

ВІСНИК

АКАДЕМІЇ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ

Збірник наукових праць

Виходить щоквартально

Заснований у 1993 році

№ 2 (69)



Харків
2012

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

Засновник — Президія Національної академії правових наук України,
Національний університет «Юридична академія України
імені Ярослава Мудрого»

Видавець — Національна академія правових наук України

Вісник Академії правових наук України : зб. наук. пр. / редкол.:
В. Я. Тацій та ін. – Х. : Право, 2012. – № 2 (69). – 312 с.

Редакційна колегія: *В. Я. Тацій* (головний редактор), *Ю. В. Баулін*,
Ю. П. Битяк, *В. І. Борисов*, *М. В. Буроменський*, *Л. К. Воронова*, *Ю. М. Грошевий*,
С. В. Ківалов, *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*, *В. Г. Пилипчук*, *С. М. Прилипка*, *М. Я. Сегай*,
М. М. Сібільов, *В. Ф. Сіренко*, *О. В. Скрипнюк*, *І. В. Спасибо-Фатєєва*,
Д. В. Табачник, *В. П. Тихий*, *Ю. С. Шемшученко*, *В. Ю. Шепітько*

Відповідальний за випуск *О. В. Петришин*

Адреса редакційної колегії: 61024, Харків, вул. Пушкінська, 70,
Національна академія правових наук України. Тел. (057) 704-19-01

© Національна академія правових наук
України, 2012

© «Право», 2012

ЗАГАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОЇ НАУКИ

УДК 342.1(477); 340.12.001

П. Рабінович, академік НАПрН України, професор кафедри теорії та філософії права Львівського національного університету імені Івана Франка;

О. Луців, аспірант кафедри теорії та філософії права Львівського національного університету імені Івана Франка

Верховенство права: сучасні вітчизняні підходи до інтерпретації

Вступні зауваги. Відколи вперше в історії до Конституції України було включено положення про визнання і дію принципу верховенства права, у вітчизняній юридичній науці відразу ж розпочалися спроби дати загальнотеоретичне роз'яснення змісту цього, тоді новітнього для нас, правового принципу¹. Звісно, ті перші спроби, можливо, були ще недосконалими, не повністю аргументованими, недовершеними, але вони поклали початок науковому осмисленню цього феномену. Принаймні вже тоді було чітко задекларовано, що терміно-поняття «верховенство права» набуває в юриспруденції самостійного значення лише за тієї умови, що самé право розглядається як таке явище, яке виникає й існує незалежно від держави, від діяльності її законодавчих та інших органів².

Ішов час. Накопичувались факти, інформація, наукові дослідження. Помітними «віхами» в цьому процесі стали: проведена у 2005 р.

¹ Див., напр.: Рабінович П. М. Права людини і громадянина у Конституції України (до інтерпретації вихідних конституційних положень) / П. М. Рабінович. – Х., 1997. – С. 11–14; Він же. Верховенство права / П. М. Рабінович // Юридична енциклопедія : в 6 т. / редкол.: Ю. С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. – К. : Укр. енцикл., 1998. – Т. 1: А–Г. – С. 341–342; Козюбра М. І. Принцип верховенства права і права людини / М. І. Козюбра // Права людини і правова держава (До 50-ї річниці Загальної декларації прав людини) : тези доп. та наук. повідомл., 10–11 груд. 1998 р. – Х., 1998. – С. 47–49; Він же. Принцип верховенства права у конституційному правосудді / М. І. Козюбра // Закон і Бізнес. – 2000. – № 17. – С. 10.

² Рабінович П. М. Права людини і громадянина у Конституції України (до інтерпретації вихідних конституційних положень) / П. М. Рабінович. – Х., 1997. – С. 11.

у Києві міжнародна науково-практична конференція «Верховенство права: питання теорії і практики» (значна кількість її матеріалів згодом була опублікована¹), а також видання 3-томної монографії С. Головатого «Верховенство права: ідея, доктрина, принцип» (2006 р.) і 2-томної праці з верховенства права, підготовленої науковцями Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України під керівництвом Ю. Шемшученка. Крім того, у 2010 р. один із випусків журналу «Право України» (№ 3) було спеціально присвячено зазначеній проблематиці.

