санкціоновані державою¹. Н. М. Оніщенко включає до правової системи право й законодавство, що його втілює, юридичні установи та юридичну практику, суб'єктивні права й обов'язки, правовідносини, правову ідеологію та ін.²

Як уже зазначалося, усі елементи правової системи є тісно пов'язаними один з одним, взаємозалежними, втім мають і відносну самостійність. Усі вони виконують загальні і специфічні функції у правовій системі, характеризуються єдністю й розходженням, сприяють ефективності дії всього розглянутого утворення. Отже, орієнтуючись на методологічний арсенал системного підходу, необхідно вирізнити такі складники в дослідженні правової системи: суб'єктний; нормативний; інтелектуально-психологічний; діяльнісний; результативний.

Суб'єктний рівень виокремлюється, щоб підкреслити значення саме суб'єктів права єдиних системоутворюючих у певному сенсі матеріальних чинників правової системи. Саме людина є первинним суб'єктом права, здатним до активної духовної і практичної діяльності³.

Дослідження нормативного рівня правової системи спрямовано безпосередньо на норми права, що виступають її елементом.

На інтелектуально-психологічному рівні правової системи формується правосвідомість конкретної людини й суспільства в цілому. Як підкреслює Н. М. Оніщенко, правосвідомість — це насамперед ставлення людей до права⁴.

Діяльнісний рівень охоплює всі юридично оформлені зв'язки й відносини, форми реалізації права, різні види правової поведінки людей, правотворчу і правозастосовну діяльність держави й суспільства. Правова діяльність опосередковується правовими відносинами. У правовій

¹ Див.: *Погорілко В., Малишко Л.* Правова система – система законодавства суверенної України // *Право України.* – 1993. – № 9–10. – С. 10.

² Див.: *Оніщенко Н. М.* Загальна характеристика правової системи як інтегруючої категорії правової науки // *Правова держава.* – Вип. 11. – К., 2000. – С. 62–64.

³ Див.: *Бачинин В. А.* Філософія права: Конспект лекцій. – Х., 2002. – С. 104–107.

⁴ Див.: *Оніщенко Н. М.* Правова система: проблеми теорії: Монографія. – К., 2002. – С. 53–55.

системі вони виконують роль універсальної форми (засобу) упорядкування суспільних відносин.

Результативний рівень правової системи характеризує, з одного боку, наскільки людина як суб'єкт права освоїла правову дійсність, як вона «живе» в ній, а з другого боку — як сформувалися й наскільки ідентичні інтересам індивіда й суспільства різного виду режими і стани, що дозволяють уявити собі певні результати дії юридичних норм (законність, правопорядок).

Отже, необхідно підкреслити, що створення правової системи України як суверенної держави є досить актуальною проблемою як у теоретичному, так і у практичному сенсі. При цьому має йтися про правову систему, яка засновувалась б на національно-історичних цінностях, ураховувала б соціально-економічні й політичні реалії сьогодення. Саме завдяки таким сучасним ознакам національна правова системи України змогла б увійти до сім'ї правових систем країн ЄС та інших цивілізаційних держав світу.

*Д. Вовк, кандидат юридичних наук
Національної юридичної академії
України імені Ярослава Мудрого*

Про природу релігійного права в аспекті співвідношення права і релігії

Значний вплив на становлення й розвиток багатьох правових систем світу здійснило, а подекуди продовжує здійснювати так зване релігійне право, тобто норми, які визріли всередині релігійної общини (церкви) і, на підставі певного віровчення, врегульовують різноманітні сторони життя її членів. З огляду на це для юридичної науки є важливим з'ясувати природу даного явища, що є необхідним кроком до поглиблення знань про процес формування права й установа науково обґрунтованого бачення його співвідношення з релігією.

Слід зазначити, що серед учених питання природи релігійного права не дістало однозначного вирішення. Так, радянській релігієзнавець С. О. Токарев, звертаючи увагу на те, що засобом закріплення приписів релігійного права виступають сакральні тексти, розглядав його як структурний елемент релігії¹. Цю ж позицію поділяв французький фахівець з мусульманського права Р. Шарль². Деякі науковці вважають, що релігійне право (або певний його різновид) становить форму взаємодії релігійної і правової ідеології, релігійних і правових норм, тобто виходять з подвійної, релігійно-правової сутності досліджуваного феномена³. На думку В. А. Бачиніна, релігійне право — це первинна система правових норм, здатна існувати в єдиному нормативному просторі поряд з вимогами звичаєвого й позитивного права⁴. Схожу ідею на прикладі церковного права в християнстві обстоює і відомий український правознавець Ю. М. Оборотов, розглядаючи його як самостійну галузь права, що дозволяє поділити систему права на дві складові: світське і церковне

¹ Див.: Токарев С. А. Религия в истории народов мира. – 3-е изд., испр. и доп. – М., 1976. – С. 539.

² Див.: Шарль Р. Мусульманское право: Пер. с фр. – М., 1959. – С. 11.

³ Див., напр.: Клочков В. В. Религия, государство, право. – М., 1978. – с. 123; Массе А. Ислам: Пер. с фр. – М., 1982. – с. 91; Сюкияйнен Л. С. Шариат: религия, нравственность, право // Государство и право. – 1996. – № 8. – С. 121.

⁴ Див.: Бачинин В. А. Христианская мысль: политическая теология и правовая социология. – СПб., 2005. – Т. V. – С. 162.

право¹. Аналогічну позицію займає й російський юрист В. Г. Ярославцев, визначаючи канонічне (церковне) право як «раціональну систему юриспруденції, якої дотримувалася церква»². Щоправда, на наш погляд, досить спірною є спроба зазначеного автора визначити нормативний компонент християнства саме через термін «юриспруденція». Цікавою точки зору дотримується М. Ю. Варьяс, який відносить церковні норми до різновиду корпоративного права, під яким цей автор розуміє систему правил поведінки, розроблених різноманітними корпораціями для регулювання як своїх внутрішніх відносин, так і відносин між цими корпораціями та іншими зовнішніми суб'єктами, забезпечених силою корпоративного, а в деяких випадках державного примусу³. Корпоративно-правовими вважає норми канонічного права й Т. В. Кашанина, розглядаючи ці приписи (поряд з феодальним, міським, купецьким, цеховим та іншим правом) як етап «юності» сучасного права⁴.

Як бачимо, у науковій літературі можна вирізнити принаймні три підходи до розуміння природи релігійного права, в межах яких останнє трактується як релігійне, релігійно-правове і правове явище. На наш погляд, дослідники, які розглядають релігійне право як окрему або первісну систему права, зменшують вплив релігії на розвиток людства й не враховують суттєвих ознак тих норм, які вони відносять до правових. На користь цього твердження можемо навести такі аргументи.

По-перше, на нашу думку, у структурі релігійного права слід розрізняти норми, що містяться у священних джерелах (Біблії, Корані, буддистських сутрах тощо), і ті, що сформульовані богословами-юристами у вигляді доктринальних розробок у рамках певного віровчення (канонічне (церковне), єврейське, мусульманське право та ін.). Якщо перші сприймаються віруючими як боговстановлені, як прояв священного, то друга категорія норм хоча і є частиною створеного божественною волею світу, проте розглядається скоріше як богоугодний продукт людського творіння, забезпечений не тільки тим, що вони є елементом схваленого релігією суспільного устрою, але і безпосередньо авторитетом церкви чи релігійної громади. Зокрема, з точки зору харак-

¹ Див.: *Оборотов Ю. М.* Церковне право у вітчизняній правовій традиції // Наук. пр. Одес. нац. юрид. акад. – О., 2003. – Т. 2. – № 1. – С. 83.

² *Ярославцев В. Г.* Нравственное правосудие и судейское правотворчество. – М., 2007. – С. 84.

³ Див.: *Варьяс М. Ю.* Краткий курс церковного права: Учебн. пособие. – М., 2001. – С. 38.

⁴ Див.: *Кашанина Т. В.* Происхождение государства и прав. Современные трактовки и новые подходы: Учеб. пособие. – М., 2008. – С. 301.

теру легітимності в християнському світі важко порівняти норми біблійних заповідей про заборону вбивства, крадіжки, неправдивого свідчення, на божественному походженні яких прямо наголошується у Старому Завіті (Втор., 4:11)¹, з нормами, наприклад, «Декрету Граціана», сформульованими на базі Біблії, папських декреталій, постанов Вселенських соборів конкретним автором. Так само різні джерела легітимації мають і норми Корана, що не дозволяють лихварства (2:278)² чи обважування (6:152), з обґрунтованими у доктрині мусульманського права заборонами укладати деякі правочини, щодо яких між ісламськими юристами й досі точаться дискусії³.

По-друге, «правові» норми, викладені у священних текстах, забезпечуються, перш за все, можливістю застосування релігійних санкцій, а їх порушення є насамперед гріховним, а вже потім злочинним. За невиконання приписів, викладених у брахманському збірнику «Закони Ману» Бог карає людину за життя й після смерті. Брахман, який має дитину від представниці нижчої касты, позбавляється брахманства, а після смерті його очікує потрапляння до пекла (III, 17)⁴. Іншими словами, у даному випадку земне покарання є лише проявом санкції з боку священного (Бога, іншого світу, ідеї тощо). Той, хто не виконує заповідей Старого Завіту, буде проклятий (Втор., 27:26), проклятим також буде виконавець вбивства на замовлення (Втор., 27:25), у грабіжника Господь «забере душу» (Пр., 22:23); причому якихось інших покарань за названі діяння відповідні біблійні приписи не містять. Згідно з положеннями Корану, якщо хтось уб'є віруючого умисно, відплата йому — пекло (4:93). Інакше кажучи, невиконання норм, закладених у сакральних джерелах, пов'язане для людини з відчуттям зв'язку з божественним, а також із загрозою втратити цей зв'язок: потрапити в пекло, перевтілитись у нижчу істоту, позбавитись божественної підтримки за життя. Отже, за своєю природою зазначені норми є переважно автономними, їх авторитетність перебуває на рівні людської свідомості, її розуміння священного, що є ознакою саме релігійної нормативності. Більше того, застосування цих норм фактично є актом реалізації авторитету Бога в житті індивіда. Так, установлюючи правила життя общини після ви-

¹ Тут і далі цитати з Біблії подаються за: Библия: Книги священного писания Ветхого и Нового Завета. – М., 1993. – 1127 с.

² Тут і далі цитати з Корану подаються за: Коран: Пер. с араб. – М., 2004 – 687 с.

³ Див., напр.: Кардави Ю. Дозволенное и запретное в исламе: Пер. с араб. – М., 2005. – С. 242–244, 267.

⁴ Законы Ману. – М., 1960. – С. 54.

ходу єврейського народу з Єгипту, Мойсей прямо вказує на те, що люди приходять просити в нього суду саме від Бога (Вих., 18:15). Визначаючи міру покарання за вбивство вільної людини, жінки, раба, норми Корану звертаються до «тих, хто увірував», а можливість сплатити викуп, у разі якщо родичі жертви простили вбивцю, пояснюється Божою милістю (2:178). Із наведених прикладів можна побачити, що заборони, які містять положення правового характеру, все ще сприймаються суб'єктами як релігійні й виконуються переважно через їх божественну легітимність. Як влучно зауважив з цього приводу Р. Шарль, віруючого, який порушує приписи мусульманського права, чекає потойбічне пекло, а не земний жандарм¹. Подібний висновок є правомірним і щодо інших різновидів релігійного права.

Крім того, відносити норми, закладені в релігійних текстах, до правових — значить надавати відносинам, що виникають на підставі цих норм, властивої праву двосторонньої структури, що включає кореспондуючі один одному права й обов'язки. За такою логікою слід визнати: якщо віруюча людина дотримується всіх передбачених певним релігійним вченням настанов (у тому числі й тих, що мають «правовий» характер), вона вправі вимагати від священної субстанції, як верховного «законодавця», потрапляння в рай, просвітлення, покращення життя у цьому світі тощо. Але подібний висновок суперечить основному положенню всіх релігійних доктрин: покірність незалежно від будь-яких життєвих обставин і підпорядкованість індивіда сакральній меті або волі Бога, щодо яких віруючий відчуває лише обов'язки.

По-третє, розглядаючи норми, сформульовані богословами-юристами, не можна не помітити, що навіть ті вчені, які обстоюють правову природу цих норм, звертають увагу на їх відповідність засадам певного віровчення, на підтримання їх авторитетом церковної установи або релігійної громади й регулювання ними переважно відносин усередині церкви чи громади або між особами однієї віри². Зважаючи на це, можна стверджувати, що суб'єктами реалізації цих правил поведінки виступають прихильники певної релігії, незалежно від їх місця перебування. М. Елон, фахівець у сфері єврейського права, підкреслює, що застосування його норм можливе лише до іудеїв, а за часів відсутності

¹ Шарль Р. Мусульманське право. – С. 20.

² Див. напр.: Волощенко О. М. Канонічне право як окрема система права // Часоп. Київ. ун-ту права. – 2006. – № 2. – С. 53; Оборотов Ю. М. Церковне право у вітчизняній правовій традиції. – С. 82; Цытин В. Курс церковного права: Учеб. пособие. – Клин, 2004. – С. 4 та ін.

суверенної єврейської держави головною санкцією, що забезпечувала виконання цього права, було відлучення порушника від общини¹. Як указує А. А. К. Манна, під (мусульманським) правом ісламські правознавці розуміють правило, адресоване Аллахом саме мусульманській спільноті². Цю тезу яскраво ілюструє визначення закяту (обов'язку допомагати бідним), яке приводить Б. Маргинані у класичному коментарі до мусульманського права «Хидоя»: «Закят — це установлення Господа, обов'язкове для будь-якої особи, вільнонародженої, при своєму розумі, повнолітньої й мусульманина, якщо вона володіє рухомістю або нерухомістю в такому розмірі, який визначається на мові закону «нісаб», і якщо вона володіла цим майном протягом року»³. Показово, що в деяких африканських (Танзанія, Малі, Чад) та азійських (Філіппіни, Індія) країнах мусульманське право регулює тільки правовий статус представників ісламської громади і не застосовується до всіх інших громадян⁴. Н. О. Крашенінникова звертає увагу на те, що норми індуського права мають виключно персональний характер, тобто поширюють свою дію лише на індуїстів⁵. Можна також пригадати, що суддями, які розглядають справи в сучасних релігійних судах в Ізраїлі та мусульманських країнах, можуть бути лише представники відповідного віросповідання.

Персональність релігійного права яскраво ілюструють й історичні приклади його застосування. Американський філософ права Л. Фуллер наводить рішення Верховного Суду держави Ізраїль 1962 р., яке свого часу набуло значного розголосу. За ізраїльським законодавством будь-яка особа єврейської національності, яка прибула до цієї держави, автоматично стає її громадянином. Проте суд відмовив в автоматичному наданні статусу громадянина особі єврейського походження, яка раніше змінила іудейське віросповідання. Мотивацією відмови було те, що хоча за рабинським (старозавітним) правом підставою для набуття ізраїльського громадянства є факт єврейського походження предків, але зміна віросповідання дозволяє застосувати у цьому випадку саме світське, а не

¹ Элон М. Еврейское право: Пер. с иврита. — СПб., 2002. — С. 40.

² Манна А. А. К. Преступление и наказание по мусульманскому праву: Учеб. пособие. — М., 2007. — С. 6.

³ Маргинани Б. Хидоя. Комментарии мусульманского права: В 2 ч.: Пер. с англ. — М., 2008. — Ч. 1. — С. 65.

⁴ Див.: Сюкияйнен Л. Р. Мусульманское право: Вопросы теории и практики. — М., 1986. — С. 106.

⁵ Див.: Крашенінникова Н. А. Индусское право: История и современность. — М., 1982. — С. 12.

талмудичне право¹. Персональність регулювання, що є характерною рисою дії релігійних норм (на відміну, від територіального характеру дії права), поєднана із забезпеченням їх виконання з боку релігійних об'єднань, дозволяє, як вбачається, віднести їх до корпоративних норм релігійної громади (наприклад, фікх в ісламі, єврейське право в іудаїзмі), а в релігіях з високим рівнем організаційної інституціональності — до корпоративних норм церкви (наприклад, канонічне (церковне) право у християнстві). Спираючись на авторитет священного й общини, в умовах монорелігійного соціуму такі корпоративні норми виступали регулятором багатьох сторін життя останнього². У той же час надання цим нормам саме корпоративно-правового характеру, як пропонує М. Ю. Варьяс, є не зовсім коректним з точки зору уявлень про нормативність права, яке закріплює всезагальні типові зв'язки та явища, і є обов'язковим для всіх членів суспільства, а не лише для тих, які сповідують певні релігійні переконання. Хоча, зауважимо, що на різних історичних етапах (особливо ранніх) ці категорії, звичайно, могли збігатися.

До того ж віднесення церковних норм до системи права, а церковних органів до суб'єктів відповідної нормотворчості означає, що суб'єкт

¹ Див.: Фуллер Л. Л. Мораль права: Пер. с англ. – М., 2007. – С. 193–194.

² Необхідно підкреслити, що саме здатність до регулювання широкого кола суспільних відносин дозволяє багатьом науковцям визначати релігійне право як явище суто правового порядку. Проте право в даному випадку розглядається виключно в загальносоціальному сенсі. Наприклад, відомий філософ і соціолог права Г. Д. Гурвич запровадив гранично широкий термін «соціальне право», яке включало і правові, і релігійні (у тому числі й норми релігійного права), і моральні приписи (див.: Гурвич Г. Д. Философия и социология права: Избр. произв.: Пер. с фр. – СПб., 2004. – С. 93–96 і др.). Сучасні російські історики права В. О. Рогов, В. В. Рогов з тих же міркувань використовують термін «широке право», до якого включають і право канонічне (див.: Рогов В. А., Рогов В. В. Древнерусская правовая терминология в отношении к теории права. (Очерки IX – середины XVII вв.). – М., 2006. – С. 232). В іншій своїй праці В. О. Рогов, визначаючи природу норм, закладених у сакральних текстах, оперує терміном «протоправо», або «першоправо», яке народжується разом з людиною, і в подальшому розширює сферу дії разом з розширенням людського суспільства. При цьому дотримання вимог цього «першоправа» повинно мати для суб'єкта «неземні (вищі) результати» (див.: Рогов В. А. Право – пространство – время в богословии и средневековой Руси (о средневековых верованиях и идеях в перспективе): Монография. – М., 2007. – С. 112, 113). У той же час, попри плідність у багатьох аспектах соціологічної парадигми, таке праворозуміння фактично призводить до змішування різних форм соціальної нормативності, розмивання меж між правовим та іншими засобами суспільного регулювання й може використовуватися при встановленні місця права в системі соціальних норм.

відносин, які виникли на підставі названих норм, може звернутися до суду за захистом своїх прав (наприклад, у разі відмови в проведенні вінчання чи хрещення зобов'язати церкву провести цей обряд) або визнати недійсним у суді акт релігійної громади чи церкви. Це, безумовно, неможливо, оскільки такі відносини не входять до предмета правового регулювання. Аналогічною логікою керувався й український законодавець, установивши в п. 4 ч. 2 ст. 17 Кодексу адміністративного судочинства України від 6 липня 2005 р., № 2747-IV, що компетенція адміністративних судів не поширюється на публічно-правові справи щодо відносин, які відповідно до закону, статуту (положення) об'єднання громадян віднесені до його внутрішньої діяльності або виключної компетенції¹.

Варто також зазначити, що на певних історичних етапах або в певних країнах трапляються випадки надання корпоративним нормам релігійної громади чи церкви правового характеру. Проте, на нашу думку, це пояснюється злиттям права, політики й релігії, а в історичному аспекті — також і слабким законодавчим і правозастосовчим потенціалом середньовічної феодальної держави й державницькими прагненнями певних церков. Зокрема, як уже зазначалося, в сучасному Ізраїлі, правовій системі якого в окремих сферах властивий тісний зв'язок права й релігії, норми рабинського права застосовуються виключно релігійними судами, перелік яких законодавчо затверджується державою². Така ж ситуація, до речі, мала місце і стосовно церковних судів у Київській Русі, які функціонували на підставі статутів про церковні суди Володимира Великого та Ярослава Мудрого, а також щодо застосування норм канонічного права в Середньовічній Європі, хоча у деяких випадках визнання європейськими монархами юрисдикції теократичної квазідержави — католицької церкви — просто закріплювало реальний стан відносин держави й церкви, коли остання перебирала на себе непритаманні їй функції. Починаючи з XVI ст., коли правові установи народів Європи набувають характеру національних, а держава поступово відділяється від церкви, відбувається звуження юрисдикції церковних судів і канонічного права³, а останнє, як указував Г. Д. Гурвич, після втрати зв'язків з публічною владою знову стає тим, чим воно є насправді, — корпора-

¹ Кодекс адміністративного судочинства України від 06. 07. 05 № 2747-IV // Офіц. вісн. України. – 2005. – № 32. – Ст. 1918.

² Див.: *Марченко М. Н.* Курс сравнительного правоведения. – М., 2002. – С. 961.

³ Див.: *Берман Г. Дж.* Западная традиция права: эпоха формирования: Пер с англ. – 2-е изд. – М., 1998. – С. 40.

тивними нормами церкви, що допускають вільний вихід зі складу релігійної громади й підкріплюються виключно умовно примусовими церковними санкціями¹. Тому подібні приклади не спростовують обстоюваної нами позиції². Схожу думку висловлює російський філософ і теоретик права О. Е. Лейст, який наголошує, що корпоративні норми (у тому числі й закріплені у церковних статутах) в історії неодноразово виконували роль права³.

По-четверте, сфера дії релігійного права включає відносини, що за своєю природою не можуть бути врегульовані правом. Так, мусульманське право серед іншого встановлює так звані зобов'язання щодо Бога (ібадат), тобто вимоги щодо порядку проведення молитви та здійснення хаджу (відвідання священного міста Мекка), щодо здійснення вже згаданого закату, харчування, відносин між подружжям тощо. Зважаючи на характер цих дій, контроль за їх виконанням правовими засобами в більшості випадків навряд чи може бути ефективним, тому подібні відносини не відповідають ознакам предмета правового регулювання⁴. Новий Завіт вважає злочинцем і того, хто чине законно з конформістських мотивів (Як., 2:8-9), тобто приділяє увагу бажанням, прагненням індивіда, які також не можуть бути об'єктом правового впливу. Так само не зовсім коректними виглядають спроби деяких дослідників розгляда-

¹ Гурвич Г. Д. Философия и социология права. – С. 94.

² У цьому сенсі можна погодитися з Г. Радбрухом, який писав, що церковне право спершу було «правом для світу», а в перебігу подальшого розвитку перетворилося на «право церкви для церкви», за умови, якщо під «світом» розуміти моноконфесійне й моноетнічне середньовічне суспільство (див.: *Радбрух Г. Філософія права: Пер. з нім.* – К., 2006. – С. 184).

³ Див.: *Лейст О. Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права.* – М., 2008. – С. 190, 192.

⁴ Показовою щодо цього є структура різновидів релігійного права, яка пропонується сучасними вченими або у відповідних нормативних актах. Приміром, відомий фахівець із фікху шейх Ю. Кардаві у своєму підручнику розглядає нормування поведінки правомірного мусульманина в тому числі у сфері особистих стосунків між подружжям, облаштування жилого помешкання, полювання, забивання тварин, ставлення до забобонів тощо (див.: *Кардави Ю. Дозволенное и запретное в исламе.* – С. 59–75, 99–123 і др.). Протоієрей В. Ципін до інститутів сучасного церковного права відносить правила канонізації й шанування святих, церковних покарань, християнського шлюбу, взаємодії церкви і держави (див.: *Ципин В. Курс церковного права.* – С. 482–496 та ін.). Кодекси канонічного права Римсько-Католицької церкви 1917 р., 1983 р. розглядають в основному шлюбні питання, церковні процедури, а також обов'язки віруючих щодо Бога, одне до одного та церковну ієрархію (див.: *Вишиневский А. А. Каноническое право. Древняя церковь и Западная традиция.* – М., 2006. – С. 167–262).

ти як види саме кримінальних злочинів багатобожжя й заклики до нього, безбожжя, чаклунство та ін.¹ Переслідування подібних діянь є проявом радше радикальної авторитарної релігійної свідомості, що не допускає існування будь-якої іншої, ніж передбаченої певним віровченням, ідеології і свідчить скоріше про відсутність або слабкість правового регулятора в суспільстві на окремих історичних етапах. Додатково це підтверджується й заснованим переважно на вірі способом доказування таких «правопорушень» у середньовічних церковних процесах: клятви свідків, різноманітні форми «Божого суду» (ордалії), певні прикмети, у тому числі особливості зовнішності, тощо. Відповідно до положень Біблії покарання за богохульство (каменування) виконують не органи публічної влади (хоча на той час вже існували й адміністративні, і судові установи), а сама релігійна громада (Лев., 24:16), що також не дозволяє вести мову про правовий характер цих норм із властивою праву інституціональністю у вигляді відокремлених від суспільства публічно-владних утворень².

Не сприяє поясненню природи релігійного права, на наш погляд, і надання досліджуваному явищу релігійно-правового характеру. Вважаємо, що акумуляція у священних текстах зачатків правового регулювання вказує не на те, що ці тексти є релігійно-правовими, а на універсальність самого релігійного регулятора, який впорядковує всі сторони людського буття, нормує як внутрішню, так і зовнішню поведінку індивіда й суспільства. Через таку універсальність релігійна система містить приписи, що згодом, у результаті відокремлення різних видів суспільної норматики, набувають самостійної, в тому числі правової форми. Ті

¹ Див. напр.: *Клочков В. В.* Религия, государство, право. – С. 103; *Тер-Акопов А. А.* Христианские начала и их развитие в российском праве // Рос. юстиция. – 2001. – №7. – С. 68; *Хавронюк М. І.* Біблійні джерела сучасного кримінального законодавства // Часоп. Київ. ун-ту права. – 2005. – № 2. – С. 144.

² Можна пригадати, що для розп'яття Ісуса Христа, засудженого саме за порушення норм релігійного права (Старого Завіту), іудейська спільнота в особі Синедріону потребувала затвердження і найголовніше – виконання смертного вироку органами публічної влади того часу, які уособлював римський префект Іудеї Понтій Пілат. Із цього приводу російській дореволюційний богослов і юрист О. П. Лопухін указував, що за деякими даними Синедріон взагалі не мав повноважень на проведення судових процедур (див.: *Лопухин А. П.* Законодательство Моисея. Суд на Иисусом Христом, рассматриваемый с юридической точки зрения. Вавилонский царь Аммураби и его новооткрытое законодательство в сопоставлении с законодательством Моисеевым. – М., 2005. – С. 241). Інакше кажучи, функціонування цього інституту слід розглядати скоріше як форму охоронної діяльності релігійної громади, аніж судочинство.

ж науковці, які намагаються розчленувати приписи Талмуду, Старого Завіту або Корану чи Сунни на релігійну і правову складові лише на тій підставі, що певні норми захищаються державним примусом без урахування змістовних і формальних особливостей цих норм, спрощують, на нашу думку, розуміння природи права, а відповідно — і співвідношення права й релігії. Крім того, таке розчленування в багатьох випадках взагалі неможливе, оскільки релігійні й протоправові норми тісно переплітаються між собою, обумовлюють одним одного. Наприклад, невиконання юридичного (у сучасному розумінні) зобов'язання в ісламі могло спричинити релігійну санкцію у вигляді посту протягом трьох днів¹. Приймаючи рішення у справі, релігійний суд в Ізраїлі може застосувати принцип «покараний Небесами», тобто вказати, що в разі відмови порушника від відшкодування завданої шкоди його буде покарано Богом².

Необхідно також зазначити, що у світлі викладених аргументів не зовсім вдалим і коректним, а тому досить умовним, є й сам термін «релігійне право». Як відкрита реактивна соціальна система правова система формується в тому числі шляхом перенесення у правову дійсність нормативних конструкцій, що визріли всередині інших суспільних регуляторів (зокрема, релігії) шляхом суспільного схвалення або державного санкціонування. Виходячи з цього, будь-яке право, в принципі, умовно можна визначити до певної міри як «релігійне», так само як і «моральне» чи «політичне». З огляду на наведене вище розуміння природи релігійного права більш вдалим, як вбачається, було б застосування терміна «норми релігійної громади (церкви)».

Таким чином, підсумовуючи запропоновані міркування, можна зробити такі висновки:

1. У науковій літературі релігійне право розглядається як правове, релігійно-правове або релігійне явище. З урахуванням характеру відносин, що врегульовуються нормами релігійного права, сфери дії останніх, засобів легітимації й санкцій за їх порушення, третій з наведених підходів до розуміння природи релігійного права видається найбільш обґрунтованим.

2. Норми релігійного права доцільно поділяти на релігійні (ті, що закріплені в сакральних текстах) і корпоративні релігійних громад або церков (канонічне, мусульманське, рабинське, індуське право).

¹ Див.: *Берг Л. В. С. Основные начала мусульманского права согласно учению имамов Абу Ханифы и Шафии: Пер. с гол. – М., 2005. – С. 77.*

² *Элон М. Еврейское право. – С. 173.*

3. Сам термін «релігійне право» є достатньо умовним, більш коректним було б застосування терміна «норми релігійної громади (церкви)».

У межах даної статті, безумовно, розглянуто далеко не всі питання генезису й функціонуванням норм релігійного права в суспільстві. Вважаємо, що детального вивчення потребує той вплив, який ці норми справили на розвиток правових систем християнських, мусульманських країн, держави Ізраїль, Індії та ін. У той же час наведене бачення природи релігійного права сприятиме, на наш погляд, формуванню більш виваженого і змістовного розуміння співвідношення права й релігії, що дозволить просунутись на шляху до створення об'єктивної картини нормативної системи суспільства та місця права у цій системі.

ПИТАННЯ ІСТОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

В. Рум'янцев, член-кореспондент Академії правових наук України

До проблеми легітимності Української держави гетьмана П. Скоропадського

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

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

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

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

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

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

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

Незважаючи на значну залежність від німців, гетьманський режим мав свої цілі і соціальну базу. Він являв собою спробу консервативних політичних сил загасити полум'я революції, збити хвилю радикальних соціалістичних настроїв, силою державної влади та поміркованих реформ увести соціальне життя в рамки правових норм, відстояти право приватної власності. У досягненні цих цілей гетьманський уряд спирався на промисловців, землевласників, службовців, заможне селянство тощо.

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

Ставши до влади, гетьман П. Скоропадський мав чітку програму дій, проте заходів для її реалізації у нього було недостатньо. Присутність в Україні значного військового контингенту Німеччини та Австро-Угорщини стримувала розвиток більшовизму всередині держави і захищала від його проникнення іззовні, що давало змогу гетьманському уряду сконцентруватись на вирішенні нагальних проблем державотворення. Однак надмірні апетити Німеччини та Австро-Угорщини, бажання вирішити за рахунок України свої економічні і продовольчі проблеми обмежували сферу діяльності гетьманського уряду саме цими рамками, не дозволяючи йому займатись такими важливими питаннями розбудови

ви держави, як створення власної армії, налагодження роботи апарату управління на місцях тощо. Значні ускладнення в розбудову української державності часів гетьманщини вносила опозиція в особі українських соціалістичних партій.

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

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

На цьому тлі поширювався новий рух — велика маса селян і міського населення прагнула встановити новий уряд — несоціалістичний. У Києві широку діяльність розгорнула політична консервативна партія «Українська Народна Громада», заснована генералом П. Скоропадським, до якої вступило багато військовослужбовців 1-го Українського корпусу та козаків з Вільного Козацтва. Найбільш впливові її діячі — М. Устимович, І. Пашчевський, М. Воронович, В. Кочубей, В. Любинський, М. Василенко та інші — поширювали в народі переконання, що тільки «сильна влада» може навести лад і порядок в Україні. Найкращою формою такої влади вважалось історичне гетьманство.

Навколо генерала П. Скоропадського і Української Народної Громади поступово згуртувалися всі антисоціалістичні елементи України. Це був достатньо міцний блок без партійних суперечок і національної ворожнечі. П. Скоропадського підтримувала значна за чисельністю верства

українських селян-власників, для яких смертельною загрозою була соціалізація землі, проголошена Центральною Радою¹.

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

Діяльність Української Народної Громади і особисто П. Скоропадського дають підстави окремим дослідникам звинувачувати майбутнього гетьмана в зраді України і навіть у бонапартизмі. За їх твердженнями вже наприкінці 1917 р. П. Скоропадський «орієнтувався на можливий прихід в Україну австрійців і німців у ролі окупантів і планував свою співпрацю з ними <... > для досягнення своєї власної мети вважав за потрібне замаскуватися та приєднатися до національного українського руху, щоб стати командиром Української армії, себто — щоб мати змогу стати диктатором»³. Такі звинувачення були притаманні й сучасникам тих подій, провідним діячам Центральної Ради і мали, на жаль, практичні, вкрай негативні наслідки для розбудови української державності. Центральна Рада зробила чимало для того, щоб військові формування, очолювані П. Скоропадським, втратили свою боєздатність. І як наслідок, навесні 1918 р. генерал був змушений піти у відставку, а незабаром розпався і його 1-й Український корпус⁴. Така ж доля спіткала і Вільне козацтво. А відбувалось це напередодні наступу на Київ більшовицьких загонів П. Муравйова.

Тому важко погодитись із звинуваченнями П. Скоропадського у бонапартизмі, бо така оцінка більше наголошує на його особі і зовсім ігнорує конкретні реалії, що склалися в Україні навесні 1918 р. По-перше, очевидна неможливість співпраці з урядом Центральної Ради, передусім у справі виконання умов Брестського договору, змушувала німців та австро-угорців шукати нагоди для усунення цього уряду. А по друге, заходи Центральної Ради щодо соціалізації землі викликали до неї опо-

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

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

³ *Соловей Д.* У справі оцінки акту державного перевороту 29 квітня 1918 р. – С. 236.

⁴ Див.: *Дорошенко Д.* Война и революция на Украине // Революция на Украине. – С. 88–91.

зицію з боку землевласницьких прошарків населення, передусім крупних, представником яких був і сам П. Скоропадський. Збіг цих обставин зумовлював інтерес німців та австро-угорців до державного перевороту в Україні і П. Скоропадського як людини, котра могла очолити його. Як наслідок, у квітні 1918 р. представники німецького командування і П. Скоропадський досягли угоди. І тут слід погодитися з думкою Д. Табачника, що «у квітні 1918 р. було лише два варіанти перебігу подій: пряме військове управління Німеччини, що вже юридично робило Україну окупованою територією, або встановлення міцної влади, здатної забезпечити порядок в країні»¹.

У середині квітня 1918 р. на одній з нарад німецького та австрійського командування в Україні було вирішено, зважаючи на неможливість співпраці з Центральною Радою, підтримати іншу владу, яка постала б внаслідок перевороту. За найкращу форму влади було визнано гетьманат². Нову владу передбачалось утворити без народного представництва. Хоча створений незабаром український уряд був прихильником відновлення народного представництва. У зверненні уряду Української держави до населення від 10 травня 1918 р. наголошувалося, що «Головна задача Правительства, котре має тимчасовий, переходовий характер, зміцнити на Україні державний лад і в умовах повного спокою та справжньої волі довести країну до хвилі скликання народного представництва...»³

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

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

¹ Табачник Д. Українська держава і біла гвардія: від протистояння до запізнілого компромісу // Політика і час. — 1996. — № 7. — С. 60.

² Див.: Полонська-Василенко Н. Історія України. — Т. 2. — С. 489.

³ Цит. за: Срмолаєв В. М. Вищі представницькі органи влади в Україні (історико-правове дослідження). — Х., 2005. — С. 217.

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

Стоячи у витоків гетьманату, німецьке та австро-угорське військове командування в Україні намагалось заздалегідь визначити контури і напрямки діяльності майбутньої держави. Так, начальник штабу німецьких військ генерал Гренер наприкінці квітня 1918 р. узгодив з Українською Народною Громадою умови, на яких німці погоджувалися на переворот. У остаточному вигляді документ містив такі положення:

Визнання Брестської угоди; Розпуск Центральної Ради; Відкладення скликання Установчих зборів; Узгоджені з німецьким командуванням кількості українських військових формувань; Відбудови правильного судового апарату і обмеження компетенції військово-польових судів лише розглядом акцій, спрямованих безпосередньо проти німецьких та австро-угорських військ; Упорядкування адміністративного апарату і розпуск всіх комітетів «революційного походження»; Підтвердження зобов'язань України щодо забезпечення продовольчих потреб німецьких і австро-угорських військ; Відновлення вільної торгівлі та іншої комерційної діяльності; Поновлення приватної власності, збереження до певної норми великих господарств з метою забезпечення експортної здатності хліборобів, парцеляція великих маєтностей, передача землі селянам за викуп у кредит ¹.

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

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

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

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

Залежність гетьмана від німецького та австро-угорського військового командування усвідомлювали і його опоненти — соціалісти. Ось що писав про гетьмана В. Винниченка: «Гетьман був підставною, нікчемною фігурою, манекеном і декорацією, за якою стояв німецький генерал та його воля, бажання, інтереси й розпорядження»¹. І в тому, що «німецькі генерали поставили руського генерала П. Скоропадського за гетьмана», В. Винниченко вбачав перехід «влади з рук національно-української дрібно-буржуазної демократії в руки неукраїнської великої буржуазії»².

Упродовж тривалого часу в історичній літературі існує думка, що проголошення Української гетьманської держави було по формі поверненням до історичних традицій у подальшій розбудові української державності³, але гетьманський переворот не мав характеру стихійного прориву соціальної енергії, спровокованого безпорадністю Центральної Ради. Це був типовий путч німецького командування, а гетьман послужив ширмою для недопустимої, з огляду на умови Брестського договору, німецької окупації України⁴.

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

Становище гетьмана як спадкоємця Центральної Ради у творенні української держави було складним та неоднозначним, бо він вільно чи невольно став противником Центральної Ради. Хоча вона й була розігнана не гетьманським урядом, а вищим німецьким командуванням, відсутність протесту з боку гетьмана П. Скоропадського з цього приводу означало мовчазну солідарність з німцями⁵. З погляду правонаступництва в розбудові української державності це було, безумовно, для гетьмана дискредитуючим фактом, що значною мірою спричинив опозицію до його режиму з боку українських соціалістичних партій, представники яких становили кістяк Центральної Ради.

Однак події 29 квітня 1918 р. не можна кваліфікувати як переворот у повному розумінні цього слова, оскільки вони не були наслідком сус-

¹ Винниченко В. Відродження нації. (Історія української революції: марець 1917 – грудень 1919). У 3 ч. – Ч. III. – К., 1991. – С. 26.

² Винниченко В. Відродження нації. – Ч. II. – С. 326.

³ Велика історія України. У 2 т. – К., 1994. – Т. 2. – С. 342; Історія України: нове бачення. У 2 т. / За ред. В. А. Смолія. – К., 1995. – Т. 2. – С. 57.

⁴ Велика історія України. – Т. 2. – С. 342.

⁵ Див.: Липинський В. Листи до братів-хліборобів // Дві концепції української політичної думки: Вячеслав Липинський – Дмитро Донцов. – Нью-Йорк, 1990. – С. 48.

пільного українського руху, а їх успіх зумовили сторонні чинники (німецька військова сила). У тому що гетьманат не виріс органічно з українського ґрунту, значною мірою полягала його нежиттєздатність¹.

Звісно, що така точка зору має право на існування, проте аналіз ситуації, що об'єктивно склалася в Україні, і шляхів її подальшого розвитку як держави наводить і на інші роздуми. По-перше, не П. Скоропадський і його оточення були винні в появі німців та австро-угорців в Україні: ще до приходу гетьмана до влади окупація стала доконаним фактом, з яким не можна було не рахуватися. По-друге, німці та австро-угорці погоджувалися на утворення українського уряду з поміркованих елементів. Вони бралися своїми силами забезпечити порядок, не допускаючи розвитку більшовизму, і захистити Україну від його проникнення іззовні. По-третє, у разі відмови від співробітництва Німеччина та Австро-Угорщина були готові оголосити Україну легально окупованою і вивезти із неї все, що тільки можна. Це добре розумів П. Скоропадський, який відзначав у своїх спогадах: «Німецько-австрійські армії заповнили всю країну, на півночі були більшовики. Я відчував по відношенню до німців вкрай складні почуття. З одного боку, вони нам були вкрай потрібні. А з другого — я не міг байдуже бачити їх хазяйнування в Києві»².

У кінцевому підсумку суворі історичні реалії давали підставу генералу П. Скоропадському згодитись на обрання його гетьманом України під протекторатом німців, а частині українського загалу підтримати гетьманський уряд, оскільки альтернативою приходу до влади представників власницьких кіл, як уже стало зрозумілим після трагічних подій січня-лютого 1918 р., міг бути лише більшовизм. Що стосується української соціалістичної інтелігенції, то вона виявилася нездатною налагодити справу розбудови державності і своїми соціалістичними гаслами і обіцянками, які не могла виконати, лише відчинила двері більшовицькій експансії. І це добре розумів П. Скоропадський. За його словами, «наша демократична і соціалістична інтелігенція <... > була перейнята лютою заздрістю до всіх імущих <... > вона не розуміла завдань держави і не тямила в організації влади, вносячи своїм невмілим керуванням дестабілізацію і анархію в народні маси»³.

Обрання П. Скоропадського на гетьмана України відбулося в певній організаційно-правовій формі, хоча і формальній за своїм змістом. 29 квітня 1918 р. у Києві зібрався Хліборобський конгрес, на який прибуло 6432

¹ Історія січових стрільців: Воєнно-історичний нарис. – К., 1992. – С. 89.

² *Скоропадський П.* Спогади. – С. 146.

³ *Скоропадський П.* Спогади. – С. 75.

уповноважених представники від восьми етнічно українських губерній. Це надавало форуму ознак представницького органу, а відтак робило владу гетьмана, хоча б зовні, легітимною. У промовах делегати конгресу рішуче висловлювали незадоволення політикою Центральної Ради, соціалістичними експериментами і вимагали поновлення приватної власності на землю та запровадження міцної влади у формі історичного гетьманату. Присутні одногослосно обрали гетьманом України генерала П. Скоропадського.

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

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

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

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

¹ Див.: Полонська-Василенко Н. Історія України. – Т. 2. – С. 490.

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

ПИТАННЯ ЦИВІЛЬНОГО І ГОСПОДАРСЬКОГО ПРАВА

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

Необхідність трансформації українських вузів для запровадження інноваційної моделі приватно-державного партнерства

В Україні, як у минулому — у СРСР, науково-дослідницьку діяльність в основному здійснювали науково-дослідні інститути (НДІ), часто — при великих промислових підприємствах, а також академічні інститути. Від 1990-х років і навіть раніше — з початком перебудови (середина 80-х років) в Україні ця інфраструктура внаслідок економічної кризи почала руйнуватися, численні промислові підприємства закривалися, що спричинило й закриття НДІ. Академічні інститути спіткала інша проблема — відтік кадрів у бізнес і за кордон та кризове старіння кадрів академічної науки.

У той час як країна зазнала «промислового занепаду» і зробила крен у бік торгівлі на найнепривабливішому її рівні, природно, що припиняли своє існування не тільки споживачі інноваційного продукту — великі промислові компанії, але й у цілому потреба в інноваціях наблизилася до нуля, оскільки на точці замерзання перебувало те, що генерувало цю потребу — промисловість.

Пожвавлення ж української економіки поступово приводить до потреби в її інноваційному переродженні. Разом з тим слід зазначити, що поки ступінь об'єктивної необхідності в цьому відстає від декларацій у якнайшвидшому інноваційному ривку. У протилежному випадку все було б з точністю до навпаки. Хоча також об'єктивно і те, що застарілі виробничі фонди не дозволяють конкурувати з компаніями аналогічного профілю на світовому ринку. Втім ступінь дозрівання потреби в інноваціях ще не достатній, тому що в країні не відбувається «замовлення» з боку промисловості на докорінну переорієнтацію інноваційного середовища.

У ситуації, коли колишня радянська інноваційна структура якщо не цілком зруйнована, то фактично є не діючою, проголошується про необ-

хідність відтворення інфраструктури, однак уже з іншими елементами, оскільки це відповідає сучасним реаліям. Важливо було б на цьому етапі осмислити подальші кроки просування країни в інноваційне середовище і визначитися принаймні з тим, хто є локомотивом інновацій: наука? вузи? великий бізнес? іноземні компанії? дрібний бізнес?

На жаль, «уседержавного» осмислення цих визначальних позицій не відбулося, що і спричинило постійні хитання і шарахання з боку вбк із наміром «намацати» те, що могло б відродити інноваційну структуру країни.

Почато спроби зробити упор на технопарки і на деякі інші компанії як основні генератори інноваційної діяльності. Головним чином це пов'язувалося з підтримкою інвестицій, у т. ч. іноземних, від чого залежав розвиток тієї або іншої діяльності, що у свою чергу неможливо без інновацій. Тому передбачалося, що інноваційного розвитку набувають вільні економічні зони (ВЕЗ).

Навряд чи можна стверджувати, що подібний підхід увінчався успіхом. Та й державна політика не відрізнялася стабільністю, тому що постійні дискусії про позитивне і негативне в діяльності цих елементів інфраструктури приводили до діаметрально протилежних підходів — від державної підтримки і надання нечуваних пільг до повного їхнього скасування разом із відповідним регулюванням. Це позначилося на правовому становищі технопарків, на недотриманні державних гарантій, даних іноземним інвесторам у 1990-ті роки і навіть відмовлення від них, що не додало привабливості Україні. У такому ж становищі опинилися і ВЕЗи, і території особливого режиму.

Останнім часом з'явився новий підхід — переорієнтуватися на університети й інші вузи, задіявши належним чином вузівську науку. Паралельно ведеться мова про створення мережі бізнес-центрів, бізнес-інкубаторів, венчурних компаній та інших невеликих компаній, орієнтованих на впровадження інтелектуальних продуктів. Оскільки ці процеси потребують вкладень, то говорять про необхідність створення інноваційних фондів, венчурного фінансування, у тому числі на основі приватно-державного партнерства.

Таким чином, є абсолютно очевидним, що інноваційна інфраструктура зазнала суттєвих змін. Можна навіть сказати, що на сьогодні починаються спроби її створення зовсім в іншому вимірі. Звичайно, це не просто і, звичайно, подібна ситуація свідчить про наявність об'єктивних гіперскладнощів у реформуванні такої інфраструктури. Хоча, безумовно, дедалі більше ускладнюються нестабільність влади в державі, що не

сприяє формуванню зваженого підходу, розрахованого на довгострокове втілення. Можна із сумом констатувати, що програми, покликані забезпечити інноваційні зрушення, фактично не реалізуються, інфраструктура не міняється, а проблеми, зв'язані з цим, накопичуються. Про ці проблеми в цілому йшла мова в попередніх статтях Вісника Академії правових наук України¹. Тут же розглянемо деякі з них, пов'язані з такими елементами інноваційної інфраструктури, як вузи і ті дії, які необхідно розпочати для того, щоб вони зайняли лідируюче місце в цій інфраструктурі.

Навряд чи можна піддавати сумніву тезу про те, що необхідно використовувати той потенціал, що закладений у вузах. Це і творчий порив молодих, що є найбільш зухвалим і не стримується численними обумовленостями, властивими вікові. Це й інший його бік — можливість направити такі творчі процеси професійними наставниками — професорсько-викладацькими кадрами. І, як наслідок, це найбільш оптимальне зв'язування між навчанням і втіленням отриманих знань в інтелектуальний продукт. Це і відпрацьовування відповідних навичок. Це і доступ до експериментальної бази і багато чого.

Якими ж є перешкоди на шляху залучення такого привабливого плацдарму для інноваційного розвитку? Вони досить суттєві і поки перешкоди настільки вагомі, що для їхнього подолання потрібен комплексний підхід реформування відносин у сфері освіти з відповідним закріпленням його в законодавстві. Можна відзначити такі основні перешкоди, як: а) відсутність у вузу необхідного ступеня свободи і маневрності в кооперуванні з іншими вузами, компаніями й організаціями для об'єднання зусиль у творчій і фінансовій сферах; б) відсутність гнучкості в кадровій політиці вузу й оплаті праці; в) незадовільне вирішення питання про права на створений у вузі інтелектуальний продукт.

У свою чергу зазначені вище перешкоди пов'язані з істотними недоліками правового регулювання правового статусу та діяльності вузів і наукової діяльності в цілому. Попри те, що на всіх конференціях, форумах, публічних слуханнях й інших заходах, покликаних виявити недоліки, які заважають інноваційному розвитку країни, і запропонувати шляхи ефективного їх подолання, указується на необхідність реформу-

¹ Спасибо-Фатеева І. Інноваційна інфраструктура, кластери та «хай-тек» уклади в сучасності та в українських реаліях // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2007. – № 2. – С. 99–107; вона ж. Методологічні підходи до формування національних інноваційних систем // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2007. – № 4. – С. 124–132.

вання вищої школи, демократизації її життя, надання більшої свободи на ниві ринкових зв'язків, — це не дістає належного втілення у вітчизняному законодавстві.

Почнемо з того, що вузам не знайшлося місця в Законі України «Про інноваційну діяльність»¹. І справа не тільки в тому, що в його ст. 5 перелічені загалом суб'єкти інноваційної діяльності, а у тому, що вони не піддані окремому регулюванню поряд із іншими суб'єктами, як це мало бути зроблене в цьому Законі, оскільки він покликаний визначити правові, економічні та організаційні засади державного регулювання інноваційної діяльності в Україні. Замість ретельно опрацьованих підходів до тих суб'єктів, які мають відігравати визначальну роль на теренах інноваційної діяльності, цей Закон обмежується надто лаконічним викладенням у ст. 16 поняття інноваційних підприємств та зазначенням їх видів — інноваційного центру, бізнес-інкубатора, технополісу, технопарку тощо.

Крім висловлених докорів, у такому підході можна вказати й на його небезпроблемність, особливо під час стійкого непорозуміння з організаційно-правовими формами юридичних осіб та видами суб'єктів господарювання².

Відсутнє й яке б то не було регулювання інноваційного вектору діяльності вузу в другому основоположному Законі — «Про пріоритетні напрями інноваційної діяльності в Україні»³, який має визначати правові, економічні й організаційні засади формування та реалізації пріоритетних напрямів інноваційної діяльності в Україні.

Не може нас влаштувати й Закон «Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій»⁴, у ст. 11 якого хоча й позначено як мета державного регулювання діяльності у сфері трансферу технологій «забезпечення розвитку національного промислового і науково-технічного потенціалу ... з урахуванням світового досвіду», однак практично такий досвід не враховується, адже абсолютно ніякої згадки про вуз як про одну з важливіших ланок трансферу технологій цей Закон не містить.

¹ Офіц. вісн. України. — 2002. — № 31. — Ст. 1447.

² Див.: *Спасибо-Фатеева І.* Некоторые проблемы регулирования юридических лиц в законодательстве Украины // Гражданское законодательство. — Вып. 29. — Алматы: Раритет, 2007. — С. 152–168; *вона ж.* Деякі розсуди про юридичні особи та їх організаційно-правові форми // Право України. — 2007. — № 2. — С. 88–102.

³ Офіц. вісн. України. — 2003. — № 7. — Ст. 271.

⁴ Офіц. вісн. України. — 2006. — № 40. — Ст. 2664.

Натомість в інших державах акцент робиться перш за все на університетську науку як генератор ідей, впроваджуваних в нові технології, та механізми їх реалізації¹. Вказаний Закон не поступається в лаконічності двум вищеназваним інноваційним законам, обмежуючись констатацією можливості суб'єктів трансферу технологій взаємодіяти шляхами, позначеними у ст. 4. Серед цих шляхів, крім консультацій та обміну досвідом, вказано на виробництво та кооперації поставок складових технологій в межах договорів про їх трансфер. Подібні вирази законів з усією очевидністю нічого не врегульовують.

І якщо у статтях 7 та 10 цього Закону йдеться хоча б про трансфер технологій підприємствам, установам, організаціям України та про можливості Національної та галузевих академій наук створювати структурні підрозділи з питань трансферу технологій, інноваційної діяльності та інтелектуальної власності, а також у межах повноважень підрозділи з питань трансферу технологій, інноваційної діяльності та інтелектуальної власності в установах науки, освіти, охорони здоров'я та інших державних установах, що належать до сфери їх управління, то жодної згадки про вузи при цьому немає.

Не краща ситуація й з регулюванням інноваційної діяльності вузів у спеціальному Законі — «Про вищу освіту»², в якому зазначається на це фрагментарно, можна навіть сказати — натяками. Так, можливо, вказівка на таку діяльність вузу «ховається» за виразом про мету і головні завдання його діяльності, викладені в ч. 2 ст. 22? Підсилюють таке враження і загальні можливості вузу виступати засновником (співзасновником) інших юридичних осіб та створювати навчальні та навчально-науково-виробничі комплекси (ст. 23).

Не набагато більше сказано в Законі й про можливості національного вузу, який може приймати рішення про створення, реорганізацію, ліквідацію підприємств, установ, організацій та своїх структурних підрозділів (ст. 26). Водночас у ст. 61 цього Закону хоча і наголошується на те, що і науково-технічна діяльність у вузі є невід'ємною складовою освітньої діяльності і здійснюється з метою інтеграції наукової, навчальної і виробничої діяльності в системі вищої освіти, однак, не містить ніяких правових механізмів, крім загального виразу про те, що така діяльність забезпечується через спрямування фундаментальних, прикладних дослід-

¹ Див.: Шуміло І. А. Проблеми правового регулювання процесів інтеграції вищої освіти до національної інноваційної системи України // Університетські наукові записки: Часопис Хмельн. ун-ту управління та права. – 2008. – № 2.

² Офіц. вісн. України. – 2002. – № 8. – Ст. 327.

джені і розробок на створення і впровадження нових конкурентноздатних техніки, технологій та матеріалів; розвиток різних форм наукової співпраці (у тому числі міжнародної) з установами і організаціями, що не входять до системи вищої освіти, для розв'язання складних наукових проблем, впровадження результатів наукових досліджень і розробок.

Навряд чи можна вважати достатньою фіксацію тих можливостей, які позначені у ст. 63: отримувати кошти і матеріальні цінності (будинки, споруди, обладнання, транспортні засоби тощо) від органів державної влади, підприємств, установ, організацій (у тому числі благодійних) та фізичних осіб; провадити фінансово-господарську діяльність в Україні та за її межами; створювати власні або використовувати за договором інші матеріально-технічні бази для проведення навчально-виробничої практики осіб, які навчаються у вищих навчальних закладах, а також для власної господарської діяльності. Усі ці аспекти потребують комплексного взаємоузгодженого регулювання в контексті інноваційної діяльності вузу.

Ще менший обсяг регулювання цих питань містить Закон України «Про наукову і науково-технічну діяльність»¹, у ст. 5 якого фіксується можливість вченого об'єднуватися з іншими вченими в постійні або тимчасові наукові колективи для проведення спільної наукової і науково-технічної діяльності; а у ст. 6 — можливість наукового працівника займатися підприємницькою діяльністю відповідно до законодавства України. Такі підходи законодавця свідчать про декларативність, а не дієвість подібного регулювання.

Схожою є ситуація з рівнем регулювання кадрової політики, необхідної для впровадження наукових досягнень вузу. Фактично про це зазначається лише у ч. 3 ст. 62 Закону «Про вищу освіту», де вказується про можливість залучати до виконання наукових і науково-технічних робіт у вищому навчальному закладі наукових, педагогічних і науково-педагогічних працівників, інших працівників вузу, осіб, які навчаються в ньому, а також фахівців інших організацій. Таке регулювання досить не однозначне і не відповідає потребам у гнучкій кооперації різних прошарків наукового світу різних установ, компаній та організацій, а також приватних підприємців з метою виконання конкретного наукового завдання та його впровадження хоча б в експериментальне виробництво.

Щодо приватно-державного партнерства у сфері фінансування наукових розробок та їх комерціалізації, то в законодавстві це питання взагалі обминається. В основному все зосереджується на бюджетному фінансуванні та його отриманні й контролі за розподілом бюджетних

¹ Відом. Верхов. Ради України. – 1992. – № 12. – Ст. 165.

коштів та їх використанням. Хіба що вказується на можливість для вузу державної та комунальної форм власності самостійно розпоряджатися доходами та іншими надходженнями, одержаними від надання дозволенних законодавством платних послуг (ч. 3 ст. 62). Звертає на себе увагу крайня обмеженість джерел надходжень вузу — тільки від надання послуг, та ще й далеко не всяких, а визначених у законодавстві. Не можна обминути увагою й те, що законодавець визнавав за можливе ще й уточнити, що ці кошти можуть спрямовуватися на придбання вузом майна та його використання на підставі договорів тощо. Та й то це стало можливим лише в редакції Закону від 28. 12. 2007 р. Така деталізація у порівнянні з умовчанням або зазначенням на загальні гіпотетичні, хоча більше вагомі для вузу можливості кооперування або залучення сторонніх осіб не може пройти непоміченою. Це свідчить не про що інше, як про невинувато жорстке державне «опікування» діяльністю вузу, що не дасть ніяких паростків в українській інноваційній сфері, а породить їх пересадження на «плантації» університетів інших країн, які мають адекватні можливості для зацікавлення інноваторів.

Аналогічна, якщо не гірша, ситуація з регулюванням права вузу на результат інтелектуальної діяльності, створеного в його осередках. Про це в українському законодавстві взагалі не йдеться. Водночас саме це питання стало визначальним для кардинальних змін та інноваційних зрушень у США, які мають високі інноваційні досягнення. У цій країні створено систему трансферу результатів науково-дослідницьких та дослідно-конструкторських робіт (далі — НДДКР), виконаних в університетах, і накопичено багаторічний досвід комерціалізації університетських наукових досліджень, виконаних за рахунок бюджетного фінансування. Вона була розпочата Законом Бай-Доула, 1980 р. (Bayh-Dole Act of 1980; Public Law 96-517), який надав університетам, некомерційним організаціям і малим компаніям право власності на винаходи, створені за фінансової підтримки уряду. Велику роль відповідно до закону Бай-Доула відіграють контракти. Одержувач фінансової допомоги бере на себе визначені зобов'язання надавати урядові неексклюзивні, безвідкличні, безоплатні ліцензії без права субліцензування для використання винаходу, для або від імені Сполучених Штатів на території всіх країн світу.

Другим законом, прийнятим США у 1980 р., був Закон про технологічні інновації Стивенса-Уайдлера, який вимагав від кожної федеральної лабораторії створення офіса (Office of Technology Licensing или Office of Technology Transfer) по виявленню комерційно цінних технологій та їх наступному трансферу приватному сектору. Справа у тому,

що в США більша частина НДДКР фінансується і здійснюється приватним сектором промисловості. Однак для фінансування і втілення технології потрібна її наявність. Робота з упорядкування наукового надбання тих розробок, які є в суспільстві і з яких можна відібрати те, в чому є потреба або зацікавленість, є однією з найважливіших і для України.

Щодо об'єднання зусиль різних освітніх, наукових та промислових структур для розробки інноваційного продукту, то в США існувала принципово інша проблема, ніж у нас, а саме — прискіпливий антитрестівський (антимонопольний) нагляд. Закон про національні кооперативні дослідження 1984 р. (National Cooperative Research Act of 1984; Public Law 98-462) значно послабив «антитрестівські бар'єри» для проведення спільних (кооперованих) федеральних і промислових досліджень, що привело до створення декількох сотен консорціумів, які займалися НДДКР.

У нас такої проблеми, яка підлягала б законодавчому вирішенню, немає. Втім стосовно кооперації вузів існує інша — практична неможливість кооперації в силу їх патріархальної замкненості, обумовленої неможливістю фінансового, навчального і наукового маневрування студентами, викладачами, фахівцями, інвестиціями, грантами. Тому українське законодавство про вузи потребує кардинального перегляду і насамперед для запровадження в ньому моделі державно-приватного партнерства з усіх напрямів співробітництва. При цьому законодавство з регулювання вузів слід узгодити із законодавством про трансфер технологій, адже останнє взагалі не має належного рівня і не спрямоване на інноваційні моделі співробітництва різних соціальних сфер.

Навпаки, у США Закон про трансфер федеральних технологій, 1986 р. (Federal Technology Transfer Act of 1986; Public Law 99-502) був спрямований на вдосконалення співробітництва приватного і державного секторів. Згідно з цим Законом університетам, федеральним лабораторіям, приватним компаніям, консорціумам та урядам штатів було надано право кооперування шляхом укладення угод на проведення спільних НДДКР.

Закон про торгівлю і конкуренцію, 1988 р. (Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988; Public Law 100-418) закріпив створення центрів трансферу промислових технологій і промислових послуг за умови тісного співробітництва державного і приватного секторів економіки для забезпечення повного використання результатів НДДКР. А Закон про національну конкурентноздатність при передачі технологій, 1989 р. (National Competitiveness Technology Transfer Act of 1989; Public Law 101-189) надав право федеральним лабораторіям, що уклали контракти з федеральним агентством, укладати інші угоди з університетами і приватни-

ми компаніями, так само, як це обговорено в Законі про трансферу федеральних технологій 1986 р. Ряд законів, прийнятих у 1991 р. і 1992 р., розвивали ідею співробітництва державного і приватного секторів стосовно діяльності окремих Федеральних агентств.

Важливе значення для інноваційного розвитку Японії мало прийняття законодавства про підтримку малого та середнього бізнесу, яке складається з цілого комплексу законів, прийнятих не одночасно, а поступово. Основна їх маса спрямована на державне управління та засоби підтримки малих інноваційних компаній, сприяння їх модернізації, екстрені заходи щодо сприяння розробці техніки малими інноваційними компаніями та відкриття ними нового виду діяльності тощо.

В Україні опікування державою проблематикою малого бізнесу застигло на позиції обговорення спрощення їх створення, звітності, пільг в оподаткуванні, порядку проведення перевірок та максимум ще — мікрокредитування. Про інноваційні малі структури держава навіть мови не веде. Це тим більш дивно, адже, як доводить життя, з них розпочинався весь супердохідний світовий бізнес. Саме ці компанії здатні підняти значний економічний пласт і зняти чимало проблем.

Якщо поєднати ті два напрямки, про які йшлося вище — інноваційну діяльність вузу в руслі приватно-державного партнерства і малий інноваційний бізнес, то ми матимемо ті необхідні важелі, з яких слід починати в реформуванні української інноваційної інфраструктури. Ці реформи мають вирішити проблеми результативності діяльності вузу, складність патентування та вкрай незначний процент ліцензування. Все це є елементами головної проблеми — непродуманості механізмів комерціалізації інтелектуальної власності. Адже звичайна логіка підказує, що реформи необхідно починати там, де продукується інтелектуальна власність. Передусім, це вузи. Тому законодавство покликано вирішити проблему недостатності коштів у творців та інноваторів шляхом пропонування механізмів співробітництва вузів із комерційними структурами та встановлення відповідного балансу прав на результати інтелектуальної діяльності вузу, отриманих за державні кошти. Це дозволить максимально ефективно використати науковий потенціал вузів, сформувавши колективи інтелектуалів для наступних стадій співробітництва на інноваційних ланах, тобто створити плацдарм для післявузівського етапу життя і для практичних навичок студентів, їх самореалізації, розвитку малого бізнесу у вигляді бізнес-інкубаторів, венчурних компаній, start-up компаній тощо. Не говорячи вже про можливість студентів отримувати власний заробіток не на стороні, а у своєму вузі шляхом втілення в дійсність того, чому їх навчили.

Господарські об'єднання в Україні: проблеми вдосконалення правового становища

Помітне місце серед учасників відносин у сфері господарювання в Україні посідають господарські об'єднання. Правові засади їх створення в нашій країні були встановлені Законом України «Про підприємства в Україні», ст. 3 якого надавала підприємствам право об'єднуватись у групи підприємств за галузевим, територіальним чи іншим принципом, якщо це не суперечить антимонопольному законодавству України.

До прийняття Господарського кодексу України (далі — ГК) норми, що визначали правове становище об'єднань підприємств, кооперативів, банків та інших фінансових установ, містилися також у низці законів України та Декретів Кабінету Міністрів України, проте ці норми були розрізнені, не пов'язані між собою, подекуди суперечні, а тому єдина, спільна для всіх видів господарських об'єднань нормативно-правова база, по-суті, знаходилася лише в зародковому стані.

Стан правового регулювання організації та діяльності господарських об'єднань значно поліпшився із введенням у дію ГК, у якому норми щодо господарських об'єднань набули нового змістовного наповнення. Це знайшло вияв, зокрема, у розмежуванні і відповідному легальному закріпленні видів об'єднань підприємств («господарські об'єднання» та «державні (комунальні) господарські об'єднання») та їх організаційно-правових форм, більш повному визначенні правового статусу учасника об'єднання підприємств, видів та повноважень органів управління зазначених об'єднань, врегулюванні майнових відносин в об'єднанні підприємств тощо.

Крім ГК, норми загального характеру, що стосуються створення і діяльності господарських об'єднань, містяться також у Законах України від 21 вересня 2006 р. «Про управління об'єктами державної власності»¹ та від 21 грудня 2006 р. «Про Кабінет Міністрів України»².

Норми, що визначають правовий статус об'єднань окремих суб'єктів господарювання, вміщені, зокрема, у законах України від 17 грудня 2000 р.

¹ Відомості Верховної Ради України. — 2006. — № 46. — Ст. 456.

² Там само. — 2007. — № 11. — Ст. 94.

«Про банки і банківську діяльність»¹, від 10 липня 2003 р. «Про кооперацію»², від 17 липня 1997 р. «Про сільськогосподарську кооперацію»³, від 23 лютого 2006 р. «Про цінні папери та фондовий ринок»⁴ тощо; у декретах Кабінету Міністрів України від 21 січня 2003 р. «Про об'єднання підприємств вугільної промисловості»⁵ та «Про об'єднання державних підприємств зв'язку»⁶, від 17 березня 1993 р. «Про об'єднання державних підприємств транспорту і дорожнього господарства»⁷ тощо. Велике значення для регулювання діяльності державних господарських об'єднань мають постанови Кабінету Міністрів України, якими утворені окремі державні господарські об'єднання та затверджені їх статuti⁸.

Досить важливим є визначення місця господарських об'єднань серед учасників відносин у сфері господарювання, зокрема, з'ясування їх ролі у здійсненні управління і контролю за господарською діяльністю інших суб'єктів господарювання. Потребує відповіді і запитання, чи здійснюють державні і комунальні об'єднання функцію державного регулювання економіки, чи належать вони до органів керівництва економікою? Очевидно, що деякі з господарських об'єднань (наприклад, холдингові групи) здійснюють таке управління і контроль, проте, чи мають вони характер форм державного регулювання економіки? На нашу думку, відповідь має бути заперечною, оскільки чинне законодавство не дає підстав для іншого висновку.

Господарські об'єднання належать до суб'єктів господарювання. Таке твердження ґрунтується на аналізі мети створення зазначених об'єднань та їх господарської компетенції (господарської правосуб'єктності) і підтверджується тим, що основоположні норми, які визначають правове становище об'єднань підприємств (і господарських об'єднань загалом) та їх учасників, вміщені до розділу II ГК «Суб'єкти

¹ Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 5–6. – Ст. 30.

² Там само. – 2004. – № 5. – Ст. 35.

³ Там само. – 1997. – № 39. – Ст. 261.

⁴ Там само. – 2006. – № 31. – Ст. 268.

⁵ Там само. – 1993. – № 13. – Ст. 116.

⁶ Там само. – 1993. – № 13. – Ст. 115.

⁷ Там само. – 1993. – № 19. – Ст. 204.

⁸ Див., напр., Про утворення Державного концерну «Укрторф»: Постанова КМ України від 3 трав. 2007 р. № 689 // Офіційний вісник України. – 2007. – № 33. – Ст. 1335, Про утворення Державного концерну «Синтез-газ України»: Постанова КМ України від 5 груд. 2007 р. № 1399 // Офіційний вісник України. – 2007. – № 96. – Ст. 3496.

господарювання», а більш конкретно — до глави 12, яка має назву «Об'єднання підприємств». Відповідно до цієї назви норми статей, що входять до глави 12 ГК, регулюють переважно відносини щодо утворення і діяльності *об'єднань підприємств*. Виняток становлять дві статті ГК: ст. 125 «Промислово-фінансові групи» і ст. 126 «Асоційовані підприємства. Холдингові компанії», дія яких поширюється на об'єднання, учасниками яких є (або можуть бути) не лише підприємства, але й інші суб'єкти господарювання-господарські організації.

На нашу думку, є невиправданим те, що ГК, приділяючи головну увагу правовому регулюванню організації і діяльності об'єднань підприємств, лише окреслює правове становище інших господарських об'єднань. І хоча у ч. 6 ст. 119 ГК встановлено, що положення цієї глави (глави 12 ГК. — *В. Ц.*) застосовуються також до об'єднань інших суб'єктів господарювання-юридичних осіб або об'єднань підприємств за участі таких осіб, якщо інше не передбачено ГК та іншими законами, проте наявність наведеного застереження не вирішує повною мірою проблеми регулювання правового становища господарських об'єднань в інших сферах господарювання.

З урахуванням цього логічно було б надати нормам глави 12 ГК характеру загальних норм щодо регулювання правового становища господарських об'єднань-суб'єктів господарювання, виходячи з яких у ГК та інших актах господарського законодавства визначалися б особливості правового становища об'єднань окремих видів суб'єктів господарювання (підприємств, кооперативів, фінансових установ тощо).

Аналіз актів чинного законодавства, що визначають правове становище суб'єктів господарювання у різних сферах, свідчить про те, що крім, власне, об'єднань підприємств і промислово-фінансових груп, про які йдеться в главі 12 ГК, можуть утворюватися також інші види об'єднань цих осіб (які і є господарськими об'єднаннями в широкому розумінні). Зазначені господарські об'єднання можуть бути класифіковані таким чином:

І. Залежно від *характеру діяльності учасників* господарського об'єднання можна виділити:

а) об'єднання товаровиробників:

- об'єднання підприємств;
- об'єднання кооперативів;
- об'єднання сільськогосподарських кооперативів;
- об'єднання фермерських господарств;

б) об'єднання учасників інфраструктури ринку:

- банківські об'єднання;
- об'єднання інших фінансових установ (саморегулювні організації учасників ринку цінних паперів, кредитних спілок, страхових організацій, адміністраторів недержавних пенсійних фондів тощо);

в) холдинги (холдингові групи);

г) промислово-фінансові групи.

II. Залежно від мети утворення господарські об'єднання можна поділити на:

а) підприємницькі:

- холдинги;
- промислово-фінансові групи;

б) не підприємницькі:

- об'єднання товаровиробників;
- об'єднання учасників інфраструктури ринку (крім банківських холдингових груп).

Порівняльний аналіз положень ГК та актів чинного господарського законодавства свідчить про наявність колізій: а) між нормами самого ГК; б) між нормами ГК і актів чинного законодавства; в) між нормами актів чинного законодавства. Розглянемо їх докладніше.

Так, певні суперечності існують між положеннями ч. 5 ст. 119 ГК, згідно з якою державне (комунальне) об'єднання діє на основі рішення про його утворення та статуту, і ч. 6 ст. 120 ГК, згідно з якою державні і комунальні об'єднання утворюються переважно у формі корпорації (саме ця форма є переважною стосовно державних корпорацій у будівельній галузі) або концерну, оскільки корпорацією визнається *договірне* об'єднання.

Внутрішні суперечності закладені і в ч. 2 ст. 120 ГК, норми якої визначають загальні засади правового статусу асоціації. З одного боку, як встановлено цією частиною, асоціація має на меті постійну координацію господарської діяльності її учасників, яку вона здійснює шляхом централізації однієї або кількох виробничих та управлінських функцій (централізація функцій, на наш погляд, не повинна бути притаманна асоціації, оскільки при цьому нівелюється різниця між асоціацією і корпорацією), а з другого — не має права втручатися у господарську діяльність підприємств-учасників асоціації.

На наш погляд, визначення асоціації як об'єднання, створеного з метою постійної координації господарської діяльності підприємств, що об'єдналися, *шляхом централізації однієї або кількох виробничих та управлінських функцій*, є не зовсім вдалим, оскільки в такому вигляді

асоціація мало чим відрізняється від корпорації. Якщо асоціація не має права втручатися у господарську діяльність підприємств-учасників асоціації, то навряд чи доцільно централізувати виробничі та управлінські функції. Цілком очевидно, що наявність у апарату управління асоціації централізованих управлінських і виробничих функцій і невтручання його у господарську діяльність учасників асоціації — явища, що не лише не узгоджуються між собою, але і взаємно виключають одно одне.

З урахуванням цього із ч. 2 ст. 120 ГК доцільно виключити слова «централізації однієї або кількох виробничих та управлінських функцій».

Частиною 3 ст. 121 ГК підприємствам, які входять до складу державного або комунального господарського об'єднання, заборонено приймати рішення про припинення своєї діяльності. Встановлення цієї заборони, на наш погляд, є недоречним, оскільки учасниками державного або комунального господарського об'єднання є державні або комунальні підприємства, рішення про ліквідацію яких приймається або власником (уповноваженим органом), або судом.

У частині 2 ст. 122 ГК йдеться про можливість виключення учасника зі складу об'єднання, проте не зазначається, з якого саме. Оскільки право виключати учасника зі складу об'єднання надане вищому органу господарського об'єднання, то воно, на нашу думку, не поширюється на державні і комунальні об'єднання, в яких подібний орган управління не утворюється. Водночас, оскільки участь у господарському об'єднанні виникає внаслідок укладення засновницького договору, постає питання щодо механізму фіксації виключення учасника зі складу об'єднання і, очевидно, внесення відповідних змін до зазначеного договору. У законодавстві цей механізм не прописаний, тому учасники об'єднання мають визначати його в засновницькому договорі або в іншому внутрішньому документі об'єднання.

Ще одна проблема пов'язана з управлінням об'єднанням. Особливість управління державним (комунальним) господарським об'єднанням полягає в тому, що воно здійснюється органами, прямо визначеними законом — правлінням об'єднання і генеральним директором об'єднання. Згідно з ч. 4 ст. 122 ГК генеральний директор призначається на посаду та звільняється з посади органом, що прийняв рішення про утворення об'єднання. Аналогічну норму містить і п. 4 ч. 1 ст. 6 Закону України «Про управління об'єктами державної власності». Втім, згідно з ч. 1 ст. 26 Закону України «Про Кабінет Міністрів України» саме Кабінет Міністрів призначає на посаду та звільняє з посади не лише керівників,

але і заступників керівників державних господарських об'єднань, а також застосовує до них заходи дисциплінарної відповідальності. Наведена суперечність між ГК та Законом України «Про управління об'єктами державної власності», з одного боку, і Законом України «Про Кабінет Міністрів України», — з другого, потребує вирішення шляхом внесення відповідних змін до Закону України «Про Кабінет Міністрів України».

У низці статей ГК для позначення установчого документа господарського об'єднання вжито термін «установчий договір», тоді як у ч. 2 ст. 121 ГК — термін «засновницький договір», що стало підставою для висновку про те, що ці терміни слід розглядати як синонімічні¹. Оскільки установчим документом інших суб'єктів господарювання згідно з ГК є засновницький договір (так само термін «засновницький договір» вживається у ЦК України — статті 87, 88), доцільно було б з метою уніфікації термінології ГК замінити термін «установчий договір» терміном «засновницький договір».

Існує неузгодженість норм, що встановлюють порядок затвердження статуту державного господарського об'єднання (ДГО). Згідно з ч. 5 ст. 119 ГК статут ДГО затверджує орган, який прийняв рішення про його створення, проте згідно з п. 5 ч. 2 ст. 5 Закону України «Про управління об'єктами державної власності» рішення про створення ДГО приймає Кабінет Міністрів України, а статут затверджує уповноважений орган управління (міністерство або інший орган виконавчої влади). На практиці статут ДГО затверджує Кабінет Міністрів України², виходячи з того, що право затверджувати положення та статуту державних господарських об'єднань, підприємств, установ та організацій надане йому ч. 1 ст. 26 Закону України «Про Кабінет Міністрів України». Очевидно, що наведена суперечність між зазначеними законами має вирішуватися на користь Закону України «Про Кабінет Міністрів України», як акта, що прийнятий пізніше, а до Закону України «Про управління об'єктами державної власності» доцільно внести відповідні зміни з метою чіткого розмежування повноважень Кабінету Міністрів і уповноважених органів. При цьому не слід залишати поза увагою положення ст. 22 Закону Укра-

¹ 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. 200.

² Див., напр., постанови Кабінету Міністрів України від 14 березня 2007 р. № 428 «Про утворення державного авіабудівного концерну "Авіація України"»; від 3 травня 2007 р. № 689 «Про утворення Державного концерну "Укрторф"»; від 5 грудня 2007 р. № 1399 «Про утворення Державного концерну "Синтез-газ України"».

їни «Про Кабінет Міністрів України», згідно з яким Кабінет Міністрів України може делегувати свої повноваження уповноваженим органам.

На наш погляд, потребує глибшого дослідження і розв'язання проблема погодження рішення про утворення господарського об'єднання (установчого договору) та статуту об'єднання з Антимонопольним комітетом (ч. 4 ст. 121 ГК), оскільки утворення об'єднання не у всіх випадках можна кваліфікувати як концентрацію суб'єктів господарювання.

Як встановлено ч. 4 ст. 121 ГК, рішення про утворення об'єднання підприємств (установчий договір) та статут об'єднання погоджуються з Антимонопольним комітетом України в порядку, установленому законодавством.

Частина 4 ст. 20 Закону України від 26 листопада 1993 р. «Про Антимонопольний комітет України»¹ зобов'язує *органи влади, органи місцевого самоврядування, органи адміністративно-господарського управління та контролю* (курсив наш. — В. Щ.) погоджувати з Антимонопольним комітетом України, його територіальними відділеннями проекти нормативно-правових актів та інших рішень, які можуть вплинути на конкуренцію, зокрема щодо створення суб'єктів господарювання, а також одержувати дозвіл Антимонопольного комітету України на концентрацію у випадках, передбачених законом.

Згідно зі ст. 22 Закону України від 11 січня 2001 р. «Про захист економічної конкуренції»² органи Антимонопольного комітету України з метою запобігання монополізації товарних ринків, зловживання монопольним (домінуючим) становищем, обмеження конкуренції здійснюють державний контроль за концентрацією суб'єктів господарювання. Така концентрація може бути здійснена лише за умови попереднього отримання дозволу Антимонопольного комітету України чи адміністративної колегії Антимонопольного комітету України (ч. 1 ст. 24 Закону) шляхом прийняття відповідного рішення за результатом розгляду справ про концентрацію.

Таким чином, у наведених нормах актів конкурентного законодавства йдеться про дві різні за змістом дії: 1) погодження з Антимонопольним комітетом України, його територіальними відділеннями *проектів* (курсив наш. — В. Щ.) рішень, які можуть вплинути на конкуренцію, зокрема щодо створення суб'єктів господарювання; 2) одержання дозволу на концентрацію.

Втім, ні Закон України «Про захист економічної конкуренції», ні затверджене розпорядженням Антимонопольного комітету України від

¹ Відомості Верховної Ради України. — 1993. — № 50. — Ст. 472.

² Там само. — 2001. — № 12. — Ст. 64.

19 лютого 2002 р. № 33-р «Положення про порядок подання заяв до Антимонопольного комітету України про попереднє отримання дозволу на концентрацію суб'єктів господарювання (Положення про концентрацію)»¹ не передбачають погодження установчого (засновницького) договору про утворення об'єднання підприємств та статуту Антимонопольним комітетом².

Що стосується одержання дозволу на концентрацію, то, як впливає із змісту ст. 22 Закону України «Про захист економічної конкуренції», концентрацією визнається:

1) злиття суб'єктів господарювання або приєднання одного суб'єкта господарювання до іншого;

2) набуття безпосередньо або через інших осіб контролю одним або кількома суб'єктами господарювання над одним або кількома суб'єктами господарювання чи частинами суб'єктів господарювання, зокрема, шляхом:

а) безпосереднього або опосередкованого придбання, набуття у власність іншим способом активів у вигляді цілісного майнового комплексу або структурного підрозділу суб'єкта господарювання, одержання в управління, оренду, лізинг, концесію чи набуття в інший спосіб права користування активами у вигляді цілісного майнового комплексу або структурного підрозділу суб'єкта господарювання, у тому числі придбання активів суб'єкта господарювання, що ліквідується;

б) призначення або обрання на посаду керівника, заступника керівника спостережної ради, правління, іншого наглядового чи виконавчого органу суб'єкта господарювання особи, яка вже обіймає одну чи кілька з перелічених посад в інших суб'єктах господарювання, або створення ситуації, за якої понад половина посад членів спостережної ради, правління, інших наглядових чи виконавчих органів двох чи більше суб'єктів господарювання обіймають одні й ті самі особи;

3) створення суб'єкта господарювання двома і більше суб'єктами господарювання, який протягом тривалого періоду буде самостійно

¹ Офіційний вісник України. – 2002. – № 13. – Ст. 679.

² У зв'язку з цим уявляється безпідставним ототожнення погодження рішення про створення об'єднання підприємств з отриманням згоди на концентрацію (Див.: Науково-практичний коментар Господарського кодексу України. – С. 204), а також посилання на Положення про концентрацію, як на нормативно-правовий акт, що встановлює порядок погодження рішення (установчого договору) та статуту об'єднання (Див.: Господарський кодекс України: Наук. -практ. комент. / О. І. Харитонова, Є. О. Харитонов, В. М. Коссака та ін.; За ред. О. І. Харитонової. – Х., 2006. – С. 244).

здійснювати господарську діяльність, але при цьому таке створення не призводить до координації конкурентної поведінки між суб'єктами господарювання, що створили цей суб'єкт господарювання, або між ними та новоствореним суб'єктом господарювання;

4) безпосереднє або опосередковане придбання, набуття у власність іншим способом чи одержання в управління часток (акцій, паїв), що забезпечує досягнення чи перевищення 25 або 50 відсотків голосів у вищому органі управління відповідного суб'єкта господарювання.

Таким чином, створення господарських об'єднань далеко не завжди має чи може мати своїм наслідком концентрацію суб'єктів господарювання. Разом з тим така концентрація має місце, як правило, у разі створення промислово-фінансових груп та холдингових компаній. Саме тому відповідні закони¹ передбачають необхідність отримання попереднього дозволу на концентрацію і погодження проектів установчих документів².

Окремо слід зупинитися на аналізі правового становища такого особливого виду господарських об'єднань, яким є *холдинг*³ (холдингова група), до складу якого входить холдингова (материнська) компанія і корпоративні (дочірні) підприємства. Як зазначає І. В. Лукач, холдингова компанія у сукупності з дочірніми підприємствами утворює холдингову групу⁴.

У законодавстві України термін «холдингова група» вживається лише стосовно банківських і фінансових холдингових груп, хоча фактично холдинги створюються і в інших галузях і сферах господарювання — машинобудуванні, будівництві тощо.

Слід зазначити, що законодавством про бухгалтерський облік та фінансову звітність встановлено, що підприємства, що мають дочірні підприємства, крім фінансових звітів про власні господарські операції, зобов'язані складати та подавати *консолідовану фінансову звітність*, тобто фінансову звітність, яка відображає фінансове становище, резуль-

¹ Про промислово-фінансові групи: Закон України від 21 листопада 2005 р.; ч. 2 ст. 3 Закону України від 15 травня 2006 р. «Про холдингові компанії в Україні» // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 34. – Ст. 291.

² Недостатньо чітко ця вимога виписана в Законі України «Про промислово-фінансові групи», у ч. 2 ст. 3 якого йдеться про «висновок Антимонопольного комітету України щодо доцільності створення ПФГ».

³ Holding – англ. володіння, утримання.

⁴ Див.: Лукач І. В. Правове становище холдингових компаній за законодавством України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2007. – С. 8.

тати діяльності та рух грошових коштів юридичної особи та її дочірніх підприємств як *єдиної економічної одиниці*¹.

У більшості актів господарського законодавства йдеться про холдингові компанії. Окремі норми, що визначають правове становище холдингових компаній, вміщені у ст. 126 ГК, а загальні засади функціонування холдингових компаній в Україні, а також особливості їх утворення, діяльності та ліквідації регулюються Законом України «Про холдингові компанії в Україні» та іншими нормативно-правовими актами.

Холдингова компанія є головною організацією виробничо-господарського комплексу, яким є холдинг². Саме через правове становище холдингової компанії спробуємо дослідити правовий статус холдингу.

Закон України «Про холдингові компанії в Україні» визначає холдингову компанію як відкрите акціонерне товариство, яке володіє, користується та розпоряджається холдинговими корпоративними пакетами акцій (часток, паїв) двох або більше корпоративних підприємств. При цьому *корпоративним підприємством* визнається господарське товариство, холдинговим корпоративним пакетом акцій (часток, паїв) якого володіє, користується та розпоряджається холдингова компанія, а *холдинговим корпоративним пакетом акцій* (часток, паїв) — пакет акцій (часток, паїв) корпоративного підприємства, який перевищує 50 відсотків чи становить величину, яка забезпечує право вирішального впливу на господарську діяльність корпоративного підприємства.

Холдингові компанії можуть утворюватися:

а) органами, уповноваженими управляти державним майном, державними органами приватизації самостійно або разом з іншими засновниками шляхом об'єднання у статутному фонді холдингових корпоративних пакетів акцій (часток, паїв);

б) іншими суб'єктами на договірних засадах.

У випадках, передбачених законодавством, холдингові компанії утворюються за умови попереднього отримання дозволу відповідного органу Антимонопольного комітету України або Кабінету Міністрів України на концентрацію, узгоджені дії суб'єктів господарювання. Проекти установчих документів холдингових компаній, які утворюються за умови отримання зазначеного дозволу, підлягають погодженню з відповідним органом Антимонопольного комітету України.

¹ Статті 1, 12 Закону України "Про бухгалтерський облік та фінансову звітність в Україні".

² Предпринимательское (хозяйственное) право: Учебник / Под ред. В. В. Лаптева, С. С. Занковского. – С. 159.

Рішення про утворення холдингової компанії приймається власниками холдингових корпоративних пакетів акцій (часток, паїв) та оформлюється відповідним договором.

Статутний фонд холдингової компанії формується за рахунок вкладів засновників у формі холдингових корпоративних пакетів акцій (часток, паїв), а також додаткових вкладів у формі майна, коштів та нематеріальних активів, необхідних для забезпечення діяльності холдингової компанії. Частка у формі майна, коштів та нематеріальних активів, необхідних для забезпечення діяльності холдингової компанії, не повинна перевищувати 20 відсотків статутного фонду холдингової компанії.

Таким чином, утворення холдингової компанії є одночасно і утворенням холдингу (холдингової групи), до складу якого і входять ті корпоративні підприємства, за рахунок корпоративних пакетів акцій яких формується статутний фонд холдингової компанії.

Державна реєстрація холдингових компаній проводиться державним реєстратором у порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України відповідно до Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців» та інших нормативно-правових актів. Спеціально уповноважений орган з питань державної реєстрації забезпечує ведення Державного реєстру холдингових компаній України.

Слід зазначити, що холдингова група (холдинг) згідно із законодавством України державній реєстрації не підлягає і відповідно статусу юридичної особи не набуває. Проте ця обставина, на наш погляд, не перешкоджає запровадженню спеціального Реєстру холдингових груп (на зразок Реєстру промислово-фінансових груп), ведення якого можна було б покласти на Антимонопольний комітет України.

Певні особливості має утворення державних холдингових компаній, які утворюються органами, уповноваженими управляти державним майном, та/або державними органами приватизації.

Єдиним акціонером державної холдингової компанії від моменту її утворення до завершення процедури приватизації або припинення є держава.

Засновниками державних холдингових компаній у процесі корпоративізації державних підприємств є органи, уповноважені управляти державним майном. Засновниками державних холдингових компаній у процесі приватизації державних підприємств є органи, уповноважені управляти державним майном, та/або державні органи приватизації відповідно до законодавства.

Статутний фонд державної холдингової компанії формується за рахунок належних державі акцій (часток, паїв) відповідних господарських товариств у встановленому законодавством порядку.

Порядок утворення державних холдингових компаній у процесі корпоратизації та приватизації затверджений наказом Міністерства економіки України і Фонду державного майна України від 11 серпня 2008 р. № 275/1252¹.

Ліквідація холдингової компанії здійснюється згідно із законодавством, а також у разі:

ліквідації всіх корпоративних підприємств холдингової компанії та залишення у статутному фонді холдингової компанії холдингового корпоративного пакета акцій (часток, паїв) тільки одного корпоративного підприємства;

скасування відповідним органом Антимонопольного комітету України або Кабінетом Міністрів України дозволу на концентрацію, узгоджені дії суб'єктів господарювання;

прийняття загальними зборами акціонерів холдингової компанії рішення про її ліквідацію.

Із ліквідацією холдингової компанії припиняє своє існування і холдингова група.

Дослідження характеру взаємовідносин між холдинговою компанією і корпоративними підприємствами дає підстави для висновку про те, що, по-суті, ми маємо справу з асоційованими підприємствами.

Згідно з ч. 1 ст. 126 ГК асоційовані підприємства (господарські організації) — це *група* (курсив наш. — *В. Ц.*) суб'єктів господарювання-юридичних осіб, пов'язаних між собою відносинами економічної та/або організаційної залежності у формі участі у статутному фонді та/або управлінні.

Отже, саме відносини залежності є тим критерієм, що дозволяє виокремити холдингові групи з-поміж інших видів господарських об'єднань. Виходячи з цього, не зовсім точним уявляється твердження І. В. Лукач, на думку якого критерієм відмежування холдингових компаній від інших суб'єктів господарювання (фактично, йдеться про контроль у холдинговій групі) є контроль². Контроль — це одна із форм впливу холдингової компанії на господарську діяльність корпоративних підприємств. Правовою підставою наявності у холдингової компанії контрольної функції і є існування економічної та/або організаційної залежності між нею та іншими учасниками холдингу.

¹ Офіційний вісник України. — 2006. — № 36. — Ст. 2516.

² Див.: Лукач І. В. Указ. праця. — С. 9–10.

Але чи будь-яка економічна та/або організаційна залежність між асоційованими підприємствами є підставою кваліфікувати групу цих підприємств як холдинг?

Як встановлено ч. 1 ст. 126 ГК, залежність між асоційованими підприємствами може бути простою і вирішальною¹.

Проста залежність між асоційованими підприємствами виникає у разі якщо одне з них має можливість блокувати прийняття рішень іншим (залежним) підприємством, які повинні прийматися відповідно до закону та/або установчих документів цього підприємства кваліфікованою більшістю голосів.

Таким чином, для виникнення простої залежності, наприклад, в акціонерному товаристві, достатньо, щоб один із акціонерів володів пакетом акцій у розмірі 25%+1 акція.

Вирішальна залежність між асоційованими підприємствами виникає у разі якщо між підприємствами встановлюються відносини контролю-підпорядкування за рахунок переважної участі контролюючого підприємства у статутному фонді та/або загальних зборах чи інших органах управління іншого (дочірнього) підприємства, зокрема володіння контрольним пакетом акцій. Нагадаємо, що в Законі України «Про холдингові компанії в Україні» йдеться якраз про пакет акцій корпоративного підприємства, який перевищує 50 відсотків² чи становить величину, яка забезпечує право вирішального впливу на господарську діяльність корпоративного підприємства (холдинговий корпоративний пакет акцій).

Таким чином, асоційовані підприємства складатимуть холдингову групу, в якій одне з них буде холдинговою компанією, а інші (як мінімум — два) — корпоративними (залежними) підприємствами, якщо холдингова компанія володіє пакетами акцій, кожен з яких перевищує 50 відсотків чи становить величину, яка забезпечує право вирішального впливу на господарську діяльність корпоративних підприємств. У всіх інших випадках (простої залежності, переважної участі контролюючого підприємства в загальних зборах чи інших органах управління іншого (дочірнього) підприємства) холдингова група не виникає. Так само вона

¹ Як встановлено ч. 8 ст. 63 ГК, у випадках існування залежності від іншого підприємства, передбачених статтею 126 ГК, підприємство визнається дочірнім.

² У Державній програмі приватизації на 2000–2002 роки контрольним пакетом акцій визнається пакет акцій розміром понад 50 відсотків статутного фонду ВАТ, який дає можливість юридичній або фізичній особі здійснювати вирішальний вплив на діяльність відповідного суб'єкта господарювання.

не виникає, якщо одне з асоційованих підприємств володіє пакетом акцій (часткою) лише одного підприємства, або контролююче підприємство не є відкритим акціонерним товариством.

Подібного поділу залежності на просту і вирішальну не передбачає Цивільний кодекс, встановлюючи критерій визначення залежного товариства. Згідно з ч. 1 ст. 118 ЦК господарське товариство (товариство з обмеженою або додатковою відповідальністю, акціонерне товариство) є залежним, якщо іншому (головному) господарському товариству належать двадцять або більше відсотків статутного капіталу товариства з обмеженою або додатковою відповідальністю чи двадцять або більше відсотків простих акцій акціонерного товариства¹.

Підсумовуючи викладене, можемо констатувати, що в ГК правове становище холдингу (холдингової групи), а також правове регулювання відносин між учасниками холдингової групи визначені недостатньо повно. Відсутність цих норм у ГК ніяк не компенсується нормами Закону України «Про холдингові компанії в Україні», оскільки зазначений закон головним чином визначає правове становище холдингових компаній, у тому числі — державних, меншою мірою — правове становище корпоративних підприємств, і фактично не регулює відносин всередині холдингової групи.

Зазначені прогалини в законодавстві могли би бути заповнені шляхом внесення відповідних змін до ст. 126 ГК.

Досліджені тут проблеми правового становища господарських об'єднань, як одного із видів суб'єктів господарювання, свідчать про потребу в подальшому удосконаленні нормативно-правової бази їх утворення та діяльності.

¹ Залишається загадкою, чим керувався законодавець, встановлюючи мінімальний 20-відсотковий розмір частки чи пакета акцій, оскільки кваліфікована більшість при прийнятті рішень загальними зборами господарського товариства складає $\frac{3}{4}$ голосів, тобто 75%. Хіба що аналогічним розміром, встановленим ст. 106 ЦК Російської Федерації.

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

Законодавство царської Росії про основні принципи фінансово-кредитної діяльності Селянського поземельного банку

Скасування кріпосного права, внаслідок чого майже половина мешканців України одержали можливість господарювати на власній землі на свій розсуд, зумовило швидкий розвиток товарно-грошових відносин, становлення банківської системи європейського типу. Вже через два десятиріччя після утворення загальноімперського державного банку стали виникати не лише комерційні, але і спеціалізовані, вузькопрофільні банки. В аграрному секторі економіки провідну роль відігравали державні (Селянський поземельний (1882 р.) та Дворянський (1885 р.)) іпотечні банки, сама назва яких досить чітко окреслює сферу діяльності кожної з вищезгаданих кредитних установ. Враховуючи те, що в пореформений період 85 % мешканців України належали до категорії так званих «сільських обивателів»¹, вплив діяльності Селянського банку на умови господарювання переважної частини населення важко перебільшити. Стаття №1 Закону про Селянський поземельний банк від 18 травня 1882 р. визначала мету нового банку так: «Селянський поземельний банк організовується для полегшення селянам усіх станів купівлі землі...»² Закон роз'яснював умови видачі позички, визначав суб'єкти господарювання та розмір можливого кредиту з детальним викладом умов його повернення.

Серед суб'єктів господарської діяльності крім фізичних осіб значилися також товариства (у складі трьох і більше селян) і сільські громади. Така класифікація дебіторів пояснювалася тим, що значна частина селян (у Росії — 100 %, в Україні — 45 %) володіли землею колективно, тобто остання була власністю общини, громади, а не окремого домогосподаря³. Максимальний розмір позички обмежувався сумою

¹ Підраховано на підставі даних: Статистический временник Российской империи. — Изд-е ЦСК МВД. — СПб., 1867. — С. 4, 20, 41.

² Узаконоження и распоряжения о Крестьянском земельном банке. — СПб., 1884. — С. 5.

³ У вітчизняній історико-економічній літературі поняття "община" вживається як щодо землеволодіння, так і відносно адміністративного управління. Стосовно України вищезгаданий термін доцільно, на нашу думку, вживати тільки тоді, коли мова йде про землеволодіння, в той час як в адміністративному значенні краще користуватися поняттям «громада».

в 125 крб на кожну особу чоловічої статі при наданні їй відповідному колективу і 500 крб — при подвірному землеволодінні на кожного домогосподаря. За бажанням клієнта позичка могла бути видана терміном на 24,5 або 34,5 роки. У першому випадку банк вимагав сплати внесків кожні шість місяців із такого розрахунку: а) росту — $2\frac{3}{4}\%$; б) на погашення заборгованості — 1%; в) на витрати по управлінню банком і на утворення запасного капіталу — 0,5% від загальної суми кредиту. У разі порушення обумовлених термінів платежів передбачалася пеня у розмірі 0,5% із невнесеної своєчасно суми за кожен прострочений місяць¹.

Втім життя вимагало більш досконалих в економічному відношенні умов кредитування дрібних сільськогосподарських товаровиробників, що і знайшло своє відбиття у новому Законі про Селянський банк від 27 листопада 1895 р. Цим законом попередній Статут вищезгаданого банку був докорінно змінений. Принципова новизна полягала у визначенні нових термінів кредитування з чітким формулюванням умов повернення коштів і жорсткими санкціями за порушення фінансового законодавства.

Таблиця 1

Розмір піврічних платежів за законом від 27 листопада 1895 р. *

Термін позичок	% росту	% покриття боргу	% на витрати по управлінню і на зростання запасного капіталу	Усього	Усього щорічно
13 років	2,25	3	0,5	5,75	11,5
17 років	2,95	2	0,5	4,75	9,5
26,5 років	2,25	1	0,5	3,75	7,5
38,4 року	2,25	0,5	0,5	3,25	6,5
51,9 року	2,25	0,25	0,5	3	6

* Цит. за: Сборник узаконений и распоряжений о переселении. — СПб., 1901. — С. 289.

У наведеній таблиці визначено мінімальний (13 років) і максимальний (51,9 року) терміни повернення позичок. У першому випадку щорічні платежі складали 11,5%, тоді як у другому — майже удвічі менше

¹ Див.: Узаконения и распоряжения о Крестьянском поземельном банке. — С. 11.

(6 %). Як бачимо, відсоток повернення коштів був суттєво підвищений. Навіть за умови видачі позички на 51,9 року він перевищував ставки кредиту за законом від 18 травня 1882 р. майже на 1,5 %. Зміни відбулися також і стосовно суми кредиту, яка не була вже фіксованою, перебуваючи у прямій залежності від ринкових земельних цін. Стаття № 81 нового статуту банку констатувала: «Позички видаються в розмірі, що не перевищує 60 % нормальної і 90 % спеціальної оцінки»¹. Під нормальною оцінкою мався на увазі звичайний рівень цін на землю, що широко публікувався у пресі, тоді як спеціальна оцінка передбачала виїзд представника Селянського банку на місце і визначення ціни конкретної ділянки землі, що її побажав придбати клієнт. При видачі позички банк тепер уже вимагав у дебітора розписку певного змісту, де були, зокрема, зафіксовані такі правові норми: 1) не укладати без згоди банку орендних угод; 2) не продавати на зруб без дозволу банку наявного лісу; 3) не продавати і не зносити без дозволу банку наявних будівель.

Укладачі нового статуту навряд чи передбачали досить короткий термін, який відвела історія на реалізацію більш досконалих норм регулювання кредиту для непривілейованих станів. Цього разу дала про себе знати загальна ситуація в грошовому обігу Російської імперії, що призвела до грошової реформи 1897 р., основним змістом якої був вільний обмін кредитних білетів на золото. Співвідношення між золотим карбованцем і паперовим кредитним карбованцем було взяте те, яке фактично встановилося на ринку, тобто кредитний карбованець був прирівняний до 66 коп. золотом. Іншими словами, реформа була проведена у вигляді девальвації, тобто пониження курсу карбованця до рівня, який фактично встановився на ринку². Стабілізація фінансової системи в країні дала можливість знизити процентні ставки, внести деякі інші уточнення в банківське законодавство. Саме з цією метою 6 грудня 1898 р. і був прийнятий закон про погашення платежів згідно із схемою, наведеною в табл. 2.

Середній показник зниження процентних ставок склав 0,75. Що ж до термінів кредиту, то максимальний строк сягнув межі в 55,5 року. Через півроку після публікації нових правил, уряд 31 травня 1899 р. прийняв рішення ввести до складу Ради центрального правління банку і її місцевих відділень представника від переселенського управління, що до 1906 р. було складовою частиною Міністерства внутрішніх справ. При

¹ Сборник узаконений и распоряжений о переселении. – С. 307.

² Див.: Мигулин П. П. Реформа денежного обращения в России и промышленный кризис. – Харьков, 1902. – С. 71.

Таблиця 2

Розмір піврічних платежів за законом від 6 грудня 1898 р. *

Термін позичок	% росту	% покриття боргу	% на витрати по управлінню і на зростання запасного капіталу	Усього	Усього щорічно
13 років	2	3	0,375	5,375	10,75
18 років	2	2	0,375	4,375	8,75
28 років	2	1	0,375	3,375	6,75
41 рік	2	0,5	0,375	2,875	5,75
55,5 років	2	0,25	0,375	2,625	5,25

* Цит. за: Сборник узаконений и распоряжений о переселении. — С. 337.

цьому так званий «чиновник особливих доручень» одержував право бути одночасно членом кількох губернських відділень банку. Такі зміни в законодавстві були викликані необхідністю якнайтіснішої координації переселенської і фінансової політики держави, адже наприкінці XIX ст. дедалі частіше доводилося продавати землю вихідцям з інших губерній, що ставило на порядок денний регулювання міграційних рухів селянства. Останнє ж тривалий час було прерогативою Міністерства внутрішніх справ. Тільки з початком столипінської аграрної реформи керівництво переселенським рухом було передане до Головного управління землевлаштування і земельних справ.

В історії України кінець XIX ст. був, на відміну від 60–70-х років, епохою так званих «контрреформ», тобто наступом царського самодержавства на прогресивні юридичні акти пореформеного двадцятиріччя. Це проявилось, зокрема, у тому, що законом від 14 грудня 1893 р. практично призупинялася дія статті № 33 «Загального положення про селян, що вийшли з кріпосної залежності»¹. Відтепер селянам заборонявся достроковий викуп землі, її продаж і передача під заставу банківських кредитів. Саме цим пояснюється те, що законом від 31 травня 1899 р. мешканцям сільських населених пунктів не дозволялося розширювати своє землеволодіння. «Тим, хто купив землю, — читаємо у вищезгаданому законі, — переселення може бути дозволене лише у тому разі,

¹ Крестьянская реформа в России 1861 года: Сборник законодательных актов. — М., 1954. — С. 46.

якщо клієнти банку безкоштовно або за плату передадуть ділянки землі, що перебували в їхньому розпорядженні раніше, своїм односельчанам...»¹ Однак подальший економічний розвиток примусив противників перетворення селянських надільних земель у товар скласти зброю. Безпосередні товаровиробники знаходили сотні способів обійти реакційний закон про невідчужуваність селянських надільних земель. Найпоширенішим способом нівелювання була передача землі з рук у руки по векселях. Через те, що досить часто продавець не мав на руках документів, які б підтверджували його право власності, а одержання їх коштувало досить дорого, продавець, як правило, писав вексель на ім'я покупця, вказуючи суму, яку він нібито в того позичив. При цьому вищезазначена сума в кілька разів перевищувала реальну вартість відповідної земельної ділянки. Потім вексель опротестовувався через суд, у ході якого покупець одержував виконавчий лист. Куплена ним земля описувалася, призначалася торги і через те, що вказана у векселі сума значно перевищувала ринкову вартість землі, остання завжди залишалася за кредитором — покупцем. Іншим досить поширеним способом нівелювання закону від 14 грудня 1893 р. було оформлення фіктивної оренди. «Можна сміливо сказати, — констатувалося в доповідній записці голови Полтавської губернської земської управи Федора Лизогуба від 6 жовтня 1902 р., — що вказаним не вичерпуються всі способи, якими приховуються купівля-продаж землі. До незаконних методів селяни вимушені були звертатися внаслідок офіційної заборони цього звичайного явища суспільного життя»².

Криза аграрної політики призвела врешті-решт до ґрунтового обговорення подальших кроків уряду в цьому напрямку на Міжвідомчій особливій нараді у складі представників міністерств внутрішніх справ, фінансів, землеробства і державних маєтностей, начальників головного управління удільного відомства, а також ряду членів Державної ради. Протягом 1902–1903 рр. від кожної губернії були одержані відповідні пропозиції, що зводилися загалом до необхідності лише окремих кроків по розчищенню існуючих перешкод на шляху вільного ринку. «Надільні землі, — констатувалося у підсумковому документі редакційної комісії Особливої наради, — маючи державне значення, забезпечують існуючий побут селян, отже, не можуть бути об'єктом купівлі-продажу»³.

¹ Сборник узаконений и распоряжений о переселении. – С. 344.

² Труды местных комитетов о нуждах сельскохозяйственной промышленности. Т. 32: Полтавская губерния. – СПб., 1903. – С. 118.

³ Труды редакционной комиссии по пересмотру законоположений о крестьянах. Том I: Свод выработанных комиссией законопроектов. -СПб.: Государственная типография, 1908. – С. 18.

Однак могутні селянські рухи в Полтавській і Харківській губерніях 1902 р. та особливо відомі події 1905 р., примусили відмовитися від феодальних стереотипів навіть найзапекліших консерваторів. У 1906 р. новий прем'єр-міністр Петро Столипін почав активні дії по формуванню категорії дрібних землевласників на селі відповідно до класичних вимог вільного підприємництва. Стало модним цитувати англійського економіста Артура Юнга, який твердив: «Дайте людині у власність голу скелю і він перетворить її в сад»¹.

Згідно з новим аграрним курсом значних змін зазнала правова основа фінансово-кредитної діяльності Селянського поземельного банку. Це знайшло своє відображення, насамперед, у збільшенні банківського капіталу і встановленні більш сприятливих для дрібних товаровиробників умов одержання позичок. Улітку 1906 р. царським указом Селянському банку були передані для продажу вроздріб кілька мільйонів десятин удільних і казенних земель. Починаючи з другого півріччя 1906 р. платежі як колишніх, так і майбутніх клієнтів банку знижувалися з 5,25 крб до 4,5 крб на рік із кожних 100 крб позички за умови одержання її терміном на 55,5 року. Максимальний відсоток платежів, згідно з новим законом, становив 9,25 замість 10,75 % при короткотерміновому кредиті (13 років)². Розвиваючи ідеї указу царя від 9 листопада 1906 р. про вільний вихід із поземельної общини кожного бажаючого за умови, коли за це проголосує не менше двох третин сільського сходу, законом від 15 листопада 1906 р. уже дозволялося передавати під заставу свої надільні землі, тобто були ліквідовані попередні обмеження купівлі-продажу землі³. На урядовому рівні були вирішені також питання про створення особливого органу влади, який був зобов'язаний «надавати допомогу Селянському банку у виконанні покладених на нього... завдань по забезпеченню купівлі селянами землі»⁴. Мова йде про Комітет у земельних справах при Головному управлінні землеустрою і землеробства, що у своїй діяльності спирався на відповідні губернські і повітові землевпорядні комісії, створені згідно з царським указом від 4 березня 1906 р. Це були досить солідні установи, очолювані відповідно губернаторами, а на повітовому рівні — «предводителями» дворянства.

¹ Цит. за: *Симонова М. С.* Кризис аграрной политики царизма накануне первой российской революции. – М., 1987. – С. 203.

² Полное собрание законов Российской империи: Собрание 3-е. – Т. XXVI. – СПб., 1909. – С. 908.

³ Полное собрание законов Российской империи. – С. 890.

⁴ Там само. – С. 199.

Щоб стимулювати розвиток індивідуальних селянських господарств фермерського типу, 27 червня 1908 р. Рада міністрів видала розпорядження, згідно з яким банк мав право видавати окремим особам позички до 100 % вартості землі, тоді як при колективній покупці — до 85 %¹. Зрозуміло, що широкий комплекс заходів щодо прискорення приватизації селянської надільної землі суттєво розширив масштаби банківських операцій. Так, з 1883 р., коли у Полтаві відкрилося перше губернське відділення, по 1906 р. включно позички одержали 365 782 домогосподаря. Це протягом 23 років. Однак лише за 5 років століпінської реформи (1906–1910 рр.) позички одержали 204 831 особа, що становило 56 % від загальної кількості. У 1888–1905 рр. з допомогою Селянського банку було придбано 1 644 132 дес. землі, тоді як у 1906–1910 рр. — 1 013 744 дес. (61,7%). Якщо протягом попередніх 23 років банк видавав кредит, що в середньому покривав 73,8% ринкової вартості землі, то в наступні після 1906 р. п'ять років — уже 85,2 %, що повністю узгоджувалося з новим курсом уряду в аграрному секторі економіки країни². Ця теза підтверджується також статистичними даними про склад покупців. У другій половині XIX ст. окремі домогосподарі складали близько 2% від загальної кількості клієнтів банку, тоді як після 1906 р. їх питома вага різко зросла, сягнувши у 1911 р. у середньому 75%. При цьому коливання по українських губерніях було досить суттєвим: від 93,5% у Харківській губернії до 25,0% у Таврійській, що пояснюється рядом причин³. Одна з них — відсутність у степових губерніях України достатньої кількості місцевих покупців землі, які воліли за краще не купувати, а орендувати поміщицьку землю. Слід також мати на увазі і те, що у переселенців легше було купити великі масиви пропонованої продавцями землі⁴. Скажімо, у 1886 р. у шести товариствах, що прибували до Катеринославської губернії купувати з допомогою банку землю, були представники Київської, Полтавської, Чернігівської, Харківської і Курської губерній⁵.

¹ Устав Крестьянского поземельного банка с приложением узаконений, последовавших по банку после 1906 г. — СПб.: Тип. В. Ф. Киршбаума, 1909. — С. 78.

² Підраховано на основі даних: Російський державний історичний архів. — Ф. 592. Оп. 44. Спр. 621: «Підсумкова відомість у справах видачі позичок із часу заснування банку до 1 січня 1911р.» — Арк. 4–23.

³ Підраховано на підставі даних: Отчет Крестьянского поземельного банка за 1911 год. — СПб., 1912. — С. 156–157.

⁴ Державний архів Запорізької області. — Ф. 72. Оп 1. Спр. 3. Арк. 40–44.

⁵ Отчет члена совета Крестьянского поземельного банка П. П. Храповицкого, командированного для осмотра переселенческих сделок в Харьковской и Екатеринославской губерниях в 1886 году. — СПб., 1886. — С. 5.

Поряд із майновим забезпеченням одержаних кредитів була ще одна умова, про яку повідомлялося лише в таємних інструкціях органів державної влади. Так, 27 листопада 1909 р. полтавський губернатор дав вказівку місцевому відділенню банку не видавати позичок тим селянам, які брали участь в аграрних рухах 1902 і 1906 років¹. Це була, по суті, реакція місцевої адміністрації на звернення керівництва полтавських дворян від 10 січня 1909 р. із відповідним побажанням щодо учасників повстанських рухів попередніх років². Банк, безумовно, прийняв одержану інструкцію до неухильного виконання, адже бажаючих одержати позичку було більш ніж досить³.

Оцінка результатів фінансово-кредитної діяльності Селянського поземельного банку протягом усього періоду його функціонування, тобто до 1918 р., неоднозначна⁴. Одні автори, переважно лівої ідейно-політичної орієнтації, заперечували його прогресивний характер, тоді як їх опоненти дотримувалися протилежної точки зору. Неупереджений аналіз відповідного статистичного матеріалу дає підстави твердити, що вищезгаданий банк суттєво прискорив мобілізацію земельної власності в Україні. За 52 пореформені роки (1862–1914 рр.) дворяни України втратили понад 10 млн дес. землі, що складало 52,9 % від тієї площі сільськогосподарських угідь, якими вони володіли напередодні скасування кріпосного права⁵. Знаючи, що майже половини дворян не були організаторами сільськогосподарського виробництва, здаючи свою землю в оренду дрібним товаровиробникам⁶, можна не сумніватися в прогресивних наслідках відповідної зміни власника землі. Це, по-перше. По-друге, 26,7 % усіх кредитів⁷ протягом 1907–1915 рр. банк витратив на створення хутірських господарств, тобто класичних економічних одиниць фермерського типу, що також заслуговує позитивної оцінки. І, нарешті, останнє. Умови надання кредитів, понад 90 % яких було оформлено на максимальний термін, слід визнати сприятливими. Жоден інший банк не видавав кредитів під такий низький відсоток та ще й такий тривалий час.

¹ Державний архів Полтавської області. – Ф. 123. Оп1. Спр. 2. Арк. 1–5.

² Там само. – Арк. 6–7.

³ Там само. – Арк. 29.

⁴ Див.: *Зак А. Н.* Крестьянский поземельный банк. – М., 1911. – С. 121.

⁵ Див.: *Лось Ф. Є., Михайлюк О. Г.* Класова боротьба в українському селі. 1907–1914. – К., 1976. – С. 16.

⁶ Труды местных комитетов о нуждах сельскохозяйственной промышленности. Том. 32. – С. 89.

⁷ Див.: *Батурицкий Д. А.* Аграрная политика царского правительства и Крестьянский поземельный банк. – М., 1925. – С. 126.

Беручи до уваги наявність позитивного досвіду функціонування Селянського поземельного банку, важливо врахувати його при створенні земельного банку в сучасних умовах ринкової трансформації економіки України, серед яких найголовнішими, на наш погляд, є такі:

1. Необхідною умовою функціонування іпотечної установи є підготовка відповідної законодавчої бази, яка б враховувала всі аспекти діяльності земельного банку.

2. Кредити під заставу землі повинні видаватися під низькі відсотки і на максимальний термін, що може забезпечити лише статус земельного банку як державної інституції.

О. Печений, кандидат юридичних наук,
доцент кафедри цивільного права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Стаття 6 Цивільного Кодексу України: спроба доктринального тлумачення

Во всем мне хочется дойти до самой сути...

Б. Пастернак

За час, що минув з проведення останньої кодифікації цивільного законодавства, мабуть жодна норма нового Цивільного кодексу України не привернула таку пильну увагу і науковців, і практиків, не викликала такого полярного спектру оцінок, думок і суджень, як ст. 6 ЦК, що містить правила співвідношення актів цивільного законодавства і договору. І тут слід назвати і запальні реляції на честь перемоги світу над темрявою, що засвідчують якісно новий крок у розвитку принципу свободи договору, і безапеляційно негативні твердження щодо змісту ст. 6 ЦК, які обов'язково супроводжуються необхідністю радикальних змін її редакції¹, і поміркований скептицизм щодо ефективності і обґрунтованості положень ст. 6 ЦК України². Зазначимо, що в літературі практично відсутні спроби ґрунтовного теоретичного аналізу конструкції даної норми, особливо це стосується визначення змісту та меж права на відступлення від актів цивільного законодавства у договорі.

Частини перша та друга даної статті, які сформульовані законодавцем у межах визнаних вітчизняним правознавством стандартів, не викликають особливих зауважень. У цих нормах йдеться про право сторін укласти договір, який *не передбачений* актами цивільного законодавства, але такий, що відповідає загальним засадам цивільного законодавства; право сторін врегулювати у договорі, який *передбачений* актами цивільного законодавства, свої відносини, що не врегульовані цими актами. Взагалі-то, наведені положення продовжують традиції розуміння сво-

¹ Див.: *Подцерковний О.* Недоліки норм про свободу договору в новому Цивільному кодексі України // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2004. – № 3 (38). – С. 77–90.

² Див.: *Полов Ю. Ю.* Критерії визначення імперативності чи диспозитивності норм у Цивільному кодексі України: історія повторюється двічі // Вісн. господ. судочинства. – 2006. – № 4. – С. 233–237.

боди договору, розроблені радянським правознавством, і особливої новизни ні для науковців, ні для практиків не створюють. Цього не можна сказати про положення ч. 3 ст. 6 ЦК, яким сторонам надається право *відступити* у договорі від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини *на власний розсуд*, саме положення про право на відступлення, його зміст та межі і викликало в літературі жваву дискусію.

Спробу пояснити положення ст. 6 ЦК здійснили відомі в Україні науковці — розробники проекту ЦК. Так, Н. С. Кузнецова наголосила на відмові розробників від «звуженого» розуміння диспозитивності у договірних зобов'язаннях, у зв'язку з чим у ст. 6 ЦК передбачено інші підходи¹. Вони полягають у новому розумінні сутності диспозитивних і імперативних норм. Дійсно, сторони не можуть відступити від імперативних приписів, що містяться в актах цивільного законодавства, однак імперативність норми повинна прямо фіксуватися в законі або впливати із змісту норми чи суті відносин між сторонами. На думку автора, цей новий концептуальний підхід свідчить не тільки про реанімацію загальноновизнаних приватноправових засад у цивільному праві, а й потребує глибокого змістовного осмислення. З цим, звичайно, не можна не погодитись. Як вважає А. С. Довгерт, нове розуміння сутності диспозитивних та імперативних норм полягає у тому, що ЦК встановив презумпцію диспозитивності норм приватного права².

М. М. Сібільов, визнавши за нормами ч. 3 ст. 6 ЦК роль загального правила, за яким суб'єкти при саморегулюванні діють виключно на свій розсуд і не вважаються пов'язаними імперативними приписами актів цивільного законодавства, вказав на недосконалість цієї норми з позицій законодавчої техніки. На його думку, висловлений законодавцем виняток із загального правила, за яким сторони не можуть відступати від положень актів цивільного законодавства навіть тоді, коли у самому акті немає прямого застереження про це і це не впливає із змісту цього акта, але впливає із суті відносин між сторонами, є некоректним і зайвим. Причини негативної оцінки полягають у тому, що у ст. 6 ЦК йдеться про

¹ Див.: Кузнецова Н. С. Принципи сучасного зобов'язального права // Методологія приватного права: Зб. наук. праць / За матеріалами наук. -теорет., конф., 30 трав. 2003 р., Київ. – К., 2003. – С. 144–152; Вона ж. Принципи сучасного зобов'язального права України // Українське комерційне право. – 2003. – № 4. – С. 9–15.

² Цивільний кодекс України: Наук. -практ. комент. / За ред. розробників проекту Цивільного кодексу України. – К., 2004. – С. 14.

співвідношення акта цивільного законодавства і договору, а не про співвідношення зазначених актів із суттю відносин між сторонами¹. О. Подцерковний², наголошуючи на тому, що умова ч. 3 ст. 6 ЦК не тільки суперечить науковим напрацюванням і традиціям вітчизняного права, а й не вписується в інструментарій і практику застосування ЦК, створює плутанину і невизначеність, пропонує її вилучити як «стороннє тіло», замінивши нормою, що умови договору не повинні суперечити імперативним положенням актів цивільного законодавства і моральним засадам суспільства³.

У сучасній юридичній літературі спроб наповнити положення ст. 6 ЦК реальним практичним змістом майже не спостерігається, а ч. 3 цієї статті взагалі стала «забороненою зоною». Так, більшість виданих після прийняття ЦК коментарів до нього обмежуються лаконічним відтворенням змісту ст. 6 ЦК, нічого додатково ні з наукових, ні з практичних позицій не пояснюючи⁴⁵.

І оскільки стан законодавчої техніки є лише відбитком рівня суспільної свідомості, мабуть тільки сакральним страхом і жахом, відомим ще людині первісного ладу, перед невідомістю і можна пояснити втілену в проекті Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо впорядкування можливості диспозитивного застосування норм)» (реєстр. № 2660)⁶ ідею про скасування презумпції диспозитивності ЦК. Первісний варіант законопроекту, підготовлений народними депутатами, передбачав вилучення ч. 3 ст. 6 з ЦК, однак у подальшому розробники дещо пом'якшили свою позицію, запропонувавши нову редакцію ч. 3 ст. 6 ЦК, за якою сторони у договорі можуть

¹ Див.: Сібільов М. М. Акти цивільного законодавства і договір // Методологія приватного права: Зб. наук. праць (за матеріалами наук. -теорет. конф., м. Київ, 30 трав. 2003 р.) / Редкол.: О. Д. Крупчан (голова) та ін. – К., 2003. – С. 158–159.

² Див.: Подцерковний О. Недоліки норм про свободу договору в новому Цивільному кодексі України. – С. 77–90.

³ При концептуальному непогодженні з позицією автора зазначимо, що з позицій законодавчої техніки внесена пропозиція є далеко не бездоганною. Перш за все, що належить до імперативних положень актів цивільного законодавства, що слід розуміти під моральними засадами суспільства? Наведена пропозиція – спроба викласти норми ЦК України в редакції ЦК УРСР 1963 р., тому подальші коментарі, гадаємо, зайві.

⁴ Цивільний кодекс України. Наук. -практ. коментар: У 2 ч. / За заг. ред. Я. М. Шевченко. – К., 2004. – Ч. 1. – С. 14–15.

⁵ Гражданский кодекс Украины: Комментарий (с изм. и доп. по сост. на 1 сент. 2003 г.). – Х., 2003. – Т. 1. – С. 24–25.

⁶ http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=28887.

відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд, якщо в актах прямо вказано про це. Враховуючи теоретичну і прикладну значущість для цивільно-правового регулювання, внесена пропозиція потребує більш детального аналізу.

Досить показовою є назва законопроекту, яка змінювалася паралельно з його змістом. Якщо у первісній редакції мова йшла про *відміну* можливості диспозитивного застосування норм, то в подальшому йшлося лише про *впорядкування* можливості диспозитивного регулювання шляхом звуження можливості сторін самостійно визначати умови договору. Як замахнулися, сказав би з цього приводу класик, бо важко собі навіть уявити ті наслідки, які б мало для національної правової системи скасування диспозитивного застосування правових норм.

Та і впорядкування можливості диспозитивного застосування норм, запропоноване у законопроекті, не заслуговує високої оцінки, оскільки передбачає повернення до моделі співвідношення договору і закону, визначеної ЦК УРСР 1963 р., тобто до засад правового регулювання часів адміністративно-командної системи. Це, звичайно, оптимізму в оцінці законопроекту додавати не може.

Чим же обґрунтована пропозиція обмеження диспозитивних засад цивільно-правового регулювання? Як вказується у пояснювальних матеріалах до законопроекту, умова щодо обов'язковості застосування актів цивільного законодавства є нечіткою та суб'єктивною і може призвести до укладання угод, які суперечать актам цивільного законодавства. На думку розробників, судова практика показує, що положення щодо диспозитивності застосування законодавчих актів спричиняє ускладнення практики правозастосування та вирішення цивільно-правових справ у судах, оскільки зумовлює суб'єктивне сприйняття сторонами у договорі норм цивільного законодавства. Передбачається, що відміна загального правила щодо можливості диспозитивного застосування норм ефективно вплине на дотримання сторонами у договорі цивільного законодавства. Наведена аргументація видається досить дивною. Автори не пояснюють у чому, на їх думку, полягають нечіткість та суб'єктивізм ч. 3 ст. 6 ЦК. При цьому не робиться ніяких спроб з'ясувати дійсний зміст та призначення цієї норми. Не може бути сприйнято і посилання на труднощі застосування ч. 3 ст. 6 ЦК у судовій практиці, оскільки конкретні приклади свідчать якраз про те, що саме потенціал вказаної норми і дозволив судам чітко визначити характер тих чи інших норм ЦК, вирішити окремі проблемні питання, нейтралізувати недоліки законодавця. Проілюструємо зазначене. Так, відповідно до

ч. 3 ст. 549 ЦК пенею є неустойка, що обчислюється у відсотках від суми несвоєчасно виконаного *грошового зобов'язання* за кожен день прострочення виконання. Недоліком легального визначення пені є неможливість її застосування за прострочення виконання *негрошового зобов'язання*. Виникає запитання, чи можуть сторони відступити в договорі від положень ч. 3 ст. 549 ЦК, передбачивши стягнення пені за прострочення виконання негрошового зобов'язання? Первісно з'явилися судові рішення, якими умови договору про пеню за порушення виконання негрошового зобов'язання визнавалися недійсними з мотивів невідповідності ч. 3 ст. 549 ЦК¹. Однак згодом судові інстанції дійшли висновку, що положення ч. 3 ст. 549 ЦК не суперечать можливості визначення сторонами як договірної відповідальності та стягнення пені за порушення іншого, ніж грошове, зобов'язання². Даний підхід, який ґрунтується на положеннях ч. 3 ст. 6 ЦК, знайшов підтримку серед вчених та практиків³.

Наведемо інший приклад, пов'язаний із регулюванням орендних відносин. Як встановлено актами цивільного законодавства, строк договору найму (оренди) визначається за погодженням сторін, у разі відсутності заяви однієї із сторін про припинення або зміну умов договору оренди *протягом одного місяця після закінчення строку дії договору* він вважається продовженим на такий самий строк і на тих самих умовах, які були передбачені договором (ст. 764 ЦК, п. 4 ст. 764 ЦК). Чи можуть сторони передбачити у договорі інший строк подання такої заяви, особливо з огляду на те, що наведені норми не містять застереження «... якщо інше не передбачено договором або законом»? Предметом судового розгляду став спір за договором оренди, яким передбачалося, що заява про припинення або внесення змін до договору повинна бути подана за один місяць до моменту закінчення строку дії договору. Вирішуючи дану справу, суди першої та апеляційної інстанції виходили з того, що дана умова договору обмежує можливість реалізації права орендодавця протягом місяця після закінчення строку дії договору заявити про відсутність наміру продовжувати орендні відносини, а тому не може

¹ Проблемні питання у застосуванні Цивільного і Господарського кодексів України / За ред. А. Г. Яреми, В. Г. Ротаня. – К., 2005. – С. 11.

² Постанова Вищого господарського суду України від 8 листопада 2005 р. № 169/9-2005. – http://www.arbitr.gov.ua/docs/28_1097735.html.

³ Проблемні питання у застосуванні Цивільного і Господарського кодексів України. – С. 11; Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України: [В 4 т.] / А. Г. Ярема, В. Я. Карабань, В. В. Кривенко, В. Г. Ротань. – Т. 2. – К.; Севастополь, 2004. – С. 54; *Теньков С.* Можливості застосування пені за негрошовими зобов'язаннями // Вісн. госп. судочинства. – 2007. – № 1. – С. 83–84.

бути застосована. Вищий господарський суд України вказав на неправильність застосування судами попередніх інстанцій при такому підході норм матеріального права, а саме: статей 6, 627, 628 ЦК, ст. 179 ГК, та ухвалені по справі судові акти скасував¹. У постанові касаційної інстанції зазначено, що встановлення у договорі інших умов, ніж ті, що визначені диспозитивними нормами, не породжують недійсність зобов'язань за цим договором, за умови, якщо вони прямо не суперечать чинному законодавству. Отже, судова практика робить помітний крок уперед, формуючи нові підходи до поділу диспозитивних та імперативних норм, ніж ті, що були відомі з радянських часів. Звичайно, що за відсутності у цивільному законодавстві норм, на кшталт ч. 3 ст. 6 ЦК, розраховувати на вирішення справ у такий спосіб було б не варто.

Рефреном законопроекту, який аналізується, є позиція, що диспозитивність норм ускладнює правозастосування, а зрозумілою видається лише імперативна норма. Вбачається, що розробники ототожнили поняття «зрозумілість» та «імперативність» цивільно-правових норм, з чим важко погодитись. До того ж юридично некоректно виводити залежність між диспозитивним характером цивільно-правового регулювання і укладанням договорів, які суперечать актам цивільного законодавства. Немовби при імперативному характері цивільно-правових норм укладання договорів чи правочинів, які суперечать актам цивільного законодавства, взагалі виключається. Безпідставними є також і прогнози розробників очікувати внаслідок прийняття законопроекту «підвищення в Україні рівня законності при укладанні цивільно-правових договорів». Упевненість розробників законопроекту в наявності кореляції рівня законності з імперативним характером цивільно-правової норми є сумнівною.

Отже, запропонований проект ґрунтується на методології ЦК УРСР 1963 р., його основні положення ні з теоретичних, ні з прикладних позицій не обґрунтовані, а тому позитивної оцінки викликати не може. Тому не випадковим є рішення Верховної Ради України, яким законопроект про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо впорядкування можливості диспозитивного застосування норм) повернуто суб'єкту права законодавчої ініціативи на доопрацювання².

¹ Постанова Вишого господарського суду України від 11 липня 2006 р. № 32/43пн. – <http://www.arbitr.gov.ua>

² Про направлення на доопрацювання проекту Закону України про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо впорядкування можливості диспозитивного застосування норм): Постанова Верховної Ради України від 20 квітня 2007 р. № 976-V // www.rada.kiev.ua.

Після аналізу вказаного законопроекту, вивчення позицій науковців складається враження, що про ч. 3 ст. 6 ЦК можна говорити лише з полярних боків — тільки позитивно або негативно, з обов'язковою необхідністю істотного корегування її змісту. Взагалі-то, аналізуючи доводи учасників дискусії щодо змісту ст. 6 ЦК все більше доходиш висновку, що полярна різниця в поглядах зумовлена не стільки галузевими, методологічними або концептуальними відмінностями відповідних наукових платформ, скільки перебуванням на принципово різних світоглядних «берегах». Ототожнення права і закону, абсолютизоване за радянських часів, автоматично підносить останній на вищий і єдиний рівень в системі джерел правового регулювання. Спроба углядіти право поза законом, тим більше встановлення можливості відступити від закону, в такій «системі координат» не може існувати і розглядається як наруга над законом. І дійсно, автори такої позиції, виходячи з того, що права поза законом не існує (або практично не існує), наголошують, що регулювання відносин, у тому числі й цивільних, нічим іншим, як актом законодавства, здійснюватись не може, місця для альтернативи не залишають. Навпаки, якщо визнати існування права поза законом (незалежно від того, як це пояснювати, з позицій природного права чи з інших), то і правове регулювання може здійснюватись за допомогою різних чинників, включаючи договір¹. При цьому договірне регулювання може бути і автономним, і мати характер саморегулювання. Як слушно вказує М. М. Сібільов, у ч. 3 ст. 6 ЦК йдеться саме про випадки саморегулювання, коли сторони можуть діяти виключно на свій розсуд і не вважаються пов'язаними імперативними приписами актів цивільного законодавства². Як вбачається, введення презумпції диспозитивності цивільно-правових норм, яка реалізується за допомогою права на відступлення від положень актів цивільного законодавства, є проявом новітньої тенденції подолання вузько нормативного (формального) підходу до розу-

¹ При цьому слід віддати належне Конституційному Суду України, який, виходячи з принципу верховенства права, визнає, що право не обмежується лише законодавством як однією з його форм, а включає й інші соціальні регулятори, зокрема норми моралі, традиції, звичаї тощо, які легітимовані суспільством (Рішення Конституційного Суду України від 2 листопада 2004 р. № 15-рп/2004 «У справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання)» // Офіц. вісн. України. – 2004. – № 45 – Ст. 2975). Причому даний перелік соціальних регуляторів не є вичерпним, очевидно, в ньому є місце і для договірного регулювання.

² Див.: Сібільов М. М. Акти цивільного законодавства і договір. – С. 158–159.

міння права¹. Якщо з позицій позитивістської школи право розглядалося виключно як команда суверенної державної влади, втілена у законі, то під впливом даної тенденції спостерігається перенесення акценту не на волю держави, а на безпосередній зв'язок права з характером суспільних відносин. Під впливом об'єктивних реалій держава вимушена відступитися від монополій у певних сферах, включаючи правове регулювання, визнавши можливість правоутворення за допомогою інших чиників, таких як договори сторін, судова практика² або звичаї.

Договірне регулювання та саморегулювання у цивільному праві розглядаються у площині презумпції диспозитивності його норм. Норма вважається імперативною лише тоді, коли у відповідних актах цивільного законодавства міститься вказівка на її імперативність або останнє впливає зі змісту чи суті відносин між сторонами³. Слід сказати, що про наявність презумпції диспозитивності в цивільному праві вели мову розробники ЦК РФ, зокрема С. А. Хохлов⁴, однак закріпити її на законодавчому рівні не вдалося, тому ЦК України робить у цьому напрямку помітний крок вперед. Визнання презумпції диспозитивності мало зумовити відмову від класичного формулювання диспозитивних норм «... якщо інше не встановлено договором». Однак в цьому питанні, як і в багатьох інших, вітчизняний законодавець не виявив послідовності. У результаті в ЦК наявні і «стародиспозитивні», і «новодиспозитивні» норми. Як пише З. В. Ромовська, в одних статтях таке застереження є, в інших, з диспозитивним змістом, — його немає. Це буде підставою для виникнення конфліктних ситуацій у сфері правозастосування⁵. Однак непослідовність законодавця не може бути підставою для відмови від позитивних наукових напрацювань.

¹ Див.: *Шевчук С. В.* Судова правотворчість та соціологічна школа права // Вісн. Верхов. Суду України. – 2007. – № 1. – С. 24–29.

² Наприклад, відповідно до ст. 17 Закону України від 23 лютого 2006 р. «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» практика Європейського суду з прав людини застосовується як джерело права. При цьому зауважимо, що прямиий вплив держави на формування даного джерела права практично виключається.

³ Цивільний кодекс України: Наук. -практ. комент. – С. 14.

⁴ Так, автор зазначає, що запроваджена в ЦК РФ техніка виділення диспозитивних норм по суті ґрунтується на презумпції імперативності, протилежній презумпції диспозитивності (див.: *Гражданский кодекс РФ. Ч. 2. Текст, комментарии, алфавитно-предметный указатель.* – М., 1996. – С. 236). З цього робиться висновок, що в російському цивільному праві домінують імперативні норми.

⁵ Див.: *Ромовська З. В.* Українське цивільне право: Загальна частина. Академічний курс. Підручник. – К., 2005. – С. 150.

Легальне закріплення презумпції диспозитивності вимагає визначення нових критеріїв поділу приватноправових норм на імперативні і диспозитивні, звичайно, що усталені з радянських часів опрацювання, які тріпотливо оберігають опоненти ст. 6 ЦК, при цьому в нагоді не стануть. Класичний поділ норм права на імперативні та диспозитивні запропонував С. С. Алексеев¹. На його думку, всі юридичні норми мають офіційний, державно-владний, обов'язковий характер, і в цьому розумінні всі вони — імперативні. Однак ступінь їх державної обов'язковості є різним. Тобто норма, яка сформульована у категоричних приписах і діє незалежно від волі суб'єктів, є імперативною, а норма, яка діє лише в тій частині, в якій суб'єкти не встановили своєю угодою інших умов власної поведінки — диспозитивною. Інакше кажучи, диспозитивною цивільно-правовою нормою є правило, яке містить вказівку на кшталт: «...якщо інше не встановлено договором або законом». Такий підхід цілком відповідає науково-методологічним підходам, покладеним в основу ЦК УРСР 1963 р. Із позицій проведеної кодифікації цивільного законодавства, і визначення, і змістовне навантаження, і кореляція імперативних і диспозитивних норм застарілими підходами пояснені бути не можуть. Як уявляється, неправомірно визначати імперативною будь-яку норму цивільного законодавства, в якій відсутнє формулювання «...якщо інше не встановлено договором». Небезпека такого розуміння полягає перш за все в тому, що, слідуючи йому, ми неодмінно прийдемо до зміни типу та спрямованості правового регулювання — від *загальнодозвільного*, який ґрунтується на принципі, за яким особа вправі вчиняти будь-які дії, крім тих, які прямо заборонені законом, до *дозвільного*, за яким особа може вчиняти тільки дії, прямо дозволені нормою права². У літературі слушно вказується, що визначати імперативність чи диспозитивність норми лише за наявності чи відсутності формулювання про те, що інше може передбачатися договором, є певним спрощенням³. Ознаками імперативного чи диспозитивного характеру норми можуть бути й інші критерії, зокрема неможливість укладення договору з певних питань, або визнання його недійсним. Законодавству України та інших країн відомі численні приклади з цих питань (п. 1 ст. 74, п. 2 ст. 90, п. 2 ст. 99 ЦК РФ, § 202 НЦУ, ч. 3 ст. 614, ч. 2 ст. 259 ЦК України). Диспозитивний

¹ Див.: Алексеев С. С. Право: азбука, теория, философия. Опыт комплексного исследования. — М., 1999. — С. 79.

² Див.: Алексеев С. С. Общая теория права: В 2 т. — М., 1981. — Т. 1. — С. 299.

³ Див.: Садиков О. Н. Императивные и диспозитивные нормы в гражданском праве // Юрид. мир. — 2001. — № 7.

чи імперативний характер може мати певна група норм однієї спрямованості. Таким чином, прояв диспозитивних засад у цивільно-правових нормах може набувати різних форм, віднесення норми до диспозитивної чи імперативної має бути результатом тлумачення, з'ясування її суті, призначення, логічного зв'язку з іншими нормами, а не поверхового погляду на наявність відповідного формулювання.

У цьому аспекті слід звернути увагу на концепцію імперативних норм, що існує в міжнародному приватному праві¹. Теоретичні положення цієї концепції полягають у відокремленні особливої групи таких норм, (надімперативні, норми обов'язкового застосування тощо), які не можуть бути виключені із застосування за домовленістю сторін, у тому числі й за допомогою механізмів колізійного регулювання. Проекція теорії «надімперативних» норм на ст. 6 ЦК дасть змогу визначити, що до них можуть бути віднесені норми, від змісту яких сторони не можуть відступити ні за яких обставин, тобто норми, на які не поширюється право на відступлення, передбачене ч. 3 ст. 6 ЦК. Такі норми можуть дістати назву абсолютно імперативні, водночас ЦК передбачає існування і відносно імперативних норм, тобто положень, які вважаються обов'язковими, доки сторони не застосували щодо них своє право на відступлення, передбачене ч. 3 ст. 6 ЦК. Таким чином, за ступенем обов'язковості для сторін норми ЦК можуть бути поділені на диспозитивні та імперативні, останні в свою чергу можуть бути відносно імперативні і абсолютно імперативні. До речі, підхід до визначення імперативних норм як правил, від яких сторони не можуть відступити, вже використовувався при проведенні кодифікацій цивільного законодавства у країнах колишнього Союзу РСР, зокрема Грузії².

Презумпція як явище правової дійсності, що містить певне припущення, формується на зіткненні юридичної техніки з нормою права³. Обов'язковим є наявність такого елемента в структурі презумпції, який передбачає можливість її спростування. Контрпрезумпція сформульована законодавцем у ч. 3 ст. 6 ЦК за допомогою перерахування вичерпного переліку випадків, коли сторони не можуть відступити від положень

¹ Див.: *Новикова О. В.* Императивные нормы в международном частном праве // Государство и право. – 2006. – № 8. – С. 81–89.

² Див.: *Чантурия Л. Л.* Введение в общую часть гражданского права (сравнительно-правовое исследование с учетом некоторых особенностей постсоветского права). – М., 2006. – С. 68.

³ Див.: *Кузнецова О. А.* Презумпции в гражданском праве. – СПб., 2004. – С. 46.

актів цивільного законодавства. По суті, контрпрезумпція встановлює межі диспозитивності в цивільному праві, які можуть бути поділені на *внутрішні* і *зовнішні*. Внутрішні окреслені положеннями ч. 3 ст. 6 ЦК, а зовнішні — межами, в яких взагалі допускається договірне регулювання.

Зміст права на відступлення — це суб'єктивне право змінити режим правового регулювання із звичайного на саморегулювання. Це дозволяє визначити, що в цивільному праві наявні дві системи правового регулювання — загальна та договірна, або саморегулівна. Оскільки здійснення цього права призводить до того, що відповідна норма акта цивільного законодавства замінена в контексті відносин сторін договірним положенням, перша прав і обов'язків сторін не регулює, не можна вести мову про конкуренцію правил ч. 1 ст. 203 ЦК, за якими правочин не може суперечити актам цивільного законодавства і моральним засадам суспільства, і права сторін на саморегулювання (ч. 3 ст. 6 ЦК), оскільки вони перебувають у різних площинах.

При визначенні *зовнішніх меж* диспозитивності слід мати на увазі, що:

1. Право на відступлення від актів цивільного законодавства застосовується лише в тих сферах, в яких відносини сторін *a priori* можуть бути врегульовані договором або правочином, зокрема, недоговірні зобов'язання у більшості випадків не можуть містити диспозитивних норм та виключають договірне регулювання.

2. З попередньою тезою пов'язується правило, що в різних інститутах цивільного права ступінь диспозитивності його норм є принципово різним. Якщо у зобов'язальному праві (за винятком деліктного права) він є максимальним, що відповідає розвитку ринкових відносин¹, то у нормах, присвячених особам, речовому праву, спадкуванню, диспозитивність виявляється набагато меншою мірою. У цих інститутах, де відносини більш типізовані, правове регулювання має бути ustalеним. Прояв диспозитивності тут може бути обмежено певними формами, скажімо актами юридичної особи або її органів. Специфіка ж деліктного права взагалі виключає диспозитивне регулювання.

3. Іноді законодавець вказує на регулювання тих чи інших відносин *законом*, що автоматично виключає і договірне регулювання, і можливість відступлення від актів цивільного законодавства. Такими випадками є ч. 2 ст. 1 ЦК щодо можливості застосування ЦК до публічно-

¹ Див.: Садиков О. Н. Императивные и диспозитивные нормы в гражданском праве // Юридический мир. — 2001. — № 7.

правових відносин лише у випадках, установлених *законом*, ч. 1 ст. 80 ЦК щодо визначення *законом* порядку реєстрації юридичних осіб, ч. 3 ст. 81 ЦК щодо визначення *ЦК* порядку створення, організаційно-правових форм, правового статусу юридичних осіб приватного права, ч. 4 ст. 81 ЦК щодо випадків примусового поділу (виділу) юридичної особи, ч. 1 ст. 196 ЦК щодо обов'язкових реквізитів та вимог до форми цінного паперу тощо.

4. Право на відступлення поширюється виключно на акти цивільного законодавства, при цьому необхідно враховувати систему цих актів, окреслену ст. 4 ЦК, з урахуванням особливостей застосування ЦК до регулювання відносин, що склалися в окремих сферах (ст. 9 ЦК), включаючи сферу дії Господарського кодексу України. У літературі з цього приводу зазначається, що право сторін відступити у договорі (правочині) від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд, поширюється і на господарські договори, оскільки ГК в частині регулювання майнових відносин, заснованих на юридичній рівності, вільному волевиявленні та майновій самостійності їх учасників, є актом цивільного законодавства¹. Право на відступлення поширюється виключно на приватноправові за своїм змістом норми, незалежно від того, в якому акті вони розміщені законодавцем. При відповіді на питання, чи можуть сторони відступити від положень конкретної правової норми, необхідно перевірити її на відповідність визначеним критеріям (ч. 1 ст. 1 ЦК), тобто на генетичну приналежність до цивільного законодавства. При тлумаченні поняття «акти цивільного законодавства», в аспекті права на відступлення, тобто у смисловому зв'язку з ч. 3 ст. 6 ЦК, у судовій практиці виникають певні труднощі, що зумовлені перш за все безсистемним підходом з боку суб'єктів правотворчої діяльності до формування всього масиву законодавства. Так, в одній справі суд вказав, що сторони вправі відступити від положень Закону від 20 травня 1999 р. «Про відповідальність суб'єктів підприємницької діяльності за несвоєчасне внесення плати за спожиті комунальні послуги та утримання прибудинкових територій», поширивши його дію на осіб, які не є суб'єктами підприємницької діяльності². В іншій, коли мова йшла про застосування Закону України від 22 листопада 1996 р. «Про відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань», суд

¹ Проблемні питання у застосуванні Цивільного і Господарського кодексів України. – С. 11.

² Постанова Вищого господарського суду України від 25 квітня 2006 р. № 16/216. – <http://www.arbitr.gov.ua>.

вказав, що ст. 3 Закону, яка встановлює обмеження щодо розміру пені, має імперативний характер, а тому умова договору, що передбачає інший розмір пені, ніж визначено зазначеною нормою, є такою, що суперечить чинному законодавству, та підлягає визнанню недійсною¹. Така диференціація у застосуванні правових норм позбавлена будь-яких логічних підстав, оскільки стосується нормативно-правових актів однакової юридичної сили і галузевої належності. І перший, і другий закони мають схожий предмет регулювання — відповідальність за порушення зобов'язань, а тому є актами цивільного законодавства в аспекті ч. 3 ст. 6 ЦК, а отже, на них повинно поширюватись і право на відступлення. Вищий господарський суд України, визнавши закріплення в ЦК нової теоретичної конструкції співвідношення імперативних та диспозитивних норм, вказав, що питання про те, чи є правова норма імперативною або диспозитивною, слід вирішувати шляхом аналізу змісту цієї норми в кожному окремому випадку². Така позиція судової інстанції занадто лаконічна, доцільно було хоча б у загальному вигляді сформулювати критерії, з яких мають виходити суди при віднесенні норми до імперативної чи диспозитивної.

5. Формою реалізації права на відступлення від актів цивільного законодавства за логікою ст. 6 ЦК визнається лише договір та односторонній правочин. Мусимо констатувати, що при такому підході законодавцем допущене певне обмеження, оскільки право на відступлення може бути реалізоване і за допомогою статуту, іншого акта юридичної особи чи її органів. Цікавим є приклад з цивільного законодавства Німеччини. Так, за § 25 НЦУ організаційний устрій правоздатного об'єднання визначається його статутом, якщо інше не впливає із відповідних положень НЦУ.

Визначення *внутрішніх меж* презумпції диспозитивності пов'язується безпосередньо з юридичною конструкцією ч. 3 ст. 6 ЦК. Її аналіз свідчить, що законодавець визначив декілька рівнів імперативності норм цивільного законодавства. У межах *першого рівня* існують «надімперативні» норми, імперативність яких не викликає сумніву і які не потребують тлумачення. Мета імперативних норм — забезпечення захисту приватних прав, які надані суб'єктам, без такого забезпечення може виникнути небезпека для реалізації принципу індивідуалізму і приватної

¹ Постанова Вищого господарського суду України від 28 грудня 2006 5. № 48/295. – http://www.arbitr.gov.ua/docs/28_1148581.html

² Про деякі питання практики застосування норм Цивільного та Господарського кодексів України: Інформаційний лист Вищого господарського суду України від 7 квітня 2008 р. № 01-8/211. – http://www.arbitr.gov.ua/documents/01-8_211_2008-07-04.html.

автономії¹. За логікою ст. 6 ЦК це норми, в яких прямо вказано про їх обов'язковість. Прикладами можуть бути норми щодо організаційно-правових форм юридичних осіб (ч. 1 ст. 83 ЦК), підстав недійсності правочину (ч. 2 ст. 215 ЦК) тощо. На цьому рівні зазначимо певний збіг внутрішніх та зовнішніх меж диспозитивності. «Пряма вказівка» законодавця про неможливість відступлення від нормативних положень не завжди є буквальною, вона може набувати різних форм, з урахуванням прийомів законодавчої техніки. Це може досягатися як шляхом безпосередньої вказівки на неможливість зміни того чи іншого положення домовленістю сторін (наприклад, ч. 2 ст. 259 ЦК) так і встановленням недійсності наслідків такого відступлення, нікчемності відповідного правочину (ч. 1 ст. 27, ч. 3 ст. 614, ч. 2 ст. 1008 ЦК).

Другим рівнем є ситуація, коли імперативність впливає із змісту правової норми. Якщо імперативність першого рівня «лежить на долоні» і з'ясування змісту норми, як правило, не вимагає, то визначити імперативність чи диспозитивність норми другого рівня можна лише за допомогою тлумачення. До цієї групи можуть бути віднесені норми, які містять певні обмеження, заборони, або ж навпаки надають сторонам певні переваги. Наприклад, відповідно до ст. 515 ЦК заміна кредитора не допускається у зобов'язаннях, нерозривно пов'язаних з особою кредитора, зокрема у зобов'язаннях про відшкодування шкоди, завданої каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я. Виникло питання — чи можуть сторони у договорі відступити від положень даної норми та врегулювати свої вимоги з відступлення права вимоги по-іншому, на власний розсуд? Дослідниками з цього приводу зазначається, що від нормативно закріпленої заборони уступки права вимоги сторони у договорі відступити не можуть, оскільки зі змісту норми-заборони впливає її обов'язковість для сторін². Іншим прикладом може бути неможливість відступлення від положень ч. 2 ст. 144 ЦК, яка забороняє звільнення учасника товариства з обмеженою відповідальністю від обов'язку внесення вкладу до статутного капіталу. Суть такої юридичної особи, як ТОВ, якраз і полягає у внесенні його учасниками вкладів, з яких складається статутний капітал, тому звільнити від внесення вкладу неможливо, оскільки це призведе до руйнації самої конструкції ТОВ. Видається, що до цієї групи належать також і норми, до

¹ Див.: Чантурия Л. Л. Введение в общую часть гражданского права (сравнительно-правовое исследование с учетом некоторых особенностей постсоветского права). — С. 69–70.

² Див.: Пушай В. І. Уступка вимоги і переведення боргу в цивільних правовідносинах (на матеріалах судової практики): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2006. — С. 13.

яких законодавець включив певного роду *винятки*, тобто забезпечив їх таким правотворчим прийомом, який характеризує відступлення від загального правила поведінки. Так, відповідно до ст. 35 ЦК, як *виняток*, певним категоріям неповнолітніх може бути надана повна цивільна дієздатність до досягнення вісімнадцяти років. Дане правило не може бути предметом відступлення за допомогою правочину.

На третьому рівні імперативності цивільно-правової норми впливає із суті відносин між сторонами. Визначення імперативних норм третього рівня становить найбільшу складність для правозастосування. *Перше*, оцінюється не сама цивільно-правова норма як абстрактна модель поведінки, а норма акта цивільного законодавства у контексті відносин сторін, із визначенням їх суті. За відсутності конкретних правовідносин, неможливо визначити їх суть, а отже, і вказати, чи існують тут імперативні норми третього рівня. *По друге*, потребує визначення, що слід розуміти під категорією «суть відносин», які її ознаки? Цивільне законодавство досить часто використовує категорію «суть», вказуючи на існування суті відносин (ч. 1 ст. 51, ч. 2 ст. 714, ч. 2 ст. 827, ч. 2 ст. 1089 ЦК), суті одностороннього правочину (ч. 5 ст. 201 ЦК), суті зобов'язання, (ч. 1 ст. 527, ч. 1 ст. 528, ч. 1 ст. 529, ч. 1 ст. 531, ч. 2 ст. 532, ч. 2 ст. 538, ч. 1 ст. 539, ч. 1 ст. 613, ст. 621, ч. 1 ст. 716, ч. 2 ст. 901 ЦК), суті виконання зобов'язання, забезпеченого заставою (ч. 1 ст. 584 ЦК), суті застави (ч. 1 ст. 586 ЦК), суті договору (ч. 5 ст. 626, ч. ч. 2, 4 ст. 636 ЦК), суті змішаного договору (ч. 2 ст. 628 ЦК), суті пропозиції укласти договір (ч. 3 ст. 641), суті договору ренти (ч. 2 ст. 734 ЦК), суті кредитного договору (ч. 2 ст. 1054 ЦК). Інші законодавчі акти використовують поняття суті діяльності (ст. 64 Закону України «Про банки і банківську діяльність»), суті порушення (ст. 52 Закону України «Про авторське право і суміжні права»), суті сімейних відносин (ст. 8 СК).

Як бачимо, у переважній більшості випадків законодавець використовує категорію «суть» стосовно динаміки майнового обігу, а точніше — у сфері зобов'язального права. Такий підхід нам вбачається не випадковим, оскільки саме сфера зобов'язань є за своєю природою та призначенням найбільш пристосованою для автономного регулювання і саморегулювання, а його конструкції є в цьому сенсі найбільш «гнучкими». Суть відносин між сторонами у розумінні ч. 3 ст. 6 ЦК — це перш за все *суть зобов'язальних* відносин, що склалися між ними. Нам видається, що при аналізі суті певного явища (у тому числі і відносин між сторонами) слід виходити із сукупності найважливіших ознак, відсутність яких змінює його природу, перетворюючи на щось інше. Такою ознакою виступає перш за все призначення цього явища, його функція, а може бути і ознака, що

відрізняє його від суміжних та схожих явищ реальної дійсності. В контексті досліджуваного питання найбільш рельєфно сутність проглядається на прикладі конструкції цивільно-правового договору. Відповідно до ст. 638 ЦК, яка відтворює зміст ст. 153 ЦК УРСР 1963 р., договір є укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов, якими є предмет та інші умови, визначені законом або є необхідними для договорів даного виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявою сторони має бути досягнуто згоди. Відразу зазначимо, що при включенні цієї норми до нового ЦК законодавцем не враховано тих принципових змін, що сталися у цивільно-правовому регулюванні останнім часом. Саме цим і зумовлена та обставина, що у ст. 638 ЦК на першому місці вказані істотні умови, визначені законом, а на останньому — самими сторонами. На практиці виникає питання щодо юридичної оцінки домовленості сторін, яка не містить усіх істотних умов, визначених законом. Інакше кажучи, чи може бути визнано укладеним договір, в якому сторони не досягли згоди з усіх істотних умов, визначених законом, або ж сторони можуть, з урахуванням положень ч. 3 ст. 6 ЦК, відступити від положень ст. 638 ЦК і врегулювати свої відносини на власний розсуд? Отже, постає питання, який характер мають норми ст. 638 — диспозитивний чи імперативний. Нам видається, що у ст. 638 ЦК (як і в ст. 153 ЦК УРСР) акценти у розумінні договору зміщені в бік його бачення виключно крізь призму формалізованих істотних умов, з чим у повній мірі важко погодитись. У юридичній конструкції договору ключовою є наявність згоди сторін, яка виступає і фундаментом подальших відносин, і поштовхом їх динаміки. Саме в цьому бачиться його сутність, особливо в логічному зв'язку із легальним визначенням договору як домовленості двох або більше учасників (ч. 1 ст. 626 ЦК). Виходячи з указанного, істотні умови слід розглядати більшою мірою як атрибутивний, а не сутнісний елемент договору. Це у свою чергу дає нам підстави стверджувати, що закон не може пов'язувати сторони договору ним же визначеним переліком істотних умов, цю обставину сторони визначають самостійно. Вважаємо, що в контексті права на відступлення ст. 638 ЦК слід розглядати як «еластичну» конструкцію, що містить запропоновані сторонам варіанти регулювання договірних відносин, якими вони можуть скористатися чи не скористатися. Тому представляти дану норму як надімперативну (як вказав, зокрема Вищий господарський суд¹), тобто таку, від якої сторони не можуть відступити, означає нехтувати сутністю цивільно-правового договору.

¹ Про деякі питання практики застосування норм Цивільного та Господарського кодексів України: Інформаційний лист Вищого господарського суду України від 7 квітня 2008 р. № 01-8/211. – http://www.arbitr.gov.ua/documents/01-8_211_2008-07-04.html.

Р. Тертишніков, начальник відділу
УБОЗ ГУМВС України в Харківській
області

Доказування в цивільному і адміністративному судочинстві та його мета

Зміни в цивільному судочинстві, що пов'язані з прийняттям нового Цивільного процесуального кодексу України (далі — ЦПК) та прийняттям Кодексу адміністративного судочинства України (далі — КАС), викликали певні складнощі як у судовій практиці, так і в юридичній літературі. Однією з таких проблем є визначення доказування та його мети.

Згідно із ст. 1 ЦПК завданнями цивільного судочинства є справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ з метою захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави. Подібним чином визначаються завдання суду і в адміністративному судочинстві (ст. 2 КАС). Зазначені завдання виконуються судом шляхом розгляду і вирішення цивільних і адміністративних справ при додержанні процесуальної форми та правильному застосуванні належних норм цивільного або адміністративного права. Підсумковим актом захисту суб'єктивного права повинно бути законне і обґрунтоване судове рішення. Досягнення цієї мети можливе за умов, якщо при розгляді справи буде досягнуте вірне знання про фактичні обставини даного спору. Лише у такому випадку суд буде мати можливість визначити належну норму матеріального права, яка регулює такі спірні відносини, та з'ясувати суб'єктивні права і обов'язки учасників цих відносин.

Вірне знання про фактичні обставини судової справи досягається в результаті певної процесуальної діяльності учасників судового процесу, яку і можна у загальному вигляді вважати судовим доказуванням. Визначення судового доказування в юридичній літературі є доволі не однозначним.

Так, А. К. Сергун стисло зауважує, що доказування — це діяльність, яка направлена на встановлення обставин справи за допомогою судових доказів¹. В. В. Комаров визначає доказування як основну частину процесуальної діяльності, спрямовану на одержання об'єктивних даних,

¹ Див.: *Сергун А. К.* Советский гражданский процесс. — М., 1985. — С. 149.

необхідних для виконання завдань цивільного судочинства, тобто закладає у своє визначення доказування і значення цієї діяльності та її мету¹. В. А. Кройтор судовим доказуванням вважає діяльність учасників процесу при визначальній ролі суду по наданню, збиранню, дослідженню та оцінці доказів з метою встановлення обставин цивільної справи, він зазначив при цьому і стадії судового доказування, і головну роль суду у цьому процесі². В. В. Бабенко з огляду на інтелектуальну складову доказування визначила його як розумову та процесуальну діяльність його суб'єктів по доведенню будь-якого положення і виведенню нового знання на підставі дослідженого³.

Таким чином, як свідчать наведені точки зору правознавців, загальноприйнятим в юридичній науці є поняття доказування як розумової і процесуальної діяльності відповідних учасників судочинства по встановленню обставин судової справи за допомогою судових доказів. Але вважається, що таким чином характер і мета судового доказування визначаються лише у загальному вигляді.

Структуру судового доказування, його елементи найчастіше вбачають у трьох складових: збирання доказів, дослідження доказів та їх оцінка⁴. Деякі автори наводять більш деталізовану структуру доказування: твердження про факти, посилання на докази, надання доказів, розкриття доказів, витребування доказів судом за клопотанням сторін та за своєю ініціативою, дослідження доказів та їх оцінка⁵. Але і з першої, і з другої точок зору вбачається, що суд є не лише суб'єктом вирішення справи, як інколи стверджували⁶, а і суб'єктом доказування. І це дійсно так. Суд і особи, які беруть участь у справі, «задіяні» і у процесі збирання доказів, і у ході їх дослідження, і навіть у процесі їх оцінки. При цьому лише необхідно звертати увагу на неоднаковість процесуальних наслідків дій суду і інших суб'єктів доказової діяльності.

¹ Див.: *Комаров В. В.* Доказування та докази в цивільному судочинстві: Текст лекцій. – Х., 1991. – С. 3.

² Див.: *Кройтор В. А.* Гражданский процесс: Учеб. пособие. – Х., 2006. – С. 92.

³ Див.: *Бабенко В. В.* Доказування в господарському процесі: Автореферат дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2007. – С. 7.

⁴ Див.: *Комаров В. В.* Доказування та докази в цивільному судочинстві. – С. 5.

⁵ Див.: *Треушников М. К.* Судебные доказательства. – 4-е изд. – М., 2005. – С. 44–45.

⁶ Див.: *Клейнман А. Ф.* Новейшие течения в советской науке гражданского процессуального права. – М., 1967. – С. 47–48.

Так, процесуальним наслідком оцінки доказів судом є ухвалення ним певного судового рішення, а оцінка доказів, наприклад, сторонами у справі таких наслідків не спричиняє і лише визначає їх позицію під час виступів у судових дебатах. Тому можна стверджувати, що доказова діяльність суду має за мету судове пізнання фактичних обставин судової справи, яке забезпечує ухвалення законних і обґрунтованих судових рішень.

В юридичній літературі цілком слушно визначають такі особливості судового пізнання, як його цілеспрямований характер, особливість суб'єкта судового пізнання, здійснення його в межах судового провадження, тобто в процесуальній формі, воно є за загальним правилом опосередкованим і спрямованим на встановлення об'єктивної істини у справі¹.

Цілеспрямованість судового пізнання вбачається необхідною як з матеріалів судової практики, так і з вимог процесуального законодавства. На відміну від побутового пізнання, яке не є підпорядкованим суворо визначеній меті і є стихійним, судове пізнання є підпорядкованим перш за все тим, що процесуальне законодавство встановлює певні обов'язки суб'єктів процесу по доведенню фактичних обставин справи, по дослідженню доказів та їх оцінці. Так, відповідно до статей 60 ЦПК та 71 КАС кожна сторона зобов'язана довести ті обставини, на які вона посилається як на підставу своїх вимог і заперечень. Згідно зі статтями 179 ЦПК та 138 КАС предметом доказування по справі є обставини, якими обґрунтовуються заявлені вимоги чи заперечення або які мають значення для вирішення справи та які належить встановити при ухваленні судового рішення у справі. Статті 212 ЦПК та 86 КАС встановлюють принципи оцінки доказів судом як головним і особливим суб'єктом доказової діяльності. Результати дослідження судових доказів та їх оцінки повинні відображатись у мотивувальній частині судового рішення. Порушення даних вимог спричиняє скасування судових рішень вищестоящим судом.

Так, в ухвалі Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України від 17 листопада 2004 р. зазначено, що відповідно до ст. 313 ЦПК України ухвала апеляційного суду, крім іншого, має містити мотиви, за якими суд апеляційної інстанції дійшов свого висновку, і посилання на закон, яким він керувався, а при відхиленні апеляційної скарги в ухвалі зазначаються конкретні обставини й факти, якими спростовуються наведені в ній доводи².

¹ Див.: *Боннер А. Т.* Установление обстоятельств гражданских дел. – М., 2000. – С. 107–108.

² Вісн. Верхов. Суду України. – 2005. – № 3 (55). – С. 23.

Побутове, життєве пізнання здійснюється шляхом вільного вибору його методів, засобів та ін., а судове пізнання повинно проходити у рамках процесуальної форми, тобто встановленого процесуальними нормами порядку визначення кола фактів, які підлягають встановленню, та доказів, що можуть їх підтверджувати чи спростовувати, порядку надання та витребування зазначених доказів, їх дослідження й оцінки. Як уже зазначалося, процесуальні норми визначають предмет доказування, тобто коло обставин, які підлягають доказуванню та судовому пізнанню у даній справі, ЦПК та КАС встановлюють поняття доказів, коло засобів доказування, порядок дослідження доказів та їх оцінки.

Слід зазначити, що при визначенні кола засобів доказування цивільне процесуальне законодавство і законодавство про адміністративне судочинство дане питання вирішують неоднаково. Частина 2 ст. 57 ЦПК визначає вичерпний перелік засобів доказування у цивільному судочинстві таким чином: пояснення сторін, третіх осіб, їхніх представників, допитаних як свідків, показання свідків, письмові докази, речові докази, зокрема звуко- і відеозаписи, висновки експертів. Подібним чином встановлює коло засобів доказування в адміністративному судочинстві ч. 1 ст. 69 КАС, але стосовно пояснень сторін, третіх осіб та їхніх представників вона не містить обмеження, що пояснення зазначених осіб вважаються засобами доказування лише тоді, коли вони допитані як свідки.

Вважається, що вирішення питання про правове значення головних засобів доказування, а саме такими є пояснення сторін, третіх осіб та їхніх представників, в адміністративному процесуальному законодавстві є більш вдалим і обґрунтованим ніж у цивільному процесуальному законодавстві хоча б із таких причин.

По-перше, якщо допитуються свідки і начебто повинні допитуватися сторони, треті особи та їх представники, то засіб доказування і у другому випадку повинен називатися показанням сторін, третіх осіб та їхніх представників, а не їх поясненням. Чому тоді статті 57, 62 ЦПК та ін. застосовують поняття «пояснення сторін, третіх осіб, їхніх представників», а не «показання сторін, третіх осіб, їхніх представників»?

По-друге, згідно з ч. 1 ст. 61 ЦПК підставою звільнення від обов'язку доказування може бути визнання сторонами та іншими особами, які беруть участь у справі, певних обставин цивільної справи, що розглядається в суді. Виходить, що визнання зазначених обставин справи матиме правове значення і буде підставою звільнення від обов'язку доказування цих обставин лише у тому випадку, якщо таке визнання отримане судом не в ході опитування сторін, третіх осіб, їхніх представників, а у про-

цесі їх допиту. Тому вважається за необхідне, хоча б з огляду на зазначені обставини, виключити із ч. 2 ст. 57 ЦПК слова «допитаних як свідки» та внести відповідні зміни до інших статей ЦПК.

Уявляється спірним і віднесення як цивільним процесуальним законодавством (ч. 2 ст. 57 ЦПК), так і адміністративним процесуальним законодавством (ч. 1 ст. 80 КАС) до речових доказів магнітних, електронних та інших носіїв інформації, що містять аудіовізуальну інформацію про обставини, які мають значення для справи.

У правозастосувальній практиці та у процесуальному законодавстві існує чітка відмінність у визначенні понять «письмові докази» та «речові докази»: письмовими доказами є будь-які документи, акти, довідки, листування службового або особистого характеру або витяги з них, що містять відомості про обставини справи (ст. 64 ЦПК), а речовими доказами є предмети матеріального світу, що містять інформацію про обставини, які мають значення для справи (ст. 65 ЦПК). У науковій та навчальній літературі до зазначеного звичайно додають, що суд отримує відомості про обставини справи із змісту письмових доказів, а стосовно речових доказів зазначають, що відомості про обставини справи суд отримує із самого факту їх наявності, їх місця знаходження, форми та інших ознак.

Однак слід зауважити, що письмові докази також мають матеріальну основу: їх зміст викладається на «предметах матеріального світу». Тому закономірним буде питання: до яких засобів доказування віднести дискету у тому випадку, якщо вона цікавить суд самим місцем її знаходження, і у тому випадку, якщо суд цікавить зміст інформації, що у ній міститься? З огляду на викладене вважаємо необхідним зазначити у процесуальному законодавстві магнітні, електронні та інші носії інформації, які містять аудіовізуальну інформацію про обставини справи, що розглядається в суді, як самостійний засіб доказування.

Важливою особливістю судового пізнання є його опосередкований характер, оскільки його предметом за загальним правилом є обставини, які мали місце у минулому. Лише в окремих випадках при розгляді справ суд безпосередньо досліджує та оцінює окремі засоби доказування і пізнає окремі обставини юридичної справи.

І останнє, метою судового пізнання є досягнення судом вірного знання про обставини справи, що розглядається, та ухвалення на підставі цього законного і обґрунтованого рішення суду. Лише за таких умов рішення суду буде стабільним і будуть виконані завдання судочинства.

О. Віхров, кандидат юридичних наук,
доцент, доцент Київського славістичного
університету

Об'єкт у структурі господарських правовідносин

Із прийняттям Господарського кодексу (ГК) України в законодавство і практику правового регулювання господарської діяльності офіційно запроваджена така ключова, основоположна категорія, як господарські відносини. Опосередкування зазначених відносин правом відображає категорія господарських правовідносин. Дослідження теоретичних і практичних аспектів господарських правовідносин, науковий аналіз елементів їхнього складу, зокрема об'єктів, постає як одне із важливих наукових і практичних завдань господарсько-правової науки. Адже саме об'єкт відображає спрямованість використання категорії господарських правовідносин як невід'ємної складової механізму правового регулювання господарської діяльності, забезпечує цільове осмислення їхньої ролі в цьому механізмі, розробку і впровадження відповідних практичних рекомендацій, що в кінцевому підсумку сприяє становленню і зміцненню правового господарського порядку і є особливо актуальним у сучасних умовах розвитку ринкової економіки.

У вітчизняній науці господарського права системні дослідження категорії господарських правовідносин в аспекті новоприйнятого ГК України практично відсутні. Деякі риси таких правовідносин характеризуються у навчальній літературі¹, окремих монографічних дослідженнях² та наукових статтях³. Теоретичні і практичні питання об'єктів господарських

¹ Див.: *Щербина В. С.* Господарське право: Підручник. – К., 2005. – 592 с.; *Вінник О. М.* Господарське право: Курс лекцій. – К., 2004. – 624 с.; *Господарське право України: Підручник / За ред. В. М. Гайворонського, В. П. Жушмана.* – Х., 2005. – 384 с.; *Хозяйственное право Украины / Под ред. А. С. Васильева, О. П. Подцерковного.* – Харьков, 2006. – 496 с. та ін.

² Див.: *Беляневич О. А.* Господарське договірне право України (теоретичні аспекти). – К., 2006. – 592 с.; *Подцерковний О. П.* Грошові зобов'язання господарського характеру: проблеми теорії і практики. – К., 2006. – 424 с. та ін.

³ Див.: *Мілаш В.* Проблеми визначення господарсько-правового статусу учасників господарських відносин // *Підприємництво, господарство і право.* – 2008. – № 2. – С. 25–29; *Віхров О. П.* Господарські правові відносини: сутність і функціональне призначення // *Економіка і право.* – 2007. – № 2 (18). – С. 87–91 та ін.

правовідносин за рідкісними винятками¹, на які докладніше буде вказано нижче, фактично знаходяться поза увагою дослідників.

Метою даної статті є дослідження об'єктів господарських правовідносин на основі аналізу загальнотеоретичного поняття об'єкта правовідношення і розуміння такого об'єкта в галузевих юридичних науках.

Під терміном «об'єкт» у філософії розуміється те, що протистоїть суб'єкту в його предметно-практичній і пізнавальній діяльності. Стосовно правовідносин об'єкти — це те, з приводу чого виникають, існують і розвиваються самі правові відносини, виникають і реалізуються суб'єктивні юридичні права і обов'язки їх учасників. Об'єкт правовідношення показує, на що воно спрямоване, на що впливають права та обов'язки його суб'єктів².

У юридичній науці об'єкт правовідношення виступає найбільш спірним його елементом. Наукові погляди дослідників розрізняються у питаннях як щодо входження об'єкта до складу правовідношення, так і щодо розуміння самого поняття «об'єкт правовідношення». Якщо перше з відзначених питань у цілому знайшло позитивне вирішення, і об'єкт як елемент правовідношення визнається більшістю науковців³, то друге питання залишається дискусійним.

У теорії права щодо розуміння категорії об'єкта правовідносин виділяються два підходи. Перша точка зору — плюралістична, полягає в тому, що об'єктом правовідносин визнаються явища навколишнього світу — матеріальні та інші соціальні блага, які служать задоволенню інтересів і потреб суб'єктів (учасників) правовідносин, і з приводу яких у цих суб'єктів і виникають відповідні юридичні зв'язки. При цьому до об'єктів правовідносин належать матеріальні (речі, майно, цінності і т. п.) і нематеріальні (життя, здоров'я, честь, гідність і т. п.) блага, продукти духовної діяльності (твори мистецтва, науки, комп'ютерні програми і т. п.), цінні папери і документи (гроші, акції, дипломи, атестати тощо), політичні (зокрема, державні) блага, а також результати дій учасників правовідносин⁴.

¹ Хозяйственное право: Учебник / Под ред. В. К. Макутова. — К., 2002. — С. 72.

² Див.: *Иоффе О. С.* Спорные вопросы учения о правоотношении / Очерки по гражданскому праву: Сб. ст. / Отв. ред. О. С. Иоффе. — Л., 1957. — С. 44.

³ Див.: *Иоффе О. С., Шаргородский М. Д.* Вопросы теории права. — М., 1961. — С. 201; *Скаун О. Ф.* Теория держави і права: Підручник. — Х., 2001. — С. 348–349; *Єрмоленко В.* Об'єкт у структурі правовідносин // Юрид. України. — 2004. — № 1. — С. 11–15.

⁴ Див.: *Алексеев С. С.* Общая теория права: В 2 т. — М., 1982. — Т. 2. — С. 154–155; *Абдулаев М. И., Комаров С. А.* Проблемы теории государства и права. — СПб., 2003. — С. 384 та ін.

Друга точка зору — моністична, виходить з того, що об'єктом правовідносин можуть бути тільки вчинки, діяння людей та інших суб'єктів, їхня поведінка, фактичні суспільні відносини, оскільки тільки вони здатні реагувати на дію права, на вплив правовідносин¹. Лише діяльність людини, людська поведінка, виражені в діях або утриманні від дій, — писав О. С. Іоффе, — здатні до реагування на правовий вплив, оскільки існує тільки один і єдиний об'єкт правомочності і обов'язку, а відтак, і об'єкт правовідношення — людська поведінка, діяльність або дії людей².

Визнаючи юридичним об'єктом правовідношення поведінку, діяльність людей (О. С. Іоффе), фактичні суспільні відносини (Ю. К. Толстой³), прибічники моністичного підходу не виключають і наявність у правовідношення матеріального (спеціального) об'єкта, або предмета — матеріальних та нематеріальних благ, з приводу яких виникають правовідносини⁴. При цьому підкреслюється, що на юридичний об'єкт правовідносини впливають безпосередньо, а на матеріальний — тільки через поведінку суб'єктів правовідносин⁵.

Різні підходи до трактування категорії «об'єкт правовідносин» знайшли відображення і в галузевих юридичних науках, причому застосування того або іншого підходу для характеристики даної категорії значною мірою обумовлено історичною традицією або науковою позицією певного дослідника чи групи дослідників. Так, у науці цивільного права уявлення про об'єкти цивільних правовідносин як про речі, дії, у тому числі послуги, результати духовної та інтелектуальної творчості, особисті немайнові блага, інші явища і предмети навколишнього світу, які мають властивість задовольняти інтереси учасників правовідносин⁶, є практично загальноновизнаним, знайшло втілення у відповідних поло-

¹ Див.: Общая теория права и государства: Учебник / Под ред. В. В. Лазарева. – М., 1994. – С. 149; Спиридонов Л. И. Теория государства и права. – М., 1997. – С. 195–197 та ін.

² Див.: Иоффе О. С. Правоотношения по советскому гражданскому праву. – Л., 1949. – С. 82.

³ Див.: Толстой Ю. К. Еще раз о правоотношении // Известия высших учебных заведений. Правоведение. – 1969. – № 1. – С. 32–36; Общая теория государства и права / Отв. ред. В. С. Петров, Л. С. Явич. – Л., 1974. – Т. 2. – С. 343.

⁴ Див.: Иоффе О. С. Спорные вопросы учения о правоотношении. – С. 49–50; Общая теория государства и права. – С. 343–345; Общая теория права и государства. – С. 149–150.

⁵ Див.: Иоффе О. С., Шаргородский М. Д. Вопросы теории права. – С. 230.

⁶ Цивільне право України: Підручник / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. – К., 2002. – Кн. 1. – С. 80; Харитонов Е. О., Саниахметова Н. А. Гражданское право Украины: Учебник. – 2-е изд. – Х., 2005. – С. 78–79.

женнях нового ЦК України і офіційно лежить в основі класифікації цивільних правовідносин на речові та зобов'язальні. Аналогічний (плюралістичний) підхід переважає і при характеристиці об'єктів фінансових¹ та адміністративних правовідносин², хоча тут мають місце й винятки на користь моністичного підходу³. В науці аграрного права переважає моністичний підхід: як об'єкта, аграрних правовідносин розглядаються суспільні аграрні відносини, що становлять предмет регулювання цієї галузі права і через систему правовідносин набувають значущості об'єкта останніх⁴. Разом з тим і в цій галузі правових знань окремі дослідники висловлюються з позиції плюралістичного підходу⁵.

У теорії господарського права дослідження господарських правовідносин тільки започатковується і переважно ґрунтується на висновках цивільно-правової та адміністративно-правової теорій. Щодо характеристики об'єктів господарських правовідносин тут в основному використовується плюралістичний підхід: об'єктом таких правовідносин пропонується вважати засоби здійснення господарського інтересу — речі, у тому числі гроші і цінні папери, дії зобов'язаних осіб, власну діяльність суб'єкта господарювання, нематеріальні блага, які використовуються при здійсненні господарської діяльності (фірмове найменування, товарний знак, комерційна таємниця та інші)⁶.

Хоча плюралістична точка зору щодо розуміння об'єкта правовідносин набула значного поширення як у теорії права, так і в галузевих правових дослідженнях, все ж таки найбільш обґрунтованою, як уявляється, слід вважати моністичну точку зору. Об'єктом правовідносин, зокрема господарських, може бути тільки те, що здатне реагувати на відповідний правовий вплив.

Так, відносини власності не є відносинами суб'єкта щодо належно йому певного майна, а відносинами між цим суб'єктом та іншими суб'єктами з приводу цього майна. Власність — категорія суспільна,

¹ Див.: *Карасева М. В.* Финансовое правоотношение. — М., 2001. — С. 139–153; *Чернадчук В.* До питання об'єкта бюджетних правовідносин // Підприємництво, господарство і право. — 2007. — № 3. — С. 79–84.

² Адміністративне право України / За ред. С. В. Ківалова. — Одеса, 2003. — С. 60 та ін.

³ Див.: *Харитонова О. І.* Адміністративно-правові відносини (проблеми теорії): Монографія. — Одеса, 2004. — С. 83.

⁴ Аграрне право України / За ред. В. З. Янчука. — К., 2000. — С. 63–65.

⁵ Див.: *Уркевич В. Ю.* Про класифікацію аграрних правовідносин // Часопис Київ. ун-ту права. — 2004. — № 4. — С. 82.

⁶ Хозяйственное право: Учебник / Под ред. В. К. Мамутова. — С. 72.

і об'єктом правовідносин власності може бути саме поведінка інших суб'єктів з приводу майна, яке належить певному суб'єкту-власнику. Це стосується і правовідносин, що виникають з приводу інших благ у сфері господарювання, зокрема таких, як права суб'єкта на підприємницьку діяльність, не заборонену законом, на визначені законом правові застави і гарантії підприємництва, на забезпечення державою захисту конкуренції у підприємницькій діяльності, недопущення зловживання монопольним становищем та ін. Реалізація суб'єктом зазначених та інших прав у господарській діяльності залежить від поведінки інших суб'єктів, які зобов'язані утримуватися від порушення цих прав.

Щодо відносин (зокрема, договірних) правовідносин, то об'єктом прав і обов'язків сторін у договорах поставки, будівельного підряду, енергопостачання або інших подібних також є не майно, результати робіт чи гроші, а дії постачальника (підрядника) і покупця (замовника) з їх передачі і прийому. Носій суб'єктивного права може претендувати на надане йому іншою стороною певне майно (гроші, речі, результати робіт чи інше), володіти і розпоряджатися таким майном і т. д. Зобов'язана сторона повинна надати йому відповідне майно, або не заважати діям по розпорядженню майном. Саме ця фактична поведінка є об'єктом правовідносин.

Отже, об'єктом господарських правовідносин виступають реальні, конкретні господарські відносини, що виникають у процесі організації та здійснення господарської діяльності між її учасниками. Господарські правовідносини спрямовані на регулювання цих конкретних відносин, фактичної поведінки суб'єктів у юридично значущій економічній ситуації. Об'єкт господарських правовідносин як фактична поведінка їхніх учасників найбільшою мірою пов'язаний з волевою стороною права, що характеризує практичне, реальне втілення в життя нормативних програм, моделей, зразків поведінки відповідних суб'єктів.

Вказана точка зору (моністична) повною мірою відповідає розумінню господарських правовідносин, що обґрунтовано в господарсько-правовій теорії і обстоюється автором цієї статті, як різновиду суспільних відносин, як проміжної стадії господарсько-правового регулювання між господарсько-правовими нормами і господарськими відносинами (господарською діяльністю), як юридичного засобу реалізації норм права, засобу правового впливу на фактичні суспільні відносини, як запропонованої суспільством (державою) моделі правової поведінки суб'єкта¹.

¹ Див.: Хозяйственное право: Учебник / Под ред. В. К. Макутова. – С. 64–72; Віхров О. П. Господарські правові відносини: сутність і функціональне призначення // *Економіка і право*. – 2007. – № 2 (18). – С. 87–91.

Даний підхід знаходить підтримку і в законодавчих актах. Так, якщо у Законі України «Про лізинг» від 16 грудня 1997 р. для позначення майна, що передається в лізинг, вживався термін «об'єкт лізингу», то у прийнятій 11 грудня 2003 р. новій редакції даного Закону, який переіменований в Закон «Про фінансовий лізинг», для позначення лізингового майна використовується термін «предмет лізингу».

У рамках моністичного підходу до розуміння об'єкта правовідносин, як зазначалося, прийнято виділяти юридичний об'єкт і матеріальний (спеціальний) об'єкт, або предмет. У плані юридичного об'єкта стосовно господарських правовідносин можна вести мову про окремі конкретні господарські відносини, що складаються (безпосередній об'єкт), окремі однорідні групи таких відносин (груповий або родовий об'єкт) і всю сукупність господарських відносин у єдності їх видів, визначених ч. 4 ст. 3 ГК України, в усіх сферах і галузях господарської діяльності (загальний об'єкт). Щодо матеріального об'єкта, враховуючи, що коло явищ навколишнього світу, з приводу яких складаються і існують правовідносини, включає й інші (нематеріальні) соціальні блага, більш правильним, як уявляється, буде визначення не «матеріальний», а «спеціальний» об'єкт або «предмет», яке вживається багатьма дослідниками¹.

Беручи до уваги особливості одного із основних видів господарських правовідносин — організаційно-господарських, вважаємо необхідним окремо зупинитися на характеристичі їхнього об'єкта — організаційно-господарських відносин, які складаються між суб'єктами господарювання та суб'єктами організаційно-господарських повноважень у процесі управління господарською діяльністю (ч. 6 ст. 3 ГК України). Запропоноване у Кодексі визначення цих відносин здатно дати підстави для уявлення, що об'єктом відповідних правовідносин є відокремлений процес організації господарської діяльності та управління нею. Але подібне уявлення потребує певного уточнення. Організацію господарської діяльності не можна відривати від такої діяльності (виробництва товарів, робіт, послуг, розподілу їх та обміну ними). Процес організації сам по собі без предмета організації (безвідносно до того, що саме організується) втрачає практичний сенс. Організаційний елемент в організаційно-господарських відносинах (і правовідносинах) відображає характер зазначених господарських відносин (правовідносин). Але ж і матеріальний, майновий елемент в них також певною мірою обов'язково присутній.

Так, організаційне значення угоди про умови користування нафтогазовими надрами, яка укладається між суб'єктом господарювання — над-

¹ Див.: *Спиридонов Л. И.* Теория государства и права. – С. 196; *Иоффе О. С.* Правоотношения по советскому гражданскому праву. – С. 188–190 та ін.

рокористувачем та Держгеолслужбою — суб'єктом організаційно-господарських повноважень і належить до організаційно-господарських зобов'язальних правовідносин, полягає в тому, що ця угода регулює і конкретизує передбачені законодавством та дозволом на користування нафтогазоносними надрами технічні, технологічні, організаційні, екологічні та інші аспекти користування цими надрами на відповідній ділянці. Матеріальний (майновий) елемент вказаної угоди знаходить вияв у її істотних умовах щодо програми робіт, які повинні бути виконані суб'єктом господарювання — надкористувачем, джерел і обсягів фінансування робіт, строків їх виконання, відповідальності сторін та інших. Або в недоговірному організаційно-господарському правовідношенні з патентування окремих видів підприємницької (господарської) діяльності матеріальна сторона полягає в тому, що однією з умов отримання патенту суб'єктом господарювання є внесення ним встановленої плати за видачу патенту, з моменту отримання патенту цей суб'єкт набуває права здійснювати відповідний вид підприємницької діяльності і одержувати прибуток, у разі недотримання суб'єктом господарювання умов здійснення вказаної діяльності на нього може бути накладений адміністративно-господарський штраф тощо.

Отже, організаційно-господарські правовідносини тісно та безпосередньо пов'язані з господарською діяльністю в цілому, а не тільки з її організаційною стороною. Як справедливо зазначається в літературі, відносини управління виробництвом (організаційно-господарські відносини) за змістом є насамперед господарськими, економічними, організаційні елементи цих відносин визначаються їхнім економічним змістом¹.

За суб'єктною спрямованістю залежно від характеру і змісту окремих господарських правовідносин їх об'єктами можуть виступати або права поведінка зобов'язаного суб'єкта правовідношення, що в основному є характерним для зобов'язальних господарських правовідносин, або власна діяльність суб'єкта господарювання чи іншого учасника господарської діяльності. Щодо останньої (власної діяльності суб'єкта) як об'єкта правовідношення, то вона, як правило, також поєднується з відповідною поведінкою потенційного контрагента — суб'єкта господарювання або суб'єкта організаційно-господарських повноважень. Підтвердженням сказаного можуть служити, зокрема, абсолютні організаційно-господарські правовідносини з планування суб'єктом господарювання власної господарської діяльності, зміст яких обумовлений відповідним абсолютним правом цього суб'єкта. Будь-який інший суб'єкт господа-

¹ Див.: *Мамутов В. К.* Экономика и право: Сб. науч. трудов. – Киев, 2003. – С. 10–12.

рювання, а також орган виконавчої влади, орган місцевого самоврядування чи інший суб'єкт організаційно-господарських повноважень при прийнятті управлінських рішень чи здійсненні інших управлінських функцій в ході реалізації своїх організаційно-господарських повноважень — повинні не перешкоджати управленому суб'єктові господарювання в реалізації його прав у сфері планування власної діяльності.

Підсумовуючи, слід ще раз підкреслити, що загальним об'єктом господарських правовідносин (у тому числі й організаційно-господарських), є фактичні господарські відносини, процес організації та здійснення господарської діяльності в цілому.

Груповим (родовим) об'єктом окремих груп господарських правовідносин виступають фактичні відносини, що складаються при здійсненні конкретних видів господарської (економічної) діяльності, з приводу яких мають місце певні групи цих правовідносин. Зокрема, це реальні конкретні відносини із виробництва і поставки продукції (товарів), із виконання будівельних робіт, із здійснення легалізації (легітимації) суб'єктів господарювання (державна реєстрація, ліцензування, патентування та ін.), з управління об'єктами державної та комунальної власності, з державного регулювання і контролю за монополізацією товарних ринків, з державного регулювання і контролю за функціонуванням ринків фінансових послуг та інші.

Безпосереднім об'єктом окремого господарського правовідношення виступає конкретне відношення у сфері господарської (економічної) діяльності, з приводу якого складається це окреме організаційно-господарське правовідношення, конкретні дії, реальна поведінка учасників цього відношення. Зокрема, це фактичні дії з укладення господарського договору, з подання державним (комерційним чи казенним) підприємством на затвердження органу, до сфери управління якого воно входить, фінансового плану і затвердження цим органом такого плану, фактичні дії уповноваженого органу з контролю за додержанням суб'єктом господарювання ліцензійних умов щодо здійснення певного виду господарської діяльності або інші подібні.

Предметами (спеціальними об'єктами) господарських правовідносин виступають безпосередні матеріальні і нематеріальні засоби здійснення господарського інтересу. Вони можуть бути класифіковані відповідно до положень розділу III ГК України на певні групи: майно, природні ресурси, об'єкти прав інтелектуальної власності, що використовуються у сфері господарювання, корпоративні права.

Подальші дослідження об'єктів господарських правовідносин, як уявляється, пов'язані з більш докладною характеристикою цих об'єктів в аспекті вдосконалення правового регулювання господарської діяльності.

Зміст договірних правовідносин у сфері виконання науково-дослідних робіт

У науковій, зокрема, цивільно-правовій літературі попередніх та останніх років, наукові розробки дедалі більше приділяють уваги загальним та конкретним аспектам договірних цивільно-правових зобов'язань та в цілому договірному праву¹. При цьому досить широкий спектр питань присвячено саме договірним цивільним правовідносинам загальноправового та спеціального призначення. Скромне місце серед них приділено, зокрема аналізу договорів на виконання науково-дослідних, дослідно-конструкторських та технологічних робіт. Договірним правовідносинам, їх структурі, змісту, суб'єктному, об'єктному складам, підставам виникнення, зміни та припинення, у сфері виконання науково-дослідних робіт спеціальні наукові дослідження на рівні монографічних робіт, вченими України не присвячувалися.

Зазначу, що в процесі творчого пошуку й розробки даної проблематики особливо акцентується на *правовідносини, їх зміст та правові зв'язки правосуб'єктних осіб, що виникають* (впливають, формуються) на підставі укладання договору на виконання науково-дослідних робіт. Такі правовідносини, на нашу думку, є особливим різновидом підрядних договірних правовідносин. А тому їх актуальність, значення і роль обумовлюються наявністю особливих правових зв'язків між суб'єктами цих правовідносин, що формуються з часу настання юридичної підстави, тобто укладання договору на виконання науково-дослідних робіт, та завершуються досягненням результату наукової творчості, тобто створенням об'єктів права інтелектуальної власності.

Цей різновид договірних правовідносин, у процесі яких створюються переважно об'єкти, що обумовлюють прискорення НТП, виготовлення та виробництва конкурентоспроможної, високотехнологічної науково-технічної продукції, розвиток сучасної науки і техніки, з метою запро-

¹ Див.: *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Кн. 1: Общие положения. – М., 2001; *Казанцев М. В.* Договорное регулирование: цивилистическая концепция. Екатеринбург, 2002; *Олюха В. Г.* Цивільно-правовий договір: поняття функції, система: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2003; *Бервено С. М.* Проблеми договірної права України: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – К., 2006; *Иванов В. В.* Общая теория договора. – М., 2006 та ін.

вадження їх результатів у виробництво, та ініціюють розробку різнобічних інноваційних технологій.

Особливо ця актуальність посилюється у сфері правотворчості, в якій виконання науково-дослідних робіт векторно спрямовується на вдосконалення гарантійних механізмів чинного цивільного законодавства, його гармонізацію та адаптацію, відповідно до вимог та принципів законодавства Європейського Союзу. Шляхом наукових розробок та впровадження у законотворчий процес наявних наукових цивільно-правових доктрин та концепцій щодо підготовки різноманітних законодавчих актів, цивільно-правового спрямування досягається підвищення ефективності чинних правових інститутів, поліпшення функціонування правової системи України, узгодженої із європейськими стандартами.

Важливою є і та обставина, що у межах цих правовідносин виконавцями договірних зобов'язань створюються різноманітні об'єкти права інтелектуальної та промислової власності, захист яких на сучасному етапі набуває важливого юридичного науково-теоретичного та прикладного значення як на національному, так і транснаціональному рівнях.

Варто відзначити, що чинний Цивільний кодекс України містить спеціальний розділ, норми якого передбачають договірний характер правовідносин та спеціальну правосуб'єктність сторін у сфері виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт (гл. 62, статті 892–900).

Тож не випадково, що і в цивільно-правовій літературі наявні науково-освітні підходи із зазначеної проблематики здебільшого присвячуються розкриттю юридичної природи договору на виконання науково-дослідних, дослідно-конструкторських та технологічних робіт,¹ ніж дослідженню договірних правовідносин та їх змісту у цій сфері.

Тому, на нашу думку, в науково-практичному контексті важливо окреслити не тільки формально-юридичні ознаки вказаного договору, але й виявити динаміку механізму правового опосередкування процесу виконання науково-дослідних робіт і тим самим проаналізувати всі елементи змісту цих правовідносин, які складаються у реальній практиці між різноманітними суб'єктами, як носіями спеціальної правосуб'єктності (право-

¹ Див.: Харитонов Е. О., Саниахметова Н. А. Гражданское право. – К., 2001. – С. 561–565; Цивільне право України: Підручник: У 2 кн. Кн. 2. / За ред. проф. Дзери. О. В., проф. Кузнецової Н. С. – К., 2004. – С. 205–212; Луць В. В. Контракти у підприємницькій діяльності. – К., 1999. – С. 259–263; Цивільне право України: Підручник: У 2 т. / За ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. – Т. 2. – К., 2004.

здатності і дієздатності), відповідно до умов і вимог договору, процесу виконання цих робіт, його змісту, форми та отримання певного наукового результату як об'єкта права інтелектуальної власності.

Саме до таких найактуальніших теоретико-практичних проблем цивільних правовідносин варто, на наш погляд, віднести питання щодо змісту договірних правовідносин у сфері виконання науково-дослідних робіт.

У юридичній, зокрема цивільно-правовій літературі, визначення змісту цивільних правовідносин, як різновиду правових відносин належить до найбільш дискусійних питань. Вважається, наприклад, що зміст цивільних правовідносин включає суб'єктивні права і обов'язки сторін, визначених договором, що іменуються в теорії цивільного права суб'єктивними¹.

Близькою до цього є також точка зору, згідно з якою зміст договору як правової категорії становлять умови, що погоджені сторонами, та ті, що визначаються ними як обов'язкові за чинним законодавством і встановлюють взаємні права і обов'язки сторін².

Разом з тим висловлено думку про те, що до складу елементів договору як універсального регулятора суспільних відносин включається, зокрема, взаємна відповідальність сторін за невиконання прийнятих обов'язків³.

У той же час деякі автори розглядають відповідальність виконавця договору на виконання науково-технічних робіт у контексті висвітлення змісту зазначених договорів⁴.

Проте є очевидним, що у разі визнання змістом лише суб'єктивні права і обов'язки сторін, у такому випадку питання юридичної відповідальності залишаються поза межами договірних правовідносин та стає невизначеною форма їх правореалізації. А це вже нелогічно, адже за таких підстав відповідальність за невиконання договору має реалізува-

¹ Див.: *Ем В. С.* Гражданское правоотношение // *Гражданское право: Учебник / Отв. ред. проф. Е. А. Суханов.* – 2-е изд. – М., 2003. – С. 89–93; *Боброва Д. В.* Цивільні правовідносини // *Цивільне право України / За ред. проф. Дзери О. В., проф. Кузнецової Н. С., К., Юрінком Інтер. 2002.* – Кн. 1. – С. 82; *Харитонов Е. О., Саниахметова Н. А.* Гражданское право. – К., 2001. – С. 79–80.

² *Олюха В. Г.* Цивільно-правовий договір: поняття, функції та система: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2003. – С. 5.

³ Див.: *Юдін З.* Глушення договору: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Одеса, 2004. – С. 10.

⁴ Див. *Підпригора О. О.* Договори про виконання науково-дослідних, дослідно-конструкторських і технологічних робіт. В кн.: *Цивільне право України.* – К., 1999. – Ч. 2. кн. 2. – С. 275–284.

тися в інших правовідносинах. Тому вважаємо за доцільне розглянути зміст правовідносин у сфері виконання науково-дослідних робіт з точки зору прав і обов'язків замовників і виконавців, що визначаються договором та впливають із вимог чинного законодавства у цій сфері, а також визначити при цьому особливості реалізації юридичної відповідальності сторін, встановленої відповідним договором у цій сфері, що, на нашу думку, реалізується вже на забезпечувальному (охоронювальному) рівні зазначених правовідносин¹.

Звернемося до законодавчих конструкцій, що визначають права і обов'язки сторін у цих правовідносинах. Аналіз чинного порядку законодавства в цій сфері дозволяє констатувати, що зміст правовідносин у сфері виконання науково-дослідних робіт становлять загальні права, обов'язки та відповідальність сторін, визначені загальними положеннями про підряд глави 61 (статті 837–864) і права, обов'язки та відповідальність суб'єктів цих правовідносин, встановлених статтями 892–900 Цивільного кодексу України, або визначених окремим договором на виконання зазначених робіт.

Відповідно до ст. 896 Цивільного кодексу України визначаються права сторін договірних правовідносин на виконання науково-дослідних робіт, зокрема: замовник за договором на виконання науково-дослідних робіт має право використовувати передані йому результати робіт у межах і на умовах, встановлених договором. Крім того, замовник згідно з договором має право зменшити плату за виконання науково-дослідних робіт, залежно від фактично одержаних результатів, порівняно з результатами, передбаченими договором, якщо це не залежить від нього (ч. 2 ст. 894 ЦК України).

Обов'язки замовника визначені у ст. 898 Цивільного кодексу України:

- 1) видати виконавцеві технічне завдання та погодити з ним програму (техніко-економічні показники) або тематику робіт;
- 2) передати виконавцеві необхідну для виконання робіт інформацію;
- 3) прийняти виконані роботи та оплатити їх.

¹ У цивільно-правовій літературі зазначається, що охоронні відносини виникають із правопорушень, тобто порушень правових норм, суб'єктивних прав і заподіяння шкоди потерпілим, і є цивільно-правовою формою усунення наслідків правопорушень, поновлення нормального правового і економічного або особистого становища // *Боброва Д. В.* Поняття, зміст і види цивільних правовідносин. В кн.: *Цивільне право / За ред. О. В. Дзери.* – К., 1997. – Ч. 1. – С. 59.

Крім того замовник зобов'язаний прийняти та оплатити повністю завершені науково-дослідні роботи (ч. 1 ст. 894 ЦК України), а якщо договором передбачено, то здійснити оплату окремо виконаних етапів робіт чи в інший спосіб оплатити і забезпечити конфіденційність відомостей щодо *предмета договору* на виконання науково-дослідних робіт, ходу їх виконання та одержаних результатів, якщо інше не встановлено договором. У передбачених законом випадках замовник зобов'язаний також оплатити роботи, проведені до виявлення неможливості отримати передбачені договором результати, але не вище відповідної частини ціни робіт, визначеної договором.

Виконавець відповідно має право залучати до виконання науково-дослідних робіт інших осіб за згодою замовника (ч. 2 ст. 893 ЦК України), а також використати одержаний ним результат робіт для себе, якщо інше не встановлено договором (ч. 2 ст. 896 ЦК України).

Договором може бути передбачено право виконавця передавати результати робіт іншим особам.

Чітко передбачає законодавець обов'язки виконавця (ст. 897 ЦК України):

1) виконати роботи відповідно до погодженої із замовником програми (техніко-економічних показників) або тематики і передати замовникові результат у строк, встановлений договором;

2) додержувати вимог, пов'язаних з охороною прав інтелектуальної власності;

3) утримуватися від публікації без згоди замовника науково-технічних результатів, одержаних при виконанні робіт;

4) вжити заходів для захисту одержаних при виконанні робіт результатів, що підлягають правовій охороні, та інформувати про це замовника;

5) своїми силами та за свій рахунок усувати допущені з його вини недоліки у технічній документації, які можуть спричинити відступи від техніко-економічних показників, передбачених у технічному завданні замовника, або в договорі;

6) негайно інформувати замовника про виявлену неможливість одержати очікувані результати або недоцільність продовжувати роботу.

Поряд з цим чинний ЦК України покладає на виконавця зобов'язання щодо проведення наукових досліджень особисто, якщо інше не встановлено зазначеним договором (ч. 1 ст. 893 ЦК України), передачі повністю завершених науково-дослідних робіт (ч. 1 ст. 894 ЦК України), забезпечення конфіденційності відомостей щодо предмета цього договору,

ходу його виконання та одержаних результатів, якщо інше не встановлено договором (ст. 895 ЦК України).

Законодавець встановлює також і договірну відповідальність виконавця за недотримання умов договору ст. 900 Цивільного кодексу України:

1. Виконавець відповідає перед замовником за порушення договору на виконання науково-дослідних робіт, якщо не доведе, що порушення договору сталося не з його вини.

2. Виконавець зобов'язаний відшкодувати замовнику реальні збитки у межах ціни робіт, у яких виявлено недоліки, якщо договором не встановлено, що вони підлягають відшкодуванню в межах загальної ціни робіт за договором.

Упущена вигода підлягає відшкодуванню у випадках, встановлених законом.

Що ж стосується відповідальності замовника, то ЦК України в цій частині не містить будь-яких законодавчих положень, за винятком ч. 1 ст. 899, яка зобов'язує замовника оплатити вартість робіт, у ході яких виявляється неможливість досягнення результату інтелектуальної діяльності, що не залежить від виконавця, тобто відсутності його вини у недосягненні результату виконання науково-дослідних робіт. Як видно з наведеного, компенсація упущеної вигоди можлива також як виконавцем, так і замовником, оскільки такі відшкодування не персоніфікуються із конкретною стороною цих договірних правовідносин.

Якщо виходити із співвідношення типу, класу, видів, підвидів правовідносин, то договірні правовідносини на виконання науково-дослідних робіт є різновидом договірних цивільних правовідносин у системі цивільних правовідносин взагалі, а тому таке співвідношення можна розглядати крізь призму одиничного, особливого і загального за теорією пізнання.

Отже, при виявленні змісту правовідносин, важливо врахувати як загальні, так і спеціальні норми, спрямовані на їх урегулювання, а також і відповідні теоретичні конструкції щодо цього класу цивільних правовідносин.

Скажімо, визначаючи зміст цивільного договору Е. О. Харитонов, Н. А. Саниахметова вказують, що це сукупність його умов, сформульованих сторонами договору, або тих, що випливають із закону, в якому укладання договору засновано¹, при цьому такі умови можуть бути суттєвими,

¹ Харитонов Е. О., Саниахметова Н. А. Гражданское право. – С. 335.

звичайними або випадковими¹. Суттєвими, на думку цих авторів, слід вважати умови, що є необхідними і достатніми для його укладання². Отже, зміст договору за задумом авторів, а відповідно і договірних правовідносин може мати дуалістичну або троїсту природу, залежно від того, до яких із вищенаведених умов ми віднесемо питання щодо відповідальності за невиконання договірних зобов'язань на виконання науково-дослідних робіт. Звісно, що до суттєвих умов належить умови щодо прав та обов'язків сторін. І якщо майнову відповідальність розглядати крізь призму обов'язку щодо компенсації завданої шкоди внаслідок невиконання основного зобов'язання, то у такому значенні можна вести мову про певну гарантію або спосіб забезпечення основного зобов'язання.

Аналізуючи зміст договору на виконання науково-дослідних (технічних) робіт проф. Ч. Н. Азімов, не виділяючи істотних та інших умов договірних правовідносин, зазначав, що сторони несуть взаємну майнову відповідальність за неналежне виконання прийнятих на себе зобов'язань, зокрема, виконавець зобов'язаний за свій рахунок та у погоджений термін із замовником вносити необхідні виправлення до результатів роботи, якщо допустив у розробках відхилення від гарантованих техніко-економічних параметрів та показників, встановлених сторонами у договорі та інші форми відшкодування в залежності від видів невиконання зобов'язань (сплатити неустойку, компенсувати фактичні збитки, сплатити штраф, пеню, тощо)³.

Як бачимо, неналежне виконання може мати різні форми порушень за невиконання умов договору, а тому, на наше переконання, така відповідальність встановлюється за правопорушення договірних зобов'язань, яка реалізується в межах договірних правовідносин, але на рівні додаткових, забезпечувальних зобов'язань як гарантій невиконання первинних зобов'язань.

Із цього слідує що договірні правовідносини на виконання науково-дослідних робіт можуть мати два рівні виконання зобов'язань:

- регулятивні правовідносини щодо договірних прав і виконання обов'язків;
- охоронювальні (забезпечувальні) правовідносини щодо виконання додаткових зобов'язань за відповідні правопорушення, встановлені законом або договором на виконання науково-дослідних робіт.

¹ Харитонов Е. О., Саниахметова Н. А. Гражданское право. – С. 335–339.

² Там само. – С. 335.

³ Див.: Азімов Ч. Н. Договоры на выполнение научно-исследовательских и конструкторских работ // Гражданское право / Под общ. ред. проф. В. Ф. Маслова, проф. Пушкина А. А. – К., 1978. – Ч. 2. – С. 236.

Вважаємо, що І. Пучковська має рацію, вказуючи, що забезпечувальне зобов'язання не самоцільне, оскільки має додатковий (акцесорний характер)¹.

Не виключається встановлення договором на виконання науково-дослідних робіт й інших прав, обов'язків сторін та їх майнової відповідальності за невиконання договірних зобов'язань, за умови, щоб вони не суперечили чинному законодавству та нормам міжнародних договорів, ратифікованих Парламентом України.

Отже, зміст договірних правовідносин у сфері виконання науково-дослідних робіт мають складати:

а) передбачені істотні умови — права, обов'язки та відповідальність сторін, визначених чинним цивільним законодавством та відповідним договором;

б) можливі факультативні права, обов'язки та відповідальність правосуб'єктних сторін, визначених договором на виконання конкретних науково-дослідних робіт.

У зв'язку з цим привертає особливу увагу зміст договірних правовідносин у сфері виконання науково-дослідних робіт, що формується під впливом факультативних умов, які визначаються суб'єктами зазначених правовідносин щодо створення індивідуально-визначених об'єктів науково-інтелектуальної праці за окремими договорами.

Вивчення, аналіз та узагальнення практики зазначених договірних правовідносин дозволяє урізноманітнювати палітру їх змістовної частини як на рівні позитивної правореалізації, так і в частині їх примусового судового виконання.

Проблема та прагматичність її вирішення полягає у тому, що зазвичай зміст конкретних правовідносин формується у відповідному договорі на виконання науково-дослідних робіт, проте, не слід забувати, що у реальній практиці такі договори здебільшого стереотипні за формою, в яких важко іноді відшукати особливості як правосуб'єктності сторін, так і їх майнової та моральної відповідальності за порушення ініціативно взятих факультативних договірних зобов'язань.

А тому варто взяти до уваги, що вимоги щодо змісту конкретних договірних зобов'язань у сфері виконання науково-дослідних робіт фокусуються та схвалюються сторонами таких правовідносин у такому юридично важливому документі, як Технічне завдання на їх виконання, яке згідно з усталеною правовою традицією стало обов'язковим для

¹ Див.: Пучковська І. Щодо наслідків виконання забезпечувального зобов'язання // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2007. – № 2 – С. 120.

реалізації і складовою частини договору як підстави формування зазначених договірних правовідносин. Саме у Технічному завданні й містяться переважно факультативні ознаки як стосовно окремих прав, обов'язків, так і щодо форм умов та порядку виконання (якісного, своєчасного тощо), (невиконання) взятих договірних зобов'язань.

Проілюструємо це на конкретних юридичних фактах та документах. Скажімо, в одному із договорів на створення (передачу) науково-дослідної продукції за темою «Удосконалення системи управління в межах техногенно забруднених територій на основі використання сучасних інформаційних та комп'ютерних технологій», зазначалося, що наукові, економічні, технічні та інші вимоги до науково-технічної продукції, викладені в технічному завданні, що додаються, є невід'ємною частиною договору. В той же час визначена форма цивільної відповідальності за несвоєчасне виконання зобов'язань за договором, зокрема у разі несплати авансового платежу замовником, визначено неустойку в розмірі однієї облікової ставки Нацбанку України, що діє на час несвоєчасного виконання зобов'язання, обрахованої від суми авансового платежу за кожен день прострочення, але не більше суми зазначеного платежу.

Технічне завдання чітко визначає основні вимоги щодо виконання науково-дослідних робіт виконавцем, вимоги щодо складу робіт, етапів їх виконання, порядку контролю, передачі-приймання та використання результатів науково-дослідної роботи замовником, а також порядок проведення фінансових розрахунків за вчасне та несвоєчасне його виконання.

Оскільки чинний ЦК України встановлює найбільш узагальнені форми відповідальності сторін, переважно виконавця, то у реальній практиці факультативні елементи щодо юридичної відповідальності сторін за договорами на виконання науково-дослідних робіт можуть визначатися не тільки стосовно своєчасного виконання, але й за прострочення замовником термінів приймання виконаних науково-дослідних робіт або окремих їх етапів, термінів підписання Актів приймання-передачі виконаних робіт та науково-технічної продукції, прострочення термінів взаєморозрахунків, несвоєчасне повернення підписаних вищезазначених актів, добровільне та примусове виконання інших договірних зобов'язань.

Проте потрібно зазначити, що у договорах на виконання науково-дослідних робіт є досить поширеною формула: «відповідальність сторін та інші взаємовідносини, що не обумовлені такими угодами, зазначаються нормами чинного законодавства України», яка здебільшого й по-

збавляє такої відповідальності за невиконання договірних зобов'язань у цій сфері, оскільки чинний ЦК України не містить системи конкретизованих ситуацій за окремі правопорушення, переліку таких правопорушень, санкцій, що можливі з огляду на характер цих договірних правовідносин.

У цьому аспекті положення технічних завдань надають прагматичності та конкретики договірним умовам, правилам, зобов'язанням і відповідальності сторін, дисциплінує їх до реального та якісного виконання взятих договірних зобов'язань у сфері виконання науково-дослідних робіт.

Варто зазначити і те, що відсутність чітких законодавчих приписів щодо наповнення змісту договірних правовідносин у сфері виконання науково-дослідних робіт зумовлює творчу ініціативу відповідних суб'єктів щодо подолання законодавчих прогалин шляхом підготовки та легалізації галузевих підзаконних нормативних актів (положень, порядків, регламентів і т. ін.) стосовно підготовки, укладання, виконання договорів та приймання науково-технічної продукції, що ставить виконавців у відомчу залежність у процесі легалізації договірних правовідносин та виконання науково-дослідних робіт за такими угодами.

Отже, підзаконна та відомча нормотворчість у регулюванні договірних правовідносин у сфері виконання науково-дослідних робіт не тільки не призупинена, а продовжує набирати прискорених обертів. Тим самим формула та конституційний припис про те, що в Україні визначається і діє принцип верховенства права (ч. 1 ст. 8) залишається в цій сфері лише конституційним побажанням та законодавчою символікою.

Тож варто в цій частині поділити думку вчених, які пропонують розуміти договір як правовірний правочин взаємоузгодженої волі двох і більше сторін, спрямованої на виникнення, зміну та припинення цивільних прав та обов'язків у формі зобов'язального правовідношення та на урегулювання відносин між ними шляхом їх закріплення у визначеній законом формі¹.

Означене вище спонукає до думки про доцільність нагальної кодифікації чинного ЦК України в частині створення чітких законодавчих засад у регулюванні змістовної частини договірних правовідносин у сфері виконання науково-дослідних робіт, наповнення його приписами, орієнтованими на реальну практику відповідно до потреб різноманітних суб'єктів щодо захисту їхніх прав у цій важливій сфері цивільних договірних пра-

¹ Див.: *Бервено С. М.* Проблеми договірного права України: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — К., 2006. — С. 3–4.

вовідносин, як правової гарантії реалізації інтелектуальної творчості та набуття права на створені об'єкти інтелектуальної власності.

Викладене дає підстави для деяких узагальнень та наукових висновків:

1. Зміст договірних правовідносин на виконання науково-дослідних робіт передбачає переважно зобов'язально-правовий характер їх суб'єктів, виконання яких зумовлює певний процес власне виконання науково-дослідних робіт, тобто як процесу наукового пізнання, шляхом проведення фундаментальних або прикладних наукових досліджень, так і процесу щодо обґрунтування, висвітлення і отримання певного наукового результату виконання зазначених робіт.

2. Очевидним, що такі зобов'язання сторін, які б забезпечували ефективність виконання зобов'язань та досягнення передбачуваного договором результату, вписані в ЦК України не зовсім системно і послідовно. Більше того, закон допускає амністування виконавця у разі неможливості досягнення договірного результату, з покладанням обов'язків на замовника щодо компенсації відповідних витрат на їх проведення (оскільки говорити про виконання в цьому випадку нам видається юридично некоректно).

При цьому, категорія, а вірніше словосполучення *«неможливість досягнення результату внаслідок обставин, що не залежить від виконавця»* (виділено нами. — В. А.), має очевидний оціночний характер, а тому в реальній правозастосовчій практиці набуває труднощів щодо однозначного правозастосування, оскільки залежить від кожного інтерпритера та змісту, який він вкладає у це поняття. При цьому інтерес замовника і виконавця науково-дослідних робіт має гостро полярний суперечливий та взаємовиключний характер.

Принаймні, зобов'язання виконавця щодо завершення виконання науково-дослідних робіт та їх передачі замовникові у строк, встановлений договором, не можна вважати імперативно визначеними, оскільки обмежуються застереженнями, щодо неможливості досягнення наукового результату відкладними обставинами, які не залежать від виконавця, та невідкладним обов'язком замовника щодо оплати нерезультативних (безрезультатних) науково-дослідних робіт, яким можливе місце в кращому випадку на книжковій (архівній) полиці, (чи що найгірше в «корзині»), а не використання за призначенням для потреб замовника.

3. Визначити в кожному конкретному випадку «обставини, що не залежать від виконавця», є складним юридичним фактом, що свідчить

про очевидний наявний юридичний казус ЦК України в цій частині, а отже спровоковану законодавцем конфліктну ситуацію вирішити за логікою може тільки суд, а тому, на наш погляд, наявна законотворча, причому небезпечна для правозастосування ситуація, яка штучно обумовлює перманентне продукування вирішення зазначених спорів.

Таким чином, зазначене законодавче обтяження, яке покладається на замовника щодо оплати незавершених наукових робіт, нівелює основний принцип цих зобов'язальних правовідносин «плати за кінцевий науково-дослідний результат» спрощеною юридичною формулою «плати за сам процес виконання науково-дослідних робіт», який прагматично означає, що добитися у конфліктній ситуації справедливості та законності стає практично нездійсненним завданням з посиланням на ефемерні «обставини, що не залежать від виконавця», оскільки значно простіше виконавцю подати замовнику анотований звіт про виконувані науково-дослідні роботи, ніж, скажімо, підготувати витончений науковий твір у формі колективної чи одноосібної наукової праці (монографії, наукової доктрини, концепції чи проекту конкретного закону та інших наукових результатів) як можливих об'єктів творчої інтелектуальної праці.

4. За визначених законодавством умов неважко зпрогнозувати тенденції судової практики вирішення зазначених справ, яка відзначатиметься «грою в одні ворота», оскільки презумпція реального виконання зобов'язань за договорами на виконання науково-дослідних робіт покладається зі всією очевидністю на одну сторону договору — замовника (фактично стрілочника).

При цьому варто взяти до уваги й факт реального і юридично обгрунтованого фінансування означених робіт тільки за кінцевий результат наукового дослідження або їх окремих етапів, оскільки будь-які відносини щодо реального виконання робіт перетворюються на фарс із затяжним «ендшпілем» очікування такого фінансування виконавцем, зобов'язаного в свою чергу сплатити за виконувані роботи відповідним вченим та науковцям, які виконують такі роботи в силу реалізації службової чи трудової функції, або ж на підставі цивільно-правового договору на виконання відповідних науково-дослідних робіт.

Адже епізодичність фінансування виконання науково-дослідних робіт не може служити внутрішнім мотивом науково-дослідної діяльності вченого або окремих колективів науковців.

Тому, на наш погляд, існуючу законодавчу формулу в частині амністування виконавця щодо недосягнення наукового результату внаслідок невизначених чітко законом обставин доцільно відкоригувати та уточ-

нити, вказавши, що як виняток це можливо у разі настання форс-мажорних обставин, чітко і конкретно їх визначити у зазначеній статті та передбачити, зокрема можливість призупинення чинності договірних правовідносин та відповідно дії зазначеного договору на час, необхідний для усунення таких обставин та одержання наукового результату, визначеного договором на виконання науково-дослідних робіт.

Тим самим реальність виконання зобов'язань виконавця забезпечуватиметься обов'язком отримання відповідного наукового результату, виникнення прав на нього, як створеного об'єкта права інтелектуальної власності. За інших обставин його обов'язок щодо додержання вимог, пов'язаних з охороною прав інтелектуальної власності, та інші споріднені із цим зобов'язання нагадують символ офіційної вивіски та юридичного гасла¹.

5. Застиглою і практично нереалізованою догмою залишається передбачене зобов'язання виконавця щодо утримання від публікації без згоди замовника науково-технічних результатів, одержаних при виконанні робіт. Дане зобов'язання, виходячи із буквального юридичного тлумачення, має обмежене значення тільки в частині виконання дослідно-конструкторських та технологічних робіт, метою яких є отримання науково-технічних результатів, що містять певні показники та науково-технічні розрахунки, а тому є малоприматними для правовідносин у сфері виконання науково-дослідних робіт.

Як свідчить практика, це зобов'язання рідко дотримується виконавцями, оскільки воно не повною мірою узгоджується із правами автора на створений твір та його легалізацію у порядку, визначеному законодавством України. Реалізація цього зобов'язання може мати позитивний ефект лише у разі, якщо воно прямо передбачається в умовах конкретного договору на виконання науково-дослідних робіт.

Оскільки таке зобов'язання безпосередньо кореспондує із зобов'язанням виконавця щодо забезпечення конфіденційності відомостей стосовно предмета цього договору, ходу його виконання та одержаних результатів із зауваженням закону «якщо інше не встановлене договором». А тому вказане зобов'язання є юридичним уточненням зобов'язання щодо конфіденційності договору, оскільки воно за своїм змістом охоплюється межами конфіденційної відповідної інформації. Проте з метою

¹ Це законодавчий «доказ» або модель теоретичної конструкції про те, що договір може розглядатися як обіцянка або набір обіцянок, на які може покластися контрагент (див.: В. Мілаш. Про сумісні елементи конструкції «договір» // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2006. – № 4. – С. 148).

їх узгодження варто уточнити зміст ст. 897 ЦК України щодо утримання виконавця від публікації без згоди замовника за умови, що воно передбачено договором на виконання науково-дослідних робіт або безпосередньо впливає із його змісту.

6. Варто зауважити, що не досить вдало сформульовано зобов'язання виконавця щодо *негайного* (виділено нами. — *В. А.*), виконання інформування замовника про виявлену неможливість одержати очікувані результати або недоцільність продовжувати роботу.

Термін «негайно» законодавчо не визначений, хоча він має незаперечне процесуально-правове значення, але в правозастосовчій практиці це важко доказуваний факт, оскільки потрібно довести час, коли настали відповідні події, або факти, за якими слідує обов'язок виконавця щодо інформування замовника:

- а) виявлену неможливість одержання очікуваних результатів;
- б) недоцільність продовження науково-дослідної роботи.

Суб'єктивне визнання виконавцем зазначених обставин та інформування не може стати юридичною підставою припинення виконання подальших науково-дослідних робіт, особливо у разі незгоди на це замовника. Такий факт потребує відповідної експертної оцінки, за наслідками проведення додаткової чи комплексної наукової експертизи, призначити проведення якої уповноважений лише відповідний суд.

Тому з точки зору юридичної техніки категорію «негайно» варто б законодавчо уточнити, вказавши конкретний термін для відповідного інформування на підставі висновку додаткової чи комплексної експертизи про неможливість одержання очікуваних результатів або безперспективність продовження науково-дослідних робіт чи їх етапів.

7. На наш погляд, коло зобов'язань виконавця науково-дослідних робіт доцільно розширити, особливо в частині забезпечення ним проведення зазначених робіт та одержання результату з дотриманням вимог безпеки для здоров'я та життя людей, довкілля та інших охоронювальних благ, особливо, якщо йдеться про науково-дослідні роботи, впровадження та використання яких пов'язано з підвищенням ризиком будь-якої здійснюваної діяльності, здатної викликати або продукувати настання реальних загроз життю та здоров'ю людини, народу та державі.

8. На наше переконання, надто скромно передбачені ст. 898 ЦК України обов'язки замовника науково-дослідних робіт, а тому вони потребують законодавчої корекції.

При цьому перелік обов'язків є виключним, що унеможливорює активну участь замовника у процесі виконання науково-дослідних робіт

та підготовки очікуваного наукового результату. Вважаємо, що коло обов'язків замовника доцільно законодавчо розширити, принаймні додатково передбачити такі зобов'язання:

- визначати у технічному завданні на виконання науково-дослідних робіт конкретні параметри, показники та обсяг результатів наукових досліджень, умови розгляду, оцінки їх якості після завершення виконання цих робіт;

- своєчасно у встановлений договором строк вносити авансові платежі на відповідні рахунки виконавця в установах банків;

- не чинити перешкод у ході виконання науково-дослідних робіт та на етапі їх приймання-передачі;

- підписати у семиденний термін Акт передачі-приймання виконаних етапів або завершених науково-дослідних робіт;

- не порушувати прав авторства виконавця науково-дослідних робіт.

Вважаємо, це є той мінімум зобов'язань замовника, що забезпечить реалізацію правосуб'єктності сторін за договором, створить додаткові мотивації виконання науково-дослідної роботи, її об'єктивної оцінки.

У той же час підкреслимо, що оскільки підготовка технічного завдання покладається на замовника науково-дослідних робіт, то важливо в такому разі додатково закріпити його обов'язок щодо визначення чітких параметрів, показників, обсягів цієї роботи та процедури оцінки отриманих результатів із встановленням конкретних термінів їх завершення.

Такі зобов'язання обумовлюються практикою реалізації договірних правовідносин на виконання науково-дослідних робіт, яка свідчить про те, що в багатьох випадках підготовка технічного завдання фактично покладається на замовника, що формулює основні умови, виходячи із своєї заінтересованості. Як наслідок завершення цих робіт, особливо у процесі оцінки досягнутих наукових результатів, виникають розбіжності сторін, що призводять до конфліктних ситуацій, зволікання при одержанні юридично значущих документів завершення їх виконання.

А тому встановлення процесуального терміну щодо розгляду і підписання Акту передачі-приймання виконаних науково-дослідних робіт стане додатковою процесуально-правовою гарантією захисту прав виконавця на вказаній стадії договірних правовідносин у сфері виконання зазначених робіт.

Надзвичайно важливо в чинному ЦК України передбачити також обов'язок замовника науково-дослідних робіт щодо внесення авансових платежів для забезпечення ефективної діяльності та мотивації виконав-

ця, які дозволять забезпечити його необхідними інформаційними матеріалами, довідковими даними, здійснення автоматизованих пошукових робіт, матеріально-технічного забезпечення початкових етапів виконання науково-дослідних робіт. Передбачена ст. 898 ЦК України оплата прийнятих виконаних робіт не стимулює діяльність виконавця щодо здійснення наукового дослідження, внаслідок реальної відсутності їх фінансово-матеріального забезпечення, а відтак відволікає виконавця від взятих зобов'язань та спрямовує його на залучення необхідних коштів для фінансування початкових робіт наукового дослідження.

Логічно пов'язані між собою і дві інших запропоновані для кодифікації відповідні норми ЦК України (ст. 898), які зобов'язують замовника утримуватися від дій, або бездіяльності, що здатні стати формальною перешкодою на шляху завершення виконання науково-дослідних робіт внаслідок різних обставин, які складаються між суб'єктами цих договірних правовідносин. Це певною мірою стосується і унеможливлення порушення замовником прав авторства на створені виконавцем об'єкти інтелектуальної власності, що потребують, як свідчить практика, додаткового захисту у досліджувальних договірних правовідносинах.

9. Із змісту ст. 900 ЦК України слідує, що зміст договірних правовідносин на виконання науково-дослідних робіт охоплює також встановлену відповідальність виконавця за порушення умов договору.

На наш погляд, ч. 1 ст. 900 ЦК України встановлюється загальне правило відповідальності виконавця перед замовником за будь-які порушення договору на виконання науково-дослідних робіт, як за винну, протиправну поведінку у формі невиконання договірних зобов'язань у зазначеній сфері.

Отже, підставою настання договірної відповідальності закон визнає порушення договору на виконання науково-дослідних робіт за наявності вини виконавця, що викладене у формулі *«якщо не доведе, що порушення сталося не з його вини»* — виділено нами. — В. А.). Це означає, що будь-яке порушення істотних та інших вимог договору виконавцем може вважатися правопорушенням. Тому в цій частині йдеться про підстави настання договірної відповідальності за порушення вимог договору — тобто зобов'язань, передбачених договором на виконання науково-дослідних робіт.

За наявності вище зазначених підстав ч. 2 ст. 900 ЦК України визнає майнову відповідальність виконавця у формі компенсації реальних збитків замовнику, обмежуючи суму виплат межами ціни тих робіт, в яких виявлені відповідні недоліки, за умови, якщо зазначеним догово-

ром встановлено, що вони підлягають *відшкодуванню в межах загальної ціни робіт за договором*. Отже, компенсація реальних збитків стає можливою за таких умов:

- фіксація можливості компенсації реальних збитків власне конкретним договором;
- компенсація цих збитків не може бути вище загальної ціни робіт, визначених договором.

Звідси випливає, що зазначена відповідальність характеризується такими чинниками:

- 1) суб'єктом відповідальності може бути лише виконавець науково-дослідних робіт;
- 2) можливість компенсації реальних збитків має передбачатися конкретним договором;
- 3) така компенсація обмежується загальною ціною, встановленою сторонами договору.

Відсутність будь-якого із вище викладених елементів не спричиняє настання майнової відповідальності виконавця за таким договором.

10. Можна констатувати також, що суттєвими умовами змісту договірних правовідносин за чинним ЦК України є підстави відповідальності виконавця за порушення договору як різновиду майнової відповідальності виконавця у формі компенсації реальних збитків замовнику в межах загальної договірної ціни.

Стає цілком очевидно, якщо здійснення прав і обов'язків суб'єктами договірних правовідносин у сфері виконання науково-дослідних робіт виконується шляхом активного і позитивного виконання умов, визначених договором, тобто реалізується на рівні регулятивних правовідносин, то відповідальність виконавця цих робіт може наступати лише за порушення істотних і факультативних умов договору, яка реалізується на рівні охоронювальних (забезпечувальних) договірних правовідносин на виконання вказаних робіт.

При цьому підставою для настання договірної відповідальності в цій сфері є виключно порушення договору, за умови, якщо вона встановлена конкретним договором у межах загальної договірної ціни.

Разом з тим аналіз змісту зазначених частин ст. 900 ЦК України привертає до себе увагу і в тому аспекті, що майнова договірна відповідальність у сфері виконання науково-дослідних робіт обмежується лише порушенням договору з боку виконавця. Вказана відповідальність сторін у законі не передбачається.

Принцип абз. 2 ч. 2 ст. 900 ЦК України про те, що упущена вигода підлягає компенсації у випадках, установлених законом, має банкетну форму викладення на ефемерний закон, при цьому безадресний стосовно конкретних суб'єктів договірних правовідносин на виконання науково-дослідних робіт.

Немає сумніву в тому, що з метою повноти урегулювання питань майнової договірної відповідальності у сфері виконання науково-дослідних робіт необхідні термінові зміни в частині компенсації можливих реальних збитків замовником за конкретні порушення умов зазначеного договору, як і рівною мірою уточнення умов та суб'єктного складу щодо компенсації упущеної вигоди за договором на виконання цих робіт.

ПИТАННЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО ТА ФІНАНСОВОГО ПРАВА

Ф. Фіночко, доцент кафедри адміністративного права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Становлення імперської державної служби

З огляду на назву статті виникає закономірне запитання: де, коли і як створювалася імперська державна служба? А тому необхідно повернутись у більш далеке минуле, щоб знайти витoki того, що з'явилося пізніше. Тут треба зробити невеликий екскурс в історію. Він допоможе нам розкрити специфіку утвердження цього (з часом) інституту в адміністративному праві.

Система державної служби, що існує зараз, є результатом тривалого історичного процесу, який перебуває в тісному зв'язку з розвитком самої держави. У стародавніх імперіях посадові особи¹, що оточували імператора, мали однакове становище зі слугами. Адже усі вони служили імператору. Їх призначення — полягало у збереженні інтересів господаря (государя). Імператори покладали на них військову службу, вони також обіймали двірцеві посади. У провінційних управліннях вищі посади також довірялись королівським антрустіонам. Утримання посадових осіб та слуг відбувалося до певної міри за рахунок судових мит, подарунків, але переважно вони наділялися земельними ділянками...

Питання державної служби було предметом дослідження багатьох вчених, серед яких В. Б. Авер'янов, О. Ф. Андрійко, Ю. П. Битяк, А. С. Васильєв, В. М. Гарашук, І. С. Грищенко, І. П. Голосніченко, Є. В. Додін, С. Д. Дубенко, М. І. Іншин, В. Я. Малиновський, Р. А. Калюжний, Л. В. Коваль, В. К. Колпаков, А. Т. Комзюк, Н. Р. Нижник, В. Ф. Опришко, О. І. Остапенко, І. М. Пахомов, О. В. Петришин, В. П. Петков,

¹ У ті далекі часи посадові особи називались *antrustiones*, *lendes*, *fideles*, *vassali* тощо.

М. М. Тищенко, В. К. Шкарупа та ін. Але історія походження та розвитку державної служби в глобальному контексті в наукових дослідженнях представлена тільки як така, що виникла у далекому минулому, без розгляду цього останнього. Цю прогалину в дослідженнях ми і намагаємось, хоч і фрагментарно, заповнити.

У Інській, Ахеменідській, Римській і Оттоманській імперіях сам монарший двір був основою державної влади і школою підготовки адміністраторів як таких, у багатьох випадках освітню функцію двору здійснювали шляхом створення інституту «пажив», інакше кажучи, учнів.

При інському царському дворі в Куско існували справжні освітні курси з послідовними іспитами на певних стадіях навчання. В Імперії Ахеменідів «усі перські хлопці шляхетського роду, — як свідчить Геродот, — від п'яти до двадцяти років навчалися при царському дворі трьох речей: іздати верхи, стріляти й говорити правду». Оттоманський двір від перших же днів свого існування в Брусі став осередком навчання пажів, і так відбувалося, аж поки султан Мюрад II (1421–1451 pp.) не заснував школу для принців у Адріанополі — столиці держави за його правління. Але його наступник султан Мехмед II (1451–1481 pp.) створив новий курс комплектування персоналу своєї цивільної служби, залучаючи до нього вже не синів турецької мусульманської аристократії, як було доти, а рабів-християн, у тому числі перебіжчиків та військовополонених із західних країн, а також «дітей-рекрутів», узятих «як данину» у власних падишахових підданих із східних православних християн.

До III ст. у Китаї існувала могутня централізована держава Хань. Але після великого повстання рабів вона зникла в хаосі міжусобних чвар та безперервних наскоків кочових племен. Ці нашествия кочовиків відбувалися майже півтора століття. У результаті Китай поділився на кілька держав. Північ і південь країни були відрізненими один від одного. У цей час почався період раннього середньовіччя в Китаї.

Життєвий устрій китайців був пронизаний етичним ученням філософа Конфуція. І хоча він жив у VI–V ст. до н. е., але його духовна влада над співвітчизниками поширилася на багато віків уперед. У чому ж полягало його вчення? Конфуцій вважав, що суспільство поділяється на дві частини — благородних мужів та нікчемних людей. Благородні мають п'ять чеснот. Перша — любов до людей, а це — милосердя, стриманість, співчуття, любов до ближнього, здатність пожертвувати власним добробутом на користь іншого. Друга — обов'язок, який людина добровільно бере на себе. Третя — знання, вивчення давніх книг і досвіду

предків. Четверта — відданість старшим у сім'ї, правителеві держави та його чиновникам. П'ята — певні норми поведінки, правила етикету.

Історія створення державної служби за династії Хань відбувалася таким чином. Від самого початку там переважало висунення кандидатів з огляду на їхні здібності, незалежно від стану. Імператор у 196 р. до н. е., через шість років по тому, як відновив у країні лад, видав указ, котрий вимагав від провінційних громадських властей добирати кандидатів на державну службу шляхом перевірки їхніх якостей та відряджати їх до столиці для прийняття чи відхилення представниками центральної влади.

Ця нова китайська державна служба набула остаточної форми, коли наступник Лю Бана, У-ді у роки правління 140–87 рр. до н. е., постановив, що основною вимогою до претендентів на посаду має бути вміння відтворювати стиль класичних творів Конфуціанського канону й тлумачити філософське вчення Конфуція так, щоб це задовольняло новочасних учених-конфуціанців. Ця конфуціанська школа другого сторіччя до н. е., яку в такий спосіб тактовно залучали до співробітництва з імперським режимом, певно, чимало здивувала б самого Конфуція, але ця вихолощена політична філософія являла собою краще духовне підґрунтя фахово-корпоративного світу за часів Діоклетіана. Конфуціанство стало саме тим ученням, яке загалом задовольняло і низи, і верхівку китайського суспільства і мало величезний вплив на китайців раннього середньовіччя та, зрештою, й пізніше — аж до XX століття.

Здобуток Августа у створенні нової державної служби, що відповідала потребам розореного світу, за який він взяв на себе відповідальність, можна порівняти з успіхом, досягнутим Лю Баном у давньокитайській державі за 150 років перед тим. А якщо судити мірою тривалості, то цей китайський селянин набагато перевершив римського Октавіана. Система Августа розсипалася у сьомому сторіччі по її встановленні, тоді як система Лю Бана простежується аж до 1911 року н. е.

Недоліком цивільної служби Римської імперії було те, що в ній знайшов свій вияв антагонізм між старою сенатською аристократією і новою імперською диктатурою, що трохи згладив компроміс Августа, але не усунув зовсім. У цей час у державі існувало дві різні ієрархії та два взаємовиключні шляхи до кар'єри, і «сенатські» й «імператорські» державні службовці обирали відповідно той чи інший шлях. У III ст. н. е. цьому розколові було покладено край. Результатом стало усунення членів сенатського корпусу з усіх відповідальних адміністративних посад. Втім на той час занепад місцевого громадського самоврядування призвів до такого

незмінного збільшення обсягу роботи, що Діоклетіан мусив удатися до безпрецедентного розширення постійних органів імперської державної служби. У результаті цього знизилися вимоги до фахового рівня ново-призначуваних посадових осіб. Це являє собою занадто повчальний контраст з історією створення державної служби за династії Хань.

Якщо імперія Хань та Римська імперія формували свої державні служби на основі власного суспільного й культурного спадку, то Петра I сама суть його завдання позбавляла змоги діяти подібним шляхом. У 1717–1718 рр. він заснував певну кількість адміністративних колегій з метою прилучити росіян до новітніх західних методів управління. Наставниками було призначено шведів-військовополонених, а російських юнаків посилали здобувати управлінську науку до Кенігсбергу. Отже, як це було в Російській імперії петровської доби, державна служба створюється зі свідомим наслідуванням чужоземних взірців, потреба в особливих заходах, пов'язаних з підготовкою персоналу, є очевидною. Але така потреба притаманна до певної міри всім державним службам.

З метою проміжного з'ясування державної служби в Римській імперії, повернемося коротко до Оттоманської імперії. У той час як оттоманські падишахи свідомо поповнювали персонал управління швидко зростаючою державою за рахунок власних придворних рабів, і оминали вільних османів, римські імператори, хоча й опинилися перед необхідністю здійснювати подібний ужиток з імператорського двору, втім вживали заходів щодо обмеження ролі вільновідпущеників у імперській адміністрації. Опорою вільновідпущеників у адміністрації Римської імперії на ранньому етапі була центральна влада, де п'ять урядових служб при імператорському дворі дали початок державним департаментам. Але навіть на цих місцях, що традиційно було цариною вільновідпущеників, вони, опинившись на видноті, стали неприйнятні з політичних міркувань. Суперечки, спричинені проявами свавільної влади з боку урядовців — вільновідпущеників Клавдія і Нерона, призвели до того, що за правління Флавіїв та їхніх наступників ці ключові пости один за одним було передано представникам вершників. Отже, в історії Римської державної служби клас вершників, тобто купецтво, вийшов нагору коштом і нижчої верстви недавніх рабів, і сенатської аристократії, а їх перемога над суперниками була виправдана тим, як сумлінно урядовці з вершників узялися виконувати свої обов'язки.

Перед засновниками державних служб для світових держав часто постає проблема: що робити з аристократією, котра здебільшого займає панівне становище в країні за попередньої доби. Наприклад, у Московії

на той час, як Петро I брався до її вестернізації, існувала слабосильна аристократія. А в Римській імперії на час запровадження принципату аристократія була надзвичайно потужною. Цар Петро I і імператор Август залучали свою внутрішню аристократію як своєрідний матеріал для побудови загальної адміністративної структури, але керувалися при цьому різними мотивами. В той час як Петро I намагався примусити старосвітське панство стати дійовими службовцями західного взірця, Август залучив сенаторів до співробітництва не так з потреби в їх послугах, як з огляду на те, що таке співробітництво дасть йому змогу уникнути сумної долі свого попередника Юлія Цезаря. Протилежні проблеми, що виникли у Петра I і Августа, поставили їх перед необхідністю вибору. Подібна ситуація може спіткати будь-кого з будівничих імперій у зіткненні з доімперською аристократією. Якщо аристократія дїездатна, вона схильна відмовитись служити імператорові як така, що є нижча від гідності аристократа. І навпаки, якщо аристократія неспроможна, диктатор, залучивши її на службу в свої управлінські структури, невдовзі виявляє, що неефективність цього знаряддя йде від його недостатньої гостроти. Тому доімперські аристократії були не єдиним матеріалом, якого вимагали будівниці імперії для формування своїх державних служб... Цивільних службовців Британської Індії аналогічно набирали з класу купецтва. Вони починали як службовці тієї чи іншої торговельної компанії, чиєю метою був суто матеріальний зиск. І коли Ост-Індська компанія внаслідок навдивовижу легкої військової перемоги раптом у всьому, крім назви, перетворилася на володарку найбільшої провінції поваленої Монгольської імперії, її службовці не встояли перед спокусою за короткий час забрати до власної кишені величезні статки, і так само безсоромно, як це робили свого часу римські вершники впродовж тривалого періоду. Однак як у першому, так і у другому випадку згрях хижих грабїжників була обернена в спільноту державних службовців, метою яких уже не була власна вигода і які навчилися вважати для себе за честь обіймати величезну політичну владу, не надживаючи її. Орган, підлеглий організації, суспільству, перетворюється в орган, який підкорює тих, чию волю він покликаний виконувати. Слуга стає паном. Чому відбувається ця метаморфоза, що надає сили чиновнику, єдина зброя якого — перо, єдине багатство — бюро (письмовий стіл)?

Тайну влади «канцелярії» розкрити дуже не просто. Більше того, погляд у глибину всесвітньої історії створює ілюзії її безсмертя. Тисячолїття віддаляють нас від перших чиновників, які взяли в руки палич-

ки з метою накреслити на глиняних табличках або папірусі перші ієрогліфи майбутнього океану канцелярського тайнопису. Але живучість бюрократії допомагає знайти її корені, її життєву силу, хоча завдання ці не з легких¹. Але це не є предметом нашого дослідження, адже ми розглядаємо питання, пов'язані зі створенням імперської державної служби. Це моральне очищення британської адміністрації в Індії почасти завдячує рішенням Ост-Індської компанії дати своїм службовцям належну освітню підготовку, щоб вони могли нести нову політичну відповідальність. У 1806 р. компанія відкрила в Гартфорд — Каслі коледж для кандидатів на посади в своїй адміністративній службі, а його через три роки було переведено до Гейлібері, і за п'ятдесят два роки існування цей коледж відіграв певну історичну роль. У 1853 р., напередодні переходу влади в Індії від Ост-Індської компанії до Британської Корони, парламент ухвалив рішення надалі набирати державних службовців шляхом конкурсних іспитів, яке відкрило двері для кандидатів із широкого кола таких неофіційних навчальних закладів, як університети Сполученого Королівства й так звані «закриті школи», що за тих часів постачали переважну більшість вступників до двох найстаріших англійських університетів. Гейліберійський коледж було закрито в 1857 р., і, хоч за попередні п'ятдесят два роки доктор Арнольд з Рагбі встиг прийти і піти, усе, що він обстоював, поширювалося по закритих школах його однодумцями вчителями. Пересічний державний службовець, що вирушав до Індії у другій половині дев'ятнадцятого сторіччя, здобував у школі й університеті суто гуманістичну освіту, що базувалася на класичних мовах та літературах, а також і християнський світогляд. Таким чином вважаємо, не буде надмірною фантазією провести паралель між цією системою моральної та інтелектуальної підготовки і китайською освітою на прикладах конфуціанської класики, знання якої і в той час вимагалося на китайській державній службі, яка була заснована за двадцять століть до цього часу.

«Заснування Актом 1833 р. фабричної інспекції було шаблем розвитку нового виду державної служби... Палке прагнення Бентана замінити звичай наукою, його погляд на управління як на кваліфіковану роботу дали в цьому разі цілком задовільні результати. З його спонуки Англія створила адміністративний персонал, що вніс у свою роботу обізнаність і незалежність. На відміну від традиційного англійського мирового судді, новий державний службовець мав освіту; на відміну від французько-

¹ Див.: Бузгалін А. В., Колганов А. И. Анатомия бюрократизма. – М., 1988. – С. 4.

го інтенданта, він не був слухняним знярядям уряду. Англіїці навчилися користуватися послугами освічених людей у такий спосіб, щоб це не позбавляло їх незалежності й самоповаги...»¹.

А тепер розглянемо наступне питання цієї теми: хто мав найбільшу користь із державних служб, що їх імперії насаджували у власних інтересах? Безперечно, це були держави — наступниці цих імперій. Втім з їх списку ми повинні виключити держави — наступниці Римської імперії на Заході. Чому? Лише через те, що ці держави брали науку не так від державної служби, що її вони підривали, як від церкви, до якої вони пристали. Тут на перший побіжний погляд виникає парадоксальна ситуація. Проте, як ми побачимо далі, сама християнська церква була одним з користувачів римської державної служби. Отже, навіть у цьому разі її спадок почасти передавався ще на крок далі. Найзначнішими користувачами завжди були церкви. Ієрархічну структуру християнської церкви було побудовано на основі державної структури Римської імперії. Подібну підставу дало «Нове» єгипетське царство панегитській церкві під проводом верховного жреця бога Амона-Ра у Фівах і Сасанідська імперія — зороастрійській церкві Верховному жерцеві бога Амона-Ра було надано подоби фіванського фараона, зороастрійському головному мобадхобі — подоби сасанідського шахиншаха, а папу римського уподібнювали до імператора постдіоклетіанської доби. Але світські адміністративні структури були для церков не лише організаційним прикладом, а й впливали на їхній світогляд та моральні засади.

Особливо необхідно відзначити державну службу Оттоманської імперії (хоча про неї зазначалося вище), котра запроваджувала для своїх урядових потреб усе, на що була здатна людська винахідливість і чого могла досягти людська наполегливість, аби створити державну службу, яка стала б не просто фаховим інститутом, а таким собі світським аналогом релігійного ордену, тобто тісно замкнену в собі, так суворо дисципліновану й доведену до такого високого рівня, що вона здатна перетворитися на особливо добірну людську чи то надлюдську породу.

У загальному вигляді, коротко про державну службу у Франції. З часів Революції 1789 р. у Франції склався добре організований чиновний державний апарат. У XVII–XVIII ст., в епоху абсолютизму створилася державна служба як основний інструмент управління державою. Цей управлінський апарат був кардинально удосконалений в період Консульства і Імперії Наполеона Бонапарта. Саме він переніс на цивіль-

¹ Hammond, J. L. and Barbaza: *The Rise of Modern Industry* (London 1925, Methuen). – P. 256.

ну державну службу основні принципи комплектування офіцерського корпусу армії. Він розподілив усіх державних службовців на ранги (звання), запровадив принцип конкурсного заміщення посад («екзамен на чин»), удосконалив систему підготовки чиновників, принципи їх оплати тощо. Наступне законодавство XIX і початку XX ст. тільки удосконалювало закладені Наполеоном Бонапартом принципи. Сучасний статус працівників публічної (державної) служби визначається трьома фундаментальними законами 1919, 1946 і 1959 рр. та їх наступною модифікацією в результаті реформ адміністративного апарату¹.

Реформа приказного управління у Росії в XVIII ст. почалася тільки із запровадженням колегій. У 1721 р. у Духовному Регламенті були викладені засади реформи. А ще до цього Петро I своїм указом від 22 грудня 1718 р. (Полн. Собр. Зак., 3261), який стосувався запровадження колегій, говорив, що в них справи не будуть вирішуватись так, як у старих Приказах — що боярин наказував, те його товариші й виконували².

Рішуча перебудова приказного управління почалася тільки з запровадженням колегій. Останні замінили Прикази, але вони не зникли зовсім. Деякі з них з власним ім'ям (малоросійський, сибірський прикази), інші — під назвою канцелярій (ямська канцелярія) продовжували свою діяльність. Старе приказне управління зникло тільки із запровадженням в 1775 р. при Катерині II губернського управління³. Головною подією становлення імператорської державної служби в Росії за Петра I було прийняття 24 січня 1722 р. «Табелю про ранги усіх чинів військових, статських та придворних, які в якому класі чину»⁴. Цивільна та військова служба поділялись на 14 класів (рангів). Цим актом були закладені міцні основи державної служби. Але в цілому на адміністративних перетвореннях Петра I чітко виявились адміністративно-правові структури і процедури Швеції та Голландії. Пізніше зміст «Табелю про ранги» був доповнений і частково змінений указами Петра I, Катерини II та Павла I. Подальший розвиток законодавства про імперську державну службу не є предметом цієї статті.

¹ Див.: *Сиротин В. Г.* Франція: 200 лет без Бастилии. — Киев, 1990. — С. 116.

² Энциклопедический словарь / Изд. Ф. А. Брокгауз, И. А. Ефрон. — С. -Пб., 1898. — Т. XXV. — С. 188.

³ Энциклопедический словарь. — С. 196.

⁴ Государственная служба (комплексный подход): Учеб. пособие. — М., 2000. — С. 43, 56.

- - - -

М. Перепелиця, кандидат юридичних наук доцент Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

До питання про зміст поняття «суб'єкт фінансового права»

Питання про зміст поняття «суб'єкт фінансового права» є одним з малорозроблених у науці фінансового права. Це можливо пояснити. Тут має місце як відсутність необхідних наукових розробок (увага дослідників щодо цієї сфери, як правило, зосереджена на видових його проявах: суб'єкт податкового права, суб'єкт бюджетного права, суб'єкт контрольно-податкового правовідношення і т. ін.)¹, так і труднощів законодавчого застосування (іноді у фінансовому законодавстві або взагалі відсутнє загальне визначення видового суб'єкта фінансового права, або одна і та ж законодавча дефініція застосовується у різних нормативних актах і тому має різне змістове значення — наприклад, поняття резидентів і нерезидентів у податковому та валютному законодавстві)².

Але все ж, не зважаючи на ці факти, деякі наукові розробки та положення щодо зазначеного питання в теорії фінансового права мають місце. Поняття «суб'єкт фінансового права» було предметом дослідження як вчених 19 початку 20 століття³, так і вчених радянських і сучасних

¹ Див.: *Винницький Д. В.* Суб'єкти податкового права. — М., 2000. — 213 с.; *Химичева Н. И.* Суб'єкти советского бюджетного права. — Саратов, 1979 — 178 с.; *Триска О. О.* Владарюючі суб'єкти фінансових правовідносин: поняття та види // *Наук. вісн. Чернів. ун-ту.* — 2006. — Вип. 311. — С. 42–49.

² Про податок з доходів фізичних осіб: Закон України від 22. 05. 2003 р. // *Офіц. вісн. України.* — 2003. — № 28. — Ст. 1361; Про систему валютного регулювання і валютного контролю: Декрет Кабінету Міністрів України від 19. 02. 1993 р. // *Відом. Верхов. Ради України.* — 1993. — № 17. — Ст. 184.

³ *Иловайский С.* Учебник финансового права. Вып. 1. Изд. Е. С. Иловайской. — 1912. — С. 307–317; *Львов Д.* Курсь финансового права. — Казань, 1887. — С. 454–465; *Тарасов И.* Очеркь науки финансового права. Введение. Общая часть. Особенная часть. — Ярославль, 1883. — С. 1–7, 223–245; *Берендтс Э. Н.* Русское финансовое право. Лекции. С. -Петербургъ, 1914. — С. 32–52; *Озеровъ И. Х.* Основы финансовой науки. — Вып. 1. — М., 1908. — С. 18–22.

Див.: *Воронова Л. К., Кучерявенко Н. П.* Финансовое право. Харьков, 2002. — С. 32–33; *Финансовое право: Учебник / Отв. Ред. Н. И. Химичева.* Юрист. — 2001. — С. 65; *Карасёва М. В.* Финансовое правоотношение: Монография. — Воронеж, 1997. — С. 112; *Химичева Н. И.* Суб'єкти советского бюджетного права. — Саратов, 1979. — С. 37.

часів. При цьому головна увага приділялась або безпосередньо видам таких суб'єктів, або аналізувалась виключно одна ознака, що характеризує учасника фінансових правовідносин — фінансова правосуб'єктність. Тому, як нам вважається, теперішній стан наукової розробки досліджуваної проблеми (аналіз змісту суб'єкта фінансового права) потребує додаткового теоретичного розуміння та розширення даної категорії.

У зв'язку з вищевикладеним, автор ставить перед собою завдання розглянути зміст поняття «суб'єкт фінансового права» через ознаки, що його характеризують, та запропонувати його визначення з урахуванням цих ознак. Тут логічно приєднатися до Н. І. Матузова, який зазначав, що визначити досліджуваний предмет — це значить вказати на найбільш сутнісні та головні його ознаки. Таких ознак може бути декілька — одна, дві, три та більше, залежно від того, наскільки вірно, повно й адекватно вони визначають та характеризують явище, наскільки глибоко розкривають його сутність¹.

Перш ніж безпосередньо перейти до аналізу змісту поняття «суб'єкт фінансового права», необхідно зазначити, що останній є різновидом поняття «суб'єкт права» взагалі, а тому йому притаманні всі ті риси, що його характеризують. У правовій науці виділяють такі ознаки поняття «суб'єкт права»:

- 1) вольовість;
- 2) відокремленість;
- 3) персоніфікація;
- 4) ідентифікація;
- 5) правосуб'єктність².

Але перед тим, як дослідити ці ознаки при аналізі змісту суб'єкта фінансового права, необхідно звернути увагу ще на один важливий

¹ Див.: Матузов Н. И. Личность. Права. Демократия. Теоретические проблемы субъективного права. СГУ. – Саратов, 1972. – С. 139.

² Алексеев С. С. Общая теория права. – М., 1982. – Т. 2. – С. 139; Витрук Н. В. Основы теории правового положения личности в социалистическом обществе. – С. 81; Трубецкой Е. Энциклопедия права. – С. 160; Общая теория права и государства: Учебник / Под ред. В. В. Лазарева. – М., 1994. – С. 147; Иоффе О. С., Шаргородский М. Д. Вопросы теории права. – М., 1961. – С. 201–216; Лесной В. М. Социалистические правовые отношения. В кн.: Теория государства и права / Под ред. А. И. Денисова. – М., 1967. – С. 363–368; Любашиц В. Я., Смоленский М. Б., Шепелёв В. И. Теория государства и права. – Ростов н/Д, 2003. – С. 432; (Серия «Учебники и учебные пособия»). Архипов С. И. Субъект права: теоретическое исследование. – С. 33–35; Халфина Р. О. Общее учение о правоотношении. – С. 114; Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. – С. 120; Братусь С. Н. Юридические лица в советском гражданском праве. – С. 10–17

момент. Для того щоб суб'єкт права взагалі став учасником саме фінансового правовідношення, на нього повинні поширювати свою дію норми фінансового права. Норми фінансового права поширюють свою дію або визнаваючі особу суб'єктом фінансового права (коли мова йде про фізичну особу, яка внаслідок факту народження виступає у такій ролі), або встановлюючи та закріплюючи її (тут мова може йти про будь-яку правову особу, що не є фізичною. Така особа «трансформується» у суб'єкта фінансового права тільки у силу факту такої фіксації).

Норми фінансового права є загальнообов'язковими приписами та регулюють суспільні відносини, що виникають у процесі мобілізації, розподілу та використання публічних грошових фондів. У цьому ракурсі Н. І. Хімічева зазначала, що зміст фінансово-правових норм становлять правила поведінки у суспільних відносинах, які діють у процесі фінансової діяльності держави та муніципальних об'єднань. Ці правила виражаються у наданні учасникам даних відносин таких юридичних прав та покладенні на них таких юридичних обов'язків, здійснення яких забезпечує планомірне створення та використання централізованих та децентралізованих грошових фондів держави і органів місцевого самоврядування відповідно до їх завдань у кожний конкретний відрізок часу¹. Виходячи з цього, можна зробити висновок, що наділення суб'єктів права обов'язками, правами та повноваженнями саме у сфері мобілізації, розподілу та використання публічних грошових фондів виокремлюють їх як суб'єктів фінансового права.

Далі, суб'єкту фінансового права, як різновиду суб'єкта права взагалі, притаманні такі риси: волездатність, відокремленість, персоніфікація, ідентифікація та правосуб'єктність.

Волездатність (здатність або можливість володіти правовою волею) притаманна учаснику фінансових правовідносин або з моменту народження (фізичні особи), або з моменту її встановлення нормами фінансового права (інші правові особи, що не є фізичними). Правова воля являє собою ту первісну якість суб'єкта фінансового права, що лежить у основі всіх його наступних ознак, та є силою, що спонукає його здійснювати необхідні дії, або, навпаки, утримуватися від їх здійснення. С. С. Алексєєв у зв'язку з цим зазначав: «Суб'єкт права виробляє, виражає та здійснює свою волю»². Аналогічної позиції дотримувався в науці і С. І. Архипов — «Можливість вільно приймати правові рішення

¹ Финансовое право: Учебник / Отв. ред. Н. И. Химичева. Юристъ. – 2001. – С. 53.

² Алексєєв С. С. Общая теория права: В 2 т. – Т. 2. – С. 139.

(робити свій правовий вибір), а також здійснювати їх, характеризує суб'єкта права як волю»¹. Таким чином, реалізація волездатності учасником фінансового правовідношення об'єктивується у можливість прийняття та виконання правових рішень, що набувають правової форми (закони, укази, постанови і т. ін.), але у сфері публічної фінансової діяльності.

Так, інститут бюджетного процесу в теорії фінансового права є одним з найбільш наочних прикладів реалізації правової волі цілою низкою учасників фінансових (бюджетних) правовідносин. Кожна стадія бюджетного процесу — 1) складання проектів бюджетів; 2) розгляд та прийняття закону про державний бюджет України, рішень про місцеві бюджети; 3) виконання бюджетів; 4) підготовка та розгляд звіту про виконання бюджету та прийняття рішення по ньому — характеризуються своєю специфічною процедурою проходження рішень щодо бюджету, супроводжуються до- мовленням з ряду питань; тут має місце прогнозна та стогова оцінка багатьох факторів, що впливають на економічний розвиток суспільства в цілому. Тому на кожній з чотирьох стадій бюджетного процесу має місце постійне вираження правової волі відповідних учасників — Міністерства фінансів України, Верховної Ради України, Міністерства економіки України, Державного казначейства, Контрольної ревізійної служби України, Державної податкової служби України та ін.

Поняття «суб'єкт фінансового права» характеризують ознаки відокремленості та ідентифікації. Суб'єкт права взагалі не може функціонувати у сфері правових відносин, не будучи при цьому юридично визначеним та індивідуалізованим. Для його відокремленості держава встановлює обов'язкові правила, що фіксують різні правові факти. Сюди належать: обов'язкове надання особі імені, назви; інформація про її місцезнаходження: реєстрація її діяльності, різні види реєстрів, обліків установчих документів і т. ін. В. Є. Чирків відносить сюди також товарні знаки, емблеми, символи (флаг держави)². Як зазначає вчений далі — «*«Будь-який суб'єкт права є пізнаваним, він ідентифікує сам себе. Його ідентифікують також ззовні (різний облік з боку органів держави, реєстрація народження, смерті, юридичних осіб, фактів і т. ін.)»*³. Усі ці механізми встановлюються з метою надання юридичної визначеності суб'єкту у правових відносинах, а також зовнішньо виокремлюють його від інших видів правових осіб.

¹ *Архипов С. И.* Субъект права. – С. 49.

² *Чиркин В. Е.* Юридическое лицо публичного права. – М., 2007. – С. 29.

³ Там само. – С. 29.

Для публічно-правової сфери, яка пронизує фінансові правовідносини у суспільстві, якості відокремленості та ідентифікації особливо важливі для учасників таких правовідносин. Враховуючи високий ступінь значущості публічних фінансів у житті всього суспільства, держава прагне максимально надати юридичну визначеність суб'єктам фінансового права. Вищезазначені факти, що роблять правову особу відомою у правовідносинах (ім'я, назва, місцезнаходження, обліки і т. ін.), у повному обсязі застосовуються і для надання юридичної визначеності суб'єктам фінансового права. Так, для державних органів, що діють у сфері фінансової діяльності, така інформація щодо осіб є вкрай необхідною. Наприклад, для надання фізичній особі ідентифікаційного коду органам державної податкової служби необхідно мати дані щодо її прізвища, ім'я та по батькові, місцезнаходження, можливо громадянського стану і т. ін.; для надання юридичній особі відповідного податкового номеру — інформацію про її назву, вид діяльності, місцезнаходження і т. ін.

Аналізуючи ці ознаки, є логічним звернути увагу на моменти, що ідентифікують виключно учасників фінансових правовідносин у сукупності учасників правовідносин у цілому. Сюди належать різні види реєстрів суб'єктів фінансового права, облік їх діяльності (здійснених операцій) у сфері руху публічних коштів. Так, при обліку фізичних осіб-платників податків та інших обов'язкових платежів¹ — є цілком зрозуміло, що у даному випадку мова йде саме про учасників податкових правовідносин; при обліку розпорядників бюджетних коштів — про суб'єктів бюджетного права²; при обліку резидентів, яким видаються відповідні ліцензії Національним банком України для здійснення необхідних операцій — про учасників валютних, банківських, державно-торгових правовідносин³.

¹ Про державний реєстр фізичних осіб-платників податків та інших обов'язкових платежів: Закон України від 22. 12. 1994 р // Відом. Верхов. Ради України. – 1994. – № 12. – Ст. 245.

² Інструкція про статус відповідальних виконавців бюджетних програм та особливості їх участі у бюджетному процесі: Наказ Міністерства фінансів України від 14. 12. 2001 р.

³ Положення про порядок видачі резидентам індивідуальних ліцензій Національного банку України на переказування іноземної валюти за межі України з метою оплати валютних цінностей: Постанова Правління Національного банку України від 5. 02. 2003 р.; Положення про порядок видачі Національним банком України індивідуальних ліцензій на використання іноземної валюти на території України як засобу платежу: Постанова Правління Національного банку України від 14. 10. 2004 р.

Виходячі з вищезазначеного є зрозумілим, що дані механізми обліку ідентифікують саме суб'єктів фінансового права, а не осіб іншої галузі права. Таким чином, якості відокремленості та ідентифікації властиві поняттю «суб'єкт фінансового права».

Учасники фінансових правовідносин, виступаючи різновидом учасників правовідносин, взагалі характеризуються ознакою персоніфікації. Під персоніфікацією необхідно розуміти участь суб'єкта у правовідносинах зовні у вигляді єдиної особи — персони¹. Унаслідок персоніфікації у суб'єкта права будь-якої організаційної форми або виду (держава, територіальна громада, фізична особа) є можливість брати участь у правовідносинах як єдине та цілісне правове утворення, що здатне реалізувати свою правову діяльність та здійснювати поставлені завдання.

Персоніфікація суб'єкта фінансового права виражається у його участі у вигляді єдиної особи — персони у правовідносинах, що функціонують у сфері мобілізації, розподілу та використання публічних грошових фондів. Ця ознака є необхідною та обов'язковою при характеристиці саме учасників фінансових правовідносин, тому що здійснювати свої фінансові обов'язки та права (реалізувати владні повноваження у сфері публічних фінансів) останні можуть тільки будучи організованими, цілісними та неподільними особами. Наприклад, право органу місцевого самоуправління на введення у дію на своїй території місцевих податків та зборів можливо реалізувати тільки у разі, якщо такий учасник даного фінансового (податкового) правовідношення є персоніфікованим, тобто цілісною та єдиною правовою особою. Або, наприклад, обов'язок Національного банку України забезпечувати стабільність національної грошової одиниці України. Цю функцію даний орган може здійснювати також, виступаючи у вигляді єдиної правової особи. Адже ми розуміємо, що у цих прикладах мова фактично йде про сукупність фізичних осіб (колектив органу місцевого самоврядування, колектив робітників системи Національного банку України), які, будучи розподіленими на окремих учасників правовідносин — фізичних осіб, свої поставлені завдання виконати не зможуть. Тому об'єктивно необхідним є їх об'єднання у відповідні правові єдності — орган місцевого самоврядування, Національний банк України.

Наступною ознакою, що характеризує учасника фінансових правовідносин, є фінансова правосуб'єктність. Суб'єкт будь-якої галузі права наділяється галузевою правосуб'єктністю, яка безпосередньо реалізується у відповідних правовідносинах. Фінансова правосуб'єктність як

¹ Див.: *Алексеев С. С.* Общая теория права. – С. 139.

суспільно-юридична ознака учасників фінансових правовідносин реалізується саме у таких правовідносинах. Визначення правосуб'єктності як можливості особи бути суб'єктом права дозволяє розуміти під фінансовою правосуб'єктністю встановлену нормами фінансового права здатність особи бути носієм юридичних обов'язків та прав у правовідносинах щодо мобілізації, розподілу та використання централізованих і децентралізованих фондів держави та місцевого самоврядування й безпосередньо реалізовувати такі повноваження.

Фінансова правосуб'єктність складається з фінансової правоздатності та фінансової дієздатності. Суб'єкт права стає учасником фінансового права внаслідок наділення його фінансовою правоздатністю. Володіння такою можливістю надає особі у фінансових правовідносинах підставу для участі у конкретному видовому фінансовому правовідношенні (податковому, бюджетному, валютному). Так, 3-річна фізична особа з моменту народження володіє фінансовою правоздатністю, маючи при цьому тільки можливість для участі у фінансовому правовідношенні. Але з досягненням 18-річного віку у неї вже безпосередньо є можливість реалізувати свої фінансові обов'язки та права (сплата податку, отримання бюджетних коштів у статусі розпорядника бюджетних коштів, здійснення валютних операцій).

Під фінансовою дієздатністю розуміють передбачену нормами фінансового права здатність реалізовувати (здійснювати) фінансові обов'язки та права. Так, наприклад, контролюючий державний орган, володіючи здатністю реалізовувати свої повноваження щодо фінансового контролю, за наявності встановлених фінансовим законодавством підстав, бере участь у проведенні планової або позапланової перевірки, проведенні ревізії або застосуванні інших методів фінансового контролю. Під можливістю реалізовувати фінансові обов'язки та права логічно розуміти здатність учасників фінансових правовідносин здійснювати дії, що спрямовані на досягнення цілей, необхідних для існування таких правовідносин.

Отже, на підставі проаналізованого матеріалу є можливість запропонувати таке визначення поняття «суб'єкт фінансового права», що виглядає більш розширеним та доповненим. Під **суб'єктом фінансового права** необхідно розуміти суб'єкта права, який володіє такою, що визнана або встановленою фінансово-правовими нормами сукупністю необхідних та взаємопов'язаних юридичних ознак: волєздатність, відокремленість, персоніфікація, ідентифікація, фінансова правосуб'єктність, що виокремлюють його як самостійно існуючий вид у системі інших галузевих суб'єктів права.

ПРОБЛЕМИ БОРОТЬБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ

В. Голіна, член-кореспондент Академії правових наук України, доктор юридичних наук, професор

Кримінологічна політика в Україні: деякі теоретико-прикладні проблеми

Наукових праць, присвячених теоретично-прикладним засадам саме кримінологічної політики, в Україні немає. Найчастіше словосполучення «кримінологічна політика» у працях вітчизняних і зарубіжних учених минулого та сучасності вживається при визначенні кримінальної (кримінально-правової) політики або більш широкого поняття «політика у сфері боротьби зі злочинністю», іноді «загальна теорія боротьби зі злочинністю», як її складова частина¹ або, говорячи словами М. П. Чубинського, як «превентивна політика»².

Разом з тим існують поодинокі висловлення вчених про те, що кримінально-правової (а тим більше кримінальної) політики, як суто самостійних напрямків боротьби зі злочинністю засобами репресії, у державі не повинно бути, оскільки кримінальна політика несумісна із справжньою демократією і правами людини. Планомірна протидія злочинності пов'язується з кримінологічною політикою. При цьому одні вчені вважають, що кримінологічна політика — це науково обгрунтована стратегія і тактика запобігання злочинності за допомогою системи

¹ Див.: *Даньшин І.* Кримінологічна політика: за і проти // *Право України.* — 1992. — № 8. — С. 30; *Коробеев А. Н., Усс А. В., Голік Ю. В.* Уголовно-правовая политика: тенденции и перспективы. — Красноярск, 1991. — С. 7; *Зеленецкий В. С.* Общая теория борьбы с преступностью. 1. Концептуальные основы. — Харьков, 1994. — С. 100–101; *Босхолов С. С.* Основы уголовной политики: Криминологический, уголовно-правовой и информационный аспект. — М., 1999. — С. 32; *Литвак О. М.* Державний вплив на злочинність: Кримінально-правове дослідження. — К., 2000. — С. 54; *Фріс П. Л.* Нарис історії кримінально-правової політики України. — К., 2005. — С. 8–9 та ін.

² *Чубинский М. П.* Очерки уголовной политики: понятие, история и основные проблемы уголовной политики как составного элемента науки уголовного права. — М., 2008. — С. 78.

заходів спеціально-кримінологічного характеру, а також шляхом відвернення конкретних злочинів і покладення їм краю. На відміну від кримінальної, кримінологічна політика не передбачає видання і застосування кримінальних законів. Запобігання завжди має активний, наступальний характер, але орієнтується не на репресію, а на скорочення сфери застосування примусових заходів. Політика профілактики злочинів реалізується на основі кримінологічного прогнозування і планування з урахуванням соціальної та економічної ситуації, що постійно змінюється¹. Інші — уявляють кримінологічну політику як систему, що припиняє зв'язки: а) формування і функціонування криміногенних процесів у суспільстві; б) між цими процесами і формуваннями особистості; в) між особистістю й ситуацією вчинення злочину².

Означені висловлювання стосовно відстоювання реальності кримінологічної політики не викликають у цілому заперечень, хоча змістовно вони мають характер, так би мовити, постановки проблеми. Однак слід все ж зауважити, що, по-перше, кримінально-правова політика завжди існувала в будь-якій державі і існує, про що свідчать правотворчість у сфері кримінального законодавства, реформування правоохоронних органів тощо. Не втратив своєї актуальності вислів видатного німецького криміналіста ХХ ст. Франса фон Ліста, що найкраща кримінальна політика — це найкраща соціальна політика, тобто репресивний напрям протидії злочинності не є головним. Отже, по-друге, невід'ємною частиною кримінально-правової політики у демократичній, правовій державі повинна бути кримінологічна політика. Вона, якщо мовити словами Ш. Монтеск'є і Ф. Ліста, є духом соціальної політики держави, яка вміло поєднує репресивні та нерепресивні заходи протидії злочинності. По-третє, кримінологічна політика, як вважається, є поняттям більш широким, ніж теорія запобігання злочинності. Кримінологічна політика є своєрідною ідеологією, під впливом якої, з одного боку, розробляються форми, завдання, зміст, принципи діяльності держави у сфері нерепресивного напрямку боротьби зі злочинністю, а, з другого, — використовується найбільш обґрунтована з соціально-політичних позицій наявна або розробляється відповідно до неї нова теорія запобігання злочинності. Наприклад, антропологічна теорія протидії злочинності в Італії часів 20–40-х років ХХ ст. і теорія диференційованої асоціації (Са-

¹ Див.: Зелінський А. Ф. Кримінальна політика: за і проти // Право України. – 1992. – № 8. – С. 34.

² Теоретические основы предупреждения преступности: Монография / Отв. ред. В. К. Звирбуль, В. В. Клочков, М. Г. Миньковский. – М., 1977. – С. 31.

терленд) в США, основні положення якої використовуються в країні і зараз.

Отже, кримінологічна політика — це складова частина державної соціальної політики, яка на основі Конституції України і інтегрованих кримінологічною наукою знань визначає основні методологічні засади та шляхи, котрими керується держава і її інституції при здійсненні нерепресивної протидії злочинності та її проявам. Тим самим кримінологічна політика виступає як єдність:

державної концепції протидії злочинності, яка виражається у відповідних директивних актах (законах, указах Президента України, постановях Кабінету Міністрів України, планах, програмах);

наукової кримінологічної теорії загальносоціального і спеціально-кримінологічного запобігання злочинності, яка є панівною у сучасній українській кримінології;

особливого виду діяльності держави, її органів, громадськості, спрямованої на ефективне здійснення загального концептуального замислу протидії злочинності як соціального явища, притаманного суспільству, і як окремим її різновидам і проявам.

Кримінологічна політика, таким чином, є не тільки сукупністю упорядкованих заходів, але й, образно кажучи, ідеологічним генератором, який підвищує запобіжну «напругу» в суспільстві, формує в ньому соціальну толерантність і повагу до соціальних цінностей, сприяє накопиченню в суспільних відносинах так званого «соціального капіталу» (громадський правопорядок, довіра, чесність, порядність тощо). За словами проф. М. М. Бабаєва, якщо кримінальна політика бореться зі злом, караючи за зло, то кримінологічна політика запроваджує добро, навчаючи добру¹.

1. «Концепція» перекладається як система поглядів, уявлень про ті чи інші явища; засіб розгляду будь-яких явищ, розуміння чогось; керівний теоретичний принцип або нормативна формула². Концепція — це власна доктрина, в якій прозоро і чітко викладені політична воля держави на розглядвану проблему, її наміри і рішучі дії. Влада — основний, організаційний, регулятивно-контролюючий початок політики. Влада, безсумнівно, являє собою засіб здійснення політики³. Тому концепція

¹ Див.: *Бабаев М. М.* О соотношении уголовной и криминологической политики // Проблемы социологии уголовного права: Сб. науч. трудов. — М., 1982. — С. 12.

² Словарь иностранных слов / Под ред. И. В. Лехина, С. М. Локшиной и др. — 6-е изд., перераб. и доп. — М., 1964. — С. 225, 331.

³ Социология. Наука об обществе: Учеб. пособие / Под общ. ред. проф. В. П. Андрущенко, проф. Н. И. Горлача. — 2-е изд. — Харьков, 1997. — С. 264.

нерепресивної протидії злочинності повинна виходити як директивний акт від вищих владних структур, яким керуються усі органи влади, управління, самоуправління зверху і донизу. Так, наприклад, провідну роль у формуванні кримінально-правової і кримінологічної політики у Великій Британії відіграють основні політичні партії і Кабінет Міністрів, який ним утворюється, де ключову позицію займає Міністерство внутрішніх справ. Саме на нього покладається функція запобігання злочинності. Ще у 60–70-х роках минулого століття в системі МВС країни були створені спеціальні підрозділи, які постійно займаються питаннями запобігання злочинності, зокрема, Стаффордський поліцейський центр по запобіганню злочинності, в якому відбуваються публічні обговорення цієї проблеми, участь ЗМІ, широкої громадськості тощо¹.

Отже, здійснення кримінологічної політики — це складова частина ідейно-політичної і економічної доктрини уряду, за виконання якої він несе політичну відповідальність. У нас за останні 15 років було прийнято 4 комплексних програми запобігання злочинності в країні (називались вони по-різному), але жодного разу ніде і ніхто не звітував про результати їх виконання.

Зміст Концепції кримінологічної політики (окремим актом чи складовою частиною загальної державної доктрини боротьби зі злочинністю) може бути різним, але, як уявляється, необхідно дотримуватися певної структури тексту, що дозволить викласти основні положення, наміри влади, заходи і засоби досягнення цілей, ресурсне забезпечення тощо.

Обов'язковими розділами Концепції кримінологічної політики (якщо вона створюється як окремий директивний акт) повинні бути такі.

Визначення проблеми, на розв'язання якої спрямована концепція. Цей важливий розділ має бути змістовно максимально соціально відвертим у розумінні природи злочинності, соціальної деструктивності людини, наявності в державі сприяючих кримінальним проявам умов, реальності досягнення позитивних цілей, готовності суспільства протидіяти негативним явищам і «платити» за це певну ціну та ін.

Аналіз причин виникнення проблеми та обґрунтування необхідності прийняття даної концепції для її розв'язання. Бажано чесно перерахувати основні причини й умови певних тенденцій злочинності і тих негативних явищ, які активно сприяють проявам кримінологічного потенціалу членів суспільства. Сукупність різних злочинів — це лише прояви злочинності. Сама ж злочинність — це такий стан людської

¹ Див.: *Ведерникова О. Н.* Теория и практика борьбы с преступностью в Великобритании. — М., 2001. — С. 246–251.

свідомості, який характеризується рівнем рішучості членів суспільства задовольнити свої потреби протиправним шляхом, і в суспільстві для цього створенні (або існують) сприятливі умови. Прояви злочинності — злочини, лише приблизний кількісно-якісний показник зазначеного рівня.

Мета концепції. Метою Концепції є створення правової бази та визначення науково обґрунтованих комплексів, організаційно-управлінських шляхів щодо розвитку існуючих та запровадження додаткових заходів протидії злочинності, що дозволять, скажімо, продовжити тенденцію скорочення злочинності в Україні і у перспективі суттєво зменшити рівень, послабити структуру і характер як усієї злочинності, так і окремих її проявів, підвищити безпеку громадян, захист їх свобод, прав та законних інтересів, а також перебороти їх страх перед злочинністю.

Визначення оптимального варіанта розв'язання проблеми на основі порівняльного аналізу запропонованих можливих варіантів. У цій частині Концепції може йтися про вдосконалення існуючої системи нерепресивної протидії злочинності, управління і координації нею або про їх реформування в напрямі принципового оновлення підходів до запобіжного впливу на злочинність. Із існуючих концептуальних варіантів перевага надається тому з них, виконання якого держава, її інститути, суспільство в змозі забезпечити. У міжнародних документах відзначається, що запобігання злочинності слід розглядати не як ізольовані проблеми, які вирішуються спрощено і непослідовними методами, а скоріше як широкі і складні напрями діяльності, які потребують відповідних стратегій і підходів, що ураховують, зокрема: соціально-економічні, політичні і культурні умови суспільства, в якому вони здійснюються; ступінь розвитку суспільства з особливим акцентом на зміни, які зараз відбуваються і, можливо, відбудуться у майбутньому; відповідні традиції і звичаї при максимальному і ефективному використанні можливостей місцевого значення¹. Боротьба зі злочинністю, особливо її запобігання, не може мати кон'юктурного волонтаристського характеру чи створювати імітаційний образ такої боротьби — таке вже було і є зараз.

Принципи, стратегії та методи розв'язання проблеми. У кримінологічній літературі до принципів кримінологічної політики відносять такі, як: планування та чітка координація боротьби зі злочинністю на різних рівнях; пріоритетне значення кримінально-запобіжної діяльнос-

¹ Руководящие принципы в области предупреждения преступности и уголовного правосудия в контексте развития и нового международного экономического порядка // Сов. юстиция. – 1992. – № 13 – 14. – С. 39–40.

ті; активна участь у боротьбі зі злочинністю громадськості; поєднання заходів державного і громадського впливу; гуманізм¹. Серед принципів щодо організації і управління процесом запобігання злочинності, а також вимог до самих запобіжних заходів називають: демократизм, гуманізм, законність, відповідність кримінологічної політики іншим складовим політики у сфері боротьби зі злочинністю, перевага профілактичних засобів кримінальним ситуаціям, обґрунтованість, економічна доцільність, радикальність, науковість і прогресивність, комплексність і диференціація, реальність і конкретність².

Ледве чи зазначені принципи стосуються лише кримінологічної політики. Слід зауважити, що чисельність керівних ідей послабляє їх значення. У Концепції необхідно виділити такі принципи, які, по-перше, відображають справжню природу кримінологічної політики, її завдання та призначення (функції); по-друге, будуть служити «наскрізними» орієнтирами організації, функціонування, розвитку нерепресивної системи протидії злочинності, концентрованим відбиттям її сукупності³. На наш погляд, такими принципами є: спеціалізація, тобто здійснення концептуальних засад нерепресивної протидії злочинності потребує спеціальних знань і професійної підготовки посадових осіб, для яких ця діяльність стане основною; реальність — принцип, який гарантує дійсність і здійсненність заходів; ресурсне забезпечення — це принцип будь-якої позитивної практичної діяльності, а тим більше складної запобіжної діяльності, яку неможливо ефективно здійснити без належного фінансового, кадрового, інформаційного, наукового, матеріально-технічного та іншого інвестування і постачання. Ігнорування цього принципу на практиці найкращу концепцію перетворить у гучні наміри без наслідків⁴.

Стратегія — це засоби досягнення цілей, мистецтво ведення боротьби зі злочинністю або її окремими проявами, вибір вирішального на-

¹ Див.: *Даньшин І. М.* Кримінальна політика: за і проти // *Право України*. – 1992. – № 8. – С. 30.

² Див.: *Кримінологія: Загальна та Особлива частини: Підручник / За заг. ред. проф. І. М. Даньшина*. – Х.: Право, 2003. – С. 123; *Медицький І. Б.* Вплив соціальних факторів на злочинність в умовах становлення незалежної української держави: Монографія. – 2007. – С. 109–110.

³ Див.: *Исмаилов И. Ф.* Преступность и уголовная политика (актуальные проблемы борьбы с преступностью). – Баку, 1990. – С. 142.

⁴ Див.: *Миньковский Г. М., Ревин В. П., Баринова Л. В.* Концепция проекта федерального закона «Об основах предупреждения преступности» // *Государство и право*. – 1998. – № 3. – С. 48.

пряму для досягнення заздалегідь накреслених цілей¹. У більш розгорнутому концептуальному вигляді стратегія запобігання злочинності може бути визначена як галузь державної діяльності, в якій реалізуються концептуальні питання теорії і практики організації, перспективного програмування, планування, здійснення запобіжних заходів, дослідження закономірностей превентивної діяльності, оцінки її ефективності і наступного довгострокового кримінологічного прогнозування². При створенні конкретних стратегій слід виходити з кримінологічної обстановки, стану злочинності, рівня криміногенного потенціалу суспільства, розробки теорії запобігання злочинності, зі ступеня ресурсного забезпечення та ін.

Стрижнем кримінологічних досліджень є методи запобіжного впливу, під якими розуміються науково сформульовані способи руйнівного запобіжного впливу на криміногенні явища (об'єкти). Власне кажучи, метод стратегії є своєрідною спробою, науково обгрунтованим, реальним, законним, конкретним підходом, навіть винаходом щодо досягнення цілей стратегії. Методи за своїм походженням можуть мати соціальний, правовий, комунікативний, психогенний та інший характер³.

Очікувані результати впровадження концептуальних положень і стратегій кримінологічної політики та їх оцінка. У перспективі може розглядатися декілька варіантів результатів здійснення стратегій і оцінки кримінологічної політики: концептуальні положення і стратегії залишилися взагалі не впровадженими; цілі реалізованих стратегій і положень кримінологічної політики повністю не досягнуті внаслідок об'єктивних чи суб'єктивних причин й умов, але шляхи та методи розв'язання проблем вибрані правильно; прогнозовані цілі планування досягнуті, суттєво зменшились і послабились кількісно-якісні прояви злочинності, підвищилась безпека громадян тощо. Спираючись на досягнуті і публічно обговорені результати, з урахуванням динаміки кримінологічної обстановки в республіці, територіальному розрізі розробляється і впроваджується така концепція і стратегія кримінологічної політики.

¹ Див.: *Бородин С. В.* Борьба с преступностью: теоретическая модель комплексной программы. – М., 1990. – С. 13.

² *Современные проблемы и стратегия борьбы с преступностью* / Науч. ред. В. Н. Бурлаков, Б. В. Волженкин. – СПб., 2005. – С. 477.

³ Див.: *Голина В. В.* Научные подходы к деятельности по предупреждению преступности // *Проблемы законности: Респ. междувед. науч. сб.* / Отв. ред. В. Я. Таций. – Х., 1991. – Вып. 31. – С. 127–136.

2. Науковою базою кримінологічної політики є теорія запобігання злочинності, яка ґрунтується на розумінні і поясненні її причин та умов. Сучасна українська кримінологія виходить із того, що злочинна поведінка обумовлена вресітти-ресітти комплексом різних за природою, силою впливу, знаходженням тощо негативних соціальних явищ, які породжують або сприяють злочинності в цілому та її проявам. Отже, теорія запобігання злочинності формується на уявленнях, що поступове витиснення негативних явищ, випередження появи нових, обмеження, усунення їх дій, захист матеріальних цінностей, життя та свобод громадян, подолання страху перед злочинністю і набуття почуття захисту, а також своєчасне відвернення і припинення злочинів може бути здійснене державою і суспільством на загальносоціальному, спеціально-кримінологічному та індивідуальному рівнях. Вихідні положення цієї теорії викладені у багатьох наукових публікаціях¹.

У межах кримінологічної політики залежно від кримінологічної обстановки в країні першорядне значення може надаватися тому чи іншому рівню запобігання злочинності, його окремим напрямам, сукупності заходів та ін.

Розробці теорії запобігання злочинності служить Концепція розвитку кримінологічної науки України на початку XXI століття². Теорія запобігання злочинності — квінтесенція, продукт розвитку усієї української кримінологічної науки. Тому кримінологічна політика України повинна враховувати останні сучасні українські і зарубіжні її досягнення.

3. Особливості діяльності держави, її органів, соціальних груп, посадових осіб, громадськості щодо запобігання злочинності полягає у такому.

По-перше, це довготривала, складна, наполеглива, професійна протидія усіх соціальних систем держави і суспільства тим явищам, які створюють криміногенний потенціал у суспільстві, породжують злочинність та її окремі прояви. Враховуючи необхідність вироблення послідовного і виваженого підходу до вирішення кримінологічного напрямку протидії злочинності, Кабінету Міністрів України необхідно створити спеціально уповноважений орган виконавчої влади з питань державної кримінологічної політики, надавши йому відповідні функції її формування, забез-

¹ Див., наприклад: Теоретические основы предупреждения преступности. – М., 1977; *Голина В. В.* Кримінологіческая профилактика, предотвращение и пресечение преступлений. – К., 1989; *Закалюк А. П.* Курс сучасної української кримінології: У 3 кн. Кн. 1. Теоретичні засади та теорія української кримінологічної науки. – К., 2007 та ін.

² Концепція розвитку кримінологічної науки в Україні на початку XXI століття // Інформ. бюл. № 9. – К., 2007. – С. 4–29.

печення реалізації, узагальнення практики застосування, координації, неухильного додержання вимог законодавства про протидію злочинності посадовими і службовими особами виконавчої влади та ін.

По-друге, криміногенні детермінанти злочинності криються у самому суспільстві, в людях, тому йдеться про своєрідне самолікування, очищення. Держава, суспільство, керівники вищих щаблів влади, «мудрі законодавці» повинні це осмислити і додержуватися таких підходів до внутрішньої і зовнішньої політики, які б виключали або зменшували криміногенний потенціал у суспільстві. Покладати це завдання виключно на силові правоохоронні і правозастосовчі органи безглуздо. Вони є елементами державної системи. Ось чому здійснення кримінологічної політики полягає не у формальному декларуванні її загальних положень, а у жорсткому контролі вищих органів влади зверху донизу за дійсним постійним втіленням її концептуальних ідей, стратегій, принципів у практичній запобіжній діяльності з певним результатами.

По-третє, особливість діяльності щодо нерепресивної протидії злочинності пов'язана з відкиданням поспішності, з перетворенням її у короткочасні кампанії, гучні обіцянки, фальсифікації статистики тощо. Зміна владних структур не повинна впливати на виконання запобіжних заходів, якщо вони відповідають принципам кримінологічної політики. Перманентність здійснення — засада кримінологічної політики.

По-четверте, у злочинного світу діяльність щодо посилення запобігання злочинності оптимізму не викликає. На жаль, не зацікавленими у здійсненні кримінологічної політики є пересічні громадяни, посадовці і службові особи, образ життя і дій яких далекі від законслухняності. Тому необхідний жорсткий контроль щодо виконання директивних положень кримінологічної політики. Український лібералізм, що відкидає ефективний соціально-правовий контроль (через острах докору в авторитарних прагненнях)¹, у цьому разі недоречний.

По-п'яте, до того часу, доки не буде установлений реальний ефект від впровадження і належного ресурсного забезпечення (до речі, воно повинно нарощуватись) запобігання злочинності, неможливо визначити дійсні досягнення чи невдачі здійснення кримінологічної політики. Це — аксіоматичне положення кримінологічної політики. У нас ця справа не прозора.

Є інші особливості діяльності у руслі концепції кримінологічної політики в Україні.

І на закінчення. Було б корисним для держави і цікавим для науки подальше обговорення зазначеної проблеми.

¹ Див.: *Курило В. І., Михайлов О. С., Яра О. С.* Кримінологія. Загальна частина: Курс лекцій. – К., 2006. – С. 173.

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

Проблеми алгоритмізації та програмування розслідування злочинів

Намагання науковців надати практиці передові рекомендації щодо підвищення ефективності слідчої діяльності і такого її аспекту, як планування, закономірно привернули їхню увагу до розроблення і запровадження криміналістичних алгоритмів та програм розслідування¹. Дійсно, останнім часом спостерігається бажання вчених змінити напрямок наукового пошуку — від «книжкових методик» до побудови алгоритмів і програм дій слідчого відповідно до типових ситуацій. Так, Р. Белкін піддавав критиці «книжкові методики» і наголошував, що рядовий слідчий, який не має достатнього професійного досвіду, за умов дефіцити часу та екстремальної ситуації не в змозі відтворити у пам'яті десятки сторінок цієї методики як оперативного посібника до дій. Для цього йому потрібні більш лаконічні, чіткі і зрозумілі алгоритми. «Якби кожний автор нової теорії, монографії, — підсумовував він, — завершував свою роботу набором алгоритмів дій з використанням запропонованих новацій, то їх впровадження набувало б реального підґрунтя»².

Отже, на сьогодні можна говорити про існування традиційної опісової форми викладення криміналістичних методичних рекомендацій, так званої «книжкової» методики і новаторської у вигляді відповідних алгоритмів та програм. Водночас сама побудова криміналістичних алгоритмів і програм розслідування як більш високого рівня наукових розробок у цій галузі знань і більш оптимальної форми викладення порад слідчому в свою чергу передбачає необхідність у розв'язанні цілої низки проблем, серед яких насамперед треба назвати такі. По-перше, з'ясування співвідношення між поняттями «криміналістичний алгоритм» і «програма розслідування» та «програма розслідування» і «окре-

¹ Див.: *Соя-Серко Л. А.* Программирование расследования // Соц. законность. – 1980. – № 1. – С. 50, 51; *Шаталов А. С.* Криминалистические алгоритмы и программы. Теория. Проблемы. Прикладные аспекты. – М., 2000; *Коновалова В.* Алгоритмізація в теорії криміналістики // Вісн. Акад. прав. наук України. – Х., 2007. – Вип. 1 (48). – С. 169–174 та ін.

² Див.: *Белкин Р. С.* Криминалистика: проблемы сегодняшнего дня. Злободневные вопросы российской криминалистика – М., 2001. – С. 127.

ма криміналістична методика». По-друге, визначення об'єктів і сфери криміналістичної алгоритмізації та програмування розслідування.

Гносеологічним підґрунтям для реалізації ідеї алгоритмізації та програмування процесу розслідування слід вважати наявність багатоваріантного підходу до розв'язання пізнавальних та управлінських завдань. Відомо, що завдання, у тому числі й у сфері кримінального судочинства, можуть вирішуватись евристичним (творчим) і алгоритмічним шляхами. Перші завдання за своєю природою і змістом є більш ускладненими, другі — простішими і в їх розв'язанні простежується елемент повторюваності. У зв'язку з цим вагомого значення набуває виділення в науці криміналістиці таких категорій, як типова слідча ситуація, типова версія, типове тактичне завдання і рішення. Функціональною основою можливості алгоритмізації та програмування розслідування є запровадження в криміналістичну науку кібернетичних підходів, зокрема щодо розроблення схем типових рішень і типізованих дій слідчого в деяких типових слідчих ситуаціях з використанням персональної комп'ютерної техніки. Разом із тим застосування цих категорій у кримінальному судочинстві має бути виваженим і науково обґрунтованим. У протилежному разі, як правильно зазначає В. Сущенко, просте перенесення термінів, що склалися в кібернетиці або математиці, призводить не до збагачення теорії і практики окремої науки (мається на увазі криміналістики — пояснення наше. — В. Ж.), а до схоластичного «онаучування» окремих висновків і положень¹.

Виходячи з того, що розслідування — це завжди складний пізнавальний процес, реалізація якого здійснюється головним чином евристичним (творчим)

шляхом, де алгоритмічний виконує лише допоміжну роль, то й програмування є складовою частиною, певним етапом планування. Слідчий, спираючись на розроблені в науці програми дій, у відповідності до ситуації, що виникла, і враховуючи реальні можливості, складає детальний план розслідування. За таких обставин значення програмування як засобу доведення методичних рекомендацій до слідчого полягає в тому, що воно надає йому можливості в тих випадках, коли є готові оптимальні рішення, не займатися їх винаходом, а брати і використовувати вже готові². При цьому обов'язково треба враховувати, що методичні при-

¹ Див.: Сущенко В. Н. О программировании расследования преступлений // Теория и практика криминалистики и судебной экспертизы. — Саратов, 1989. — Вып. 8. — С. 74.

² Див.: Соя-Серко Л. А. Программирование и творчество в деятельности следователя // Проблемы предварительного следствия в уголовном судопроизводстве. — М., 1980. — С. 33.

писи, котрі містяться в програмі, це лише передумови до діяльності, водночас успіх розслідування досягається не стільки ступенем їх опанування, скільки професійним використанням в умовах конкретної ситуації. А якщо так, то застосування алгоритмічних схем, програм вимагають від слідчого значних інтелектуальних зусиль. Ідея алгоритмізації та програмування розслідування не повинна позбавляти слідчого можливості пошуку евристичних рішень, навпаки, програма повинна стимулювати його ініціативу щодо відшукання нового оригінального рішення навіть й такого, яке не передбачено її розробниками¹.

Отже, криміналістичні алгоритми і програми розслідування у жодному разі не призначені для того щоб замінити індивідуальність, професіоналізм, стиль мислення слідчого, тим більше, що попри все бажання нестандартне рішення в розслідуванні злочинів запрограмувати неможливо. Їх метою є стимулювання ділової активності слідчого. Саме вони в різноманітних типових слідчих ситуаціях здатні забезпечити швидкість прийняття рішення з урахуванням усіх без винятку рекомендацій криміналістики і вимог чинного законодавства. За їх допомогою розумова діяльність слідчого істотно полегшується, не втрачаючи при цьому своїх творчих засад. При цьому самі алгоритми та програми виступають своєрідним способом концентрації криміналістичних знань, акумулятором узагальненого досвіду слідчої діяльності, підвищують її ефективність, перетворюючи на програмно керовану та більш контрольовану при розв'язанні однотипних завдань розслідування, створюючи відповідні умови до економії інтелектуальної праці слідчого, його автоматизації там, де це можливо і необхідно.

Щодо співвідношення понять «алгоритм» і «програма», то вони мають декілька різних за своєю сутністю значень. Так, під алгоритмом найчастіше розуміють систему дій, правил для вирішення конкретного завдання². В іншій інтерпретації — це кінцева послідовність загальнозрозумілих приписів, котрі не потребують людської винахідливості, і виконання яких дозволяє за визначений час отримати рішення певного завдання з деякого класу завдань³. Алгоритм також визначають як про-

¹ Див.: *Быховский И. Е.* Программирование расследования: возможности и перспективы // Актуальные проблемы советской криминалистики. – М., 1980. – С. 66,67.

² Великий тлумачний словник сучасної української мови / Уклад. і голов. ред. Т. Бусел. – К., 2001. – С. 13.

³ Див.: *Заморин А. П., Марков А. С.* Толковый словарь по вычислительной технике и программированию. Основные термины. – М., 1987. – С. 19.

граму, що зумовлює спосіб поведінки і являє собою систему правил (приписів) для ефективного вирішення завдань¹.

Як видається, саме в цьому приховується причина того, що в криміналістичній літературі нерідко можна зустріти використання понять «алгоритм» і «програма» як синонімів², що не є виправданим. Не заперечуючи того, що поняття «алгоритм» і «програма» мають підґрунтя для певного ототожнення, їх необхідно чітко розрізняти навіть тому, що термін «програма» має дещо іншу, хоча й схожу зі словом «алгоритм», етимологію. Програма здебільшого визначається як наперед продуманий план (шлях) виконання будь-якої діяльності³. Вочевидь, що головним значенням поняття «алгоритм» є слово «правило», а поняття «програма» — слово «план». Беручи до уваги, що будь-який план складається з використанням деяких правил, що включають в себе цілком визначену сукупність наукових рекомендацій криміналістики, логічно передбачити, що програма розслідування повинна розглядатися не інакше, як підібраний слідчим або рекомендований наукою «набір» криміналістичних алгоритмів і необхідної типової криміналістично значущої інформації, призначеної для розкриття та розслідування конкретної події злочину.

Таким чином, «алгоритм» і «програму» необхідно розглядати як тісно взаємозв'язані і в той же час відносно самостійні поняття. Ось чому слід погодитись з тими вченими-криміналістами, які вважають, що розглядувані поняття не збігаються, але близькі і по суті об'єднуються на одному етапі підготовки вирішення тих завдань, котрі існують в слідчій тактиці і методиці розслідування злочинів⁴. При цьому треба враховувати, що тлумачення понять «алгоритм» і «програма» залежить не лише від загальноприйнятих уявлень, але й від предмета, а також методів конкретної науки, в якій вони використовуються⁵, у даному разі йдеться про криміналістику.

Враховуючи вищевикладене, у літературі були запропоновані різні визначення поняття «криміналістичний алгоритм». Так, на думку О. Шаталова, розглядувану категорію доцільно визначати як науково обґрунтований припис щодо виконання в завданому порядку системи послідовних

¹ *Философский энциклопедический словарь*. – М., 1983. – С. 18.

² Див.: *Возгрин И. А.* Криміналістическа методика расследования преступлений. – Мн., 1983. – С. 205; *Зорин Г. А.* Программирование при расследовании преступлений. – Гродно, 1985. – С. 2 та ін.

³ Великий тлумачний словник сучасної української мови. – С. 967.

⁴ Див.: *Клименко Н. И., Биленчук П. Д.* Логико-математические и кибернетические методы в криминалистике: Учеб. пособие. – К., 1988. – С. 61.

⁵ Див.: *Шаталов А. С.* Понятие криминалистической алгоритмизации и программирования расследования преступлений // *Государство и право*. – 2000. – № 8. – С. 33.

операцій, рекомендованих слідчому, для розв'язання завдань певного типу¹. Г. Зорін криміналістичний алгоритм розглядає як систему приписів, заснованих на системі правил, послідовність виконання яких дає позитивний результат, знижує ризикогенність, створює максимальну ефективність просторово-часового виконання дії². За визначенням інших вчених, криміналістичний алгоритм — це всеохоплююча система залежних від слідчої ситуації слідчих та інших дій, а також їх комплексів, побудованих в оптимальній послідовності на підставі пріоритетів³.

Розглядаючи криміналістичні алгоритми, необхідно враховувати те, що їх побудова відбувається на основі повторюваності явищ, наявності в них внутрішніх закономірностей, а саме змінюваності і відносної сталості. При цьому вони мають доволі вузьку, індивідуалізовану сферу застосування, а їх реалізація можлива тільки тоді, коли будь-яке загальне завдання розслідування піддається розчленуванню на свої складові, більш прості завдання, а якщо це можливо, то й на елементарні одноваріантні операції⁴. Іншими словами, без формалізації неможливі алгоритмізація та здійснення наступного етапу вирішення завдань розслідування — програмування⁵.

Що стосується «програми розслідування», то її характерними рисами і одночасно основними відмінностями від криміналістичного алгоритму є змінюваність і багатоваріантність. На підставі цього програма розслідування може і повинна містити як формалізовані, тобто жорстко детерміновані системи дій, так і неформалізовані криміналістичні знання, наприклад у вигляді певних рекомендацій щодо з'ясування ситуацій, вибору засобів розв'язання типових завдань тощо⁶. Так, Г. Густов роз-

¹ Шаталов А. С. Понятие криминалистической алгоритмизации и программирования расследования преступлений. – С. 34.

² Див.: Зорин Г. А. Криминалистическая методология (Фундаментальная криминалистика XXI века). – Мн., 2000. – С. 429.

³ Див.: Ищенко Е. П., Сливинский К. О. Алгоритмизация расследования преступлений – актуальная проблема криминалистики // Актуальные проблемы криминалистики на современном этапе: Материалы межд. науч. конф. – Уфа, 2003. – Ч. 1. – С. 99.

⁴ Див.: Шаталов А. С. Понятие криминалистической алгоритмизации и программирования расследования преступлений. – С. 35.

⁵ Див.: Клименко Н. И., Биленчук П. Д. Логико-математические методы в криминалистике. – С. 61.

⁶ На цю обставину зверталася увага в криміналістичній літературі (Див.: Дранкин Л. Я. Ситуационный подход в криминалистике и программирование расследования // Проблемы программирования, организации и информационного обеспечения предварительного следствия: Межвуз. науч. сб. – Уфа, 1989. – С. 31; Соя-Серко Л. А. Программирование и творчество в деятельности следователя // Проблемы предварительного следствия в уголовном судопроизводстве. – М., 1980. – С. 33).

глядає програму розслідування як систему рекомендацій, що включають опис засобів, прийомів, методів їх вирішення, метою якої є надання допомоги робітникам правоохоронних органів допомоги в отриманні нових знань по кримінальній справі та організації її розслідування¹. На думку О. Шаталова, програма — це рекомендована наукою певна сукупність криміналістичних алгоритмів та іншої необхідної інформації, призначених для ефективного управління слідчою ситуацією під час розслідування злочинів окремих груп, видів і підвидів². У такому тлумаченні «програми розслідування» алгоритми виступають одним з найважливіших елементів, що зумовлюють її зміст, а за наявності можливостей створюють передумови для автоматизації окремих процесів.

Виходячи з наведеного, на нашу думку, різниця між планом, програмою та алгоритмом головним чином полягає в ступені формалізованості, об'єктах і сфері реалізації. Так, криміналістичний алгоритм треба розглядати як науково обґрунтований припис щодо виконання лише в завданому порядку системи послідовних операцій, рекомендованих слідчому для розв'язання завдань певного типу, що виникають під час розслідування. При цьому слід зауважити, що структура алгоритму, тобто наявність кількості відображених у ньому кроків здійснення дій, значною мірою залежить від сфери його застосування. Якщо йдеться про організацію провадження окремої слідчої дії, а в деяких випадках і проведення тактичної операції як комплексу дій та оперативно-розшукових заходів, то у цій сфері дійсно можуть бути розроблені більш деталізовані алгоритми, що включають максимально можливу кількість варіантів (кроків) здійснення дій, наприклад з підготовки, встановлення психологічного контакту, викриття необ'єктивних показань, перевірки посилянь на алібі тощо. Саме ця обставина зумовлює їх цінність, тобто чим більше варіантів дій, чим детальніше вони прописані, тим вище якість самого алгоритму.

У свою чергу програма розслідування — це певна сукупність як приписів (криміналістичних алгоритмів), так і правил рекомендаційного характеру. У зв'язку з цим вона подана у відповідному схематичному вигляді, має більш узагальнену структуру в порівнянні з алгоритмом і за своїм змістом менш формалізована, аніж останній. Крім того, розробка програми розслідування конкретного різновиду злочину як ускладненої наукової абстрак-

¹ Див.: Густов Г. А. Проблемы программирования расследования преступлений // Проблемы программирования, организации и информационного обеспечения предварительного следствия: Межвуз. науч. сб. — Уфа, 1989. — С. 18.

² Див.: Шаталов А. С. Понятие криминалистической алгоритмизации и программирования расследования преступлений. — С. 37.

ції потребує і застосування більш узагальненої інформації, де особливе місце посідають криміналістична характеристика з кореляційними зв'язками між її елементами та слідча ситуація. У цьому плані більшу перспективу викладення методичного матеріалу у вигляді певних програм розслідування об'єктивно мають підвидові методики, оскільки вони найбільш тісно наближені до потреб практики, розроблені на підставі аналізу значного емпіричного матеріалу і саме щодо них можна виокремити найбільшу кількість можливих типових слідчих ситуацій. Водночас методики з високим ступенем абстракції, а це перш за все стосується міжвидових (групових) методик, можуть зберігати усталену описову форму.

Щодо плану розслідування, то його слід розглядати як відповідний документ, у якому відображено те, що потрібно зробити в певній перспективі, з тим щоб досягти поставленої мети. Програми та алгоритми в плані відіграють роль найбільш раціональних засобів реалізації того, що в ньому передбачено.

Ще одне питання, яке підлягає з'ясуванню, полягає в тому, що побудова алгоритмічних схем, реалізація програмування розслідування можлива за умов визначення типових ситуацій. Як правильно зазначає М. Яблоков, у розслідуванні можна виявити певну кількість однотипних ситуацій і відповідних до них дій слідчого, які можуть бути використані для створення алгоритму розслідування в типових слідчих ситуаціях¹. Разом із тим треба пам'ятати, що неоднорідність і неповторність конкретних ситуацій суттєво ускладнює їх типізацію. Більше того, неможливо виділити усі ситуації і до них запропонувати відповідні програми розслідування чи алгоритмічні схеми дій слідчого, тобто на сто відсотків формалізувати розв'язання завдань розслідування. Ось чому має рацію В. Бірюков, коли наголошує на тому, що основна проблема алгоритмізації розслідування полягає саме в різноманітності слідчих ситуацій². Тому алгоритм не може бути вичерпним, залишаючи місце як для творчості при його оцінці слідчим, так і для практичного застосування³.

Окрім зазначених проблем, дискусійним є й питання щодо співвідношення понять «програма розслідування» і «криміналістична методика». Так, на думку Р. Белкіна, наближення змісту методики розслідуван-

¹ Див.: Яблоков Н. П. Совершенствование методических основ расследования преступлений // Сов. государство и право. – 1976. – № 2. – С. 70.

² Див.: Бірюков В. В. Алгоритмизация расследования. Задачи и проблемы // Вісн. Луган. ін-ту внутр. справ МВС України. – 2004. – Вип. 1. – С. 195.

³ Див.: Коновалова В. Алгоритмізація в теорії криміналістики // Вісн. Акад. прав. наук України. – Х., 2007. – № 1(48). – С. 171.

ня окремих видів злочинів до типової програми дій є небажаною тенденцією, оскільки призведе до змішування двох видів методичних програм і окремої методики. Він вважає, що програми дій слідчого не повинні підміняти собою окремі криміналістичні методики, але й не повинні включатися до їх **змісту** (виділення наше. — *В. Ж.*). Це методичні поради прямої дії, котрі розраховані на оперативне використання і максимально прилаштовані до такого ж оперативного використання. Їх адаптація до умов конкретного випадку повинна бути максимально простою — шляхом перебору зафіксованих у програмі варіантів дій залежно від наявної інформації¹.

Якщо Р. Белкін мав на увазі програми, які містять перелік невідкладних дій організаційної спрямованості з короткими коментарями у відповідності до певного різновиду злочинів, котрі зберігаються в черговій частині органу внутрішніх справ і які слідчо-оперативна група отримує у вигляді картки при виїзді на місце події, то їх дійсно не можна віднести до змісту окремої криміналістичної методики. Але зведення програмування розслідування до такого роду організаційних заходів було б помилковим і неадекватним тій ідеї, яку проголошено визначною. Більш продуктивною, як видається, є точка зору, за якою програму слід розглядати як самостійний елемент структури окремої криміналістичної методики, що перебуває у взаємодії з іншими структурними елементами, зокрема зі слідчою ситуацією, яка, у свою чергу, виступає вихідним моментом у формуванні програми розслідування². На нашу думку, і описову, і алгоритмічну форми викладення методичних криміналістичних порад потрібно розглядати як необхідні наукові засоби криміналістики, що функціонують паралельно. Ці форми не тільки не суперечать, а навпаки, доповнюють одна одну, забезпечуючи викладення методичних порад стосовно оптимального, найбільш ефективного підходу до організації розкриття та розслідування певних злочинних проявів.

Більше того, форма викладення необхідних методичних рекомендацій свідчить про ступінь сформованості самих окремих криміналістичних методик, рівень їх практичної реалізації. Як зазначалося раніше, на сьогодні криміналістичні методики мають головним чином описовий

¹ Див.: *Белкин Р. С.* Курс криминалистики. В 3т. Т. 3: Криминалистические средства, приемы и рекомендации. — М., 1997. — С. 295, 296.

² Аналогічної точки зору дотримується й І. Возгрін, хоча і не проводить різниці між криміналістичним алгоритмом і програмою розслідування (див.: *Возгрин И. А.* Криминалистическая методика расследования преступлений. — Мн., 1983. — С. 205).

вигляд. Ця форма знаходить своє відбиття головним чином у підручниках з криміналістики і розрахована на студентську аудиторію, а саме на осіб, які розпочинають формування уявлень щодо цієї галузі знань. Ось чому в таких методиках поряд із суто практичними рекомендаціями можна зустріти і деякі пояснення тих чи інших теоретичних концепцій, які дійсно збільшують обсяг викладеного матеріалу. Але в даному разі вони є виправданими і мають своє гносеологічне навантаження. Інша річ, коли йдеться про рекомендації для слідчих, дізнавачів, що мають бути більш лаконічними і доступними для сприйняття і застосування, а тому подані у вигляді певних алгоритмічних схем дій чи програм розслідування в типових ситуаціях. Результати побудови алгоритмів та програм доцільно відображати в науково-практичних виданнях для слідчих, дізнавачів, оскільки саме вони є головними споживачами такого роду наукового продукту. При цьому самі алгоритми і програми до певної міри базуються на інформації, яку викладено в описовій криміналістичній методиці, а саму «книжкову» методику можна вважати першим і необхідним кроком щодо їх формування.

Разом із тим треба пам'ятати і враховувати, що криміналістична методика в будь-якій формі її викладення завжди буде зберігати певний рівень абстракції, оскільки неможливо «без залишку» типізувати всі можливі версії та слідчі ситуації і до них запропонувати відповідні програми розслідування та алгоритмічні схеми дій слідчого. Саме через відповідний рівень абстракції криміналістична методика не може претендувати на повну «технологічність», тобто стовідсотково формалізувати розв'язання завдань розслідування, а тому обов'язково вагомим залишається творчий (евристичний) підхід.

Принципи та ідеї алгоритмізації і програмування набувають особливого значення ще й тому, що виникає об'єктивна можливість їх реалізації засобами комп'ютерної техніки, оскільки на сьогодні кожний слідчий має в користуванні персональний комп'ютер. Зазначене зумовлює ще один напрямок спільних досліджень криміналістів і математиків-програмістів стосовно формалізації існуючих і створення нових алгоритмів та програм розслідування, які б мали вигляд довідково-консультаційного посібника для слідчих. Звернення до цих джерел і могло б стати тим необхідним засобом оперативного одержання управляючої інформації, який реально сприятиме підвищенню рівня ефективності пізнавальної та організаційної діяльності слідчого.

О. Капліна, доцент кафедри кримінального процесу Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Принципи правозастосовного тлумачення норм кримінально-процесуального права

Тлумачити норми кримінально-процесуального права неможливо не спираючись на певні принципи, якими мають керуватися суб'єкти, що здійснюють тлумачення. Проте саме проблема принципів тлумачення є практично не дослідженою в юридичній літературі. Тривалий час у радянській правовій доктрині найважливішим принципом наукового пізнання проголошувалася суворая законність, що розглядалася в єдності з принципом пролетарської партійності¹.

Усвідомлюючи той факт, що багато методологічних підходів, проізованих ідеологією, є зараз неприйнятними, що неприпустимо тлумачити норми права тільки з позиції ідеології, бачити в них лише інструмент державної влади й вираження державної волі, вчені, однак, намагалися звертатися до принципів тлумачення норм права. Це Д. Бараташвілі, Д. Гаврилов, В. Карташов, І. Лукашук, О. Лукашук, О. Петрушев, П. Рабінович, Л. Соцуро, Ю. Тодика, С. Федик, Т. Хабрієва, О. Черданцев, П. Єлькінд, але ця тема не набула у працях учених достатнього висвітлення, залишається багато дискусійних питань. Саме тому метою статті є дослідження принципів тлумачення норм права, формулювання їх визначення, обґрунтування необхідності виділення власних принципів тлумачення норм кримінально-процесуального права.

Вітчизняна й зарубіжна юридична наука відрізняє, розроблює й вивчає принципи найрізноманітніших правових явищ. Принципи ж тлумачення норм права є найменш вивченими, тому й бракує єдності поглядів учених на їх поняття, зміст, кількість, форму вираження й закріплення. Разом з тим аналіз навіть цієї нечисленної юридичної літератури, незважаючи на різноманіття підходів і явний брак домінуючих точок зору, дозволяє вказати на тенденції, що намітилися, і згрупувати точки зору, відрізнивши в них інтеграційні риси.

¹ Див.: *Алексеев С. С.* Проблемы теории права: Курс лекций в 2 т. – Свердловск, 1973. – Т. 2. – С. 169; *Марксистско-ленинская общая теория государства и права: В 4 т. – М., 1973. – Т. 4: Социалистическое право. – С. 468.*

Так, одна група вчених (О. Ф. Черданцев, Є. В. Васьковський¹) вважає, що до принципів тлумачення норм права слід віднести принципи-ідеї. Вони не повинні збігатися з принципами права, можуть не віддзеркалюватися в нормах права, проте мають становити так звану «ідеологію тлумачення».

Деякі науковці (Х. І. Гаджієв, Н. Л. Гранат, О. М. Колесникова, М. С. Тимофеев²) дотримуються позиції, що принципи права є одночасно і принципами тлумачення. Існує також думка (І. І. Лукашук, О. І. Лукашук³), що принципами тлумачення можна вважати деякі правила тлумачення. Дехто з правознавців (Л. В. Соцуро, Т. Я. Хабрієва, П. С. Елькінд⁴), відрізняючи принципи тлумачення, не акцентує уваги на тому, чи повинні вони бути закріплені в нормах права, чи досить сформулювати їх як ідеї, якими слід керуватися в правотлумачній діяльності. У юридичних джерелах висловлена також думка (В. О. Петрушев⁵), що тлумаченню мають бути властиві свої, особисті принципи, деякі з яких можуть все ж таки знайти своє закріплення в чинному законодавстві. Існує також точка зору (Ю. М. Тодика, Д. Т. Бараташвілі, Д. А. Гаврилов⁶), як основні засади тлумачення норм права слід розглядати і принципи позитивного права, і специфічні принципи тлумачення.

Осмислення наведеної поліваріантності підходів учених дозволяє сформулювати власну позицію стосовно порушеного питання. Важливим визначальним моментом при вирішенні принципів тлумачення, безсумнівно, є вид тлумачення, оскільки саме видова різноманітність окреслює

¹ Див.: *Васьковский Е. В.* Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов. – М., 2002. – С. 260–263; *Черданцев А. Ф.* Толкование права и договора: Учеб. пос. для вузов. – М., 2003. – С. 104–106.

² Див.: *Гаджиев Х. И.* Толкование права и закона. – М., 2000. – С. 84; *Гранат Н. Л., Колесникова О. М., Тимофеев М. С.* Толкование норм права в правоприменительной деятельности органов внутренних дел: Учеб. пособие. – М., 1991. – С. 16–17.

³ Див.: *Лукашук И. И., Лукашук О. И.* Толкование норм международного права. – М., 2002. – С. 45–50.

⁴ Див.: *Соцуро Л. В.* Неофициальное толкование норм права: Учеб. пособие. – М., 2000. – С. 33; *Хабриева Т. Я.* Толкование Конституции Российской Федерации: теория и практика: Дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 1997. – С. 50–67; *Элькин П. С.* Толкование и применение норм уголовно-процессуального права. – М., 1967. – С. 132.

⁵ Див.: *Петрушев В. А.* Проблемы толкования права в Российской Федерации. – М., 2003. – С. 78.

⁶ Див.: *Бараташвили Д. Т.* Принципы официального юридического толкования: Дис. ... канд. юрид. наук. – Ярославль, 2005. – С. 70, 81, 86; *Гаврилов Д. А.* Правоприменительное толкование: Дис. ... канд. юрид. наук. – Волгоград, 2000. – С. 124; *Тодика Ю. Н.* Толкование Конституции и законов Украины: теория и практика: Монография. – Х., 2001. – С. 80–81.

повноваження суб'єктів тлумачення, акти, що приймаються ними, та їх юридичну силу. Принципи, якими зобов'язаний керуватися суб'єкт правозастосовного тлумачення, відрізнятимуться від принципів неофіційного компетентного тлумачення. Суб'єкт же повсякденного, звичайного тлумачення може взагалі бути не обізнаним про існування основних засад цієї діяльності. Відрізнятимуться й правові наслідки недотримання принципів при здійсненні тлумачення норм права різними суб'єктами.

Якщо вести мову про принципи правозастосовного тлумачення норм кримінально-процесуального права, то можна стверджувати, що цей процес безпосередньо пов'язаний з процесом правозастосування. У перебігу правозастосування суб'єкт вимушений звертатися спочатку до фактичних обставин, потім до юридичних норм. Виникнення нових фактичних обставин примушує знову приділяти увагу нормі права та її тлумаченню. Як бачимо, правозастосовне тлумачення норм кримінально-процесуального права є невід'ємним складником діяльності органів держави. Ось чому ця діяльність повинна виконуватися згідно з принципами, що закріплюють початкові, основні правові положення, які формулюють призначення кримінального судочинства й побудову всіх його стадій, інститутів та окремих процедур, тобто здійснюватися на підставі *принципів кримінального процесу*. Як підкреслює В. Т. Маляренко, саме принципи кримінального процесу «...є гарантією додержання прав і законних інтересів особи при провадженні у кримінальній справі; є юридичною базою для тлумачення конкретних кримінально-процесуальних норм, а також для вирішення всіх суперечностей, які виникають у ході кримінально-процесуальної діяльності»¹.

Нормативність — властивість, притаманна принципам права. Жодна наукова ідея, що не набула закріплення в законі, не може вважатися правовим принципом, оскільки не в змозі регулювати правові дії і правові відносини². Саме ця іманентність принципів забезпечує їх регулятив-

¹ *Маляренко В. Т.* Конституційні засади кримінального судочинства. — К., 1999. — С. 29. Див. також: *Мірошниченко Т. М.* Принципи кримінального процесу / правова держава України: проблеми, перспективи розвитку. — Х., 1995. — С. 337–338.

² См.: *Алексеев С. С.* Общая теория права: В 2 т. — М., 1981. — Т. 1. — С. 261 і далі; *Вопленко Н. Н.* Сущность, принципы и функции права: Учеб. пособие. — Волгоград, 1998. — С. 34; *Добровольская Т. Н.* Принципы советского уголовного процесса (Вопросы теории и практики) — М., 1971. — С. 9; *Захаров А. Л.* Междотраслевые принципы права: Монография. — Самара, 2004. — С. 20; Кримінальний процес України: Підруч. для студ. юрид. спец. вищ. закл. освіти / За ред. Ю. М. Грошевого та В. М. Хотенця. — Х., 2000. — С. 53–54; *Михеєнко М. М.* Конституційні принципи кримінального процесу // Вісн. Акад. прав. наук України. — 1997. — № 2 (9). — С. 100; *Янович Ю. П.* Уголовный процесс Украины. — Харьков, 1997. — С. 28, 29.

ний вплив на суб'єктів правозастосовного тлумачення. У разі виникнення незрозумілості або сумнівів щодо смислу норми кримінально-процесуального права, останню належить тлумачити правозастосувачем з використанням способів тлумачення крізь призму нормативного змісту тих чи інших принципів кримінального судочинства, які набувають коригуючого, спрямовуючого значення. Принципи галузі ніби «транслиують» свої головні, істотні риси і справляють регламентуючий, інформаційний та орієнтуючий вплив на розумові операції, що здійснюються суб'єктом, який тлумачить норму права, що, зрештою, підвищує результативність тлумачення, допомагає відрізнити способи пошуків правильного рішення. Результати пізнаного смислу норми права висловлюються в акті тлумачення й оцінюються, в тому числі й з позицій дотримання принципів кримінального процесу.

У той же час принципи кримінально-процесуального права, що враховуються суб'єктом, своїм змістом повністю не охоплюють саму «технологію» тлумачення норм кримінально-процесуального права, його механізм. Усвідомлюючи цей факт, ми дотримуємося точки зору про необхідність виокремлення власних принципів тлумачення норм права, які не повинні бути аналогом, точною копією принципів кримінального судочинства, а покликані характеризувати правотлумачну діяльність як процес пізнання, містити найзагальніші вимоги, що пред'являються до цього процесу. Оскільки розумово-правотлумачний процес багато в чому є творчим, знання і вміле оперування власними принципами тлумачення норм права дозволить особі уникнути суб'єктивізму, правильно й адекватно з'ясувати той смисл, який вклав законодавець у норму права. Проте уразливим моментом у викладеній позиції, наріжним каменем проблеми, пов'язаної з формулюванням таких власних принципів тлумачення норм права, є брак їх чіткого законодавчого закріплення. Але О. Ф. Черданцев вважає, що якраз власні принципи тлумачення не повинні не тільки збігатися з принципами права і тим більше окремих галузей та інститутів, а й взагалі бути закріпленими в нормах права. Їх потрібно позиціонувати як основні ідеї, цінності, що становлять ідеологію тлумачення, й відносити до них безсторонність, обґрунтованість висновків, всебічність, об'єктивність, одноманітність, стабільність права, визначеність¹. Є. В. Васьковський, також дотримуючись думки про принципи-ідеї, сформулював три основних принципи («правила», «при-

¹ Див.: Черданцев А. Ф. Толкование права и договора: Учеб. пособие для вузов. – М., 2003. – С. 104–106.

пущення») тлумачення норм права: справедливість, доцільність і милосердя (гуманізм)¹.

В. О. Петрушев пропонує керуватися лише «основними» принципами тлумачення норм права — об'єктивністю, всебічністю, законністю, обґрунтованістю й одноманітністю тлумачення². Ю. М. Тодика до головних засад тлумачення норм права відносить демократизм, науковість, точність, ясність, єдність теорії і практики³. Аналогічні принципи, але неофіційного тлумачення норм права, вирізняє Л. В. Соцуро⁴. П. С. Элькінд пропонує принципом тлумачення норм кримінально-процесуального права вважати адекватність⁵.

Т. Я. Хабрієва виділяє такі принципи тлумачення, як визнання самодостатності Конституції, справедливість, юридична рівність, гарантованість державою прав та свобод людини і громадянина, пріоритетність прав та свобод людини і громадянина, пріоритетність норм міжнародного права, використання всього спектра відомих науці і практиці прийомів та способів тлумачення⁶.

Специфічними, самостійними принципами правозастосовного тлумачення, похідними від принципів правозастосування й залежними від загальних принципів права Д. А. Гаврилов визнає законність, об'єктивність, безсторонність, повноту використання прийомів і способів тлумачення, гуманізм, формалізованість, ясність, переконливість, обґрунтованість, відповідальність за його правильне здійснення⁷.

Д. Т. Бараташвілі, В. М. Карташов висловлюють думки про те, щоб принципами тлумачення, крім принципів права, вважати доктринальні принципи як початкові юридичні ідеї (ідеали, положення), що мають складати частину наукової правосвідомості й виступати обґрунтованими орієнтирами в процесі правової регламентації суспільних відносин, як-от: науковість, гуманізм, справедливість, доцільність, істинність, оперативність, ретроактивний

¹ Див.: *Васьковський Е. В.* Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов. — М., 2002. — С. 260–263.

² Див.: *Петрушев В. А.* Проблемы толкования права в Российской Федерации. — С. 82. *Він же.* Принципы толкования права // Академический юридический журнал. — 2001. — № 4. — С. 4–9.

³ *Тодика Ю. Н.* Толкование Конституции и законов Украины: теория и практика. — С. 80–86.

⁴ *Соцуро Л. В.* Неофициальное толкование норм права. — С. 33.

⁵ *Элькінд П. С.* Толкование и применение норм уголовно-процессуального права. — С. 132.

⁶ *Хабрієва Т. Я.* Толкование Конституции Российской Федерации: теория и практика. — С. 50–67.

⁷ *Гаврилов Д. А.* Правоприменительное толкование. — С. 125–126.

ефект, повнота і всебічність, бездоганність. Зовнішньою формою їх закріплення можуть бути праці вчених-юристів (наукові коментарі до законів, дисертації, монографії, статті тощо). На думку деяких науковців, можна відрізнити практико-прикладні принципи, що акумулюють найбільш цінні й прогресивні фрагменти правороз'яснювальної діяльності, що знаходять свій вияв в інтерпретаційних і правозастосовних актах. Це можуть бути принципи системності, правової стабільності, мотивованості, одноманітного роз'яснення правових розпоряджень, спокутування провини та ін.¹

Х. І. Гаджієв висловлює таку точку зору: оскільки принципи тлумачення не мають чіткого нормативного закріплення, при здійсненні тлумачення норм права інтерпретаторові належить керуватися загальноправовими принципами. Разом з тим з огляду на досвід юристів США слід вважати принципами тлумачення й деякі «правила», що відрізняються ними: одноманітність, прагматичність тлумачення, врахування змін у політиці та ін.²

Своєрідний підхід до проблеми принципів тлумачення норм права можна спостерігати, коли йдеться про принципи з'ясування смислу норм міжнародного права. Їх тлумачення з поглибленням міжнародних зв'язків, розширенням міждержавної співпраці у сфері боротьби зі злочинністю, збільшенням кількості договорів про правову допомогу та правові відносини між країнами останнім часом набуває дедалі більшого значення. Норми міжнародних договорів часто бувають надто вже загальними, недостатньо визначеними, що ускладнює їх реалізацію й викликає необхідність тлумачення в процесі застосування. Проблеми виникають також у зв'язку з тим, що деякі договори складаються декількома мовами, що часом вимагає встановлення семантичної адекватності тих чи інших термінів. Специфічність об'єкта тлумачення накладає свій відбиток на принципи, що виділяються в юридичних джерелах. До їх числа пропонують віднести сумлінність, ефективність, правомірність, єдність тлумачення, повагу до прав суб'єктів³, динамізм⁴, еволютивність⁵,

¹ Бараташвили Д. Т. Принципы официального юридического толкования. – С. 155–157; Карташов В. Н. Теория правовой системы общества. – Ярославль, 2005. – Т. 1. – С. 386 тощо.

² Гаджиев Х. И. Толкование права и закона. – С. 84.

³ Див.: Лукашук И. И., Лукашук О. И. Толкование норм международного права. – С. 45–50; Международное право: Учебник. 2-е изд., доп. и перераб. / Отв. ред. Ю. М. Колосов, В. И. Кузнецов. – М., 1998. – С. 151.

⁴ Див.: Гусейнов Л. Г. Международная ответственность государства за нарушение прав человека. – К., 2000. – С. 36–39.

⁵ Див.: Алисевич Е. С. Толкование норм конвенции Совета Европы о защите прав человека и основных свобод как правомочие Европейского суда по правам человека: Дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2006. – С. 11.

рівну достовірність текстів договорів, автентичність яких встановлено різними мовами, максимальне використання різномовних текстів договору при тлумаченні, встановлення єдиного смислу, закріпленого у текстах різними мовами¹, надання термінам звичного значення у світі об'єкта й мети договору², пропорційність тлумачення, забезпечення певної свободи національного розсуду, автономність³.

Проблема принципів тлумачення норм права існує й у юриспруденції країн Західної Європи. Зокрема, Ж. -Л. Бержель описує такі принципи тлумачення, як свобода волі, превалювання духу закону над буквою, тлумачення термінів згідно з характером договору, встановлення мети акта, неприпустимість зміни в процесі тлумачення норми права. Причому всі вони знайшли своє закріплення в галузевому законодавстві Франції⁴. У Великій Британії судді вдаються до допомоги особливих канонів і презумпцій, вироблених судовою практикою, які розглядаються як принципи судового тлумачення. До найпоширеніших первинних положень, що зустрічаються в практиці англійських судів, належать презумпції: а) заборони фундаментальних змін загального права; б) проти встановлення кримінальної відповідальності без провини; в) проти позбавлення власності або втручання в законні суб'єктивні права громадян; г) проти звуження юрисдикції суду та ін⁵.

Аналіз пропозицій різних учених дозволяє констатувати, що не всі принципи, що ними вирізняються, можна сприйняти за основні засади тлумачення норм права. Деякі з них є правилами відповідних способів тлумачення, можуть бути властивими тільки окремій галузі права й непридатними, служити основними засадами тлумачення норм інших галузей права, інші охоплюються змістом принципів права, що переконує в недоцільності їх дублювання й виокремлення в самостійні принципи тлумачення норм права. Наприклад, принцип законності, запропонова-

¹ Международное публичное право: Учебник / Под ред. К. А. Бекяшева. – М., 1998. – С. 175; Бирюков П. Н. Международное право: Учебное пособие. – М.: Юристъ, 1998. – С. 119.

² Международное право. Учебник для вузов. – М., 1999. – С. 283.

³ Див.: Рабінович П. М., Федик С. Є. Особливості тлумачення юридичних норм щодо прав людини (за матеріалами практики Європейського суду з прав людини). – Львів, 2004. – С. 24–25.

⁴ Див.: Бержель Ж. -Л. Общая теория права / Под общ. ред. В. И. Даниленко: Пер с фр. – М., 2000. – С. 434–438.

⁵ Див.: Романов А. К. Правовая система Англии: Учебное пособие. – М., 2002. – С. 139–158.

ний як основна засада процесу тлумачення¹, є загальноправовим. Його зміст у кримінальному судочинстві визначається низкою положень, суть яких полягає в тому, що суб'єкти кримінального процесу зобов'язані неухильно дотримуватися вимог Конституції України, Кримінально-процесуального кодексу України, міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, інших законів України. Вироки ж судів, ухвали й постанови суддів, постанови прокурорів, слідчих, органів дізнання мають бути заснованими на законі, обґрунтованими й умотивованими. Будучи універсальним і комплексним, цей принцип пронизує зміст усіх інститутів і норм кримінально-процесуального права, весь правозастосовний процес². Він зобов'язує органи держави, які ведуть кримінальний процес, правильно застосовувати закон, неухильно дотримуватися встановленого законом порядку провадження по кримінальній справі, здійснювати процесуальні дії на законних підставах, у передбаченій законом процесуальній формі, у межах повноважень, наданих їм законом, обґрунтовувати свої рішення на безпосередньо досліджених відповідних фактичних даних і нормах матеріального й процесуального права. Будь-яке порушення розпоряджень кримінально-процесуального закону чи встановленої ним процесуальної форми провадження слідчих та інших процесуальних дій, порушення або незабезпечення прав та свобод учасників процесу, неминуче підриває ідею єдності законності, вказує на незаконність зазначених дій.

Тлумачення, виконуючи пізнавальну функцію, зумовлену гносеологічною його природою, озброює правозастосовників сукупністю способів, за допомогою яких з'ясовується зміст норми права, що вклав у неї законодавець, забезпечує правильність і точність передачі державної волі, вираженої в нормах права. Це, у свою чергу, сприяє винесенню законного й обґрунтованого правозастосовного акта й законності самої діяльності державних органів, які ведуть кримінальний процес.

¹ Див.: *Абдулаев М. И., Комаров С. А.* Проблемы теории государства и права: Учебник. – СПб., 2003. – С. 410; *Гаврилов Д. А.* Правоприменительное толкование. – С. 135–136; *Петрушев В. А.* Проблемы толкования права в Российской Федерации. – С. 85.

² Див.: *Добровольская Т. Н.* Принципы советского уголовного процесса. – М., 1971. – С. 44–49; *Кобликов А. С.* Законность – конституционный принцип советского уголовного судопроизводства. – М., 1979. – С. 16–17; *Невзоров И. Л.* Принципы законности в правозастосовальной деятельности: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2003. – С. 8.

Крім того, тлумачення, що знайшло своє відзеркалення в мотивувальній частині ухвалюваного по кримінальній справі рішення, показує, наскільки правильно зрозумів смисл уживаних норм правозастосовник і чи правильно надано ним оцінку фактичним обставинам справи. Тлумачення, що служить юридичною аргументацією, одночасно виступає важливим засобом контролю за правильністю застосування норми матеріального чи процесуального права й засобом переконання заінтересованих осіб у законності винесеного рішення або здійсненої процесуальної чи слідчої дії.

Таким чином, забезпечення законності правозастосовної діяльності неможливе без належного тлумачення норм кримінально-процесуального права. А це, у свою чергу, зумовлює той факт, що принцип законності в кримінальному процесі включає необхідність законності правотлумачної діяльності суб'єкта правозастосування. Цілком очевидно, що, вирізняючи основні засади тлумачення, є сенс зупинитися на принципах, які мають універсальний (загальноправовий або міжгалузевий) характер. Але оскільки такий підхід значно виходить за рамки даного дослідження, обмежимося лише виокремленням і розглядом принципів, які можна покласти основу тлумачення саме норм кримінально-процесуального права. На наш погляд, до принципів тлумачення норм кримінально-процесуального права, як діяльності, що передує процесу правозастосування й супроводить його, слід віднести принципи *об'єктивності, неприпустимості зловживання правом, повноти використання способів тлумачення, одноманітності*.

Усі ці принципи, як вбачається, повинні характеризувати інструментальну сторону тлумачення. Вони не протиставляються принципам кримінального судочинства, а, навпаки, в сукупності з ними покликані впливати на свідомість, волю, практичну діяльність суб'єктів тлумачення і сприяють розкриттю дійсного смислу норм кримінально-процесуального права.

Указаний підхід дозволяє визначити принципи правозастосовного тлумачення, як *найбільш загальні основні керівні засади, що справляють організуючий, орієнтуючий та інформаційний вплив на хід розумових операцій, які зумовлюють процес тлумачення норм кримінально-процесуального права, що в кінцевому підсумку забезпечує адекватне розкриття смислу норми права, ефективність правотлумачної діяльності й подальшого правозастосовного процесу*.

На процес тлумачення норм права, як вбачається, чинять вплив і деякі інші орієнтири, якими керуються суб'єкти тлумачення і які мож-

на розглядати також як принципи правотлумачної практики. Оскільки вони не закріплені в нормах права, а виступають скоріше етичними ідеями, знаходячи своє віддзеркалення у правцях учених, вважаємо, є сенс, приєднатися до точки зору Д. Т. Бараташвілі¹ й іменувати їх *доктринальними принципами тлумачення*. До їх числа слід віднести такі принципи, як науковість тлумачення, єдність теорії і практики, гуманізм, справедливість².

У зв'язку з тим, що критерієм вирізнення принципів тлумачення в нашому дослідженні є об'єкт і специфічний суб'єкт останнього, це накладає свій відбиток на систему виділених принципів. Якщо йтиметься про тлумачення норм міжнародного права й міжнародних договорів, норм вітчизняного цивільного права й цивільних договорів, норм національного конституційного права та інших, то й принципи їх тлумачення відповідатимуть об'єкту тлумачення. Саме з цієї позиції підходять до формулювання принципів тлумачення П. М. Рабінович, С. Є. Федик, І. І. Лукашук, О. І. Лукашук, С. Шевчук³, розробники Цивільного кодексу України (ст. 213).

Ведучи мову про правозастосовне тлумачення норм кримінально-процесуального права, слід зазначити, що окремі найбільш важливі універсальні положення процесу тлумачення повинні знайти своє законодавче закріплення. Не маючи у своєму розпорядженні науково обґрунтованих найбільш загальних формалізованих рекомендацій щодо правотлумачної діяльності, її суб'єкти відчувають значні труднощі. Особливо ця проблема виявляється в умовах сьогодення, коли деідеологізація науки, плюралізм наукового пізнання, постійні правові реформаційні процеси призвели до відсутності уніфікації в розумінні права, принципу верховенства права, що, у свою чергу, породжує розмаїття поглядів учених і практиків на сам процес тлумачення, і, зрештою, на правильність добутого смислу норми права, яка тлумачиться, її подальше застосування.

¹ Див.: *Бараташвили Д. Т.* Принципы официального юридического толкования. – С. 71–72.

² Див., наприклад: *Бараташвили Д. Т.* Принципы официального юридического толкования. – С. 74; *Гаврилов Д. А.* Правоприменительное толкование. – С. 126, 129–131; *Тодыка Ю. Н.* Толкование Конституции и законов Украины: теория и практика. – С. 83–84, 85;

³ Див.: *Лукашук И. И., Лукашук О. И.* Толкование норм международного права. – С. 45–50; *Рабинович П. М., Федик С. С.* Особливості тлумачення юридичних норм щодо прав людини (за матеріалами практики Європейського суду з прав людини). – С. 24–25; *Шевчук С.* Порівняльне прецедентне право з прав людини. – К., 2002. – С. 83–100.

Викладене дозволяє запропонувати закріпити власні принципи тлумачення в галузевому законодавстві або в Законі України «Про нормативні правові акти».

За підсумками дослідження можна сформулювати такі висновки. Проблема принципів правозастосовного тлумачення норм права належить до числа найменш вивчених і недостатньо розроблених і в теорії права, і в теорії кримінального процесу.

Правозастосовне тлумачення норм кримінально-процесуального права є невід’ємним складником діяльності органів держави. Ця діяльність повинна відповідати тим принципам, які закріплюють первинні, основні правові положення, що окреслюють призначення кримінального судочинства й побудову всіх його стадій, інститутів, окремих процедур, тобто на підставі принципів кримінального процесу. Виступаючи як загальні, початкові нормативно-керівні засади, що визначають природу кримінального процесу, його соціальну суть, принципи служать найважливішим орієнтиром при здійсненні правозастосовного тлумачення його норм.

Разом із тим принципи кримінально-процесуального права, що враховуються суб’єктом тлумачення, своїм змістом повністю не охоплюють саму «технологію», інструментальну сторону тлумачення норм кримінально-процесуального права, його механізм. Це викликає необхідність вирішення власних принципів розумово-правотлумачної діяльності. Вони не протиставляються принципам кримінального процесу, не повинні бути аналогом, точною їх копією, а покликані характеризувати правотлумачну діяльність як процес пізнання, містити найбільш загальні вимоги, що пред’являються до відправлення цього процесу і в сукупності з основними засадами кримінально-процесуальної діяльності покликані впливати на свідомість, волю суб’єктів тлумачення, сприяти розкриттю дійсного смислу норм кримінально-процесуального права.

Принципи правотлумачної діяльності — це найбільш загальні основні керівні засади, що чинять організуючий, орієнтуючий та інформаційний вплив на хід розумових операцій, які обумовлюють процес тлумачення норм кримінально-процесуального права, що в кінцевому підсумку забезпечує адекватне розкриття смислу тлумаченої норми, ефективність правотлумачної діяльності й подальшого правозастосовного процесу.

До власних принципів правозастосовного тлумачення норм кримінально-процесуального права можна віднести об’єктивність, не-

припустимість зловживання правом при тлумаченні, повноту використання способів тлумачення, одноманітність тлумачення. Усі вони повинні знайти законодавче закріплення в кримінально-процесуальному законодавстві або в Законі України «Про нормативні правові акти».

Крім того, можна вирізнити доктринальні принципи тлумачення, які можуть бути й не закріплені в нормах права, являти собою етично-моральні ідеї, містити в роботах учених, але також впливати на процес тлумачення норм права. До них можна віднести науковість тлумачення, єдність теорії і практики, гуманізм, справедливість.

О. Шостко, доцент Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Нові європейські ініціативи і підходи до протидії організованій злочинності

Євроінтеграційні процеси, які задекларувала Україна, мусять відбитися і на сприйнятті нею загальноєвропейської політики протидії організованій злочинності.

Зауважимо, що зарубіжний та міжнародний досвід щодо цієї проблеми ще недостатньо повно досліджено вітчизняними науковцями. Окремі аспекти європейського досвіду запобігання організованій злочинності з кримінально-правових і кримінологічних позицій розглянуто у наукових працях О. Джужі, В. Дрьоміна, А. Закалюка, Т. Качки, А. Савченка, Т. Серватко, С. Морозенка, М. Корнієнка, М. Хавронюка.

Слід мати на увазі, що в даний час порівняно з 90-ми роками минулого століття проблема організованої злочинності розглядається європейськими державами набагато серйозніше, ставши глобальним пріоритетом у діяльності Європейського Союзу.

На жаль, попри багаточисленні декларації щодо загроз, які несе організована злочинність національній безпеці України¹, запобігання і нейтралізація цієї загрози поки не стала пріоритетом держави. Свідченням цьому є відсутність стратегії протидії організованій злочинності і адекватного законодавчого забезпечення. А головне, проголошені декларації щодо декриміналізації суспільства не перетворились у реальні дії. Система побудови правоохоронних органів і процесуальне законодавство України не відповідають вимогам часу². Відсутнє всебічне вивчення феномену організованої злочинності, яке «не

¹ Національна безпека визначається як «захищеність життєво важливих інтересів людини і громадянина, суспільства і держави, за якої забезпечуються сталий розвиток суспільства, своєчасне виявлення, запобігання і нейтралізація реальних та потенційних загроз національним інтересам» (див.: Про основи національної безпеки України: Закон України від 19 черв. 2003 р. № 964-IV // Відом. Верхов. Ради України (ВВР). – 2003. – № 39. – Ст. 351.)

² Див.: *Шостко О. Ю.* Питання забезпечення протидії організованій злочинності у проєкті КПК України // *Боротьба з організ. злочинністю і корупцією (теорія і практика): Наук.-практ. журнал.* – Вип. 17. – 2007. – С. 135–143

вкладається у такі звичні схеми і характеристики кримінального права»¹.

Статистичні дані свідчать про переважно формальні підходи у роботі спеціальних підрозділів по боротьбі з організованою злочинністю системи МВС і СБУ, а також відповідних прокурорів, що здійснюють нагляд за додержанням законів спеціальними підрозділами та іншими установами, які ведуть боротьбу з організованою злочинністю, викриття найбільш очевидних злочинів і найменш законспірованої діяльності. Ще 7 років тому В. В. Сташис звертав увагу на той факт, що організовані злочинні формування проникають у легальні комерційні структури, залучають до своєї діяльності корумпованих працівників, співробітників правоохоронних органів, контролюють десятки господарюючих суб'єктів. Вони мають, так би мовити, «своїх людей» і в системі органів управління державним і комунальним майном². Однак питома вага організованих груп (ОГ) і злочинних організацій (ЗО), що мали корупційні зв'язки, згідно зі звітністю МВС, становить 3 % від усіх виявлених ОГ і ЗО³.

В Україні середня кількість виявлених учасників організованих груп і злочинних угруповань в середньому дорівнює 4 особам, в Іспанії — 8, у Польщі — 11, у Німеччині (2004 р.) у середньому на 1 організовану групу припадало 18 підозрюваних⁴.

Знаний дослідник організованої злочинності Ян ван Дайджик вважає, що на світовому рівні кількість зареєстрованих поліцією справ, пов'язаних з організованою злочинністю, є обернено пропорційною серйозності проблеми⁵. Тому можна констатувати, що в нашій країні організована злочинна діяльність характеризується високим ступенем латентності.

У той же час міжнародна організована злочинність стала справжнім монстром з обігом у \$ 2 трильйони американських доларів, що загрожує демократії у всьому світі і підживлює вже існуючий небезпечний рівень

¹ Закалюк А. П. Курс сучасної української кримінології: теорія і практика: У 3 кн.; кн. 2: Кримінологічна характеристика та запобігання вчиненню окремих видів злочинів. — К., 2007. — С. 294.

² Див.: Сташис В. Проблеми боротьби з організованою злочинністю і корупцією в Україні // Вісн. Акад. прав. наук України. — 2001. — № 2. — С. 163.

³ Див.: Шостко О. Ю. Питання забезпечення протидії організованій злочинності у проекті КПК. — С. 136.

⁴ Organised Crime Situation report 2004 /org//www. coe. int/.../economiccrime anisedcrime/Organised%20Crime%20Situation%20Report%202004. pdf

⁵ Див.: Шостко О. Ю. Питання забезпечення протидії організованій злочинності у проекті КПК. — С. 137.

глобальної нерівності, говориться у новітньому дослідженні, проведеному під егідою ООН (the State of the Future survey by the World Federation of United Nations Associations)¹.

Оцінки щорічних прибутків злочинних групвань у всьому світі приголомшують: їх дохід дорівнює ВВП Великої Британії або є в 2 рази більшим, ніж разом взяті оборонні бюджети країн.

Як вважає Д. Глен, керівник асоціації проекту Міленіум і один із авторів доповіді, результати такого процесу усвідомлюються світом, а саме те, що урядові рішення можуть продаватись і куплятись. Він продовжує: «Що буде, якщо організована злочинність прийме рішення про те, що замість покупки і продажу кокаїну або героїну, вона збереться купляти і продавати урядові рішення? Це є загроза для демократії»².

Тільки меншість політичних хабарів, що платяться щорічно, спрямовуються на підкуп державних службовців у країнах, що розвиваються. Більшість хабарів платяться чиновникам із більш заможних країн, в яких для прийняття рішення потрібні великі суми грошей.

Значна частина доходів, більш ніж 520 мільярдів доларів, яка обертається у світовому тіньовому секторі, отримана від підробок товарів та піратської продукції. Торгівля наркотиками є другим за величиною злочинним бізнесом, надаючи злочинцям, за оцінками експертів, 320 мільярдів доходів виторгу. Торгівля людьми у порівнянні з ними, є «найменшою» індустрією, але, можливо, найбільш пагубною. Вона оцінюється у 44 мільярди. За даними ООН, до 27 млн осіб в даний час утримуються у рабстві, що набагато перевищує пік торгівлі африканськими рабами³.

На жаль, офіційна звітність не надає можливості дослідити яку, хоча б приблизну частку становлять представники вітчизняної організованої злочинності у цих цифрах.

З урахуванням вищенаведених даних протидія організованій злочинності у 21 столітті вже не може бути на рівні минулого сторіччя.

Контроль над організованою злочинністю дедалі більше стає частиною міжнародної політики ЄС. У 1998 р. держави, які приєднались до

¹ Organised crime: the \$2 trillion threat to the world's security// <http://www.guardian.co.uk/world/2007/sep/12/topstories3.mainsection>

² За оцінками даного дослідження половина з цих грошей виплачується як хабар. 225 найбагатших людей світу заробляють стільки ж, скільки 2,7 млрд найбідніших людей планети, які складають 40 % людства. І хоча демократія перебуває на підйомі, оскільки майже половина людства проживає у демократичних країнах, існує небезпека руйнування цих країн за допомогою «культури» хабарництва.

³ Organised crime: the \$2 trillion threat...

членства в ЄС у 2004 р., підписали Попередній пакт щодо організованої злочинності для прийняття західноєвропейської політики в цій царині, тобто імплементації спільного доробку у сфері протидії організованій злочинності¹.

Враховуючи цю обставину, Європейська Комісія запропонувала створити європейський форум з проблем запобігання організованій злочинності, який займатиметься різними аспектами запобігання її проявам, як-от: економічні й фінансові злочини, законне й незаконне виробництво товарів, торгівля людьми й корупція. У такий спосіб ще раз підтверджено прагнення посилювати боротьбу проти серйозних організованих і транснаціональних злочинів².

Відповідно до Європейської стратегії безпеки, прийнятій 12 грудня 2003 р., організована злочинність поряд із тероризмом і регіональними конфліктами розглядається як одна з основних загроз для європейських країн. Тому контроль над організованою злочинністю вважається найвищим пріоритетом для ЄС. Підкреслимо, що «краща координація в політиці зовнішніх дій у сфері правосуддя і внутрішніх справ розглядається як вирішальна в боротьбі як проти тероризму, так і організованої злочинності³.

У 2004 р. Рада Європи затвердила Гаагську програму створення «зони свободи, безпеки і справедливості» на 2005–2010 рр., одним із завдань якої є перехід від реактивного до проактивного (тобто запобіжного) підходу у сфері протидії організованій злочинності⁴. У розвиток цієї програми було заплановано, що Європол буде готувати доповідь — «Оцінка загроз з боку серйозних форм організованої злочинності». У 2006 р. вийшла перша доповідь.

Нещодавно опубліковано нову доповідь «Оцінка загроз організованої злочинності 2007» — ОКТА (ОСТА)⁵. На її основі на засіданні Ради ЄС з питань юстиції і внутрішніх справ 12–13 червня 2007 р. були прийняті такі висновки щодо спрямованості пріоритетів ЄС у сфері боротьби з організованою злочинністю.

¹ Organised Crime in Europe. Concept, Patterns and Control Policies in the European Union and Beyond. – Ed. by C. Fijnaut and L. Paoli. – Springer, 2004. –P. 12.

² Paoli L., Fijnaut C. Organised Crime in Europe // Criminology in Europe. – 2006. – Vol. 5. – № 1. – P. 3, 12–13.

³ Paoli L., Fijnaut C. Organised Crime in Europe. – P. 13.

⁴ The Hague Programme – Ten priorities for the next five years/ http://ec.europa.eu/justice_home/news/information_dossiers/the_hague_priorities/doc/08_organised_crime_en.pdf

⁵ ОСТА 2007 [http://www.europol.europa.eu/publications/European_Organised_Crime_Threat_Assessment_\(OCTA\)/OCTA2007.pdf](http://www.europol.europa.eu/publications/European_Organised_Crime_Threat_Assessment_(OCTA)/OCTA2007.pdf).

1. Отримані дані та висновки ОКТА 2007 мають бути враховані при розробці національних пріоритетів, а також впроваджені через підтримку спільних операцій між країнами-членами, зокрема тими, які мають схожі проблеми.

2. Боротьба з організованою злочинністю повинна зменшити загрозу і збитки від неї за допомогою вирішення таких завдань:

а) переборення перешкод, що заважають руйнуванню організованих груп, враховуючи масштаби їх діяльності або впливи; б) створення перепон до проникнення організованої злочинності у суспільство (у державну адміністрацію, економіку), особливо зловживання нею легальними бізнес-структурами (зокрема, транспортним сектором); в) не допускати зловживань технологіями з боку організованої злочинності.

Рада, базуючись на даних ОКТА 2007, визначила такі пріоритетні кримінальні ринки, які потребують особливої уваги з боку правоохоронних органів: незаконний обіг наркотиків, особливо синтетичних, контрабанда і торгівля людьми, передусім ті, що пов'язані з нелегальною міграцією, шахрайством, перш за все, високо оподаткованих товарів, незаконне повернення ПДВ, підробкою євро, товарів, крадіжки інтелектуальної власності, відмиванням брудних грошей. У порівнянні з попередніми роками, головні кримінальні ринки не змінились.

Нові підходи до протидії організованим злочинностям знайшли відображення у міжнародно-правових документах, що націлюють країни на застосування проактивних методів запобігання організованій злочинності.

Проактивний підхід не обмежується діями по розкриттю злочину або заходами із загального запобігання злочинів, що спрямовані на широкі кола населення¹. Проактивний підхід у діяльності правоохоронних органів передбачає переорієнтацію від злочину на злочинця, широке застосування спеціальних (негласних) методів викриття організованої злочинної діяльності.

Згідно з Рекомендацією Комітету міністрів Ради Європи (2005)¹⁰, спеціальні методи розслідування означають методи, які застосовуються компетентними органами для виявлення і розслідування серйозних злочинів, а також підозрюваних у їх вчиненні з метою збирання інформації без попередження про це відповідних осіб. До серйозних злочинів у даному контексті належать злочини організованих груп і злочинних орга-

¹ Organised Crime in Europe... – P. 338.

нізацій, бандитизм, тероризм¹. З метою ефективної боротьби з корупцією у ст. 50 Конвенції ООН проти корупції передбачено також низку спеціальних методів розслідування.

До спільних заходів щодо боротьби із організованою злочинністю на теренах ЄС залучаються як представники національних правоохоронних органів, так і різноманітні міжнаціональні структури. Одним з найбільш ефективним є інститут спільних слідчих груп². Правовою основою його впровадження стали положення ст. 13 Конвенції про взаємну правову допомогу у кримінальних справах між країнами-членами ЄС від 12 липня 2000 р.³ Нею передбачена можливість утворення уповноваженими органами країн-членів ЄС спільних слідчих груп для провадження конкретних заходів на певний визначений період часу (за умови наявності відповідної угоди між країнами). Кожна країна може ініціювати утворення такої групи у разі необхідності розслідування транснаціонального злочину.

І хоча ст. 19 Конвенції ООН проти транснаціональної організованої злочинності та ст. 49 Конвенції ООН проти корупції, що ратифіковані Україною, передбачено створення спільних слідчих груп із розслідування найбільш небезпечних злочинів, у тому числі транскордонних, українські правоохоронні органи ще не скористались цими законодавчо закріпленими нормами⁴.

Однією з перших ознак розбудови нової європейської системи внутрішньої безпеки стало заснування регіональної міждержавної організації — Європейського поліцейського відомства (Європолу).

Рішення Ради ЄС про участь Європолу у спільних слідчих командах (JITs) оформлено Протоколом від 28 березня 2002 р., який вступив у силу 29 березня 2007 року. Даним Протоколом також вносились поправки до європейської конвенції про Європол⁵. Саме цей протокол заклав юридичну основу для функціонування спільних слідчих команд.

¹ *Recommendation Rec(2005)10 of the Committee of Ministers to member states on «special investigation techniques» in relation to serious crimes including acts of terrorism*//<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=849269&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75>.

² Council Document 11037/05 // <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/05/st11/st11037.en05.pdf>.

³ Official Journal of the European Communities. – OJ C 197 of 12. 07. 2005.

⁴ Чинний КПК України не передбачає можливостей утворення міжнародних спільних слідчих груп.

⁵ <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/05/st11/st11037.en05.pdf>.

Згідно з рішенням від 8 липня 2005 року, всі держави-члени повинні призначити національного експерта з роботи спільних слідчих команд для підтримки впровадження цього ефективного засобу і поширення інформації як щодо труднощів, так і взірцевого досвіду, пов'язаного з роботою даних груп¹.

На зустрічі експертів у 2006 році Євроюстом і Європолем були поширені рекомендації із практичного застосування законодавства країн-членів, що регулює роботу таких команд².

Рада рекомендувала, щоб завжди, коли є необхідність, у випадках компетентності Європолу, країни запрошували його брати участь у розслідуванні кримінальних справ, а також інформували щодо майбутнього співробітництва у цій сфері. У країнах ЄС відповідно до Європейської Конвенції про взаємну правову допомогу у кримінальних справах між країнами-членами ЄС 2000 р. провадяться активні заходи, спрямовані на збільшення оперативності та ефективності різних форм правової допомоги, для розслідування злочинів, вчинених на територіях різних країн, утворюються спільні слідчі групи, до складу яких включаються представники правоохоронних органів відповідних країн. Діяльність таких слідчих груп є дуже ефективною. На території ЄС інститут видачі (екстрадиції) правопорушників відходить у минуле, замість цього запроваджено нову форму заходів кримінально-процесуального примусу — загальноєвропейський ордер на арешт, відповідно до якого судовий дозвіл на затримання правопорушника, виданий в одній країні ЄС, є чинним на території усіх країн-членів.

За даними Міністерства юстиції України, співробітництво України з Європолем і Євроюстом здійснюється на підставі двосторонніх домовленостей за програмами, які переважно є внутрішніми програмами Євросоюзу. Більш активною є співпраця України з Європолем. Однак Україна не має повноправного членства ні в Європолі, ні в Євроюсті, а бере участь лише в окремих заходах цих організацій *ad hoc*.

На наш погляд, було б доцільно врахувати досвід Російської Федерації, що стала однією з перших країн, які не входять у систему ЄС, що почала співробітничати з Європолем (відповідна Угода була підписана 6 листопада 2003 р. в Римі (Італія) на самміті Росія — Євросоюз). Тому підписання безпосередньої угоди з цією організацією вбачається вельми нагальним кроком для підвищення ефективності заходів із протидії організованій злочинності в Україні.

¹ <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/05/st11/st11037.en05.pdf>.

² Там само.

Необхідно враховувати і перспективи співпраці України з Євроюстом (Eurojust) — колективним органом ЄС, метою якого є надання допомоги країнам — членам спільноти у розслідуванні злочинів, прискорення координації роботи компетентних органів (тих, що виконують слідчі функції)¹. Для України є важливим те, що Євроюст для виконання своїх завдань уповноважений укладати угоди і встановлювати співробітництво з третіми країнами, що не є членами ЄС. Беручи до уваги, що допомога і підтримка Євроюста у кримінальному переслідуванні злочинців — членів організованих спільнот, яку він надає за запитами країн, сприяє скорішому знешкодженню організованих груп та злочинних організацій, вкрай важливим є підписання відповідної міжнародної угоди з цією організацією. Тим паче, що робочі органи ЄС закликають держави розширювати оперативне співробітництво між компетентними органами, особливо у рамках двосторонніх і багатосторонніх механізмів і угод.

Боротьба з організованою злочинністю вимагає застосування найсучасніших технічних засобів. Дедалі частіше використовуються методи, взяті з арсеналу спецслужб. Слід мати на увазі, що поліцейські заходи в західних країнах, з огляду на вітчизняний кримінальний процес та ОРД, поєднують у собі розшукові, оперативно-розшукові заходи і слідчі дії².

На важливість використання розвідувальних даних та збирання оперативних відомостей про активність організованих груп та злочинних організацій для ефективного міжнародного співробітництва вказано у Дублінській декларації «Протидія організованій злочинності через партнерство», прийнятій на першому європейському конгресі з партнерства між державним і приватним сектором у питаннях боротьби з організованою злочинністю 20–21 листопада 2003 р³.

Наприклад, у ФРН з метою постійного одержання первинної та подальшої криміналістично значущої інформації здійснюється робота у межах аналітичної розвідки — комплексного організаційно-тактичного заходу, що здійснюється спецпідрозділами по боротьбі з організованою злочинністю⁴.

¹ <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/05/st11/st11037.en05.pdf>.

² Див.: *Погорецький М. А.* Функціональне призначення оперативно-розшукової діяльності у кримінальному процесі: Монографія. – Х., 2007. – С. 89.

³ The Dublin Declaration <http://www.tocpartnership.org/orgcrime2003/website.asp?page=dublin>

⁴ Див.: *Корнієнко М. В.* Протидія організованій злочинності в країнах ЄС та США. – К., 2002. – С. 118.

Серцевиною Європолу визнається його аналітичний відділ. Нині в його складі працює понад 30 висококваліфікованих аналітиків, що здійснюють розробку широкого спектру проектів, які мають як стратегічне, концептуальне спрямування (наприклад, підготовка щорічних доповідей про стан організованої злочинності в межах ЄС), так і оперативне призначення. Європол відкриває для поліцейських практиків при здійсненні кримінального переслідування нові шляхи та можливості використання достовірної інформації про специфічні кримінальні сфери чи злочинні угруповання¹.

В останні роки впроваджується новий напрям у протидії злочинності, і зокрема, організованої — *Intelligence led policing*. Це специфічна поліцейська діяльність у сфері збирання інформації, яку вважають своєрідною бізнес-моделлю і філософією управління, де аналіз відомостей (інтерпретація подій або повідомлень) та інформація про злочинність є визначальною для неупередженого прийняття рішення, що прискорює вирішення проблеми зменшення та знешкодження злочинності або її запобігання через стратегічний менеджмент і ефективні правозастосовчі стратегії, спрямовані на найбільш небезпечних злочинців².

Згідно з доповіддю комітету з цивільних прав, правосуддя та внутрішніх справ Європейського Парламенту від 23 травня 2007 р., існуюче законодавство країн потребує пристосування до нових стратегій розслідування щодо організованої злочинності. Автор доповіді, Біл Дан (депутат від Великої Британії), вважає, що зміни потрібні в таких сферах, як «отримання доказів та їх допустимість, або отримання фінансової інформації з метою ідентифікації, а потім і знешкодження доходів від злочинів»³.

У доповіді наголошується, що відповідні органи влади повинні невідкладно запровадити адекватні заходи і методи, які враховують реальність.

Раді ЄС рекомендовано вимагати від нових країн-членів, де це є можливим, використання спеціальних методів (технік) розслідування і поширювати створення спільних слідчих груп як частини переслідування

¹ Офіційний сайт Європолу. – http://www.europol.europa.eu/index.asp?page=content_jit&item=jit_historical_background

² *Tilley N., Dando J.* Problem-Oriented Policing, Intelligence-Led Policing and the National Intelligence Model
http://www.jdi.ucl.ac.uk/downloads/publications/crime_science_short_reports/problem_oriented_policing.pdf.

³ MEPs to call for "significant legislative progress" in the fight against organized crime// http://www.europarl.europa.eu/news/expert/briefing_page/6439-141-05-21-20070508BRI06438-21-05-2007-2007/default_p001c020_en.htm

і викриття «ультраскладного співробітництва між різними злочинними групами». Для покращання розуміння діяльності організованої злочинності рекомендовано ефективніше здійснювати інформаційний обмін між головними діючими особами, які разом із зосередженим та установленим статистичним інструментарієм будуть впевнені, що відомості, якими обмінюються правоохоронні органи, не тільки забезпечують точну оцінку організованої злочинності, але є порівняльними і надають раціональну, чітку стратегію і рекомендації для дій, які правоохоронні органи можуть застосувати.

У доповіді наголошено на «необхідній автономності» для Європолу і Євроюста і надання їм «повної влади на ініціативу в межах їх сфер відповідальності». Це надасть можливість цим органам стати лідерами у боротьбі з організованою злочинністю у рамках ширшої Європи. Однак у доповіді міститься застереження, щоб ці розширені повноваження не заміняли діяльність національних компетентних органів і не привели до дублювання їх функцій і диспропорцій, і щоб будь-які дії вищезазначених європейських структур були під пильною парламентською увагою¹.

Підкреслюється, що традиційні підходи правоохоронних органів не спрацьовують. Специфічним аспектом запобігання організованій злочинності є концентрація уваги на зменшення наявних або майбутніх можливостей для неї брати участь у легальному ринку (через кримінальні доходи від злочинів, що перетворюються і набувають законного вигляду) за допомогою законодавчих, адміністративних та інших заходів.

З огляду на все вищезначене, Україні потрібно узгодити форми і методи боротьби з організованою злочинністю згідно з підходами ЄС та РЄ, визнати загальноприйняті в європейських державах процедури протидії організованій злочинності та іншим небезпечним злочинам, а для цього внести відповідні зміни у законодавство, а також прийняти нові закони, підписати двосторонні угоди з Європолем і Євроюстом, брати участь у спільних заходах країн ЄС з боротьби з організованими групами і злочинними організаціями, у тому числі що мають транскордонний характер.

У подальшому нами будуть досліджуватися саме можливості гармонізації українського законодавства з конкретними положеннями та рекомендаціями, прийнятими в рамках ЄС та РЄ, які безпосередньо стосуються протидії організованій злочинності.

¹ MEPs to call for "significant legislative progress"...

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

«Чисте правознавство» у його відношенні до теорії *jus naturale*: теоретико-правовий аспект

Проблема співвідношення чистого правознавства (*Reine Rechtslehre*) та теорії природного права розглядалась як одна з основних не лише самим Г. Кельзенем та його послідовниками, але й тими фахівцями в галузі теорії права, які спробували піддати критиці як систему Чистого Правознавства в цілому, так і ряд її базових понять (йдеться насамперед про поняття «засадничої правової норми» — «*Grundnorm*»). Актуальність дослідження проблеми співвідношення теорії чистого права (як вона постала в першу чергу у працях Г. Кельзена) та доктрини природного права зумовлюється фактом існування цілого ряду сучасних науково-юридичних інтерпретацій вихідного для «Чистого Правознавства» поняття засадничої норми. При цьому можна навести як позиції тих юристів, які прагнуть витлумачити засадничу норму в термінах природного права, так і тих, хто вбачає в ній факт позитивного законодавства (скажімо, А. Д'Антьоров вважає, що аналізуючи дійовий примусовий правовий порядок ми обов'язково дійдемо до такого моменту, коли засаднича норма перетвориться на факт). У зв'язку з цим, набуває наукової актуальності як звернення до вихідних понять теорії Чистого Правознавства, так і до чіткого з'ясування взаємовідношення між цією юридичною теорією та доктриною природного права.

Разом з тим наукова значущість та важливість подібного аналізу пояснюється тим, що він дозволяє нам більш рельєфно відтворити та дослідити усі ті суперечності, які існують між позитивним способом тлумачення права (адже відомо, що сам Г. Кельзен визначав Чисте Правознавство як «теорію позитивного» чи «абсолютно позитивного права»¹,

¹. Кельзен Г. Чисте правознавство. – К., 2004. – С. 11.

а Л. Фуллер зараховував Г. Кельзена, разом із Дж. Остіном та Г. Л. Хартом, до найбільш яскравих представників аналітичного правового позитивізму¹) та теорією природного права. Адже, як справедливо зазначає Л. Штраус, ця проблема досі викликає палкі дебати прибічників цих двох концептуальних підходів до тлумачення сутності права та його генезису². Також не можна забувати, що перший нарис тієї теорії, що згодом дістала назву «Чисте Правознавство», було представлено Г. Кельзенем у праці «Головні проблеми державного права», яка вийшла у 1911 р. Тому, дослідження визначеної нами теми має суттєве значення й для розуміння процесу розвитку і трансформації теорії природного права в працях європейських та вітчизняних юристів на початку ХХ століття. Принагідно зауважимо, що паралельно з Г. Кельзенем проблематика природного права активно розроблялась та досліджувалась на теренах Російської Імперії, а також у тих працях, що виходили після жовтневих подій 1917 року. Тут доречно згадати такі імена, як В. Гессен, П. Новгородцев, Є. Трубецької, Ф. Тарановський, Г. Шершеневич, Л. Петражицький, Й. Покровський, С. Котляревський, М. Палієнко та ін.

Предметом дослідження даної статті є проблема співвідношення теорії природного права та Чистого Правознавства, яка вивчатиметься нами на матеріалі праць Г. Кельзена (першочергове значення в цьому плані має його робота «Чисте Правознавство», 1934), а також ряду критичних досліджень, що виходили з цих питань до середини ХХ століття. До речі, про важливість чіткого розуміння того, що саме являє собою природне право, а також того, в якому відношенні теорія природного права знаходиться до Чистого Правознавства засвідчує й те, що останньою частиною «Чистого Правознавства» є підрозділ, який має назву «Вчення про природне право».

Пристаючи до аналізу специфіки співвідношення Чистого Правознавства та теорії природного права, слід перш за все з'ясувати, в чому саме Г. Кельзен вбачав причини виникнення цієї доктрини та її подальшого протиставлення теорії позитивного права. На його думку, однією з ключових проблем, яка змушує нас звертатись до питання про співвідношення природного і позитивного права, є проблема чинності права, яка полягає у з'ясуванні того, чи повинні норми права застосовуватись й чи належить їх дотримуватись. На перший погляд, юридична наука вже давно винайшла спосіб, в який ми можемо розв'язати цю проблему. А саме: чинність права зумовлюється силою державної влади, яка вста-

¹ Див.: Фуллер Л. Л. Мораль права. – М., 2007. – С. 227.

² Див.: Штраус Л. Естественное право и история. – М., 2007. – С. 8–14.

новлює певну правову норму або систему норм і після цього застосовує властиві державі механізми для того, щоб ця норма реалізовувалась (у разі її недотримання держава має право застосовувати примусові заходи, а також міри покарання). Таким чином, будь-яка санкціонована державою правова норма є чинною, тоді як факт її санкціонування однозначно зобов'язує особу слідувати цій правовій нормі. Утім, насправді, щойно формулюючи цю відповідь, ми стикаємося з питанням про «достатність» державного примусу. Тобто, чи є норми права чинними лише за тієї причини, що вони санкціонуються державою (і підтверджуються силою державної влади), чи вони мають й інші підстави власної чинності?

Як вважає Г. Кельзен, можливість двох прямо протилежних відповідей на це запитання породжує те протистояння, яке ми спостерігаємо в межах загальної теорії права між природно-правовою доктриною і позитивним розумінням сутності права. Перша з цих відповідей (вона властива теорії природного права), за словами Г. Кельзена, передбачає, що «позитивне право може вважатися чинним лише тоді, й лиш остільки, коли, й оскільки, його запровадження відповідає вимозі справедливості»¹. Це означає, що чинність норми справедливості виступає основою для чинності позитивного права. На відміну від цього, теорія позитивного права виходить з ідеї незалежності позитивного права від чинності норми справедливості. Більше того, як зауважує Г. Кельзен, для правового позитивізму цілком прийнятною є навіть така позиція, що припускає протиставлення позитивних норм нормам справедливості. Тобто, послідовний правовий позитивіст визначатиме позитивну норму чинною навіть у тому випадку, якщо вона не просто не узгоджуватиметься з нормою справедливості, але й прямо суперечитиме їй. Однак, наведена вище модель протиставлення, на думку Г. Кельзена, має здебільшого догматичний характер і не бере до розрахунку цілий ряд важливих теоретичних моментів, які не повинні бути обійденими увагою в процесі побудови загальної теорії права.

Так, аналізуючи теорію природного права, він вказує, що в ній слід виділяти принаймні два способи тлумачення понять «право» та «справедливість». З одного боку, справедливість може бути визначена як абсолютна справедливість, а з другого — як відносна. У першому випадку, як доводить Г. Кельзен, ми маємо справу з характерним правовим дуалізмом, який протиставляє вічне, незмінне й божественне право (це право містить у собі універсальні норми справедливості, які діють однаково для всіх часів і народів), плинним, відносним та нестабільним

¹ Кельзен Г. Чисте правознавство. – С. 426.

людським законам. Не зважаючи на простоту та методологічну зручність, цей правовий дуалізм не може відповісти на ряд найважливіших для теорії права питань (чи не найпершим серед них є питання пояснення історичної та географічної варіабельності правових норм). Більше того, подібний правовий дуалізм залишає без відповіді й ключове запитання про те, що саме являє собою «природа» права і яким чином «природа» може постати у вигляді нормотворчого авторитету? Дійсно, якщо під «природою» ми розумітимемо певні емпіричні факти, то цілком незрозуміло, як з них можна вивести властиву для права повинність та нормативність, оскільки «з буття неможливо вивести повинність, а з фактів — норми»¹. Єдиним способом, який може розв'язати цю суперечність є визначення «природи» як певної трансцендентної сутності. У такому разі, як вказує Г. Кельзен, ми стаємо на «метафізично-релігійний» шлях тлумачення права та правових норм, який бере свій початок від стоїків, Цицерона, Аврелія Августина, Ісидора Севільського, Томи Аквінського, згідно з яким «*Lex vero aeterna est ratio vel voluntas Dei ordinem naturealem conservari iubens et perturbari vetans*». Щоправда, як зазначає Г. Кельзен, поняття «природа» може бути визначено як «розумова природа» та як «природне правове чуття». Але навіть ці уточнення не вирішують проблему. Так, намагання звернутись до універсальної розумової природи, яка є основою права, на думку Г. Кельзена, є спробою реанімувати суто теологічну ідею універсального божественного розуму. Не меншу кількість запитань викликає й спроба вивести правові норми з поняття «правового чуття». У цьому розумінні, значний інтерес являє робота Х. Коїнга «Найвищі засади права» («*Die oberste Grundsdtze des Rechts*»), в якій він спробував надати нового дихання доктрині природного права через обґрунтування ідеї «правового чуття», яке лежить в основі правотворчості та будь-яких правомірних дій. Для Г. Кельзена, теорія Х. Коїнга є також неприйнятною, оскільки, як він доводить, з «правового чуття» не можна вивести не тільки жодної правової норми, але навіть ідею природного права².

В іншому випадку, коли справедливість тлумачиться не як абсолютна, а як відносна, ми стикаємося з можливістю існування декількох відносних норм справедливості. Тоді сама теза про протиставлення природного права позитивному явно втрачає свою гостроту, оскільки будучи протилежною одній з відносних норм справедливості, норма позитивного права може легко узгоджуватись з іншою.

¹ Кельзен Г. Чисте правознавство. – С. 433.

² Див.: Кельзен Г. Чисте правознавство. – С. 452.

Те саме стосується й догматичного правового позитивізму. Як доводить Г. Кельзен, чимала кількість критичних стріл, які були спрямовані проти цієї теорії, засновувались на хибному уявленні про її сутність. Справді, якщо ми розглядатимемо правовий позитивізм як вчення про абсолютне протиставлення права справедливості, то його, за словами Г. Кельзена, слід відкинути. Такий правовий позитивізм легко критикувати, він не має серйозної теоретичної і практичної значущості. Натомість, першим кроком до «реалістичного правового позитивізму» та до «Чистого Правознавства» є усвідомлення специфіки зв'язку між справедливістю та правом. На думку Г. Кельзена (це положення він обґрунтовує у «Чистому Правознавстві»), визнання існування позитивного правопорядку зовсім не означає необхідності відмови від його оцінки в термінах справедливості (до речі, про можливість моральної оцінки правових норм писав навіть Г. Л. Харт, звертаючись до прикладу свідомого та корисливого завдання шкоди іншим на підставі несправедливих законів¹). Але, як зазначає Г. Кельзен, з точки зору своєї чинності, правопорядок «є незалежним від тієї норми справедливості, за якою оцінюються ті акти, що через них запроваджуються його норми»². Фактично це означає, що Г. Кельзен проводить чітку дистинкцію між можливістю оцінки правових норм у відповідності до норм справедливості та висновком про те, що норми права мають своїм джерелом та основою своєї дійсності ті чи інші норми справедливості. «Дійсність та цінність належать до двох різних сфер», — пише Г. Кельзен³.

Однак, якщо все відбувається саме так, то яким чином уможливується сам акт співвіднесення норм права та норм справедливості? Відповідь, яку пропонує Г. Кельзен, пов'язана зі зверненням до поняття «засадничої норми». Тобто, основою чинності позитивного правопорядку є не та чи інша норма справедливості, а певна гіпотетична (припущена правовою теорією) засаднича норма, згідно з якою люди повинні так поводитись, як це відповідало б історично першій конституції. Тому, в межах Чистого Правознавства, як його розуміє Г. Кельзен, питання про чинність правових норм пов'язується не з визначенням їх відповідності чи невідповідності нормам справедливості, а виключно із визначенням їх відповідності/невідповідності засадничій нормі. Цей момент є особливо важливим в теоретичному плані, оскільки він дозволяє зрозуміти відмінність Чистого Правознавства як від догматичного правового по-

¹ Див.: *Харт Г. Л. А.* Понятие права. — СПб., 2007. — С. 211–212.

² *Кельзен Г.* Чисте правознавство. — С. 428.

³ Там само. — С. 429.

зитивізму, так і від теорії природного права. На відміну від правового позитивізму, засаднича норма Чистого Правознавства Г. Кельзена не є результатом вольового встановлення. Більше того, як зазначає Г. Кельзен, чистий правовий позитивізм є за своїм змістом правовим релятивізмом, оскільки всі ті норми, які він може запропонувати як оціночні, мають відносний чи релятивний характер: «позитивізм... забезпечує нас мірилами для оцінки відповідного формування позитивного права — ото тільки, що ці мірила мають відносний характер»¹. Хоча зазначена відмінність від правового позитивізму не дозволяє витлумачити Чисте Правознавство як одну з новітніх інтерпретацій теорії природного права. Єдиною спільною властивістю, що сполучає ці дві теорії, як вважає Г. Кельзен, є те, що вони обидві визнають існування чогось такого, що перебуває за межами позитивного права. У випадку теорії природного права це виражається формулою «позитивне право — норма справедливості», тоді як у Чистому Правознавстві — це формула «позитивне право — засаднича норма». Що ж до всього іншого, то Чисте Правознавство і теорія природного права, за словами Г. Кельзена, є діаметральними протилежними теоріями.

Ставлячи запитання про основу чинності позитивного права, теорія природного права надає категоричну відповідь, що засновується на аналізі змісту позитивного права. Це означає, що позитивне право визнається чинним лише тоді, коли його зміст відповідає змістові природного права. Інакше кажучи, для теорії природного права є справедливим такий висновок: «позитивне право має чинність, бо воно має певний зміст і тому є справедливим». Натомість, Чисте Правознавство, коли воно відшукує основи чинності позитивного права, відмовляється від категоричної відповіді на це запитання і надає лише гіпотетичну відповідь. Її сенс полягає в такому: «Коли розглядають позитивне право як чинне, то припускають ту норму, що люди повинні так поводитись, як дозволяє історично перша конституція, відповідно до якої і вироблено ось цей позитивний правовий порядок»². По суті, ця норма є тим, що Г. Кельзен позначає поняттям «засаднича норма». Вона не є позитивною у тому розумінні, що її не запроваджено будь-яким вольовим актом державної влади. Але не є й нормою природного права, оскільки вона не є встановленою (Богом, універсальним розумом, правовим чуттям тощо), а тільки припущеною юридичним мисленням. Як зазначає Г. Кельзен, її припущеність є умовою, за якої певний вироблений шляхом за-

¹ Кельзен Г. Чисте правознавство. – С. 465.

² Там само. – С. 466.

конодавства об'єктивний примусовий порядок розглядається як чинний. У своєму відношенні до позитивного права засаднича норма визначає лише основу його чинності, але жодним чином не зміст чинності позитивного права. Цей момент є особливо важливим у теоретичному плані з огляду на те, що саме неправильна його інтерпретація часто ставала підставою для критики Чистого Правознавства. Як приклад можна навести працю А. Ведберга «Деякі проблеми логічного аналізу правової науки» («Some Problems in the Logical Analysis of Legal Science», 1951), в якій він описує засадничу норму як певне загальне чи основне правило, яке міститься в позитивному праві, і з якого можна вивести всі інші правові норми¹. Тобто реконструйована А. Ведбергом схема засадничої норми виглядає таким чином: « $X \rightarrow X_1, X_2, X_3 \dots X_n$ ». При цьому, як вважав А. Ведберг, засаднича норма може бути отримана шляхом узагальнення змісту всіх норм чинного позитивного права. Однак, як неодноразово наголошував Г. Кельзен, засаднича норма не міститься безпосередньо в позитивному правопорядку за тієї причини, що вона сама не є позитивною. Це означає, що вона не є встановленою нормою, а є виключно нормою, існування якої припускається юридичним мисленням (тому Г. Кельзен доволі часто описував засадничу норму як «припущену», а не встановлену норму)². За цієї причини, з неї не може бути виведеним і зміст позитивних норм, оскільки вона є основою чинності (Geltungsgrund), а не основою змісту позитивного права.

Зважаючи на вказане вище, можна твердити, що Г. Кельзен застосовує доволі цікавий методологічний прийом. Визнаючи існування лише позитивного права, він, тим не менше, намагається підвести під нього певну основу (нею є засаднича норма), яка визначає позитивне право не стільки матеріально (адже відомо, що матеріальний зміст того чи іншого права може мати відмінний і різноманітний характер), скільки формально (тобто безвідносно до його змісту). «Засаднича норма визначає тільки основу чинності, а не зміст чинності позитивного права», — пише Г. Кельзен. Загалом, теоретичні основи обґрунтування поняття «засаднича норма» Г. Кельзен викладає у розділі п'ятому «Чистого Правознавства», який має назву «Правова динаміка». Тому, не відтворюючи всіх його аргументів, зосередимо увагу лише на тих положеннях, які дозволяють нам краще зрозуміти той зміст, що вкладається в поняття «засаднича норма», а також його відношення до позитивного і природного права.

¹ *Wedberg A. Some Problems in the Logical Analysis of Legal Science. – Stockholm, 1951. – P. 256–257.*

² *Кельзен Г. Чисте правознавство. – С. 220.*

Сама проблема «засадничої норми» має своїм корінням визнання факту існування нормативного правового порядку. Факт існування такого нормативного порядку, за Г. Кельзенем, не може бути поставленим під сумнів. Однак, визнаючи наявність нормативного порядку як певної реальності існування людини і суспільства, правова наука повинна надати відповідь на запитання щодо основ чинності цього нормативного порядку. У найбільш лапідарній та максимально простій формі це запитання може бути сформульовано так: чому певні норми є зобов'язальними для людини і змушують її поводитись у той спосіб, який встановлюється даними нормами?

Очевидно, причину чинності не можна знайти у сфері того, що є, оскільки, як зазначалось вище, з факту буття не можна вивести будь-яку повинність¹. Так само повинність не може бути виведена з авторитету, оскільки зобов'язання слідувати нормам, які встановлені авторитетом, також ґрунтується на певній нормі. Тобто, людина слідує, наприклад, божественним заповідям, оскільки вона керується нормою, згідно з якою все, що встановлено Богом, слід виконувати. Таким чином, єдиним джерелом, яке може надати правовій нормі чинності, як доводить Г. Кельзен, є лише норма. Звісно, що стосовно цієї норми ми також будемо вправі поставити питання щодо її чинності. Однак для Г. Кельзена було незаперечним, що подібні пошуки не можуть тривати без кінця. Отже, рано чи пізно, ця норма буде знайдена. Таку гіпотетично знайдену норму він і позначає поняттям «засаднича норма»: «Пошуки основи чинності норми... не можуть тривати до безконечності... вони мають закінчитися на котрійсь такій нормі, що припускається як остання, найвища. Ми мусимо виходити із припущення про її найвищість, оскільки вона не може бути установлена таким авторитетом, чия компетентність мусила б спиратися на якусь ще вищу норму. Її чинність більше не може виводитися від якої-небудь ще вищої норми, й підставу її чинності більш не випадає ставити під сумнів. Таку, припущену як найвища, норму ми тут означатимемо як засадничу норму»².

Для того щоб адекватно зрозуміти специфіку зв'язку засадничої норми з нормами позитивного права (а отже, й її відмінність від норм природного права), слід звернути увагу на запропоновану Г. Кельзенем дистинкцію між статичним і динамічним принципом співвідношення між правовими нормами. В основі статичного принципу співвідношен-

¹ Див.: Кельзен Г. Чисте правознавство. – С. 215.

² Там само. – С. 216.

ня правових норм лежить припущення, що одна норма є одночасно основою чинності і змісту іншої норми. При цьому за допомогою логіко-юридичних операцій зі змісту основної норми можна вивести зміст всіх інших норм. Цей принцип, як зазначає Г. Кельзен, є широко поширеним у праві, але у випадку засадничої норми він не спрацьовує, оскільки вона співвідноситься з іншими нормами на основі іншого — динамічного принципу. Суть динамічного принципу полягає в тому, що одна норма визначає не зміст, а лише процедуру чи порядок прийняття іншої норми: «Динамічний тип розпізнається за тією ознакою, що припущена засаднича норма тільки й має своїм змістом, що встановлення нормотворчих обставин справи, уповноваження якого-небудь нормовстановчого авторитету або ще — що означає те саме — якогось правила, котре визначає, як повинні вироблятися загальні й індивідуальні норми заснованого на цій засадничій нормі порядку»¹. Тобто, засаднича норма як динамічний принцип задає спосіб прийняття інших правових норм. За цієї причини Г. Кельзен і формулює «правило чинності правових норм», згідно з яким правова норма є чинною не тому що вона має якийсь конкретний зміст, а тому що вона створюється у певний спосіб (цей спосіб задається засадничою нормою). Зважаючи на розрізнення двох принципів співвідношення правових норм, можна твердити, що основною відмінністю між засадничою нормою Г. Кельзена та нормами природного права є те, що останні завжди пов'язані у статичний спосіб, тоді як засаднича норма впливає на інші правові норми у динамічний спосіб. Це пояснює, чому Г. Кельзен описує засадничу норму ще як конституцію в логіко-юридичному сенсі (на відміну від конституції в позитивно-юридичному значенні цього терміна) чи як «конституцієтворчу інстанцію»². Це означає, що засаднича норма тлумачиться в межах Чистого Правознавства як вихідний пункт процедури позитивного правотворення. Хоча сам цей пункт — про це не можна забувати — не є позитивною нормою. Зважаючи на останнє зауваження, жодною мірою не можна погодитись з тезою К. Енгіша про те, що засадничу норму можна віднайти у позитивно-правовій конституції (нагадаємо, що К. Енгіш вважав, що засаднича норма може бути знайдена в тексті тієї чи іншої Конституції; більше того, як доводив К. Енгіш, кожна конкретна Конституція несе в собі засадничу норму в формі позитивного припису, закріпленого в одній або декількох статтях Конституції).

¹ Кельзен Г. Чисте правознавство. – С. 218.

² Там само. – С. 221.

Отже, підсумовуючи результати проведеного вище дослідження, слід зафіксувати такі узагальнюючі положення. *По-перше*, спроба критикувати теорію Чистого Правознавства Г. Кельзена через отождошення засадничої норми з нормою природного права (як це робить, наприклад, А. Д'Антр'юв) не є обгрунтованою з тієї причини, що ці два поняття мають принципово відмінний зміст і у різний спосіб належать до позитивного права. Так, у межах теорії природного права, його норми визнаються не лише основою чинності позитивного права, але й мають вирішальний вплив при визначенні його змісту. За цієї причини у межах теорії природного права є справедливою теза про те, що норма позитивного права є чинною лише настільки, наскільки її зміст відповідає змісту природного права. Натомість, Чисте Правознавство приймає лише тезу про формальну визначеність позитивного права. Це означає, що запропонована Г. Кельзенем «засаднича норма» визначає лише основу чинності, але жодною мірою не зміст чинності позитивного права. *По-друге*, аналізуючи місце Чистого Правознавства стосовно теорій природного права та позитивного права, його можна визначити як реалістичний правовий позитивізм. Тобто, не ставлячи під сумнів існування позитивного права і не підпорядковуючи його будь-якому іншому праву, Г. Кельзен намагається відмовитися від правового релятивізму, який бачить єдиною і достатньою підставою будь-якого позитивного права виражену в законі волю держави (безвідносно до того, сприяє ця воля встановленню дійового правопорядку чи ні). Тому в межах кельзенівської теорії Чистого Правознавства закладається теоретичний механізм, який дозволяє запобігати як релятивізації позитивного права, так і різноманітним спробам підпорядкувати його певному трансцендентному принципу, який не належить позитивному праву. *По-третє*, у теорії Чистого Правознавства Г. Кельзен прагне подолати дуалізм позитивного права та основи його чинності (засадничої норми). Це досягається за рахунок того, що засаднича норма тлумачиться не як дещо відмінне від позитивного права, а як логічна умова його чинності, яка може бути виведена в процесі пізнання позитивного права.

Насамкінець, вважаємо за потрібне зазначити, що подальші студії теорії Чистого Правознавства матимуть значний теоретико-методологічний потенціал не лише з причин недостатнього рівня дослідження правової спадщини Г. Кельзена, але й з огляду на те, що вона дозволяє запропонувати певні альтернативні шляхи розв'язання класичної суперечки між теоріями природного і позитивного права.

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

Проблема легітимності державної влади в контексті теорії народовладдя

Легітимність є однією з основних властивостей публічної влади, яка визначає її правову природу. Легітимна влада покликана служити ідеї права і зокрема одній з її складових — справедливості. Забезпечення принципу справедливості є основною метою легітимної влади. Так, з онтологічного погляду легітимність слід розглядати як відповідність політичної влади принципу справедливості та іншим важливим принципам особистого і соціального буття, що конститууються на його основі — свободи, рівності, прав людини. Саме в такому контексті легітимність розглядає відомий німецький теоретик права та держави О. Хьоффе. На його думку, легітимність цілком виправдано порівнювати зі справедливістю суспільного договору, на підставі якого реалізується дистрибутивна вигода кожного його учасника¹. Поза справедливістю немає легітимності, вважає ще один дослідник цієї проблеми, американський вчений Дж. Роулз. У своїй праці «Теорія справедливості» він сформулював два принципи справедливості. Відповідно до першого з них, людина має право на свободу, сумісну зі свободою інших людей. Згідно з другим принципом наявні прояви соціальної нерівності у сфері влади та матеріальних благ справедливі лише тоді, коли вони дають користь всьому суспільству і, в першу чергу, найбільш незахищеним його верствам².

Справедливість є основоположним принципом спільного життя людей, основою реалізації суспільної сутності людини. Завдяки їй конститууються права та свободи людини. Останні стають правовою реальністю лише за умови, якщо кожен з членів політичної спільноти взаємно визнає право кожного володіти ними. Справедливим можна вважати суспільство, яке визнає права та свободи всіх членів спільноти і з особливою повагою ставиться до тих осіб, права яких найменш за-

¹ Див: *Хьоффе О.* Политика, право, справедливость. Основоположения критической философии права и государства. – М., 1994. – С. 37.

² Див: *Роулз Дж.* Теория справедливости. – Новосибирск, 1996. – С. 66–67.

хишені. Вона є обов'язковою складовою двох інших принципів, на яких формується легітимність — законності та доцільності. Якщо справедливність покликана наповнювати закони та політичні рішення влади моральним змістом, то законність легалізує дії чинної влади, надаючи їм нормативного характеру, у той час як доцільність визначає пріоритетні напрямки діяльності публічної влади, надаючи їм вмотивованості.

Таким чином, влада є легітимною, якщо її дії узгоджуються з уявленнями людей про справедливність, законність та доцільність. У такому контексті *легітимність слід розглядати як адекватність структур, інститутів, норм державної влади, а також конкретних осіб, які є її носіями, уявленню суспільства про справедливність, законність та доцільність.*

Легітимність є результатом легітимації, тобто процесу, за допомогою якого державна влада, її дії, норми, інститути та посадові особи набувають ознак легітимності. Легітимація влади, як слушно зазначає В. Сиренко, — це та соціальна динаміка, процеси, через які влада набуває властивості легітимності¹. Вона утверджує правовий характер влади, обґрунтовує і виправдовує її рішення, створення владних структур, їх зміну й оновлення. *Легітимація є процедурою визнання влади справедливою, законною та доцільною в першу чергу з боку тих, на кого ця влада поширюється, а також міжнародної спільноти.*

Суспільне визнання є основою легітимації державної влади. Лише народ, що є єдиним джерелом влади, наділений правом визначати, які рішення чинної влади є легітимними. Легітимація як процес визнання влади справедливою є колективним актом, який безпосередньо пов'язаний з народним волевиявленням. Легітимація можлива лише за умов, якщо закони та рішення чинної влади виражають волю народу, а це, у свою чергу, передбачає його активну участь у правовому та політичному житті держави. Ніхто краще за тих, для кого призначені закони, не знає, якими вони повинні бути, щоб вважатися справедливими. Формалізація волі народу, надання їй загальнообов'язковості потребує, як вважає Ю. Хабермас, «трансформації влади як панування у такий стан, коли сам народ дає собі закони»². Це стосується і важливих політичних рішень державної влади, які набувають легітимності лише за умови, якщо громадяни беруть безпосередню участь у їх прийнятті.

Легітимація реалізується у формі народовладдя, тобто за участі народу в здійсненні влади. Лише на основі процедури народовладдя дер-

¹ Див: Сиренко В. Ф. О легальности и легитимности государственной власти. – К., 2006. – С. 13.

² Хабермас Ю. Демократия, разум, нравственность. – М., 1995. – С. 215–216.

жавна влада набуває своєї реальної легітимності. Такий тип легітимності Ж. -Л. Шабо називає «демократичною легітимністю»¹. Така легітимність є результатом дотримання формальної процедури і суттєвим доповненням онтологічної легітимності. Відповідно до такого розуміння легітимності народ є реальним носієм влади і лише він наділений правом обирати форму (безпосередню чи представницьку) здійснення народо-владдя, визначати принципи функціонування державної влади, забезпечувати контроль за її діяльністю і врешті-решт змінювати владу, яка втратила свою легітимність. *Отже, легітимність є наслідком легітимації, або, інакше кажучи, процесу трансформації волі народу в нову якість — суверенну волю держави, яка реалізується через справедливі, законні та доцільні рішення чинної влади.*

Для того щоб народовладдя стало реальним джерелом легітимності, мають бути забезпечені щонайменше три умови. Зокрема необхідно: по-перше, залучати якомога більше громадян до всіх стадій демократичного процесу, починаючи від формування органів державної влади і аж до контролю за їх діяльністю; по-друге, забезпечити рівновагу між правами людини та народним суверенітетом, по-третє, гарантувати громадянам право опротестувати нелегітимні закони та рішення чинної влади.

Державна влада є настільки легітимною, наскільки повно вона відображає волю всього народу і захищає його інтереси. Ця теза набуває свого практичного втілення лише за умови активної громадянської позиції і безпосередньої участі в правовому та політичному житті держави якомога більшої кількості громадян. У зв'язку з цим можна простежити певну закономірність — чим вища активність громадян у політичному процесі, тим більша ймовірність того, що інтереси народу будуть повніше представлені в законах та рішеннях державної влади, а відтак і ймовірність легітимації суттєво зростає. Остання завжди пов'язана з інтересами різних верств суспільства. Але державна влада не може виражати інтереси абсолютно всіх, оскільки інтереси та потреби різних соціальних груп з огляду на обмеженість ресурсів та інших обставин можуть бути задоволені лише частково, повністю задоволені можуть бути потреби лише окремих груп. Легітимація державної влади в суспільстві не може мати всеохоплюючий, універсальний характер. Те, що є легітимним для одних, може вважатися нелегітимним для інших. Саме тому легітимність влади зв'язана не з підтримкою всього народу (це

¹ Шабо Ж. -Л. Основные типы легитимности // Полис. – 1993. – № 5. – С. 137–143.

буває в дуже рідких випадках), а з визнанням її більшістю народу, з урахуванням вимог та захистом прав меншості.

Однак арифметична більшість не завжди може служити основою справжньої легітимності влади. Так, більшість німців у період нацистського режиму підтримала політику експансіонізму та, «очищення раси», що пізніше призвело до негативних наслідків для всього німецького народу. Відповідно не всяка оцінка більшості робить державну владу справді легітимною. Частими є випадки, коли воля більшості породжує квазілегітимацію. Поява цього суспільного феномену стає можливою, коли в ситуації насильства та обману, маніпуляції свідомістю громадян, переслідування опозиції та вільних ЗМІ, інших порушень, значна частина, а то й більшість населення несвідомо підтримує державну владу, яка задовольняє його деякі поточні інтереси на шкоду фундаментальним вимогам. Квазілегітимація або «несправжня легітимація» державної влади буде створюватися завжди, коли остання формується всупереч реальному, дійсному волевиявленню більшості народу. Тому, як слушно зазначає В. Чіркин, вирішальним критерієм легітимації є її відповідність загальнолюдським цінностям, сформованим на основі принципу справедливості¹.

Легітимація державної влади оцінюється не за словами вищих посадових осіб держави (хоча і це має значення), не за текстами прийнятих нею програм (хоча і це важливо), а за практичною діяльністю, за способами вирішення нею першочергових питань життя суспільства та кожної окремої людини. Народ завжди відчуває різницю між тими діями влади, які спрямовані на задоволення меркантильних інтересів окремих представників влади чи політичних кланів, і кожного окремого громадянина та суспільства в цілому. Розходження інтересів політичної еліти та більшості народу завжди містить у собі загрозу делегітимації влади. Воно суттєво знижує рівень довіри до вищих органів державної влади. Це зокрема демонструють соціологічні опитування громадян України. Якщо після «помаранчевої революції» в лютому 2005 р. ступінь повної (чи часткової) підтримки дій влади населенням був достатньо високим (Президент України — 46,7% (26,9%); Верховна Рада України — 28% (43,9%); Уряд України — 36,4% (35,3%)), то в грудні 2007 року він суттєво знизився (Президент України — 17,6% (38,8%); Верховна Рада України — 9% (39%); Уряд — 12,2% (37,8%))².

¹ Див: *Чиркин В.* Легализация и легитимизация государственной власти // Государство и право. — 1995. — №8. — С. 63.

² Див: *Якименко Ю.* Ставлення громадян до соціальних і політичних інститутів та політичних лідерів // Нац. безпека та оборона. — 2007. — № 10(94). — С. 21–30.

Легітимність не є сталою властивістю державної влади і тому вимагає постійного підтвердження. Ще на початку XIX ст. один з основоположників ліберально-правової теорії Ф. Гізо висловив таку думку: «Жодна влада над людьми не звільнена від обов'язку доводити свою легітимність... тією мірою, якою законна влада має право на свободу людини, свобода має право вимагати від влади доказів її легітимності»¹. Влада є легітимною доти, доки її визнають такою ті, ким вона управляє. Легітимація — це постійний процес народовладдя, який не завершується на стадії делегування владних повноважень, а передбачає право та можливість громадян брати безпосередню участь у прийнятті важливих правових та політичних рішень, а також контролювати процедуру реалізації прийнятих рішень.

Попри універсальний вплив народовладдя на суспільство, можна констатувати такі його легітимуючі функції: установчу, владно-організаційну, контролюючу.

Установча функція проявляється в суверенному праві народу встановлювати правила співжиття членів спільноти всередині держави та визначати принципи, на яких повинна функціонувати влада. Це свого роду договір між усіма зацікавленими членами спільноти про співжиття та владу, який найчастіше знаходить свій формальний вияв у вигляді конституції. Остання є колективним актом всього народу, в якому набувають юридичного закріплення узгоджені інтереси і воля всіх тих соціальних груп, включаючи етнічні, які формують народ держави. Тому лише народ або тимчасово уповноважений ним представницький орган наділений виключним правом визначати і змінювати основи конституційного ладу шляхом прийняття, внесення змін чи доповнень до конституції. На це, власне, вказав Конституційний Суд України у своєму рішенні від 11 липня 1997 р.: «Це право не може бути узурповане державою, її органами або посадовими особами... Отже, прийняття Конституції України Верховною Радою України було безпосереднім актом реалізації суверенітету народ, у який тільки одноразово уповноважив Верховну Раду України на її прийняття»².

¹ Див: Гізо Ф. Политическая философия: о суверенитете / Классический французский либерализм: Сборник. – М., 2000. – С. 570–571.

² Див: Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Президента України щодо відповідності Конституції України Постанови Верховної Ради України від 1 жовтня 1996 року « Про тлумачення статті 98 Конституції України (справа щодо конституційності тлумачення Верховною Радою України статті 98 Конституції України) від 11 липня 1997 року // Конституційний Суд України: Рішення. Висновки. 1997 – 2001 / Відп. ред. канд. юрид. наук П. Б. Євграфов. – К, 2001. – С 30 – 33.

У конституції закріплюються як ті владні повноваження, що залишаються в компетенції народу і здійснюються ним безпосередньо, так і ті, які він делегує своїм представникам у вищих органах державної влади та місцевого самоврядування. Відтак можна виділити два рівні забезпечення легітимації — безпосередня та делегована легітимація. Перший рівень передбачає здійснення державної влади безпосередньо підвладним суб'єктом, наприклад через референдум чи плебісцит. Значення референдуму як однієї з форм безпосередньої демократії в сучасному світі важко переоцінити. У світовій конституційній теорії та практиці референдум — це здійснюване шляхом таємного голосування утвердження (чи неутвердження) громадянами проекту якого-небудь документа чи рішення, згоди (чи незгоди) з тими чи іншими діями глави держави, парламенту чи уряду. Референдум застосовується для досягнення вищої легітимності у випадку прийняття доленосних рішень як для країни в цілому, так для кожного її громадянина зокрема (наприклад, прийняття конституції чи змін до неї, чи вирішення долі якої-небудь території). В Україні громадяни вже двічі використали своє право на референдум — 1 грудня 1991 р. і 16 квітня 2000 р. Якщо перший акт всеукраїнського референдуму був вдало реалізований і надав вищій юридичній сили історичному Акту проголошення незалежності України, то рішення всеукраїнського референдуму 16 квітня 2000 р. так і залишилося нереалізованим, що вказує на слабкість механізму правового захисту актів всеукраїнського референдуму¹.

Другий рівень легітимації передбачає делегування підвладним суб'єктом своїх повноважень іншим суб'єктам політико-правових відносин. Делегована легітимація в Україні забезпечується, наприклад, Президентом України, Верховною Радою та органами місцевого самоврядування. Необхідність здійснювати делегування, тобто передавати владні повноваження на певний строк від одного суб'єкта — народу, іншому суб'єкту — державі, обумовлена тим, що політична влада потребує своєї реалізації на постійній та професійній основі. Народ навіть суто технічно не в змозі здійснювати владу, яка йому належить. Тому постає об'єктивна потреба, як зазначає Ш. -Л. Монтеск'є, щоб «народ робив через своїх представників усе те, що він не може зробити сам»².

¹ Див: *Погорілко В. Ф., Федоренко В. Л.* Конституційне право України: Підручник. — К., 2006. — С. 47.

² Див: *Шипілов Л.* Про деякі питання теорії народовладдя // Вісн. Акад. прав. наук України. — 2001. — № 4 (24). — С. 227.

Процедура здійснення такого делегування відбувається за допомогою політичних виборів, на основі яких формуються органи державної влади та місцевого самоврядування. Важливим є те, щоб ця процедура відображала реальну волю народу і зокрема тих, хто володіє активним виборчим правом. З цієї метою в законодавстві країн світу, так само як і у вітчизняному законодавстві, передбачено низку принципів виборчого права. Зокрема вибори повинні бути: прямі, рівні, вільні, здійснюватися на основі змагальності і шляхом таємного голосування. У зв'язку з цим хотілося б вказати на те, що чинне сьогодні в Україні законодавство, зокрема Закон України «Про вибори народних депутатів України» від 25 березня 2004 р. та Закон України «Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів» від 6 квітня 2004 р., суттєво порушує конституційне право громадян безпосередньо, на основі прямих виборів, формувати Парламент та місцеві ради. Запроваджена в 2006 р. пропорційна виборча система (з «жорсткими» списками) фактично призвела до того, що у представницькі органи потрапили депутати (принаймні більшість з них), які в жодну мірую не є виразниками волі Українського народу, а це значить, що рівень довіри до цих органів суттєво знизився, так само як і їх легітимність.

Владно-організаційна функція являє собою спрямованість діяльності державного апарату (винятком є законодавча діяльність, суб'єктом якої може бути й безпосередньо народ) на здійснення народовладдя в країні. Як уже зазначалося, легітимована шляхом виборів влада парламенту та президента створює систему вторинного представництва. З метою ефективного функціонування та забезпечення реального народовладдя органи державної влади повинні неухильно дотримуватися певних принципів, визначених народом і закріплених у конституції. До останніх першочергово слід віднести: принцип верховенства закону (законності), який, за словами Д. Гаррінгтона, забезпечує «панування закону, а не людей»¹; принцип розподілу функцій державної влади, за допомогою якого владні повноваження розподіляються рівномірно між різними органами держави; принцип вільного доступу до влади всіх громадян, які за своїми професійними та моральними якостями здатні ефективно і чесно виконувати управлінські функції.

Умова панування закону має два аспекти. Згідно з першим аспектом закони повинні набувати певної форми, вони мають бути загальними

¹ Див: *Harrington J. The commonwealth of Oceana and A System of Politics* / Ed. J. G. A. Pocock. – Cambridge, 1992. – P. 81.

і застосовними до кожного, в тому числі й самих законодавців. Їх слід оприлюднювати й наперед ознайомлювати з ними тих, до кого їх застосовуватимуть; закони мають бути зрозумілі, послідовні і не підлягати постійним змінам. І що найголовніше — закон повинен відповідати принципу верховенства права (правам людини) та справедливості. Якщо закони не відповідають цим вимогам, тоді ті, хто творить, реалізує й застосовує право, можуть дуже легко чинити владну сваволю над іншими¹. Другий аспект умови панування закону вимагає: там де публічна влада має вибір — діяти на правовій основі, тобто в межах чинного законодавства, і діяти, вдаючись до заходів, що не мають законодавчої опори, — вона повинна віддавати перевагу першому, принциповому підходу. Винятком з правила може бути лише ситуація, коли є всі підстави вважати, що чинне законодавство суперечить принципу верховенства права та справедливості, причому таке переконання має спиратися як на суспільну думку, так і на рішення відповідного органу, який наділений компетенцією визначати, легітимний чи нелегітимний характер закону (наприклад, таким органом може бути Конституційний Суд).

Укази чи постанови, які ухвалені без законодавчої основи, майже завжди визначені сваволею тих, хто їх ухвалює, натомість акти, які спираються на закони, маніпулювати не так легко. Ця теза особливо актуальна для сучасної України, де «указне право» стало тим негативним елементом правової системи, яке веде до її руйнування.

При класичному розподілі функцій державної влади кожен державний орган здійснює лише одну з трьох функцій (законодавчу, виконавчу, судову), при цьому тісно взаємодіючи з іншими державними органами. Усі разом вони обмежують і стримують один одного. У сучасній інтерпретації цей принцип набуває такого звучання: поділ, єдність, взаємний контроль, взаємодія влад. Таке розуміння цього принципу дозволяє народу зберігати за собою повноту влади і достатньо ефективно контролювати організацію та діяльність усіх гілок влади шляхом демократичних виборів, референдумів, механізмів опосередкованого народовладдя і публічної відповідальності влади перед громадянами.

Коли ми говоримо про вільний доступ громадян до влади, то мова йде про те, що люди, які завдяки своїм талантам і працелюбству досягли значних успіхів у тій чи іншій сфері суспільної життєдіяльності, ті, хто за всезагальним визнанням складає еліту нації, могли б брати активну участь у здійсненні публічної влади. Саме сьогодні, коли у зв'язку

¹ Див: *Петтін Ф.* Конституціоналізм і демократичне опротестування / Демократія: Антологія. – К., 2005. – С. 438.

з ускладненням процесів соціального управління, зростає потреба в прийнятті на державному рівні відповідальних і компетентних рішень, особливо необхідна система заходів, яка б забезпечила постійну і значну, з точки зору чисельності, присутність в органах влади осіб, у чиїх високих інтелектуальних і моральних якостях не було б сумніву. Звісно, що така система має бути закріплена законодавчо (бажано на конституційному рівні).

Без сумніву, що така ідея знайде своїх критиків. Так, свого часу відомий французький конституціоналіст А. Есмен вказував на те, що неможливо знайти достовірні ознаки для виявлення тих, хто в соціумі вважається найрозумнішим¹ (відповідно, і найбільш гідним, кращим і т. ін.). Проблема справді існує. Хто і за якими критеріями повинен і може встановлювати інтелектуальну, моральну і духовну перевагу одних над іншими? І тим не менш очевидно, що це можливо. У цьому питанні необхідно прислухатися до думки народу, який неодноразово демонстрував свою здатність нехай не завжди на основі раціонального вибору, а швидше на чуттєвому, інтуїтивному рівні, виділяти людей розумних та обдарованих. Особливе місце в цьому питанні належить інтелігенції, яка у всі часи була «чесною та совістю епохи».

Контрольна функція полягає в поінформованості народу щодо здійснення делегованої влади та здатності її переделегування у разі втрати легітимності чинної влади². Контроль — одна з основних функцій народовладдя, а відтак і легітимації, оскільки її реалізація покликана забезпечити легітимність державної влади. Контроль з боку суспільства за діями влади здійснюється як за владою в цілому, так і за окремими її органами та політичними діячами. Для останніх контроль є джерелом їх прав та обов'язків, завдяки реалізації та виконання яких ці політичні діячі зберігають свою легітимність, набуту в ході обрання чи призначення. Держава, в якій відсутній контроль за владою, вказує Д. Валадес, приречена бути непередбаченою і тому створює постійну загрозу свободі суспільства та індивідів³.

У правовій та політичній теорії відомі різні практики забезпечення такого контролю. Він може здійснюватися як безпосередньо народом (можливість проведення референдуму за ініціативою громадян, всена-

¹ Див: *Есмен А.* Общее основание конституционного права / Пер. с фр. Н. О. Бер. — СПб., 1909. — С. 199.

² Див: *Шитлов Л.* Про деякі питання теорії народовладдя // Вісн. Акад. прав. наук України. — 2001. — № 4 (24). — С. 227.

³ Див: Валадес Д. Контроль над Властою. — М., 2006. — С. 43.

родні обговорення, інститут звернення і т. ін.; не меншим індикатором рівня легітимності наявної влади є вибори), так і опосередковано через спеціальні конституційні органи (Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, Рахункова палата, Конституційний Суд). Особливе місце у здійсненні політичного контролю за діяльністю чинної влади належить опозиційним парламентським партіям. Ефективність такого контролю за легітимністю влади значною мірою залежить від розвиненості інститутів громадянського суспільства (у тому числі й політичних партій), а також рівня правової та політичної культури громадян.

Народовладдя як джерело легітимації реалізується за умови примирненя колективної волі та особистої автономії, народного суверенітету та прав людини, між якими часто існує напруженість або суперечність. Різні політичні теорії по-різному прагнули зняти цю напруженість, усунути таку суперечність. Республіканізм, що бере початки від Арістотеля, віддавав перевагу публічній автономії громадян перед не-політичними свободами приватних осіб. Лібералізм, що бере початок від Локка, постулює перевагу прав людини перед народною волею, вказуючи на небезпеку тиранії більшості.

Свій варіант вирішення цієї проблеми запропонували представники комунікативної філософії. Так Ю. Хабермас вважає, що внутрішній зв'язок між народним суверенітетом та правами людини полягає в інституалізації останніми комунікативних умов формування розумної політичної волі. Це означає, що легітимними визнаються лише ті регулятиви, які б могли бути прийняті всіма зацікавленими особами. У цілому публічна (громадянська) і особиста автономії взаємно доповнюють одна одну, при цьому нормативний пріоритет є на боці прав людини¹. Останні визначають міру, обсяг та кількість свободи учасників правового дискурсу. Вони забороняють діяти таким чином, щоб поведінка одних людей була спрямована на шкоду іншим, і тим самим встановлюють максимальну міру свободи. У зв'язку з цим права людини слід розглядати не лише як свободу дії особи, але й як обмеження свободи у певних діяннях задля досягнення інших благ. Вони встановлюють межі, поза якими людині заборонено свавільно приймати рішення. Так наявність світлофорів на дорогах може розглядатися водіями як обмеження їх свободи, однак така незручність у пересуванні автотранспорту є цілком виправданою, адже вона гарантує безпеку руху. Право тим і відрізняється від свободи, що встановлює межі свободи, порушення яких перетворює свободу у свавілля.

¹ Див: *Хабермас Ю.* До легітимності через права людини. – К., 1999. – С. 55.

Можна погодитися з представниками теорії природного праворозуміння з тим, що людина з моменту народження володіє невідчужуваними і невід'ємними правами, які належать до сфери особистого життя людини, в яку жодна більшість не повинна втручатися. Однак важливо, щоб всі члени спільноти визнавали ці права. Адже лише добра воля всього суспільства непорушно ставитись до фундаментальних прав людини є запорукою того, що вони будуть реалізовані. Право на життя кожної людини залежить від того, чи буде воно дотримане з боку інших людей і чи не з'явиться у когось, в тому числі і в держави, за певних обставин, спокуса позбавити нас цього права. Для того щоб автономна особа могла реалізувати свої невід'ємні права, вона повинна володіти політичними правами: об'єднуватися в політичні партії та громадські організації, брати участь в управлінні державними справами, проводити референдуми, вільно обирати і бути обраними до органів державної влади та місцевого самоврядування, збиратися мирно без зброї і проводити збори, мітинги, походи і демонстрації і т. ін. Наявність цих прав надає людині можливість у разі необхідності ефективно захищати свою особисту свободу. Такий колективний захист особистих прав є більш дієвим засобом впливу на публічну владу, ніж розрізнені дії окремих осіб.

Таким чином, взаємозв'язок між правами людини та народним суверенітетом полягає в тому, що, з одного боку, громадяни тільки тоді зможуть використати свої громадянські права, коли вони будуть володіти особистими правами і свободами. А з другого боку, вони лише тоді зможуть бути задоволені своєю особистою автономією, коли як громадяни держави зможуть гідно застосувати свою політичну автономію.

Важливою умовою легітимності державної влади є забезпечення громадянам права опротестувати дії нелегітимної влади. Громадянський протест — один з елементів народовладдя, який показує рівень довіри громадян до діючої публічної влади і є свого роду тестом на легітимність. Право громадян на проведення мирних зборів, мітингів, демонстрацій та маніфестацій є важливим політичним правом, яке нерозривно пов'язане з особистими правами людини — правом на життя, свободу світогляду та віросповідання, свободу думки та слова і т. ін. Це право є одночасно гарантією захисту основних прав і свобод людини. Через акції публічного протесту громадяни мають змогу чинити тиск на владні структури, обстоюючи свої права. Таке право визнане на рівні

міжнародного законодавства, свого нормативного закріплення воно набуло у ст. 21 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права, який був прийнятий Генеральною Асамблеєю ООН у грудні 1966 р. Це право визнане всіма демократичними державами світу. Українська держава також проголосила це право одним з основних політичних прав і закріпила його у ст. 39 Основного Закону. У законодавстві України також передбачена процедура проведення мирних зборів, мітингів, демонстрацій та маніфестацій, а також юридична відповідальність за неправомірні дії громадян під час їх проведення. Однак так і не має окремого закону, який би не лише передбачав санкції до тих, хто протестує проти нелегітимних дій діючої влади, але й встановлював нормативно-правові гарантії реалізації цього права. Прийняття цього закону безпосередньо пов'язане з демократичними трансформаціями, які відбуваються в нашій країні і є умовою її інтеграції в загальноєвропейський правовий простір.

Громадянський протест — це свого роду тест на толерантність державної влади до свого народу і народу до державної влади. Відносини між державою та суспільством завжди містить елемент соціально-політичної напруги і тому пов'язані зі співвідповідальністю. Так, існуюча влада навіть у період протистояння повинна дотримуватися певних правил, що дало б підстави розглядати її дії як легітимні. По-перше, для того щоб відновити довіру громадян до себе, владні структури повинні бути готові до діалогу з опозицією. По-друге, здійснення такого діалогу повинно об'єктивно висвітлюватися в ЗМІ. По-третє, сформована в процесі діалогу спільна позиція має знайти відбиття в законодавстві та рішеннях влади. По-четверте, влада повинна публічно визнати свої помилки. Натомість громадяни, публічно демонструючи своє незадоволення діями влади, повинні діяти в межах чинного законодавства, намагаючись на основі демократичної процедури його удосконалювати. Як зазначав І. Ільїн, пошук справедливості повинен відбуватися « за допомогою закону і на основі закону »¹.

Таким чином, здатність громадян в організований публічний спосіб протистояти не завжди законним діям влади в межах чинного законодавства є свідченням високого рівня правосвідомості, тоді як готовність влади в межах публічного діалогу обстоювати свої позиції і вміти визнавати свої помилки є ознакою легітимності влади.

¹ *Ільїн І. А.* Путь к очевидности. – М., 1993. – С. 253–254.

НА ПОЧАТКУ ТВОРЧОГО ШЛЯХУ

О. Уварова, аспірантка Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Загальні принципи права та їх роль у правозастосуванні з позицій природно- правового і позитивістського підходів до права

Питанню принципів права, за влучним виразом О. Кузнецової, пощастило в науці за кількістю й якістю присвяченої йому літератури, але не пощастило в частині загальноприйнятого його вирішення¹. Принципи права були спеціальним предметом дослідження Г. Борисова, О. Колодія, С. Погребняка, Л. Явича та ін. Зважаючи на те, яке місце в загальній теорії права посідає питання принципів та можливості їх розгляду як структурного елемента права, його не можуть оминати увагою всі вчені, що звертаються до загальноправових проблем. Так, вагомий внесок у дослідження принципів права зробили М. Алексєєв, С. Алексєєв, В. Бабаєв, М. Байтін, С. Братусь, А. Васильєв, Є. Васьковський, М. Вопленко, Ю. Гамбаров, С. Головатий, В. Горшенєв, В. Грибанов, Т. Ілларіонова, О. Іоффе, Ю. Калмиков, О. Красавчиков, В. Лазарєв, Р. Лівшиц, О. Лукашова, М. Марченко, М. Матузов, В. Нерсєсянц, І. Покровський, М. Цвік, Г. Шершенєвич та ін.

Слід зазначити, що пошук відповіді на питання про нормативність принципів права та їх роль у правозастосуванні, як і багатовіковий пошук поняття права, відзначається великою різноманітністю точок зору. Це пояснюється, передусім, змінністю політичної ситуації, у контексті якої зазвичай розглядається питання про роль принципів у правовому регулюванні, а також тим, що участь у цьому пошуку беруть прихильники різних концепцій праворозуміння. Ураховуючи це, за «точку відліку» у вивченні природи принципів права і можливості безпосередньо-

¹ Див.: Кузнецова О. А. Нормы-принципы российского гражданского права. – М., 2006. – С. 9.

го звернення до них при вирішенні конкретних справ правозастосовчими органами автором статті взятий розгляд цього питання у площині двох типів праворозуміння — природно-правового і позитивістського.

Обмеження дослідження названими школами права обумовлено не тільки тим, що «серед всього багатоманіття шкіл і напрямів через століття проходить основне протистояння саме позицій природно-правової і позитивістської»¹. Головна причина такого вибору полягає в тому, що питання про роль принципів у праві й у правовому регулюванні є одним із тих питань, що становлять предмет дискусії між юснатуралістами і позитивістами. Крім того, на думку автора, одночасний розгляд положень правового позитивізму і природно-правової концепції поряд з іншими типами праворозуміння порушує єдність класифікаційних підходів: якщо основним критерієм поділу типів розуміння права на природно-правовий і позитивістський, «межевою лінією» між ними є питання про співвідношення права з мораллю, про необхідність оцінки права з точки зору надправових (або надпозитивних) цінностей, то для інших способів осмислення правової реальності ця проблема не є ключовою. Для правового об'єктивізму, правового суб'єктивізму та інтерсуб'єктивізму² головним питанням, на яке вони дають різні відповіді, є питання про місце суб'єкта у формуванні правової реальності. Це зауваження можна поширити й на інші пропоновані у літературі концепції праворозуміння, критерії класифікації яких недостатньо вивчені у сучасній науці³.

Спір між двома концепціями права, природно-правовою і позитивістською, Ф. А. Гайєк визначає як дискусію між тими, для кого право і свобода були нероздільні, й тими, для кого ці два поняття були несумісні⁴. Він вбачає головну причину протистояння позитивістів і прихильників природно-правової концепції стосовно цінностей, які не є власне правовими, але водночас, з точки зору природного права, є такими, порушення яких призводить до втрати правом його конститутив-

¹ Лукашева Е. А. К вопросу о правопонимании // Основные концепции права и государства в современной России (По материалам «круглого стола» в Центре теории и истории права и государства ИГП РАН) // Государство и право. – 2003. – № 5. – С. 10.

² Див. Максимов С. И. Правовая реальность: опыт философского осмысления: Монография. – Харьков, 2002. – 328 с.

³ Поляков А. В. Общая теория права: Курс лекций. – СПб., 2001. – С. 37.

⁴ Див.: Хайек Ф. А. Право, законодавство та свобода: Нове викладення широким принципів справедливості та політичної економії: У 3 т.: Пер. з англ. – К. – Т. 1.: Правила та порядок. – 1999. – С. 80–81.

них ознак¹, «право стає неправим»². При цьому причиною «суперечки між правовим позитивізмом і теоріями природного права» вчений називає запропоновану давніми греками «облудну дихотомію всіх явищ на «природні» (*phusei*, що значить «за природою») й «штучні» (*nomoi* («за звичаєм»)) або *thesei* («за свідомим рішенням»)³.

На тих же позиціях стоїть О. Поляков, який диференціює природно-правовий і позитивістський типи праворозуміння стосовно цінностей. Перший тип праворозуміння, зазначає вчений, заснований на думці, згідно з якою право є ціннісним явищем, з чого виникає теоретична спокуса все право звести до певних цінностей (рівності, свободи, прав людини, загального блага, справедливості тощо). Протилежна ж концепція намагається повністю виключити право зі сфери цінностей, обґрунтувавши його не органічно — як багатоедність (включаючи й цінносний аспект), а механістично — як сукупність певних однорідних елементів — норм належного або законів, установлених державою⁴, хоча й не заперечує власної цінності права. Головний критерій розмежування природно-правового і позитивістського способів обґрунтування правової реальності щодо цінностей вбачають й інші вчені⁵.

І. Покровський пояснював такий дуалізм у праворозумінні самою природою права. З одного боку, писав вчений, ми маємо в праві факт дійсності, певну силу, яка регулює суспільні відносини. З другого боку, норми права є засобом досягнення тих чи інших соціальних цілей на шляху прагнення до досягнення того чи іншого соціального ідеала. Відповідно до цієї подвійної природи права і наше ставлення до нього є двояким. З одного боку, право постає перед нашою свідомістю як певне явище зі світу існуючого, і ми намагаємося його пізнати в такому вигляді. З другого боку, ми не можемо не оцінювати його з точки зору тих соціальних цілей, яким воно служить⁶.

¹ Див. *Кудрявцев В. Н.* О правопонимании и законности // Государство и право. – 1994. – № 3. – С. 4.

² *Поляков А. В.* Может ли право быть неправым? Некоторые аспекты дореволюционного российского правопонимания // Правоведение. – 1997. – № 4. – С. 94.

³ *Хайек Ф. А.* Вказ. праця. – С. 41–41.

⁴ *Поляков А. В.* Вказ. праця. – С. 24.

⁵ Див., зокрема, *Максимов С. И.* Вказ. праця. – С. 41; *Шевчук С.* Основи конституційної юриспруденції. – Харьков, 2002. – С. 18.

⁶ *Покровский И. А.* Естественнo-правовые течения в истории гражданского права. – СПб., 1909. – С. 38–39.

Різні погляди на природу права не могли не зумовити й протилежне ставлення до ролі принципів у правозастосуванні.

Загальне визнання отримала думка, що саме проявом ідеї природного права є визнання можливості безпосереднього застосування принципів права, які необов'язково мають бути записані у статтях нормативних актів¹. Так, якщо простежити за думкою І. Покровського як прихильника природно-правової концепції, звернення до загальнолюдських принципів притаманне процесу правозастосування за самою його природою. І саме в необхідності відповідності простого застосування юридичних норм до фактів дійсності почуттю справедливості вчений вбачає головну передумову виникнення ідеї природного права². Остання, знайшовши своє перше формулювання у вченні грецьких філософів, уже у римських юристів набула серйозного практичного значення: природне право і справедливість, *jus naturale* і *aequitas*, часто розглядалися ними як джерела цивільно-правових норм, визнавалися чинниками впливу на тлумачення цих останніх³.

Ідея можливості звернення до «велінь природи», «природного розуму» у разі несправедливості законів, створених людьми, була підтримана Арістотелем, який писав: «Якщо писаний закон проти нас, ми маємо звертатись до всезагального закону, апелюючи до його більшої чесності і справедливості. Ми повинні доводити, що принципи справедливості є вічними й незмінними і що всезагальний закон не змінюється, оскільки це природний закон, а писані закони змінюються»⁴.

Римські юристи виходили з того, що коли немає можливості послатися ні на природну необхідність, ні на загальноновизнаність норми, залишається ще один засіб — звернутись до *aequitas*, визначення якому поняттю не надавалось. Г. Шершеневич робить припущення, що під цим поняттям вони розуміли те, що безсвідомо підказувало, як слід вчиняти, щоб точним застосуванням позитивного права не вступити у суперечності з почуттям справедливості⁵.

У літературі можна також зустріти твердження про те, що давні римляни міцно поєднували саме поняття права (*jus*) із процесом судо-

¹ Хайек Ф. А. Вказ. праця. – С. 123.

² Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. – М., 1998. – С. 60–61.

³ Там само. – С. 61.

⁴ Муссеев С. В. Философия права. Курс лекций. – Новосибирск, 2003. – С. 15.

⁵ Шершеневич Г. Ф. История философии права. – СПб., 2001. – С. 116–117.

чинства (*justicia*). Суворе право протиставлялося праву справедливості, яке виникло на певному історичному етапі, коли давні позитивні норми виявили свою невідповідність новим вимогам часу. Історія римського права демонструє два основних способи свого оновлення: коригуюча преторська практика і доктринальна діяльність римських юристів. Прогалини в законодавстві усувалися не законодавчою практикою, а через застосування доктринально оформлених загальноправових принципів¹.

У середньовічній юриспруденції навіть ще більшої поширеності, ніж у римському праві, набула думка про те, що природне право є джерелом юридичних норм і що воно покликано заповнювати прогалини в позитивному праві, або навіть й виправляти його. Навіть як загальний принцип проголошувалося положення, сформульоване ще за часів Давнього Риму: *jus naturale potius, quam jus positivum* (природне право означає більше, ніж право позитивне), якщо позитивне право суперечить справедливості, вирішальною слід визнати останнє².

Д. Ллойд з цього приводу зазначає, що у часи Середньовіччя створене людиною право визнавалось як основний інструмент світського правління. Його авторитет досягався як через заповнення прогалин у природному праві, так і шляхом подальшого розвитку презюмованих природно-правових принципів, які стосуються багатьох сфер людських відносин, що не підлягали прямому регулюванню природним правом, але щодо яких воно містило лише деякі загальні вказівки³. Ще однією причиною звернення середньовічних юристів до принципів права (юридичних максим) був надзвичайно казуїстичний характер норм чинного на той час права, які мали такий мінімум змісту, що це викликало підстави для неоднозначного їх тлумачення⁴.

Найбільшого підйому ідея природного права дістала у XVII–XVIII ст. Одним із найяскравіших свідчень цього є спроби закріпити ідею пріоритетності природного права над позитивним на законодавчому рівні. Так, один з останніх проектів єдиного кодексу Франції починався фразою: «Існує право універсальне й незмінне, джерело всіх позитивних законів; існує тільки природний розум, який править усіма людьми»⁵.

¹ Шаркова Ірина. *Iudicia bonae fidei*: історичні витоки застосування аналогії права та звичаєвих норм у цивільному процесі // Юридична Україна. – 2007. – № 3. – С. 58–59.

² Покровский И. А. Вказ. праця. – С. 62.

³ Ллойд Д. *Идея права*. – М.: Югона, 2002. – С. 92.

⁴ Царьков И. И. *О правовых принципах в средневековой юриспруденции*. // Правоведение. – 2001. – № 4. – С. 201.

⁵ Покровский И. А. Вказ. праця. – С. 65–66.

Одним із найбільш яскравих прикладів прямого застосування загальних принципів, які «безпосередньо пов'язані з природно-правовими уявленнями про право»¹, у ХХ ст. став розгляд справ донощиків і військових злочинців західнонімецькими судами. Цей приклад, напевно, вже можна назвати класичним, але це не применшує його цінності. Тоді обвинувачені часто стверджували, що вони не винні, оскільки вчиняли відповідно до законів тих часів. Але суди заявляли, що ті закони є недійсними, оскільки суперечать фундаментальним принципам моралі або правам людини². У постановках деяких судів зазначалося, що закони нацистської Німеччини суперечать вищому закону і тому не є законами³. Ці справи демонструють, який прояв у практиці правозастосування знаходять суперечності між природно-правовим і позитивістським типами розуміння права.

Першість природного права перед позитивним, принципів права перед законодавством та іншими формалізованими джерелами права проявляється ще на стадії формування права. Так, Ф. А. Гайєк, відповідаючи на питання, як відбувалося формування права, наводить вислів римського юриста III ст. Юлія Павла: «Не справедливість виводиться з правила, а правило народжується з нашого уявлення про справедливе»⁴, таким чином обстоюючи думку, згідно з якою не принципи формуються на підставі узагальнення конкретних норм, а норми виникають на підставі принципів права, які не обов'язково мають бути включені до позитивного права.

Останньою стадією формування принципу права є його визнання учасниками суспільних відносин, що підлягають правовому регулюванню. Формами такого визнання, на погляд автора, може бути мовчазне дотримання такого принципу у процесі реалізації права, якщо його учасники визнають цей принцип юридично обов'язковим, закріплення його в тексті нормативно-правового акта. Крім того, форма визнання принципу права як остання стадія його формування може проявлятися

¹ Мартышин О. В. Совместимы ли основные типы понимания права? // Государство и право. – 2003. – № 6. – С. 13-21. С. 21.

² Справи, що розглядалися у кінці 40-х років ХХ ст. західнонімецькими судами, часто використовуються для проведення дебатів серед студентів юридичних факультетів для ілюстрації розбіжностей у поглядах на право позитивістського і природноправового типів праворозуміння (див. дебати, що проходили у колледжі Кембріджа: «Dean at Stake: the Separation of Law and Morality» <http://www.cai.cam.ac.uk/college/chapel/sermons/datslawmor.pdf>).

³ Моисеев С. В. Вказ. праця. – С. 9.

⁴ Хайєк Ф. А. Вказ. праця. – С. 105.

у безпосередньому застосуванні цього принципу права при вирішенні судової справи. Якщо таке рішення не оскаржується, це може бути свідченням визнання учасниками справи принципу права, на підставі якого вирішено спір між ними. Якщо має місце оскарження такого судового рішення до вищої судової інстанції, то остання фактично приймає рішення про те, чи є застосований принцип права визнаним у суспільстві. Адже «коли у визнаному праві існує прогалина, нова норма закріпиться лише за умови, що комусь буде доручено виявити норму, яку після її формулювання визнають за слушну»¹.

Категорія принципів права може бути визнана тим інтегруючим елементом позитивістського і природно-правового напрямів правового мислення, пошуки якого особливо активізувались у вітчизняній і західній юридичній науці з середини 90-х років ХХ ст.² Ідея про принципи права як точку єднання в дещо іншій формі була висловлена Ф. А. Гайском. Він вказав, що тенденція до інтеграції природно-правового і позитивістського типів праворозуміння сформувалася ще у XVI–XVII ст. з виникненням конструктивістського раціоналізму. Представники останнього пов'язували з розумом здатність відрізнити добро від зла, тобто те, що узгоджувалося з установленими правилами, від того, що їм не відповідало. При цьому Дж. Локк під розумом мав на увазі певні визначені принципи дій, від яких походять усі чесноти й усе, що потрібно для належного формування моральних засад. Розум скоріше шукає і виявляє цей закон природи, ніж установлює та проголошує його. На цій підставі виводиться спільність раціоналістичного природного права з концепцією опонентів-позитивістів, яка проявилася у визнанні того, що будь-яке

¹ Хайск Ф. А. Вказ. праця. – С. 141.

² Див.: *Поляков А. В.* Петербургская школа философии права и задачи современного правоведения // Правоведение. – 2000. – № 2. – С. 6; *Оль П. А.* Правопонимание: от плюрализма к двуединству: Монография. – СПб., 2005. – С. 67; *Берман Дж.* Западная традиция права: эпоха формирования: Пер. с англ. – М., 1998. – С. 17; *Дудченко В. В.* Традиция правового плюрализма: западная та східна інтерпретація: Автореф. дис. ... 2. 00. 01. – Одеса, 2007; *Познер Ричард А.* Проблемы юриспруденции / Пер. з англ. С. Савченка. – К., 2004. – С. 39; *Мартышин О. В.* Совместимы ли основные типы понимания права? // Государство и право. – 2003. – № 6. – С. 14; *Козлихин И. Ю.* Позитивизм и естественное право // Государство и право. – 2000. – № 3. Проте, не можна не зазначити, що можливість віднайти точку перетину позитивістської і природно-правової концепцій визнають не всі (*Нерсисян В. С.* Основные концепции права и государства в современной России (По материалам «круглого стола» в Центре теории и истории права и государства ИГП РАН) // Государство и право. – 2003. – № 5. – С. 6; *Честнов И. Л.* Правопонимание в эпоху постмодерна // Известия ВУЗов. Правоведение. – 2002. – № 2. – С. 7).

право створюється розумом або принаймні може бути за його допомогою цілком обґрунтоване; єдина розбіжність полягала в тому, що раціоналісти припускали можливість логічного виведення права з апіорних засновків, а позитивісти розглядали його як зважене тлумачення на підставі емпіричних знань про його вплив на досягнення жаданих людиною цілей¹.

Принципи природного права, як указує С. Шевчук, створюють той базис, на якому відбувається взаємодія позитивного права і моралі². Вирішення питання про визнання природного права джерелом права у цілому залежить від світогляду та ціннісного вибору осіб, які беруть безпосередню участь у правозастосуванні, насамперед — від суддів, оскільки здебільшого природне право знаходить своє застосування у судових рішеннях³.

Компромід двох течій у праворозумінні знайшов утілення у визнанні на законодавчому рівні можливості застосування загальних принципів права при вирішенні конкретних справ. Так, ще в проєкті Іозефінського кодексу 1786 р. Австрії також зазначалося, що оскільки вищим джерелом будь-якого права є природне право, для заповнення прогалін суддя може звертатися до останнього. Проте вже Автрійське Уложення в параграфі 7 вказувало: «Якщо випадок не може бути вирішений ні на підставі тексту, ні на підставі природного змісту закону, то слід взяти до уваги подібні, вирішені в законах визначеним способом, випадки, а також підстави інших споріднених законів. Якщо питання залишається сумнівним, то воно має бути вирішене на підставі природних принципів права»⁴. Згодом цей інститут під назвою аналогії права увійшов до законодавства багатьох держав світу. Зокрема, він закріплений у ч. 2 ст. 8 Цивільного кодексу України. У Кодексі адміністративного судочинства України (ч. 4 ст. 8) знайшло закріплення правило, згідно з яким забороняється відмова в розгляді та вирішенні адміністративної справи з мотивів неповноти, неясності, суперечливості чи відсутності законодавства, яке регулює спірні відносини. Це правило є прямим визнанням необхідності звернення до принципів і норм права, не закріплених у позитивному праві, якщо останнє не врегульовує відносини, з приводу яких суд має винести рішення.

Поєднання ідей природного та позитивного права дозволяє, з одного боку, відійти від надмірного формалізму у правовому регулюванні

¹ *Хайек Ф. А.* Вказ. праця. – С. 43–44.

² *Шевчук С.* Вказ. праця. – С. 43.

³ Там само. – С. 44.

⁴ *Покровський І. А.* Вказ. праця. – С. 92.

і визнати принципи права його джерелом¹, з другого — обмежити розсуд суддів, адже рішення судді, який дотримується загальноприйнятих поглядів на справедливість, навіть не підтриманих буквою закону, насправді можуть бути більш прогнозованими, ніж тоді, коли він змушений виводити їх лише з тих визнаних переконань, які знайшли відбиття у писаному праві².

Зближення двох типів підходів до праворозуміння дозволяє розглядати принципи права — як ті, що отримали закріплення у статтях нормативно-правових актів, так і ті, що такого закріплення не мають — як безпосередній регулятор суспільних відносин, самостійне джерело права, нормативну основу правозастосування. Цей висновок не повинен розглядатись як такий, що спрямований на розширення правозастосовного розсуду і створення загрози суддівського свавілля. Має місце зворотна тенденція — до процесу правозастосування висувається додаткова вимога, що полягає в необхідності звернення до принципів права, через які до змісту права включаються визнані в суспільстві цінності, як при вирішенні справ на підставі норм права, так і при застосуванні аналогії права.

¹ Див.: *Погребняк С.* Втілення принципів права в юридичних актах // Вісник Академії правових наук України. — 2006. — № 2. — С. 30.

² Див.: *Хайєк Ф. А.* Вказ. праця. — С. 160–161; *Познер Ричард А.* Вказ. праця. — С. 29.

Д. Задихайло, науковий співробітник
НДІ державного будівництва та місце-
вого самоврядування АПрН України

Нормотворча діяльність Уряду України: шляхи забезпечення законності та верховенства права

У ході конституційної реформи та у зв'язку із прийняттям Закону України «Про Кабінет Міністрів України» зростає соціально-політична вага нормативно-правових актів та актів індивідуальної дії, що приймаються Урядом. У свою чергу названі правові чинники викликані до життя також і усвідомленням надзвичайно складної ролі органів держави, і зокрема органів її виконавчої влади, щодо економічної системи, економічних відносин саме в їх сучасному ринковому варіанті. Усе це ще більше посилює значущість додержання принципу законності в роботі Уряду і зокрема в його нормотворчій діяльності.

Законність в адміністративно-правовій науці розглядається як основоположний конституційний принцип організації і діяльності органів виконавчої влади¹. На думку Ю. М. Старилова, додержання принципу законності передбачає, що:

вся система державного управління базується тільки на законних підставах;

здійснення державними органами управлінських функцій відповідає вимогам законів та інших нормативно-правових актів;

за виконавчою владою в особі її державних органів здійснюється ефективний державний та суспільний контроль;

забезпечується формування законослухняного кадрового потенціалу управління².

Разом з тим в адміністративно-правовій науці активно провадиться думка, що принцип законності в діяльності органів державної виконавчої влади логічно має бути доповнений і принципом верховенства права³, щоб посилити саме аксіологічний підхід до оцінки їх функціонування.

¹ Див.: *Старилов Ю. Н.* Курс общего административного права: В 3 т. – Т. 1: История. Наука. Предмет. Нормы. Субъекты. – М., 2002. – С. 115–119.

² Там само. – С. 116.

³ Див.: *Овсянко Д. М.* Административное право: Учеб. пособие / Под ред. Г. А. Туманова. – М., 1997. – С. 12.

Административное право Украины: Учебник / Ю. П. Битяк, В. В. Богуцкий, В. Н. Гаращук и др.; Под ред. Ю. П. Битяка. – Харьков, 2003. – С. 9–10.

Проблема дотримання названих принципів в процесі формування, і головне діяльності Уряду України, набуває особливої гостроти на фоні жорсткої конкуренції між олігархічними фінансово-промисловими угрупованнями, що склалися в Україні в постприватизаційний період, за вплив на органи державної влади, за безпосереднє здійснення в них свого представництва і впливу на державну економічну політику у власних корпоративних інтересах.

Втім захист національних, загальносоціальних та загальнодержавних інтересів у діяльності органів державної виконавчої влади, протидія названим впливам вбачаються виключно через дотримання конституційних норм і принципів. Але ефективність їх дії залежить від «якості» формулювання самих правових імперативів у законодавчому регулюванні суспільних відносин і особливо суспільних економічних відносин, від «якості» конструювання механізмів функціонування правосуддя тощо. Розгляду названих чинників забезпечення законності та верховенства права і присвячена ця стаття.

Серед конституційно-правових чинників, які першочергово визначають правовий формат закріплення статусу та повноважень органів державної влади, слід назвати ст. 19 Конституції України, що зобов'язує їх діяти лише на підставі, у межах повноважень та у спосіб, які передбачені Конституцією і законами України та п. 12 ст. 92 Конституції України, що вимагає виключно законами України визначити організацію і діяльність органів виконавчої влади.

У цьому контексті відсутність у країні до кінця 2006 р. Закону України «Про Кабінет Міністрів України» мала кваліфікуватися як факт безвідповідальної бездіяльності законодавчого органу держави, що тривалий час спричиняв суттєве послаблення правового порядку в Україні і зокрема — правового господарського порядку. Звичайно, можна було б тішитись посиленнями на Конституцію України, яка фактично одна в таких умовах виконувала роль джерела, яким визначався статус Кабінету Міністрів, зокрема в чотирьох статтях, одна з яких у десятих пунктах зосередила викладення всього обсягу компетенції вищого органу в системі органів виконавчої влади. Звичайно також, що окремі функції та повноваження Кабінету Міністрів України були фрагментарно згадані і встановлені в численних законах України, що сосувалися регулювання тих чи інших відносин держави з суб'єктами господарювання, але зрозуміло, що системний аналіз кінцевої конфігурації таких повноважень був фактично неможливий. Слід зазначити, що вказане становище дещо пом'якшувалось з огляду на п. 10 ст. 116 Конституції

України, згідно з яким Кабінет Міністрів України може здійснювати й інші повноваження що передбачені законами України. Це положення варте обговорення. З одного боку, зрозуміло, що рівень конституційно-правового регулювання не передбачає деталізації усіх можливих повноважень Уряду, необхідних для виконання свого функціонального призначення. З другого боку, конституційний принцип верховенства права, що зафіксований у ст. 8 Конституції України, потребує прийняття законів та інших нормативно-правових актів, саме на основі Конституції України.

Важливо підкреслити, що верховенство права як принцип розбудови всієї системи правового регулювання вимагає не формального підходу, що задовольняється наявністю в Конституції тієї чи іншої відсильної норми, а субординації нормативно-правових актів саме за змістовним критерієм. Тому законами України, на нашу думку, мають деталізуватися ті «родові», функціональні повноваження, що вже зафіксовані в конституційно-правових нормах, і які за рахунок такої деталізації повинні формуватися в цілісні безпосередні механізми правового регулювання діяльності Уряду. Навпаки, коли відсильна норма є однопорядковою з іншими, кожна з яких змістовно характеризує ті чи інші повноваження Кабінету Міністрів, виникає феномен відкритого переліку, феномен «диспозитивності» конституційно-правового регулювання там, де його, зважаючи на принцип «заборонено все, що не дозволено», і бути не може. Таким чином, *при підготовці нових проектів Конституції України слід враховувати те, що конституційно визначений перелік повноважень Кабінету Міністрів має бути закритим*. Цьому не суперечать можливість і власне необхідність фіксації таких повноважень в узагальненому форматі, що сфокусований на функціональному навантаженні таких повноважень. Саме такий порядок, з одного боку, має передбачати встановлення в спеціальному та інших законах України детального визначення всіх необхідних повноважень для реалізації кожної з таких функцій, а з другого боку, має дати можливість у порядку конституційних звернень Конституційному Суду України давати тлумачення тих чи інших положень, враховуючи соціально-економічний контекст їх реалізації.

Починаючи з лютого 2007 року, з набранням чинності Закону України «Про Кабінет Міністрів України» склалася більш гармонійна ситуація щодо забезпечення названих принципів розбудови системи законодавчого забезпечення діяльності органів виконавчої влади держави.

Таким чином, сьогодні законодавство, що визначає статус, компетенцію та порядок діяльності Кабінету Міністрів України, складається, по-перше, з відповідного розділу Конституції України, по-друге — із спеціального Закону України «Про Кабінет Міністрів України», по-третє — з численних Законів України, що регламентують окремі регулятивні повноваження Уряду, зокрема у сфері недержавного комерційного господарювання, у сфері управління суб'єктами державного сектору економіки, у сфері відносин Кабінету Міністрів з різними органами державної влади та місцевого самоврядування. Зрозуміло, що дотримання законності в діяльності Уряду, законності та верховенства права в його нормотворчій діяльності передбачає першочергову увагу саме до проблеми відповідності між конституційно-правовим регулюванням повноважень Уряду та регулюванням, що встановлено у спеціальному Законі України «Про Кабінет Міністрів України».

Це важливо не тільки виходячи із формальної необхідності додержання відповідності норм закону нормам Конституції, головним чинником у цьому питанні має виступати проблема протидії надзвичайно згубним для суспільного розвитку явищам — зловживанню правом, бездіяльності, безвідповідальності за недосягнення програмних показників розвитку, здійсненню державного регулювання економіки на користь окремих олігархічних угруповань або на користь олігархічного капіталу загалом, а не суспільства в цілому, тощо. Протидіяти цим та багатьом іншим явищам можна і необхідно зокрема за допомогою доступного і ефективного правосуддя. У цьому сенсі слід визнати, що забезпечення режиму законності в діяльності Уряду України покладено на два ключових механізми здійснення судочинства: конституційного та адміністративного.

Шляхом конституційного судочинства принципи верховенства права та законності захищаються або через механізм конституційного подання або через механізм конституційного звернення. У першому випадку згідно зі статтями 13, 61 Закону України «Про Конституційний Суд України», мета досягається через визнання законів, інших правових актів Верховної Ради України, актів Президента України, актів Кабінету Міністрів України, правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим неконституційними повністю або в окремій їх частині. Таким чином, суб'єкти конституційного подання, а це відповідно до ст. 40 Закону України «Про Конституційний суд України» Президент України, не менше як сорок п'ять народних депутатів України, Верховний Суд

України, Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, Верховна Рада Автономної Республіки Крим, можуть звернутися до Конституційного Суду України з клопотанням щодо визнання положень такими, що не відповідають Конституції, передусім, законів України, актів Президента України та актів Кабінету Міністрів України. Таким чином, об'єктами рішення Конституційного Суду України можуть стати, по-перше, сам Закон України «Про Кабінет Міністрів України», по-друге, інші закони України, що встановлюють ті чи інші повноваження Уряду, зокрема в економічній сфері, по-третє, правові акти самого Кабінету Міністрів України. Таким чином об'єктом конституційного подання може бути «якість» законотворчого матеріалу, яким урегульовується діяльність Уряду України з одного боку, а з іншого — якість нормотворчої діяльності самого Уряду. Ця схема може дуже ефективно працювати за умови двох важливих, на наш погляд, зауважень. Першою умовою має бути дуже високий і досконалий рівень конституційно-правового регулювання зокрема економічних відносин та економічних прав та свобод суб'єктів господарювання, а також аналогічно високий рівень конституційно-правової регламентації повноважень органів держави щодо реалізації ними своїх функцій у сфері економічного життя в країні. За такої умови конституційне судочинство отримує значну соціально-політичну вагу та значущість. У випадку ж фрагментарного та «ескізного» конституційно-правового регулювання функціонування економічної системи та завдань держави щодо неї механізми конституційного судочинства стають неефективними, так би мовити — обеззброєними. Другою умовою або зауваженням слід визнати відсутність серед суб'єктів конституційного подання — самого Кабінету Міністрів України. *В умовах конституційної реформи і нового статусу Кабінету Міністрів України в контексті розподілу державної влади в країні вважаємо, що ст. 40 Закону України «Про Конституційний Суд України» має бути доповнена вказівкою на Кабінет Міністрів України як одного із суб'єктів права на конституційне подання.* Адже сучасний етап конституційної реформи, створивши фактично режим конкурентності у правових взаєминах між такими органами державної влади, як Президент України та Кабінет Міністрів України, зробив цілком ймовірною ситуацію, коли і акти Президента, і акти Уряду в сфері конкуренції повноважень, особливо в сфері економічних відносин, потребують конституційного правосуддя щоб залишитись у конституційно-правовому полі. Саме врахо-

вуючи таку ситуацію, *можливості звернення до Конституційного Суду у конкуруючих суб'єктів повинні бути рівними.*

Слід зазначити, що шляхом конституційного судочинства принцип верховенства права та законності в діяльності Кабінету Міністрів України може забезпечуватись і через механізм конституційного звернення щодо необхідності офіційного тлумачення Конституції України та законів України з метою забезпечення реалізації чи захисту конституційних прав та свобод людини і громадянина, а також прав юридичної особи, як це передбачено у ст. 42 Закону України «Про Конституційний Суд України». Слід зазначити, що суб'єктами конституційного звернення можуть бути фізичні та юридичні особи. Звичайно, виникає питання щодо об'єктивної можливості Конституційного Суду України у складі вісімнадцяти суддів оперативно приймати рішення щодо вказаних звернень. Разом з тим, вважаємо, що розгляд конституційних звернень, які мають фактично необмежене коло суб'єктів, має велике значення для утримання Уряду України в межах компетенції, встановленої Конституцією та законами України, особливо що стосується сфери правовідносин між органами державної виконавчої влади та суб'єктами господарювання у сфері реалізації засобів державного регулювання їх економічної діяльності. Але механізм конституційного звернення виключає акти Кабінету Міністрів України із сфери об'єктів судового провадження. З одного боку, це слушно, тому що важко уявити собі реально процес безперервного тлумачення постанов Уряду силами вісімнадцяти суддів Конституційного Суду України, а з другого — тому що захист прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб у сфері публічно-правових відносин від порушень з боку органів державної влади при здійсненні ними владних управлінських функцій є згідно з п. 1 ст. 2 Кодексу адміністративного судочинства України завданням адміністративного судочинства. Так, ст. 19 Кодексу прямо визначає відповідну категорію адміністративних справ як адміністративні справи з приводу оскарження нормативно-правових актів Президента України, Кабінету Міністрів України, міністерства або іншого центрального органу виконавчої влади, Національного банку України або іншого суб'єкта владних повноважень, повноваження якого розповсюджуються на всю територію України. Слід зазначити, що відповідно до ст. 171 Кодексу адміністративного судочинства України по адміністративних справах щодо законності, зокрема Постанов та Розпоряджень Кабінету Міністрів України, суд може визнати такі акти незаконними або такими,

що не відповідають правовому акту вищої юридичної сили, повністю або в окремії їх частині. Важливо підкреслити, що відповідно до названої статті Кодексу право оскарження нормативно-правового акта мають особи, щодо яких він є застосованим, а також особи, що є суб'єктами правовідносин, до яких цей акт буде застосованим.

Втім питання виникає у разі позову щодо відповідності Постанов Кабінету Міністрів України Указам Президента України або навпаки, за якими принципами визначати співвідношення цих нормативно-правових актів за юридичною силою? Частина 3 ст. 113 Конституції України хоча і фіксує обов'язок Кабінету Міністрів України керуватися Указами Президента України, прийнятими відповідно до Конституції та законів України, але, як уявляється, не створює чіткого алгоритму вирішення означеної проблеми.

Таким чином, за допомогою правосуддя в Україні законність та верховенство права в діяльності Уряду України забезпечується трьома основними засобами.

Перше. Через визначення законів України та актів, зокрема Кабінету Міністрів України, неконституційними в процесі конституційного судочинства. Суб'єктами подання є фактично суб'єкти політичних відносин, що утворюють між собою складний механізм розподілу державної влади (за винятком Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини).

Друге. Через визнання підзаконних нормативно-правових актів і зокрема актів Кабінету Міністрів України незаконними. Позивачами у відповідних адміністративних справах виступають фізичні та юридичні особи.

На нашу думку, норми Кодексу адміністративного судочинства України, що визначають коло осіб, які можуть бути позивачами по справах щодо оскарження нормативно-правових актів, слід розширити через включення до них юридичних осіб — об'єднань підприємців, промисловців, а саме галузевих їх об'єднань, а також і саморегульованих організацій, створення яких передбачено в численних законах України, зокрема, що регулюють відносини на ринку фінансових послуг. Такі саморегульовані організації, що об'єднують професійних торговців цінними паперами, компанії з управління активами, інститути спільного інвестування, недержавні пенсійні фонди тощо, частково вже існують, а багато з них будуть створені у недалекому майбутньому. Одним із функціональних призначень таких організацій є представництво інтер-

есів суб'єктів професійної та підприємницької діяльності, яких вони об'єднують. Це важливо, зважаючи на те, що окремий суб'єкт господарювання за тих чи інших міркувань скоріше схильний уникнути ситуації конфронтації з Урядом, навіть у її легальному, спеціально для цього створеному, судовому форматі.

Трете. Через надання Конституційним Судом України висновків щодо офіційного тлумачення Конституції та законів України відповідно до конституційних звернень фізичних та юридичних осіб.

Слід визнати однак, що ефективне функціонування названих засобів забезпечення законності та верховенства права у діяльності Уряду можливе лише за умови достатнього і системного конституційно-правового регулювання суспільних відносин за участю Уряду, а також за умови відповідності такому конституційно-правовому регулюванню спеціального закону — Закону України «Про Кабінет Міністрів України».

Звичайно, необхідно визнати, що Конституція України, яка була прийнята у 1996 р., виявилася концептуально скупшою на такі об'єкти конституційно-правового регулювання, як економічна система та функції органів виконавчої державної влади щодо економічних відносин. Закон України «Про Кабінет Міністрів України», що прийнятий у грудні 2006 р., тобто через десять років, втілює в собі спробу сутнісного перегляду ейфоричних поглядів на можливості ринкової саморегуляції, а тому містить значно модернізоване в напрямку посилення коло повноважень Уряду щодо економічних відносин. (Слід визнати, що це посилення також пов'язане із брутальною політичною боротьбою за перегування владних повноважень між вищими органами державної влади у ході конституційної реформи). Але в результаті такої модернізації ціла низка функціональних завдань та повноважень Уряду вийшла за межі конституційно-правової їх регламентації ст. 116 Конституції України. Просте порівняння змісту цієї статті та змісту ст. 21 Закону України «Про Кабінет Міністрів України», а саме основних повноважень Кабінету Міністрів України у сфері економіки та фінансів, одразу виявляє відмінності. Так, у Законі прямо зафіксовані надзвичайно важливі та основні функціональні за своїм змістом повноваження Уряду, яких нема у тексті Конституції. Зокрема: «забезпечує проведення і виконання державної економічної політики, здійснює прогнозування та державне регулювання національної економіки», «забезпечує захист та підтримку національного товаровиробника», «визначає обсяги продукції (робіт, послуг) для державних потреб, порядок формування та розміщення

державного замовлення на її виробництво», «утворює згідно із законом державні резервні фонди фінансових і матеріально-технічних ресурсів та приймає рішення про їх використання», «приймає рішення про використання коштів резервного фонду Державного бюджету України», «організовує державне страхування» тощо. Детальний аналіз положень ст. 21 Закону України «Про Кабінет Міністрів України» не є метою цієї статті, але навіть поверховий огляд її змісту у порівнянні із змістом ст. 116 Конституції України виявляє цілу низку нових окремих напрямків роботи Уряду, що віддзеркалює нове розуміння його функціональної призначеності через суттєве розширення кола повноважень. Попри доцільність покладання на Уряд здійснення державного регулювання, формування та використання різного роду резервних фондів зокрема і для здійснення товарних та фінансових інтервенцій з метою впливу на кон'юнктуру ринкових процесів, названі положення за логікою конституційного принципу верховенства права повинні були б набути спочатку конституційно-правового закріплення. Можна сказати, що схематично бажаною була б інкорпорація положень ст. 21 Закону України «Про Кабінет Міністрів України», зокрема в частині його повноважень у сфері економіки та фінансів до змісту ст. 116 Конституції України. У свою чергу Закон України «Про Кабінет Міністрів України» мав би отримати нову редакцію його повноважень у цій сфері але в суттєво деталізованому вигляді. Результатом таких законотворчих трансформацій могли би бути значно чіткіша система нормативно-правового регулювання діяльності Уряду України, посилення режиму законності щодо актів його нормотворчості та вихід на новий рівень ефективності механізмів судового захисту принципів законності й верховенства права в цій надзвичайно важливій сфері суспільних відносин.

Х. Якименко, аспірантка НДІ державного будівництва та місцевого самоврядування АПРн України

Основні підходи щодо розуміння правового статусу Європейського Союзу

Європейська інтеграція справедливо визнається однією з найцікавіших і складних проблем сучасних наукових досліджень. У вітчизняній і зарубіжній літературі сформувалися декілька підходів щодо її дослідження¹, однак, жоден з них через новизну та масштаби інтеграції не здатен однозначно визначити правову природу Євросоюзу². Проблема визначення правової природи ЄС добре розроблена лише у наукових працях представників науки міжнародного права³, тоді як у загальній теорії держави і права їй майже не приділяється увага (ЄС розглядається лише в рамках обговорення питання про форму державного устрою⁴, тоді як аналіз його правової природи майже не проводиться⁵). Отже, хоча аналізу ЄС присвячені численні наукові праці, питання конкретизації

¹ Див.: *Толстухин А. Э.* Правовая природа Европейского Союза: Дис. ... канд. юрид. наук: 12. 00. 10. – М., 1997. – С. 136–144; *Грицяк І. А.* Європейське управління: теоретико-методологічні засади. – К., 2006. – С. 16–17.

² Див.: *Десмонд Дайнен.* Дедалі міцніший союз. Курс європейської інтеграції: Пер. з англ. – К., 2006. – С. 17.

³ Див.: *Арах М.* Европейский союз: видение политического объединения: Пер. со словен. – М., 1998. – 467 с.; *Бирюков М. М.* Современное развитие Европейского Союза: международно-правовой поход: Дис. ... д-ра юрид. наук: 12. 00. 10. – М., 2004. – 334 с.; *Ершов С. В.* Правовые особенности формирования наднациональной власти ЕС в процессе взаимодействия права ЕС и национального права государств-членов: Дис. ... канд. юрид. наук: 12. 00. 10. – М., 2003. – 163 с.; *Толстухин А. Э.* Правовая природа Европейского Союза. – 157 с.; *Четвериков А. О.* Основные органы Европейского Союза (конституционно-правовой аспект): Дис. ... канд. юрид. наук: 12. 00. 02. – М., 1999. – 209 с.; *Капустин А. Я.* Европейский Союз: интеграция и право. – М., 2000. – 436 с.; *Посельський В.* Європейський Союз: інституційні основи європейської інтеграції. – К., 2002. – 168 с.

⁴ Див.: *Поляков А. В.* Общая теория права: Феноменолого-коммуникативный подход: Курс лекций. – 2-е изд., доп. – СПб., 2003. – С. 577; *Скакун О. Ф.* Теория государства и права (энциклопедический курс): Учебник. – Харьков, 2005. – С. 136–138.

⁵ Див.: *Ильин Н. Ю.* Конституционно-правовые аспекты интеграции европейских государств: Дис. ... канд. юрид. наук: 12. 00. 01. – М., 2002. – 164 с.; *Яковлюк І.* Державний суверенітет національних держав у складі Європейського Союзу: проблеми визначення // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2004. – №3 (38). – С. 114–125.

його правової природи й досі залишається найбільш дискусійним в юридичній науці, а провал ратифікації Конституції для Європи¹ лише ускладнив його.

Більшість представників науки міжнародного права обстоюють позицію, згідно з якою ЄС є міжнародною організацією наднаціонального², регіонального³ або субрегіонального типу⁴, з чим важко погодитися. Аналіз історії європейської інтеграції доводить, що як на етапі передісторії, так і на момент заснування першого європейського співтовариства ідея створення міжнародної організації у будь-якому її вигляді не ставилася ініціаторами інтеграційного процесу⁵. Тому справедливим є твердження, що Європейські співтовариства не є міжнародними організаціями, оскільки відносини між їх державами-членами відмінні від тих, які мають місце між членами міжнародних організацій⁶. Уже в Декларації Р. Шумана наголошувалося, що через об'єднання базових виробництв та створення нового органу управління, рішення якого зобов'язуватимуть держави-члени, ця пропозиція стане першим кроком на шляху до європейської федерації⁷, і що головною його метою є створення наднаціо-

¹ Конституція Европейского Союза: Договор, устанавливающий Конституцию для Европы (с комментарием) / С. Ю. Кашкин (отв. ред.). – М., 2005. – 622 с.

² Schermers H. G. International institutional law. – Rockville, 1980. – P. 27–33; Steiner A. J., Vagts D. F., Koh N. H. Transnational legal problems. N. Y., 1994. – P. 1082; Международное право: Учебник / Отв. ред.: Ю. М. Колосов, В. И. Кузнецов. – М., 1999. – С. 191; Лукашук И. И. Международное право. Особенная часть: Учебник. – М., 1997. – С. 96; Ушаков Н. А. Проблемы теории международного права. – М., 1988. – С. 128; та ін.

³ Шрепpler X. -A. Международные организации: Справочник: Пер. с нем. – М., 1995. – С. 151–167; Европейское право: Учебник / Под общ. ред. Л. М. Энтина. – М., 2002. – С. X.

⁴ Капустин А. Я. Европейский Союз: интеграция и право. – С. 36.

⁵ Як відомо, на момент створення ЄОВС вже існувала Рада Європи як міжнародна міждержавна організація, а тому створювати паралельно іншу конкуруючу з нею міждержавну організацію не було сенсу. Крім того, історія функціонування такої міждержавної форми співпраці, як Рада Європи, робила хіба що трохи більше за звичайний обмін ідеями та інформацією (за винятком захисту прав людини), а тому не могла служити моделлю для Європейських співтовариств (див.: Десмонд Дайнен. Дедалі міцніший союз. Курс європейської інтеграції. – С. 25).

⁶ Strasser D. The Finances of Europe. The budgetary and financial law of the European Communities. Luxembourg. EUR-OP, 1992. – P. 13.

⁷ Декларація міністра закордонних справ Франції Р. Шумана щодо Вищого європейського органу вугілля та сталі від 9 травня 1950 р. / Посельський В. Європейський Союз: інституційні основи європейської інтеграції. – К., 2002. – С. 158.

нальної влади, в якій відбуватиметься часткове злиття їхніх національних суверенітетів¹.

Концепція єврофедерації, яка на початку 50-х років ХХ ст. багатьма розглядалася як кінцева мета об'єднувачого процесу, мала включати економічну, військову та політичну складові. Початок інтеграції взагалі і, зокрема, в економічній сфері поклав Договір про створення Європейського об'єднання вугілля та сталі². Політичну та військову інтеграцію мали забезпечити Договір про заснування Європейського оборонного співтовариства (ДЕОС)³ та Договір про заснування Європейського політичного співтовариства⁴. Проте через відмову Франції від ратифікації ДЕОС інтеграцію в політичній і військовій сферах було згорнуто, а перевагу надано поетапній економічній інтеграції, яку забезпечили Римські Договори⁵, і розбудові об'єднаної Європи на основі принципу наднаціональності. Цим була поставлена крапка на спробах форсування політичної і військової інтеграції, що були засновані на федералістських ідеях⁶. Однак повної відмови від федеративної моделі розвитку не відбулося, про що свідчить відхилення на початку 60-х років ХХ ст. ідеї французького уряду щодо трансформації Європейських співтовариств на конфедерацію суверенних держав.

¹ Цит. за: *Lindeiner-Wildau K. Von. La supranationalite en tant que principe de droit. Leyden, 1970. – P. 39.*

² Це єдиний установчий договір, в якому використовувалося поняття «наднаціональний» (п. 4, 6 ст. 9) (див.: *Костенко М. Л., Лаврєнова Н. В.* К вопросу о наднациональности и особенностях права ЕС // Европейская интеграция: правовые проблемы. – С. 43).

³ Договір передбачав, що ЄОС набуде статусу міжнародної організації наднаціонального характеру (див.: *Fact sheets on the European Parliament and activities of the European Community. Luxembourg, 1987. – P. 87.*)

⁴ Договір проголошував створення Європейського співтовариства наднаціонального характеру, що засноване на союзі народів, яке не може бути розпущене. Крім того, передбачалася координація зовнішньої, економічної та монетарної політик (див.: *Fact sheets on the European Parliament and activities of the European Community. – P. 93; Десмонд Дайнен.* Дедалі міцніший союз. Курс європейської інтеграції. – С. 40).

⁵ Договори об утворенні Європейских Сообществ: Документи Европейского Союза / Отв. ред. Ю. А. Борко. – М., 1994. – С. 95–390.

⁶ Аби перешкодити утвердженню наднаціонального начала поряд з Вищим органом як носієм наднаціональності, було створено Раду міністрів, як орган міжурядової співпраці, яка швидко перетворилася з консультативного органу на впливову інституцію (див.: *Десмонд Дайнен.* Дедалі міцніший союз. Курс європейської інтеграції. – С. 38, 46).

Ідея розбудови об'єднаної Європи як федеративного утворення піднімалася в наукових і політичних дискусіях неодноразово. Так, у 1981 р. Європарламент сформував комісію для розробки проекту Договору про Європейський Союз (далі — ПДЄС), який у 1984 р. було схвалено більшістю голосів. Проект передбачав створення наднаціональної Європи і «європейської нації» як певної цивілізаційної спільноти; закріплення незворотного характеру комунітарного досвіду; забезпечення верховенства права Союзу щодо національного права в межах його компетенції; запровадження принципу субсидіарності; конкретизацію компетенції. Відтак Союз мав не лише замінити собою Співтовариства, але й перевищити їх¹. Аналіз цих положень свідчить про прагнення Європарламенту надати Союзу рис наднаціональної організації, що заснована на федеративних принципах, через що проект не дістав підтримки держав-членів.

Відмова від фіксації в установчих договорах терміна «федеративний» не означала відмови від розвитку інтеграції в напрямі «формування міжнародно-правової федерації, яка раніше не була відома людській цивілізації»². Це обумовлено тим, що федеративний устрій є єдиною практично апробованою моделлю, яка здатна задовольнити потреби організації й функціонування наднаціональних Європейських співтовариств.

На всіх етапах інтеграції політиків і науковців хвилювало питання про правову природу ЄС. Проте у випадку з Євросоюзом спроби його віднесення до міжнародної організації чи до федерації не мають сенсу, бо ЄС є поодиноким прикладом, а тому узагальнення щодо одиничного випадку не можна ані стверджувати, ані перевірити. І тільки коли досліджуються особливі елементи політичної системи Союзу, аналіз його природи стає можливим³. Отже, оскільки Євросоюз — це унікальна організація влади, не дивно, що існує розмаїття поглядів щодо неї. Так, ЄС розглядають як: державне об'єднання «особливого роду» (*sui generis*)⁴; різновид міжнародної організації, право якої представляє ре-

¹ Див.: *Арах М.* Европейский союз: видение политического объединения. — С. 117–122; *Европейская интеграция: правовые проблемы* / Под ред. Б. Н. Топорина. — М., 1992. — С. 87.

² *Капустин А. Я.* Европейский Союз: интеграция и право. — С. 60.

³ Див.: *Яхтенфукс М., Колер-Хох Б.* Урядування та створення інститутів // *Європейська інтеграція* / Уклад.: М. Яхтенфукс, Б. Колер-Хох; Пер. з нім. — К., 2007. — С. 14.

⁴ *Spruyt H.* The Sovereign State and its Competitors. An analysis of System Change. Princeton, Princeton University Press, 1994. P. 190.

гіональну чи субрегіональну підсистему міжнародного права¹; конфедерацію² чи високо інтегровану конфедерацію держав³ або підкреслюють його федеративну природу⁴, а деякі автори, з чим не можна погодитися, навіть намагаються обґрунтувати ідею розгляду ЄС як державного утворення⁵.

В. Посельський, аналізуючи політичну систему Європи, доходить висновку, з яким важко не погодитися — Євросоюз розвивається відповідно до концепції «багаторівневого управління»⁶, що передбачає існування трьох центрів влади: держави, Європейський Союз як наднаціональна організація влади та субнаціональні (регіональні) суб'єкти. У результаті інституційний устрій ЄС містить змішані характеристики трьох класичних моделей організації влади: міжурядової, наднаціональної та федеративної. Саме тому деякі науковці пропонують розглядати ЄС як модель «міжурядового федералізму», що є проміжною між конфедерацією та федерацією⁷. Таким чином, сучасний Європейський Союз можна охарактеризувати як унікальне, всеосяжне інтеграційне об'єднання держав наднаціонального характеру з майже універсальною компетенцією, яке сполучає міжнародно-правовий і державно-правовий методи інтеграції, що взаємодоповнюють один одного⁸.

Про складність питання щодо визначення сутності Євросоюзу попереджав ще Ж. Монне, коли зазначав, що «передрікати сьогодні, якої кінцевої форми набуде Європейське співтовариство, означало б заходи-

¹ Европейское право: Учеб. для вузов / Под общ. ред. Л. М. Энтина. – М., 2002.

² Див.: *Грицяк І. А.* Право та інституції Європейського Союзу: Навч. посіб. – К., 2004. – С. 25.

³ Див.: *Мартиненко П.* Проект Конституції для Європи: реформаторський потенціал // Інституційні реформи в ЄС: Аналіт. щоквартальник. – К., 2003. – Вип. 4. – С. 5, 8; *Ушаков Н. А.* Государство в системе международно-правового регулирования. – М., 1997. – С. 52–53.

⁴ Див.: *Четвериков А. О.* Основные органы Европейского Союза (конституционно-правовой аспект); *Le Monde*, 11. 07. 2003; *Руденко Н.* Проблемы державного суверенитета країн-членів ЄС у світлі інтеграційних процесів // Інституційні реформи в ЄС: Аналіт. щоквартальник. – К., 2003. – № 4. – С. 23.

⁵ Див.: *Ильин Н. Ю.* Конституционно-правовые аспекты интеграции европейских государств: Дис. ... канд. юрид. наук: 12. 00. 01. – М., 2002. – 164 с.

⁶ *Посельський В.* Європейський Союз: інституційні основи європейської інтеграції. – С. 51–54.

⁷ Див.: *Посельський В.* Європейський Союз: інституційні основи європейської інтеграції. – С. 51–54.

⁸ *Право Европейского Союза: Учеб. для вузов / Под ред. С. Ю. Кашкина.* – М., 2004. – С. 27, 54.

ти у суперечність з нашим розумінням його як процесу змін¹. Аналогічної позиції дотримується і Ж. Делор, визнаючи, що процес інтеграції не зорієнтований на жодну модель, у нього немає прецедентів, а тому поняття федерації або конфедерації, які досить часто застосовуються щодо ЄС, недостатньо відображають його сутність². Разом з тим порівняння ЄС з добре відомими формами держави виявляється досить корисним для з'ясування його правової природи.

Деякі науковці надають перевагу розгляду Євросоюзу крізь призму конфедеративного устрою³. Однак проти такої позиції виступають як зарубіжні⁴, так і вітчизняні автори⁵, звертаючи увагу на той факт, що в юридичній науці не існує узгодженої позиції щодо трактування конфедерації⁶. Так, В. А. Ржевський підкреслює, що конфедерація — це слабкий і нестабільний союз незалежних держав, позбавлений наднаціонального характеру і міжнародної правосуб'єктності⁷. На думку деяких західних дослідників, конфедерація — це «асоціація двох і більше держав, у яких суверенітет членів зберігається»⁸. Однак в останньому випадку під поняття «конфедерація» підпадають будь-які види об'єднань держав, зокрема і міжнародні організації, що не мають наднаціонального характеру.

¹ Цит. за: Делор Ж. Европа на пути к 1992 г. // Междунар. жизнь. — 1989. — Сент. — С. 21.

² Там само.

³ Див.: Vaubel R. Comments on article by Lenaerts and de Smijter. P. 207; Мартиненко П. Проект Конституції для Європи: реформаторський потенціал. — С. 5, 8; Ушаков Н. М. Государство в системе международно-правового регулирования. — М., 1997. — С. 52–53; Чиркин В. Е. Федерализм и федеративное государство // Федерализм: теория, институты, отношения (сравнительно-правовое исследование) / Отв. ред. Б. Н. Топорнин. — М., 2001. — С. 23.

⁴ Arbeitsgruppe «Europäische Verfassung», Wiedenfeld W. (Vorsitzender). Wie Europa vetaßt sein soll. Gütersloht, 1990. S. 14; Гоци С. Урядування в об'єднаній Європі. — С. 16.

⁵ Див.: Костенко М. Л., Лаврєнова Н. В. ЕС после Маастрихта: федерация, конфедерация или международная организация. — С. 109; Скакун О. Ф. Теория государства и права (энциклопедический курс). — С. 137; Четвериков А. О. Основные органы Европейского Союза (конституционно-правовой аспект). — С. 46–49.

⁶ Окремі автори вважають конфедерацію однією з форм федералістського об'єднання (див.: Коваль В. С. Становлення та розвиток Європейського Союзу: історико-правовий аспект: Дис. ... канд. юрид. наук: 12. 00. 01. — К., 2003. — С. 14–15).

⁷ Див.: Ржевский В. А. О юридической природе форм нового Содружества Независимых Государств // Государство и право. — 1992. — № 6. — С. 34.

⁸ Гречко Л. В., Шинкарецькая Г. Г. Понятие конфедерации и СНГ // Моск. жур. междунар. права. — 1994. — № 2. — С. 63.

Порівняння Євросоюзу з конфедерацією дозволяє виділити риси, які формально роблять їх схожими, а саме: Союз утворюється на основі міжнародно-правового договору; держави-члени залишаються суверенними державами і не втрачають права виходу з нього; держави-члени ЄС зберігають за собою такі ознаки держави, як наявність власних збройних сил і податків. Разом з тим слід визнати, що багато інших характерних ознак конфедерації Союзу зовсім не властиві. Так, на відміну від конфедерації держави-члени ЄС не мають права нуліфікації будь-якого рішення Союзу на своїй території; Союз має законодавчі та судові органи і власну правову систему; на відміну від конфедерації, для якої характерне обмежене коло предметів відання, в ЄС склалася фактично універсальна компетенція; Європейський Союз — це не тимчасове утворення, оскільки установчі договори, зокрема ст. 240 Договору про ЄЕС та ст. IV-446 Конституції для Європи передбачають, що ці договори діятимуть необмежений час; у Союзу існує своя територія, кордони і громадянство, що не є властивим конфедерації; в ЄС створено власну фінансову і валютну системи. Усе це свідчить про те, що ототожнення ЄС з конфедерацією є доволі проблематичним.

Значна кількість авторів намагається розглядати Євросоюз з позиції федералізму¹. Дійсно, в організації Євросоюзу можна спостерігати реалізацію переважної більшості ознак федерації. Так, у межах ЄС створено унікальний правовий простір, цілісність якого забезпечують принципи верховенства права ЄС над правом держав-членів і прямої дії права, крім того в ЄС існує дворівнева система законодавства (право ЄС і право держав-членів); у Євросоюзі реалізується дуальна організація влади, яку утворюють, з одного боку, система інститутів і органів ЄС, а з другого — система вищих органів державної влади держав-членів; існування властивої для федерації практики поділу компетенції на виключну і спільну; існування Європейського парламенту як органу представництва народів держав-членів ЄС, функції якого поступово наближаються до функцій класичного парламенту; вирішення правових конфліктів, зокрема між Союзом і його членами стосовно компетенції, Судом Європейських співтовариств; наявність подвійного громадянства — держав-членів і Союзу; формування бюджету переважно прямим шляхом; запровадження спільної валюти. За таких обставин

¹ Див.: *Костенко М. Л., Лаврєнова Н. В.* ЕС после Маастрихта: федерация, конфедерация или международная организация. – С. 108–109; *Посельський В.* Європейський Союз: інституційні основи європейської інтеграції. – С. 56–57; *Четвериков А. О.* Основные органы Европейского Союза (конституционно-правовой аспект). – С. 52.

цілком природно, що як деякі зарубіжні¹, так і російські та вітчизняні автори² у своїх дослідженнях доходять висновку про наявність у Євросоюзу федеративних рис. Проте це не означає, що у найближчій перспективі Європейський Союз зможе стати федеративним утворенням.

Окремі автори у своїх дослідженнях вдаються до визначення Євросоюзу як організації *sui generis*³. Однак цей підхід зовсім не вирішує питання стосовно визначення правової природи цієї організації, її співвідношення з існуючими формами політичної організації, а тому такий підхід можна визнати неприйнятним.

Більш поширеним і продуктивним слід визнати розгляд ЄС як наднаціональної (наддержавної) організації влади. Втім, хоча проблема наднаціональності розроблялася ще радянською юридичною наукою⁴, питання

¹ *Hesse J., Wright V.* Federalizing Europe: The Path to Adjustment // *Federalizing Europe? The Costs, Benefits, and Preconditions of Federal Political Systems.* Oxford: Oxford University Press, 1996. – P. 375; *Leonardy U.* The Political Dimension, German Practice, and the European Perspective // *Federalizing Europe? The Costs, Benefits, and Preconditions of Federal Political Systems.* Oxford: Oxford University Press, 1996. – P. 85; *Peterson J.* Subsidiarity: A Definition to Suit Any Vision? // *Parliamentary affairs,* Oxford University Press. Vol. 47. No. 1. January 1994. – P. 125; *Steyger E.* Europe and its Members. A Constitutional Approach. Aldershot: Dartmouth, 1995. – P. 22.

² Див.: *Костенко М. Л., Лаврєнова Н. В.* ЕС после Маастрихта: федерация, конфедерация или международная организация. – С. 109; *Толстухин А. Э.* Правовая природа Европейского Союза: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12. 00. 10. – М., 1997. – С. 11; *Посельский В.* Европейский Союз: институційні основи європейської інтеграції. – С. 57.

³ *Dashwood A.* Effectiveness and Simplification of Decision-Making by the Council // *Reforming the Treaty on European Union. The Legal Debate.* The Hague, Kluwer Law International, 1996. – P. 147; *Moussis N.* Access to European Union: law, economics, policies. Genval, EDIT-EUR, 1996. P. 22, 33, 42; *Spruyt H.* The Sovereign State and its Competitors. An analysis of System Change. P. 190; *Tugendhat C.* Making Sense of Europe. – P. 3. (Цит. за: Forsyth M. The Political Theory of Federalism. The Relevance of Classical Approaches // *Federalising Europe.* P. 26.); *Гоці С.* Урядування в об'єднаній Європі. – С. 15; *Посельский В.* Европейский Союз: институційні основи європейської інтеграції. – С. 59–61; *Четвериков А. О.* Основные органы Европейского Союза (конституционно-правовой аспект). – С. 41.

⁴ Див.: *Энтин М. Л.* Международные организации и проблема наднациональности // *Мировая экономика и международные отношения.* – 1988. – № 9. – С. 45–54; *Крылова И. С.* Правовые аспекты буржуазных теорий интеграционных теорий и проблема суверенитета // *Проблемы буржуазной государственности и политико-правовая идеология.* – М., 1990. – С. 107–135; *Муравьев В. И.* Буржуазная юридическая наука о «наднациональном» характере права Европейских сообществ // *Вестн. Казан. ун-та. Междунар. отношения и междунар. право.* – 1979. – № 8. – С. 84–90; *Олтеану О. М.* Некоторые тенденции в эволюции ЕЭС // *Вестн. МГУ. Сер. 11. Право.* – 1986. – № 6. – С. 54–63; *Фещенко А. С.* Явление наднациональности в деятельности международных органов // *Сов. ежегодник междунар. права.* 1987. – М., 1988. – С. 159–171.

щодо тлумачення цього явища досі залишається дискусійним. Узагальнюючи результати досліджень ЄС з позиції наднаціональності¹, можна виокремити такі головні ознаки наднаціональної організації, що притаманні Євросоюзу: функціонування ЄС як наднаціональної організації влади передбачає збереження суверенітету держав-членів; держави-члени добровільно відмовляються від здійснення частини суверенних прав на користь Євросоюзу²; національні уряди делегують ряд законодавчих, виконавчих та судових повноважень інститутам і органам ЄС; інститути Союзу здатні самостійно в певній мірі розширювати межі своєї компетенції; право ЄС автоматично застосовується щодо суб'єктів національного права держав-членів; чиновники інститутів і органів Союзу виступають і діють від імені та в інтересах наднаціональної організації, а не як представники відповідних держав-членів; у межах своєї компетенції наднаціональна організація може приймати рішення кваліфікованою більшістю голосів.

Отже, Євросоюзу притаманна низка ознак, що розкриває зміст поняття «наднаціональна» організація влади. Проте важко не помітити, що деякі з них властиві й іншим наднаціональним організаціям (наприклад, ВТО, Раді Європи тощо), ступінь інтегрованості яких значно поступається Євросоюзу і які на відміну від ЄС мають характер міжнародної міжурядової організації. Як наслідок виникає проблема виокремлення ЄС серед інших наднаціональних організацій.

З-поміж інших подібних організацій Європейський Союз безумовно відрізняється ступенем наднаціональності. У випадку ЄС він є максимально високим, оскільки, по-перше, Європейський парламент обирається безпосередньо народом, що свідчить про «зміцнення його федеративного змісту»³;

¹ Див.: *Бирюков М. М.* Современное развитие Европейского Союза: международно-правовой подход. – 334 с.; *Ершов С. В.* Правовые особенности формирования наднациональной власти ЕС в процессе взаимодействия права ЕС и национального права государств-членов. – 163 с.; *Канустин А. Я.* Европейский Союз: интеграция и право. – 436 с.; *Королев М. А.* Наднациональность с точки зрения международного права // Моск. журн. междунар. права. – 1997. – № 2. – С. 3–20; *Четвериков А. О.* Основные органы Европейского Союза (конституционно-правовой аспект). – С. 43–46; *Шеленкова Н. Б.* Европейская интеграция: политика и право. – М., 2003. – 340 с.; *Шубаева Е. А.* К вопросу о наднациональности межправительственных организаций универсального характера // Моск. журн. междунар. права. – 1992. – № 4. – С. 81–93.

² Передача державою окремих суверенних прав, яким невластива така ознака, як невідчужуваність, не може тлумачитися як обмеження суверенітету в цілому.

³ *Четвериков А. О.* Основные органы Европейского Союза (конституционно-правовой аспект). – С. 45. Цит. за: *Lenaerts K., Smijter E.* The Question of Democratic Representation: on the democratic representation through the European Parliament, the Council, the Committee of Regions, The Economic and Social Committee and the National Parliaments. P. 166-167.

по-друге, кількість і обсяг делегованих ЄС суверенних прав не знає історичних прецедентів; по-третє, рішення з певних питань в ЄС можуть прийматися кваліфікованою більшістю; по-четверте, Союз хоча і не в усіх випадках, але здатний самостійно розширювати межі своєї компетенції; по-п'яте, право ЄС, що має наднаціональний характер, володіє верховенством щодо національного права держав-членів.

Хоча поняття «наднаціональна» організація досить повно розкриває специфіку правової природи Союзу, однак і воно не дозволяє виокремити ЄС з-поміж інших організацій такого роду. Тому слід погодитися з думкою Т. К. Хартлі, що обмеження визначення Європейського Союзу лише через наднаціональність є історичним анахронізмом, оскільки він увійшов в той етап свого розвитку, коли більш доречним виглядає термін «федералізм»¹.

У сучасних дослідженнях недостатньо уваги приділяється концепції федерації держав², поштовх до розробки якої дав Федеральний конституційний суд ФРН³. Для визнання Євросоюзу наднаціональною федерацією суверенних держав необхідно констатувати факт існування у нього власної правосуб'єктності. Ряд авторів заперечують її існування, посилаючись на відсутність прямої вказівки на це в установчих документах. Разом з тим слід зазначити, що положення, які свідчать про наявність власної волі у Союзу, не тільки існують, але й їх кількість постійно зростає. Так, метою Союзу є утвердження власного статусу на міжнародній арені; держави-члени зобов'язані утримуватися від будь-яких дій, які ставлять під загрозу досягнення цілей ЄС; держави-члени мають здійснювати усі належні заходи, аби забезпечити виконання зобов'язань, що випливають не лише з установчих договорів, але й з дій інститутів Співтовариства; Союз здатний самостійно наділяти себе коштами, які необхідні йому для досягнення своїх цілей; безпосередня участь Комісії у підготовці проектів конвенцій, які Рада рекомендує

¹ *Хартлі Т. К.* Основы права Европейского Сообщества. Введение в конституционное и административное право Европейского Сообщества: Пер. с англ. – М., 1998. – С. 10.

² Див.: *Четвериков А. О.* Основные органы Европейского Союза (конституционно-правовой аспект). – С. 43.

³ Cases 2 BvR 2134/92 & 2159/92 «Manfred Bruner and the others v. The European Union Treaty». CMLR, 4 January 1994. Якщо поглянути в минуле, то, наприклад, у російській дореволюційній науці терміни "Staatenbund" і «Confederation» розглядалися як синоніми і використовувалися для позначення союзу держав як однієї з форм федерації (див.: *Коркунов Н. М.* Русское государственное право. – СПб., 1908. – Т. 1. – С. 75–76).

прийняти державам-членам, та розгляд Судом ЄС суперечок між Комісією і державами-членами стосовно тлумачення та застосування цих конвенцій; ЄС має власні інтереси у сфері безпеки і оборони, які він може реалізовувати завдяки зв'язкам із Західноєвропейським союзом; при визначенні предмета діяльності ЄС все частіше зникає посилання на держави-члени¹.

На сучасному етапі ідея щодо існування наднаціонального федералізму починає обговорюватися дедалі активніше². Так, А. Я. Капустін доводить факт формування Євросоюзу як міжнародно-правової федерації, яка раніше була невідома людській цивілізації³. Схожу позицію обстоюють і С. В. Єршов, який вказує, що наднаціональність служить інтересам ЄС на період його переходу до «міжнародної федерації»⁴, та С. Гоці, який поділяє думку про формування «федералізму навпаки», тобто «федерації національних держав»⁵. У 70-х роках ХХ ст. Я. Броунлі також зазначав, що ЄЕС властиві окремі елементи федерації, хоча і на договірній основі⁶. У цьому зв'язку розгляд ЄС крізь призму державно-правової конструкції «федерація національних держав», яка поєднує як концепцію федералізму, так і наднаціональної організації, є найбільш перспективним і прийнятним для пояснення правової природи ЄС.

¹ Див.: *Ершов С. В.* Правовые особенности формирования наднациональной власти ЕС в процессе взаимодействия права ЕС и национального права государств-членов. – С. 94.

² Наприклад, див.: *Schachtschneider K. A.* Die existenzielle Staatlichkeit der Völker Europas // Blomeyer W., Schachtschneider K. A. (Hrsg) Die Europäische Union als Rechtsgemeinschaft, 1995. – S. 92.

³ Див.: *Капустин А. Я.* Европейский Союз: интеграция и право. – С. 60.

⁴ *Ершов С. В.* Правовые особенности формирования наднациональной власти ЕС в процессе взаимодействия права ЕС и национального права государств-членов. – С. 39.

⁵ *Гоці С.* Урядування в об'єднаній Європі. – С. 17.

⁶ Див.: *Броунли Я.* Международное право: Кн. 1. – М., 1977. – С. 132.

«Круглий стіл» «90-річчя Конституції Української Народної Республіки»

25 квітня 2008 р. на спільному засіданні кафедр історії держави і права України та зарубіжних країн, теорії держави і права, конституційного права, міжнародного права і державного права зарубіжних країн Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого за участю членів відділення теорії та історії держави і права Академії правових наук України відбувся «круглий стіл», присвячений обговоренню питань державно-правового будівництва в Україні, пов'язаних з розробкою і прийняттям Конституції УНР 1918 р.

Відкрив засідання «круглого столу» академік АПрН України, доктор юридичних наук, професор, проректор з наукової роботи НЮА України імені Ярослава Мудрого **А. Гетьман**, який підкреслив, що з метою відзначення 90-річчя подій Української революції 1917–1921 рр., пов'язаних із заснуванням Української Народної Республіки та Західно-Української Народної Республіки, зміцнення суспільної злагоди і формування у громадян національної свідомості 12 квітня 2007 р. Президент України В. А. Ющенко видав відповідний указ, у якому накреслено заходи з нагоди найважливіших подій цієї революції. У межах цих заходів проводиться і цей «круглий стіл», присвячений обговоренню актуальних питань, пов'язаних з Конституцією Української Народної Республіки 1918 р.

З доповіддю «Конституція УНР 1918 р. про права громадян України» виступив доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри історії держави і права України та зарубіжних країн НЮА України імені Ярослава Мудрого, член-кореспондент АПрН України **В. Гончаренко**. Перш за все доповідач звернув увагу на те, що Конституція УНР від 29 квітня 1918 р. за своїм основним змістом відповідала діючим демократичним конституціям Європи та США, у тому числі їх положенням про захист прав і свобод людини і громадянина. У цьому легко переконатися, порівнявши тексти Конституції УНР 1918 р. і Основних Законів зарубіжних

країн, котрі були широко відомі завдяки публікації в перекладі російською мовою (див.: *Современные конституции: Сборник действующих конституционных актов / Пер. под ред. и с вступ. очерками В. М. Гессена и Б. Э. Нольде. — Т. 1: Конституционные монархии. — СПб., 1905; Т. 2: Федерации и Республики. — СПб., 1907*). Таке порівняння дає підстави стверджувати, що у всіх без винятку 15 статтях розділу II Конституції УНР «Права громадян України», який розміщувався одразу після розділу I «Загальні постанови», за громадянами України визнавалися всі конституційні права і свободи, котрі проголошувалися в конституціях тогочасних демократичних держав світу. Так, Конституція УНР 1918 р. проголошувала недоторканність особи, її житла і листування. Основний Закон проголошував свободу слова, друку, право на об'єднання в організації, на страйки, свободу переміни місця перебування, право на участь у державному і місцевому управлінні завдяки наділенню громадян України активним і пасивним виборчим правом. У той же час Конституція визнавала громадян в УНР рівними в їх громадянських і політичних правах. Стаття 12 проголошувала рівність громадян незалежно від статі, віри, національності, освіти, майнового і податкового становища. Найважливіші права людини в УНР Конституцією гарантувалися. Так, громадяни УНР не могли бути затриманими на її території без судового рішення. А згідно зі ст. 14 Конституції, смертна кара, катування і всі інші дії, котрі принижують людську гідність, в УНР скасовувались. Крім визнання за всіма громадянами УНР широкого кола конституційних прав і свобод, Конституція УНР 1918 р. визнавала за національними меншинами право національно-персональної автономії. Незважаючи на те що Конституція УНР 1918 р. не була введена в дію внаслідок різних обставин, вона посідає чільне місце в скарбниці української конституційної думки, що є вельми цінною за сучасних умов, коли в Україні відбувається активний процес опрацювання проекту нової Конституції України.

З доповіддю «Конституція УНР 1918 року і проблема поділу влади» виступив доктор юридичних наук, професор кафедри історії держави і права України та зарубіжних країн НЮА України імені Ярослава Мудрого, член-кореспондент АПрН України **В. Рум'янець**, який зазначив, що одним з головних принципів побудови Конституції УНР був поділ влади на законодавчу, виконавчу і судову. Згідно з цим будувалася структура центрального державного апарату. Законодавчу владу мав уособлювати парламент — Всенародні Збори (ст. 23), виконавчу — уряд — Рада Народних Міністрів (ст. 24), судову — Генеральний Суд УНР (ст. 25).

Основний Закон держави виходив з того, що кожна гілка влади має своє призначення («функції»). При цьому особливо наголошувалося, що жодна з них не має права виконувати функції іншої (ст. 63).

Необхідною умовою реалізації принципу поділу влади на практиці є наділення кожної з її гілок відповідною компетенцією, з тим щоб вони не протистояли, а взаємно доповнювали одна одну, узгоджували між собою всі проблеми й діяли як єдиний політичний організм на благо народу.

Але в питанні розподілу компетенції між законодавчою та виконавчою гілками влади укладачі Конституції не виявили достатньої послідовності. Більш-менш чітко окреслювалася компетенція парламенту.

Водночас Конституція загальним чином визначала компетенцію уряду. Рада Народних Міністрів мала порядкувати всіма справами, які залишалися поза межами діяльності органів місцевого самоврядування або стосувалися УНР у цілому (ст. 50).

Прогалиною в Конституції УНР 1918 р. була невизначеність компетенції місцевих органів влади. Заявивши, що „УНР надає своїм землям, волостям і громадам права широкого самоврядування” (ст. 5), Конституція цілковито не дбала про розмежування компетенції між місцевими і центральними державними установами.

Нечітке розмежування компетенції між парламентом та урядом при невизначеності компетенції органів місцевого самоврядування навряд чи створювало умови для самостійної й ефективної реалізації виконавчою гілкою влади свого призначення. Навпаки, це ставило її в залежність від всесильного парламенту — Всенародних Зборів, робило уряд їх своєрідним додатком, що було серйозною перешкодою на шляху реалізації принципу поділу влади.

У певну залежність від парламенту потрапляла судова гілка влади, оскільки Генеральний Суд УНР обирався Всенародними Зборами. І нічого в Конституції не було сказано про можливість здійснювати контроль за відповідністю Основному Закону чинного законодавства з боку Генерального Суду.

Із доповіддю «Втілення концепції народного представництва в Конституції УНР» виступив доктор юридичних наук, професор кафедри історії держави і права України та зарубіжних країн НЮА України імені Ярослава Мудрого **В. Єрмолаєв**. Доповідач зазначив, що нинішня конституційна реформа, як наголошує Президент України В. А. Ющенко, повинна посилити основи парламентаризму в країні. «З правової точки

зору, — підкреслює Президент, — Конституція є головним правовим статутом держави».

Першим реальним втіленням концепції народного представництва в національній традиції стала Конституція УНР (Статут про державний устрій, права і вольності УНР) 1918 р. Виключне значення для формування української парламентської традиції у Статуті мають, на нашу думку, такі його найголовніші засади, приписи і норми:

По-перше, Статут проголошував належність суверенного права в Республіці народів України, здійснюваного через Всенародні Збори — «верховний орган УНР» (статті 3, 23). Вони мали здійснювати законодавчу владу, формувати вищі органи виконавчої і судової влади УНР — Раду Народних Міністрів і Генеральний Суд. Рада Міністрів несла повну відповідальність перед Всенародними Зборами. Хоча за змістом статей III, IV, V розділів Конституції діяльність уряду, його міністрів була важливою складовою інституціонального механізму забезпечення народовладдя, їх права та обов'язки законодавцем майже не визначались. Зате правове регулювання прямого народовладдя, визначення загальних засад народного представництва у Всенародних Зборах УНР, їх компетенція, порядок роботи, регулювання організації і діяльності цього вищого представницького органу сформульовано й закріплено в нормах і приписах найбільшого IV розділу Статуту — «Всенародні Збори УНР». Він утверджував принцип верховенства парламенту, передбачав його обрання загальним, рівним, безпосереднім, таємним і пропорційним голосуванням на три роки із розрахунку один депутат від 100 тис. виборців. Механізм реалізації влади народу передбачав і таку її форму волевиявлення, як достроковий розпуск Зборів за заявами не менше 3 млн. виборців, поданих «через громади» Генеральному Суду.

По-друге, демократичні устремління Малої Ради УЦР, що приймала Конституцію, розробників її проекту знайшли конституційне закріплення і в частині визначення права законодавчої ініціативи.

По-третє, Статут урегулював правову політику у сфері народовладдя, передусім щодо нормативного регулювання безпосередніх та представницьких форм волевиявлення народу (вибори представницьких органів державної влади та місцевого самоврядування, право розпуску парламенту, законодавчої ініціативи, правовий статус депутатів Зборів та ін.). Тут передбачалося надання землям, волостям і громадам широкого самоврядування, додержання принципу децентралізації: «всякого

роду справи місцеві впорядковують виборчі Ради і Управи громад, волостей і земель» (статті 5, 26).

І останнє. Зміст Конституції УНР, на нашу думку, утворює історичну наступність у розвитку демократичних традицій української державності, інститутів народовладдя (республіка, виборні ради, уряд, Генеральний Суд, законодавча ініціатива народу, широке місцеве самоврядування та ін.).

Із доповіддю «Спільне та відмінне в Конституціях УНР і сучасної України» виступив доктор юридичних наук, професор кафедри конституційного права України НЮА України імені Ярослава Мудрого **В. Колісник**. Він, зокрема, зазначив, що аналіз змісту та структури Конституції УНР свідчить про те, що багато її положень є схожими, співзвучними або близькими за спрямованістю та юридичною технікою до відповідних приписів Конституції України 1996 р. Як і в чинному Основному Законі, у Конституції УНР розділ I присвячено засадам конституційного ладу, розділ II — правам і свободам особи (однак у Конституції УНР увага акцентується на правах лише громадян, а в чинній Конституції України — на правах, свободах та обов'язках людини і громадянина), розділ IV — українському парламенту (за Конституцією УНР — це Всенародні Збори, за чинним Основним Законом — Верховна Рада). Спеціальний розділ виокремлено в обох конституціях і для закріплення правового статусу вищого органу виконавчої влади (який за Конституцією УНР називався Радою Народних Міністрів — це розділ V, а за чинною Конституцією — Кабінет Міністрів України, але вже розділ VI). Так само й судова влада знаходить закріплення в окремому розділі (за Конституцією УНР — це розділ VI, за чинним Основним Законом — розділ VIII). Доволі демократично та співзвучно із сучасними конституційними приписами виглядають положення Конституції УНР про рівність прав громадян (п. 12), недоторканність особи (п. 13), неприпустимість приниження людської гідності (п. 14), недоторканність житла (п. 15), таємницю листування (п. 16), свободу пересування (п. 18), а також щодо належності влади народу (п. 22), принципів виборчого права (п. 22), неприпустимості здійснення правосуддя позасудовими органами (п. 62).

Разом з тим деякі положення Конституції УНР, незважаючи на певну техніко-юридичну недосконалість, сприймаються за своєю сутністю навіть як прогресивніші за приписи чинного Основного Закону. У цьому переконує, зокрема п. 17, в якому застосовується негативний спосіб

закріплення права на свободу слова, друку, сумління, організації та страйку, а також розділ VII, що передбачав досить своєрідний механізм реалізації права на національно-персональну автономію.

Із доповіддю «Конституція УНР: деякі уроки на майбутнє» виступив доктор історичних наук, професор кафедри теорії держави і права НЮА України імені Ярослава Мудрого **Г. Демиденко**, який зазначив, що нинішня громадська дискусія про конституційну реформу в Україні закономірно продовжує інтерес до національної конституційної традиції, зокрема, до Конституції УНР. Історична цінність цього Основного Закону — в його демократизмі, у закріпленні основних базових цінностей: права УНР на суверенітет, належність суверенних прав народу України, здійснюваних через Всенародні Збори, широкі права громадян і національних меншин, принципи децентралізації і права самоврядування землям, волостям, громадам республіки, демократизація судочинства та ін.

Підготовка Центральною Радою проекту Статуту, як відомо, пов'язувалась із скликанням Українських Установчих Зборів, які й мали розглянути і затвердити Основний Закон УНР. Його прийняття неповним складом Малої Ради УЦР 29 квітня 1918 р. стало наслідком не лише надзвичайно складних умов, але й усвідомленням діячами Центральної Ради неможливості подальшого існування «тимчасового революційного парламенту» і того, що «зараз Українські Збори при нинішніх умовах не будуть мати авторитету». Конституційний процес в умовах гострої політичної і соціально-економічної кризи, строкатої мозаїки політичних партій, звуження правового простору їх діяльності не мав інших перспектив.

Брутальний розгін Центральної Ради 29 квітня 1918 р. не виликав народної протидії, спроб її захисту. Тож, яким би привабливим не здавався лад демократичної республіки, запропонований і уконституційований УЦР, він виявився нереальним і нежиттєспроможним в очах пересічних багатостраждальних українців — наочний приклад безпорадної соціально-економічної політики влади переважив декларовані нею демократичні конституційні норми. Втрата владою авторитету, довіри народу не сприяє «конституційному патріотизму» в суспільстві, конституційному процесу.

Концептуальні засади Статуту УНР були сформовані Головою УЦР М. Грушевським, провідними діячами УПСР, УСДПР, що значною мірою пояснює юридичний нонсенс — відсутність в акті посад голови держави, голови уряду, визначення кордонів, символіки держави тощо.

Як відомо, перший етап конституційного процесу в Україні 1990–1993 рр. починався з розробки Концепції нової Конституції, розгляду семи варіантів цієї концепції Верховною Радою України. Очевидно, що нинішній конституційний процес не повинен обмежитись обговоренням єдиного варіанту концепції нової редакції Конституції України.

Конституція УНР передбачала (ст. 5) поділ території України на землі, що сприяло б остаточному розв'язанню проблеми національно-державного будівництва. Проте Статут не передбачає двопалатного парламенту в Україні, що було б логічним. Ця проблема залишається актуальною досі і потребує всебічного обговорення.

У світлі історичного досвіду варто звернути увагу на чинники, які визначають авторитет Основного Закону в суспільстві і його реалізацію. Це, передусім, економічні, політичні, організаційні, рівень життя народу, його правової культури, посадових осіб державного апарату, рівень правосуддя та ін. Як доводить сучасний досвід українського державотворення, досвід державотворців УНР, зволікання з вирішенням цих проблем робить Статут держави декларативним, а здійснення його норм примарним.

Із доповіддю «Щодо деяких аспектів взаємовпливу Конституції УНР 1918 р. й українських політичних партій» виступив кандидат історичних наук, доцент кафедри конституційного права України НЮА України імені Ярослава Мудрого **С. Лукаш**. Він зазначив, що ще в листопаді 1917 р. почалася робота над проектом Конституції України. Вона мала стати документом, в якому закріплювалися: 1) так часто згадувана Т. Г. Шевченком «воля» Українського народу на створення власної національної держави; 2) юридичний механізм її реалізації; 3) правовий статус людини й громадянина та ін.

У тісному взаємному впливові як із творенням тексту Конституції, так і з реалізацією її основних положень перебували українські політичні партії. Вони мали бути політичним інструментом, здатним, з одного боку, вчасно з'ясувати міру вказаної «волі» Українського народу, наявність у кількісному і якісному вимірах соціальних верств, які є послідовними носіями цієї «волі», а також внутрішніх і зовнішніх чинників (у кількісному та якісному аспектах), що впливають на згадану «волю» в той чи інший бік. З другого — не тільки сприяти усвідомленню та Шевченківському «пробудженню» цієї «волі», наданню їй організаційних форм, але й закріпленню її на конституційному рівні через своїх представників. Усе це набувало особливої актуальності в умовах перетинання

соціальної і національної революцій: соціальні і національні інтереси більшості верств суспільства перебували у стані вкрай хиткого співвідношення і за кожним з цих інтересів стояли відповідні політичні сили, що прагнули взаємного переборювання.

Українські політичні партії вступили на політичну авансцену в атмосфері масової ейфорії мітингів і демонстрацій після падіння самодержавства. Того часу створені їхніми лідерами органи державної влади могли спертися на потужну творчу енергію мас, відчуті «волю» Українського народу, але з об'єктивних і суб'єктивних причин не скористалися моментом. Вимоги селян про землю, пропозиції військових щодо створення власної Української армії ще влітку — восени 1917 р. не були враховані. Тим самим було втрачено час і лівову частку соціальної бази українських соціалістичних партій. Цьому певною мірою сприяла й орієнтація лідерів українського національного руху на зовнішню підтримку. Прийняття 2-м Всеросійським з'їздом Рад у жовтні 1917 р. відомих декретів, наступ радянської армії, німецька окупація так чи інакше радикалізували ситуацію в Україні. У результаті підготовлена за участю представників українських політичних партій демократична Конституція вже не відповідала швидкоплинному моменту за умов революції.

Із доповіддю «Конституція УНР і проблема власності» виступила кандидат юридичних наук, доцент кафедри історії держави і права України та зарубіжних країн НЮА України імені Ярослава Мудрого **С. Пирогова**, котра зазначила, що останнім рішенням Центральної Ради 29 квітня 1918 р. було ухвалення демократичної Конституції.

Привертає увагу той факт, що Основний Закон проголошував і гарантував широке коло прав і свобод усім громадянам України. Але, на жаль, ми не знаходимо серед них «священного і недоторканного» права людини на власність. Про власність Конституція взагалі не згадує. Причини різні, але головними були політичні і ідеологічні пристрасті Центральної Ради, керівництво якої прагнуло розбудовувати Україну на соціалістичних засадах і саме тому було противником поняття «святість прав власності», особливо права власності на землю. Про це свідчить, зокрема, зміст III Універсалу, який скасовував право власності на землю і проголошував, що право власності на землю належить народу Української Республіки. Цей документ забороняв землю продавати, купувати і т. ін. У січні 1918 р. був прийнятий земельний закон, який ще раз підтвердив основні положення III Універсалу щодо земельної власності. Лише 29 квітня 1918 р. разом із Конституцією Центральна

Рада ухвалила зміни до земельного закону, згідно з яким лише земельні ділянки до 30 десятин не підлягали «соціалізації». Але цей акт вже не мав значення, оскільки було пізно.

Із доповіддю «Деякі питання щодо місцевого самоврядування за Конституцією УНР 1918 р.» виступив кандидат юридичних наук, доцент кафедри історії держави і права України та зарубіжних країн НЮА України імені Ярослава Мудрого **С. Власенко**. На думку доповідача, Статут про державний устрій, права і вольності Української Народної Республіки від 29 квітня 1918 р. за деякими своїми положеннями на десятиліття випередив свій час. Це, в першу чергу, стосується принципів організації місцевої влади і її відносин із центром.

Відповідно до ст. 5 Конституції систему місцевого самоврядування становили землі, волості і громадяни, яким було надано «широкого самоврядування», додержуючи принципу децентралізації.

Виходячи з цього положення, можна зробити висновок, що Центральна Рада наділила органи місцевого самоврядування так званим «організаційним суверенітетом». Кожна адміністративно-територіальна одиниця була в змозі самостійно вирішувати форму свого управління, термін дії органу самоврядування.

Що було загальним, так це вимоги до громадян України щодо набуття ними активного і пасивного виборчого права.

Відносини місцевих органів з центром базувалися на принципі децентралізації, тому ст. 26 Конституції дозволяла державній адміністрації лише контролювати їх діяльність, не втручаючись у справи. У разі виникнення непорозумінь між центром і місцевими органами арбітром повинен був виступати суд Української Народної Республіки.

Слід зазначити, що така широка політична, адміністративна і фінансова самостійність органів місцевого самоврядування лише згодом набула закріплення в окремих конституціях країн Європи.

Таке ставлення Центральної Ради до органів місцевого самоврядування свідчило про те, що вони є базовим рівнем демократії і управління.

Із доповіддю «Конституція УНР («Статут про державний устрій, права і вольності УНР»)» — перша сучасна конституція в історії держави і права України» виступила кандидат юридичних наук, доцент кафедри історії держави і права України та зарубіжних країн НЮА України імені Ярослава Мудрого **М. Киян**. Доповідачка зазначила, що 29 квітня 1918 р. Центральна Рада схвалила текст Основного Закону — Конституції Української Народної Республіки («Статут про державний устрій,

права і вільності УНР»). Цей документ в історії держави та права незалежної України фактично став першою Конституцією в сучасному розумінні цього слова. Конституція УНР містила низку положень, які відповідають сучасним конституційним нормам. Це — проголошення України «державою суверенною, самостійною і ні від кого не залежною». Суверенне право належало народові, тобто всім разом громадянам УНР. Конституція наголошувала, що всяка влада в УНР походить від народу. Територія УНР оголошувалася неподільною, принцип децентралізації відображався у наданні всім землям, волостям і громадам прав широкого самоврядування. У Конституції передбачався виключно судовий порядок позбавлення громадянства, визнання прав національних меншин, свобода пересування, можливість вільного виходу з громадянства УНР, рівність громадян УНР проголошувалась у Конституції незалежною від статі, віри, національності, освіти, майнового і податкового становища. Окремі норми Конституції навіть випереджали час, наприклад, скасовувалася смертна кара. Передбачався судовий порядок одержання згоди на арешт, обшук. У Конституції закріплювалися загальновизнані сьогодні принципи поділу влади, загального і рівного виборчого права, розроблено широкий спектр прав громадянина. Відповідно до Конституції УНР мала стати класичною парламентською республікою, але державний переворот, який тоді відбувся, завадив її впровадженню.

Із доповіддю «Рада Старійшин Всенародних Зборів за Конституцією УНР» виступив кандидат юридичних наук, доцент кафедри історії держави і права України та зарубіжних країн НЮА України імені Ярослава Мудрого **О. Криворучко**. Доповідач зазначив, що Конституція Української Народної Республіки «верховним органом УНР» визначала Всенародні Збори, які згідно зі ст. 23 Конституції «безпосередньо здійснюють вищу законодавчу власть в УНР і формулюють вищі органи виконавчої і судової влади УНР». Такі положення є досить типовими для форми правління, яку прийнято називати парламентською республікою.

Водночас Конституція УНР передбачала дуже цікаву новелу, яку до цього часу ми не зустрічали в конституціях інших країн. Такою новелою була Рада Старійшин, що, як слід розуміти зі змісту Конституції, повинна була утворюватися у складі Всенародних Зборів. Такий висновок можна зробити з самої назви — Рада Старійшин Зборів, про яку йдеться в п. «а» ст. 39 та ст. 52 Конституції УНР.

Втім слід зазначити, що Конституція УНР не містила жодних положень про умови формування, склад та повний перелік повноважень Ради Старійшин Зборів. У зв'язку з цим можна зробити припущення, що в разі реального застосування Конституції державні діячі УНР мали б можливість детальніше викласти умови, склад і компетенцію Ради Старійшин Зборів шляхом видання наказу Всенародних Зборів, що передбачала ст. 42 Конституції УНР.

Із доповіддю «Діюча Конституція УНР доби Центральної Ради» виступив кандидат історичних наук, доцент кафедри історії держави і права України та зарубіжних країн НЮА України імені Ярослава Мудрого **С. Черниченко**. На думку доповідача, Конституція УНР почала складатися з моменту появи 10 червня 1917 р. І Універсалу Центральної Ради. Надалі її поповнювали інші універсали, декларації і статuti Генерального Секретаріату, інструкції Тимчасового уряду, закони Центральної Ради: про вибори, про утворення Генерального Суду, про законодавчу процедуру, про грошові знаки, про національно-персональну автономію, про землю, про громадянство, про герб, про адміністративно-територіальний поділ, про державну мову та ін. Чимало актів конституційного характеру містили застереження, що вони мають силу до Всеросійських та Всеукраїнських установчих зборів. Таким чином, Конституція УНР була тимчасовою, гнучкою Конституцією як у матеріальному, так і у формальному сенсах.

Із доповіддю «Конституція УНР 1918 р. про права людини» виступила кандидат історичних наук, доцент кафедри теорії держави і права НЮА України імені Ярослава Мудрого **М. Окладна**. Доповідачка зазначила, що в основу Конституції Української Народної Республіки були покладені конституційні ідеї М. Грушевського, які він оприлюднив ще в травні 1905 р. у статті «Конституційне питання і українство в Росії», що була спершу опублікована в «Літературно-науковому віснику», а пізніше перекладена на російську мову для загального вжитку в Росії. Конституція УНР складалася з 8 розділів і 85 статей. Відразу за першим загальним розділом йшов розділ про громадянські права і свободи. В Українській державі велике значення надавалося проблемі проголошення і гарантування прав і свобод громадян. Цивільно-правова, цивільна і політична дієздатність наставала з 20-річного віку. «Ніякої різниці в правах і обов'язках між чоловіком і жінкою, — вказується в ст. 11 Конституції, — право УНР не знає». Рівність громадян УНР проголошувалась у Конституції незалежною від статі, віри, національності,

освіти, майнового і податкового становища. Заборонялося в офіційних актах і діловодстві вживати назви будь-яких титулів. Проголошувалася недоторканність особи, її житла і листування. Жодна людина не могла бути затримана на території України без рішення суду. Якщо ж таке затримання відбувалося на місці злочину, то громадянин мав бути звільнений не пізніше як за 24 години, якщо суд не вирішить його подальшу долю. Смертна кара, катування та всі інші дії, що принижують людську гідність, скасовувалися. Заборонялося проводити обшуки у житлових приміщеннях або розпечатувати листи без судового наказу. В окремих випадках, визначених законом, це дозволялось, але рішення суду на такі дії мало доводитися до відома громадянина не пізніше ніж протягом 48 годин. На жаль, за умовами того часу ці положення не були уведені в дію, але в сучасній Конституції незалежної України вони знайшли своє втілення.

Із доповіддю «Порівняльна характеристика Конституції УНР і конституційного проекту М. Міхновського» виступив кандидат юридичних наук, доцент кафедри теорії держави і права НЮА України імені Ярослава Мудрого **Л. Шепілов**. Доповідач зазначив, що дилема сучасного вибору напрямку конституційних змін форми республіки зробила несподівано актуальним звернення до спадщини вітчизняного конституціоналізму — Конституції УНР 1918 р. і Основного Закону «Самостійної України» Спільки народу українського (автором якого традиційно визнається М. Міхновський), які закріплюють дві відмінні форми правління — парламентської та президентської республіки.

В історично первинному (1905р.) проекті «Самостійної України» М. Міхновського відчувається запозичення ідей Конституції США. Це, зокрема, стосується і очолення президентом виконавчої вертикалі влади, наявності двопалатного парламенту, де нижня палата («хат», за термінологією автора) формується за загальнонаціональним, а верхня — регіональним принципом. Натомість, Конституція УНР передбачає класичну парламентську республіку з однопалатним парламентом.

Але попри такі, притаманні й нині вітчизняній політичній еліті колізії застосування конституційних актів, не можна не вказати на величезне позитивне значення ідей, проголошених обома проектами: ствердження прав людини і громадянина, народовладдя, поділу гілок влади, самоврядування та децентралізму тощо. Генетично у цьому прослідковується вплив гуманістичних ідей М. Драгоманова (а на

початку ХХ ст. цього впливу зазнали більшість майбутніх діячів УНР, у т. ч. М. Грушевський та М. Міхновський). Знаковим є й те, що обидва конституційні проекти (на відміну від подібного доробку попередників) проголошували ідею незалежної української держави. Об'єднав їх, на жаль, й історична доля. Проект М. Міхновського в умовах самодержавної Росії і не міг бути здійснений. Конституція ж УНР втратила чинність наступного дня після її прийняття — в Україні була вже інша влада, яку символізувала і зовсім інша форма правління — монархія.

Із доповіддю «Конституція УНР 1918 р. та міжнародне право» виступив кандидат юридичних наук, доцент кафедри міжнародного права НЮА України імені Ярослава Мудрого **О. Тарасов**. Він зазначив, що прийняття Конституції УНР 1918 р. відбувалося за надзвичайно складних міжнародно-правових умов. Згідно з Брестською угодою від 9 лютого 1918 р. УНР перебувала в залежності від Центральних держав. Це обумовило невизнання України з боку країн Антанти незалежною державою та підтримку західними демократіями Білого руху. Таким чином, УНР була визнана *de jure* дуже обмеженим колом держав, що в умовах Першої світової війни робило міжнародно-правове становище України досить вразливим. Слід пам'ятати, що класичне міжнародне право не забороняло війну як засіб вирішення міжнародних спорів. З другого боку, розпад російської державності призвів до політичного хаосу та загострення громадянської війни. Тогочасне міжнародне право вважало питання політичного режиму виключно внутрішньою справою окремих держав і визнавало легітимним будь-який уряд, який фактично контролював населення певної території. Відповідно увага міжнародного співтовариства була прикута до внутрішнього конфлікту у Росії між більшовиками та Білим рухом. У разі перемоги будь-якої з цих двох сторін Україна все одно не мала шансів на суверенне існування. Треба було покладатися тільки на себе. Враховуючи екстремальні міжнародні обставини та неефективність Центральної Ради, яка втрачала контроль над територією республіки, слід визнати, що демократична Конституція УНР 1918 р. не була спроможна забезпечити суверенітет та незалежність України.

Із доповіддю «Конституція УНР 1918 р. і питання суверенітету» виступила асистент кафедри міжнародного права та державного права зарубіжних країн НЮА України імені Ярослава Мудрого **О. Сіваш**. Доповідачка, зокрема, зазначила, що, початок ХХ ст. ознаменувався доленосними подіями для Російської імперії. За тих історичних умов

українці мали шанс побудувати власну державність. У літературі з історії держави і права України період з 1917 по 1920 р. так і називають — «Українська національна державність». Тоді ця мрія залишилася нереалізованою повною мірою, оскільки самостійна держава проіснувала недовго, цьому завадило багато причин. Але ті часи є джерелом надзвичайного досвіду, що являє велику цінність для сучасності. Звичайно питання державного суверенітету було одним з основних на той час, оскільки позиція щодо нього визначала подальші кроки у всіх інших державних питаннях. Доля України залежала від державних діячів, які уособлювали владу в Україні і, на жаль, не мали єдності щодо цього важливого питання. Відтак протягом недовготривалої діяльності Центральної Ради під впливом різних чинників в її актах ідея широкої автономії змінилася на ідею «повної держави». У IV Універсалі (9 (22) січня 1918 р.) було закріплено: «Народе України! Твоєю силою, волею, словом стала на землі українській Вільна Українська Народна Республіка». Однак, проголошуючи незалежність України, в Універсалі зазначалося, що Українські Установчі Збори, які мають бути скликані якнайшвидше, повинні вирішити питання про федеративний зв'язок з народними республіками колишньої Російської імперії. Однак в останній день свого існування, 29 квітня 1918 р. Центральна Рада прийняла Конституцію УНР, де знову затвердила суверенність Української Республіки: «Відновивши своє державне право як Українська Народна Республіка... Україна... проголосила себе і нині є державою суверенною, самостійною і ні від кого не залежною». Цей документ повинен був визначити основні засади побудови незалежної держави.

Із доповіддю «Місцеве самоврядування за Конституцією УНР 1918 р.» виступив кандидат юридичних наук, доцент Полтавського факультету НЮА України імені Ярослава Мудрого **А. Козаченко**. Доповідач зазначив, що незважаючи на заходи, прийняті Центральною Радою, криза земського самоврядування навесні 1918 р. продовжувала поглиблюватися. Тому Конституція УНР передбачала принципово нову, порівняно із фактично діючою на той час, систему органів місцевого самоврядування. За статтею 26 Конституції УНР органами місцевого самоврядування проголошувалися виборні ради і управи громад, волостей та земель. Право брати участь у виборах до органів місцевого самоврядування належало громадянам УНР, яким на день проведення виборів виповнилося 20 років. Конституція не передбачала обмеження виборчих прав за майновим цензом, етнічною, релігій-

ною або статевою ознакою. Органам самоврядування належала вся повнота влади на місцях. Уряд УНР мав право контролювати і координувати дії місцевого самоврядування, але він не міг втручатися в його діяльність. Спори між органами державної влади і місцевим самоврядуванням повинен був вирішувати Суд УНР. Таким чином, Конституція УНР 1918 р. закріпила такі демократичні принципи місцевого самоврядування, як народовладдя, виборність, колегіальність, державну підтримку і гарантію, самостійність, судовий захист. Недоліком Конституції УНР було те, що вона встановила лише загальні принципи місцевого самоврядування.

Із доповіддю «Організація державної влади за Конституцією УНР 1918 р. » виступив кандидат юридичних наук, доцент кафедри історії держави і права України та зарубіжних країн НЮА України імені Ярослава Мудрого **Д. Шигаль**. Він зазначив, що Конституція УНР, ухвалена Центральною Радою 29 квітня 1918 р., передбачала, що Українська держава повинна стати у майбутньому класичною парламентською республікою. Про це, зокрема, свідчила відповідна система органів державної влади, побудована таким чином, що пріоритет визнавався виключно за законодавчою її гілкою. Це дає можливість стверджувати, що модель організації державної влади, закладена у Конституції УНР, не лише мала всі ознаки парламентської республіки, а й за всіма показниками відповідала концепції соціальної, правової та демократичної держави.

Із доповіддю «Права громадян за Конституцією УНР 1918 р. » виступив кандидат юридичних наук, доцент кафедри історії держави і права України та зарубіжних країн НЮА України імені Ярослава Мудрого **В. Лизогуб**. Він звернув увагу на те, що Конституція УНР 1918 р. закріплювала за своїми громадянами усю повноту громадянських і політичних прав. Так, громадянин УНР не міг бути обмежений «у правах слова, друку, сумління, організації, страйку», користувався свободою переміни місця перебування та ін. Громадяни України набували політичних прав, можливість брати участь «в орудуванні державним і місцевим життям».

Із доповіддю «Права і свободи громадян у Конституції УНР 1918 р. » виступила асистент кафедри історії держави і права України та зарубіжних країн НЮА України імені Ярослава Мудрого **Н. Харасик**. Вона зазначила, що Конституція була ухвалена 29 квітня 1918 р. і останній день роботи Центральної Ради, Незважаючи на те що ця Конституція не набула чинності, вона є важливою як «документ часу», що доносить до нас провідні ідеї видатних діячів Центральної Ради. Досить значна увага

у Конституції приділена закріпленню прав зі свобод громадян. Установлювалися рівність усіх громадян, незалежно від національності, віросповідання, освіти, майнового стану тощо, недоторканість домашнього вогнища, особи, таємниці листування, свобода переміни місця перебування» свобода слова, друку, сумління, організації, страйку. Закріплювалося скасування смертної кари та заборона застосування тілесних покарань. Надавалися судові гарантії. На підставі Конституції жодна особа не могла бути позбавлена громадянських прав без рішення суду. Було закріплено єдине громадянство — «громадянин УНР не може бути разом з тим громадянином іншої держави». Усім громадянам надавалися виборчі права. Провідні ідеї Конституції УНР 1918 р. є актуальними і для сьогодення, тому були покладені в основу розробки сучасної Конституції України 1996 р.

Із доповіддю «Законодавче регулювання праці в Українській Народній Республіці» виступила асистент кафедри трудового права НЮА України імені Ярослава Мудрого **В. Гончаренко**. Доповідачка зазначила, що Конституція УНР 1918 р. не визначала економічних прав громадян, у тому числі і право їх на працю. Але це не означало, що в УНР взагалі було відсутнє законодавство, яке регулювало відносини в галузі праці. Річ у тім, що на території УНР продовжував діяти «Статут про промислову працю», прийнятий ще за часів Російської імперії, до складу якої входило 9 українських губерній. Цей Статут у редакції 1913 р. (див.: Свод законов Российской империи. Т. 11. Ч. 2. — СПб., 1913. — С. 1–194.) складався з 771 статті, якими регулювався широкий спектр відносин між роботодавцем і найманим робітником. 25 січня 1918 р. Українською Центральною Радою на її черговій сесії було ухвалено Закон про восьмигодинний робочий день. Цей закон суттєво змінював статті 64, 65, 68–70, 72–75, 193–201 Статуту про промислову працю і залишив чинними інші статті цього Статуту. Статут про промислову працю із внесеними до нього змінами 25 січня 1918 р. містив ґрунтовні для свого часу засади захисту прав працюючих громадян УНР, у тому числі малолітніх і жінок.

Із доповіддю «Виборча система за Конституцією УНР 1918 р.» виступила аспірантка кафедри історії держави і права України та зарубіжних країн НЮА України імені Ярослава Мудрого **Г. Пономарьова**. Вона зазначила, що Конституція УНР закріплювала правове регулювання виборів вищого представницького органу республіки — Всенародних Зборів. Конституція проголошувала: „Вся власть в УНР походить від народу”. Осно-

вний Закон встановлював демократичні засади виборів: їх загальність, рівність, безпосередність і таємне голосування; передбачалося застосування пропорційної системи визначення результатів голосування.

Втім, на жаль, норми цієї Конституції не були втілені в життя. Але з огляду на те, що вибори в УНР все ж проводилися й до їх конституційного врегулювання, доцільно розглянути та проаналізувати їх. Вибори до Установчих Зборів Української Народної Республіки мають інтерес для становлення інституту виборів у сучасних умовах.

Із доповіддю «Конституція УНР 1918 р. як гарантія розвитку місцевого самоврядування» виступив асистент кафедри історії держави і права України та зарубіжних країн НЮА України імені Ярослава Мудрого **О. Дарнопих**. Він зазначив, що Конституція УНР — видатна пам'ятка конституційного права України. Насамперед вже сама структура Конституції УНР 1918 р. відповідала тим конституційним стандартам, які нині визнані міжнародною юридичною спільнотою. Її перший розділ містив принципи загальні настанови: суверенітет держави; народний суверенітет як основне джерело державної влади; неподільність території України; розвиток місцевого самоврядування на рівні земель, волостей і громад; надання націям та національностям, які проживали на території України, права на реалізацію своїх культурних прав у національних межах. Прийняття Конституції УНР 1918 р. завершило черговий етап розвитку конституційного процесу в Україні, найважливішим здобутком якого був його демократичний вплив на розвиток державності взагалі та інституту і місцевого самоврядування зокрема.

Із доповіддю «Особливості законодавчого регулювання права на судовий захист селян в Конституції УНР 1918 р.» виступив здобувач кафедри історії держави і права України та зарубіжних країн НЮА України імені Ярослава Мудрого **В. Білик**. Доповідач зазначив, що на відміну від Тимчасового уряду в Росії, який так і не наважився скасувати становий поділ суспільства, Конституція УНР скасувала поділ суспільства на стани, навіть заборонили в актах й діловодстві вказувати титули (ст. 12). Це означало, що українські селяни, на відміну від російських, відповідно до цієї Конституції УНР набули таких же за видами і змістом майнових і немайнових прав, зокрема право на судовий захист, як і усі інші верстви населення України.

Матеріал підготував
член-кореспондент АПРН України **В. Гончаренко**

Конкурс на присудження Премії імені Ярослава Мудрого

Оголошується конкурс на присудження запровадженої спільним рішенням президії Академії правових наук України та вченою радою Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого Премії імені Ярослава Мудрого, яка має за мету колективне визнання видатних заслуг науковців-правознавців та практиків-юристів України в розбудові правової демократичної держави України.

Премія має 4 номінації: 1) за видатні досягнення в науково-дослідницькій діяльності з правознавства; 2) за видатні заслуги в галузі підготовки юридичних кадрів; 3) за видатні заслуги в законотворчій, судовій та правозастосовчій діяльності; 4) за підготовку й видання підручників для студентів юридичних спеціальностей вищих закладів освіти.

Висунення кандидатів на присудження Премії провадиться: рішеннями комітетів Верховної Ради України, Верховним Судом України, Вищим господарським судом України, Вищим адміністративним судом України, колегіями Генеральної прокуратури України, колегіями центральних правозастосовчих органів, вченими радами юридичних навчальних і наукових закладів.

Премія присуджується таємним голосуванням на засіданні Комітету з присудження Премії імені Ярослава Мудрого, який створюється із представників юридичної громадськості України спільним рішенням президії Академії правових наук України і вченої ради Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого.

Особам, яким присуджується Премія, видається диплом Лауреата, пам'ятний нагрудник знак — медаль і грошова винагорода.

У конкурсі на присудження Премії імені Ярослава Мудрого можуть брати участь: автори монографій, підручників, циклів наукових праць (кандидати та доктори юридичних наук); особи, які мають видатні досягнення в підготовці докторів і кандидатів юридичних наук, або видатні досягнення у службовій чи громадській діяльності, в галузі підготовки юридичних кадрів, у законотворчій та правозастосовчій діяльності.

Конкурс може проводитися за участю як однієї особи, так і групи осіб (не більше восьми). За результатами конкурсу присуджується по 3 (три) премії з кожної номінації.

Подання на конкурс повинно мати конкретний характер і бути підтверджено необхідними документами. До нього обов'язково додаються

наукові праці, що подаються на конкурс, й такі документи: а) рішення колективного органу про висунення кандидатур (кандидатів) на присудження Премії; б) перелік наукових праць авторів (осіб); в) довідка про особу, яку висунуто на присудження Премії; г) розгорнута інформація щодо видатних заслуг особи з тієї чи іншої номінації. Документи мають бути оформлені відповідно до вимог діловодства і підписані керівником установи.

**Термін подання документів на присудження Премії імені Ярослава Мудрого — до 30.09.2008 р. на адресу: 61024, м. Харків, вул. Пушкінська, 77.
Тел. для довідок: 704-93-20, факс 704-11-35.**

НАШІ ЮВІЛЯРИ



Виповнилося 60 років від дня народження відомого українського правознавця, провідного фахівця в галузі конституційного права, академіка Академії правових наук України, доктора юридичних наук, професора **Володимира Миколайовича Шаповала**, який народився 1948 року в м. Києві в сім'ї службовців.

Свій ювілей **В. М. Шаповал** зустрічає в розквіті творчих сил, зі значними здобутками на ниві юриспруденції. Вчені-правознавці Академії правових наук України з особливою приємністю відзначають причетність ювіляра до історичної долі нашої країни, самовіддане служіння законіві, невтомну законотворчу діяльність, що є прикладом високої громадянської відповідальності за демократичний розвиток нашого суспільства.

У 1970 р. В. М. Шаповал закінчив юридичний факультет Київського державного університету імені Т. Г. Шевченка. Фахову діяльність розпочав в Інституті держави і права АН УРСР аспірантом, пізніше молодшим науковим співробітником відділу міжнародного права і порівняльного правознавства. З 1976 р. працював викладачем, старшим викладачем, доцентом кафедри державно-правових дисциплін Київської вищої школи МВС СРСР. З 1986 р. викладав на юридичному факультеті Київського державного університету імені Т. Г. Шевченка, обіймав посади доцента, професора кафедри конституційного права, завідувача кафедри прав людини.

Значний професійний досвід, велика працездатність, поєднана з працелюбністю, широкий діапазон наукових інтересів створили передумови для призначення В. М. Шаповала у 1996 р. суддею Конституційного Суду України, пізніше — заступником Голови Конституційного Суду України, а надалі представником Президента України у Конституційному Суді України. Нині В. М. Шаповал плідно працює на посаді Голови Центральної виборчої комісії України, зміцнюючи правові засади української державності.

Високий творчий потенціал, енергійність, професійна інтуїція В. М. Шаповала не залишаються осторонь важливих суспільних про-

цесів. Значним є його внесок у розробку багатьох законодавчих актів, серед яких проект чинної Конституції України.

Володимир Миколайович активно поєднує напружену діяльність на державних посадах з науковою працею. Його науковий доробок втілений у понад 300 наукових працях, в яких вирішуються важливі та актуальні проблеми теорії держави і конституційного права. Плідна діяльність ювіляра неодноразово відзначалась високими державними нагородами, серед яких почесне звання «Заслужений юрист України», орден «За заслуги» усіх трьох ступенів.

Президія Академії правових наук України, редколегія журналу «Вісник Академії правових наук України» сердечно вітають Володимира Миколайовича Шаповала з ювілеєм і щиро бажають йому доброго здоров'я, невичерпних сил, енергії, оптимізму, здійснення всіх задумів та подальших успіхів у справі утвердження в Україні ідеалів правової держави.

ЗМІСТ

ЗАГАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОЇ НАУКИ

Тацій В. Людина і правова держава: проблеми взаємовідносин і взаємодії.....	3
Скрипнюк О. Верховенство права і демократія: концептуальні питання взаємозв'язку.....	13
Шевчук С. Судова правотворчість та принцип поділу влади.....	24
Погребняк С. Про засоби забезпечення обов'язковості права.....	36
Рабінович С. Нормативні образи «природного»: Римське право і сучасність.....	47
Хаустова М. До поняття правової системи.....	57
Вовк Д. Про природу релігійного права в аспекті співвідношення права і релігії.....	68

ПИТАННЯ ІСТОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Рум'янцеv В. До проблеми легітимності Української держави гетьмана П. Скоропадського.....	79
--	----

ПИТАННЯ ЦИВІЛЬНОГО І ГОСПОДАРСЬКОГО ПРАВА

Спасибо-Фатєєва І. Необхідність трансформації українських вузів для запровадження інноваційної моделі приватно-державного партнерства.....	88
Щербина В. Господарські об'єднання в Україні: проблеми вдосконалення правового становища.....	97
Сєліхов Д. Законодавство царської Росії про основні принципи фінансово-кредитної діяльності Селянського поземельного банку.....	111
Печений О. Стаття 6 Цивільного Кодексу України: спроба доктринального тлумачення.....	120
Тєртишніков Р. Доказування в цивільному і адміністративному судочинстві та його мета.....	136
Віxров О. Об'єкт у структурі господарських правовідносин.....	141
Андрєйцев В. Зміст договірних правовідносин у сфері виконання науково-дослідних робіт.....	149

ПИТАННЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО ТА ФІНАНСОВОГО ПРАВА	
Фіночко Ф. Становлення імперської державної служби	167
Перепелиця М. До питання про зміст поняття «суб'єкт фінансового права»	175
ПРОБЛЕМИ БОРотьБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ	
Голіна В. Кримінологічна політика в Україні: деякі теоретико-прикладні проблеми	182
Журавель В. Проблеми алгоритмізації та програмування розслідування злочинів	191
Капліна О. Принципи правозастосовного тлумачення норм кримінально-процесуального права	200
Шостко О. Нові європейські ініціативи і підходи до протидії організованій злочинності	212
Трибуна докторанта	
Прокопов Д. «Чисте правознавство» у його відношенні до теорії <i>jus naturale</i> : теоретико-правовий аспект	222
Ковальчук В. Проблема легітимності державної влади в контексті теорії народовладдя	232
НА ПОЧАТКУ ТВОРЧОГО ШЛЯХУ	
Уварова О. Загальні принципи права та їх роль у правозастосуванні з позицій природно-правового і позитивістського підходів до права	244
Задихайло Д. Нормотворча діяльність Уряду України: шляхи забезпечення законності та верховенства права	253
Якименко Х. Основні підходи щодо розуміння правового статусу Європейського Союзу	262
НАУКОВЕ ЖИТТЯ	
«Круглий стіл» «90-річчя Конституції Української Народної Республіки»	273
Конкурс на присудження Премії імені Ярослава Мудрого	290
НАШІ ЮВІЛЯРИ	292