Так чи інакше, узагальнення наступних досить численних напрацювань вітчизняних фахівців щодо верховенства права нині вже дає можливість виділити їх основні концептуально-методологічні підходи до розкриття його сутності. А певний підхід, як відомо, зумовлює і загальний напрям, і вибір методів, й інтерпретацію результатів дослідження.

Загалом можна констатувати, що на сьогодні в українській науці більш-менш чітко сформувалися такі два основних підходи до розуміння означеного принципу: кажучи *умовно*, а) «поелементний» та б) «інтегральний». Отож, розглянемо кожний із них.

Основні засади «поелементного» підходу. На думку одного зі співавторів цієї статті, для з'ясування сутності феномену верховенства права необхідно встановити, по-перше, яке ж соціальне явище відображається за посередництвом поняття «право», і по-друге, у чому полягає, власне, верховенство цього явища (тобто здійснити так званий *поелементний аналіз*). І якщо відповідь на перше запитання повинна виявити той феномен, якому має бути надано домінування у суспільстві та державі, то відповідь на друге — покликана продемонструвати, в який спосіб такої ситуації може бути досягнуто². Тобто «поелементний» підхід до інтерпретації верховенства права характеризується намаганням дослідити назване явище через поєднання значень кожного з двох самостійних терміно-понять: *право* і *верховенство*.

Неважко помітити, що з позицій такого підходу розв'язання окресленої проблеми здійснюється з безпосередньою прив'язкою до праворозуміння. Тому тут вирішального значення набуватиме той різновид останнього, який обстоюється інтерпретатором верховенства права.

¹ Укр. право. – 2006. – № 1.

² Рабінович П. Верховенство права в інтерпретації Страсбурзького суду / П. Рабінович // Юрид. вісн. України. – 2005. – № 48. – С. 12.

Класифікуючи сучасні концепції верховенства права, які побудовані на засадах саме «поелементного» підходу, відповідно до значно поширеної типології праворозуміння, їх можна розподілити на такі чотири групи:

- *Природно-правові концепції*, що ґрунтуються на розмежуванні права, зокрема прав людини, і закону (у широкому сенсі останнього). Так, на думку М. Козюбри, зміст верховенства права можна розкрити тільки за умови дотримання певних гносеологічних позицій щодо розуміння права: по-перше, повинно мати місце розрізнення права і закону; по-друге, право слід розглядати не як акт державної влади, а як соціальний феномен, пов'язаний із такими категоріями, як справедливість, свобода, рівність, гуманізм; по-третє, право має розглядатися у нерозривній зв'язці з правами людини¹. Стосовно останньої обставини зауважимо, що оскільки й інтерпретація сутності прав людини може здійснюватися на основі різних парадигм (етичної, психологічної, соціальної, біологічної, релігійної тощо), то це теж призводитиме до неоднозначної кваліфікації верховенства права в рамках указаних концепцій.

Із цього приводу варто відзначити, що притаманна таким концепціям змістовна строкатість розуміння верховенства права стає неминучою у разі, коли дефініції самого терміно-поняття «природне право» будуються переважно на основі оціночних характеристик. Як приклад можна навести думку М. Патей-Братасюк, висловлену в її оригінальному цікавому посібнику, про те, що таке право, будучи здатним служити «абсолютним критерієм правності людських настанов», являє собою універсальну сукупність загальних принципів, зокрема: справедливості, добра, спільного блага, доцільності, корисності. Щоправда, хоча авторка тут же сама слушно констатує, що природне право — в усіх його концепціях — є позбавленим «змістовної та поняттєвої визначеності», вона водночас стверджує, що його цінності не залежать від історичних умов, присутні в будь-якому часі та просторі². На наш же погляд, справді універсальними можуть бути не неоднозначні за змістом принципи, а лише їх назви (термінологічні позначення, словесні «оболонки»).

¹ Козюбра М. Принцип верховенства права у конституційному правосудді / М. Козюбра // Закон і Бізнес. – 2000. – № 17. – С. 10.

² Патей-Братасюк М. Антропоцентрична теорія права : навч. посіб. / М. Патей-Братасюк. – К., 2010. – С. 127–128.

• *Легістсько-позитивістські концепції*, які верховенство права ототожнюють із верховенством закону. Так, за словами Ю. Шемшученка, «істотною вадою у дослідженні сутності верховенства права є відірваність цього поняття від реалій життя, надання йому значення самостійної абстрактної й містифікованої ідеї. На цьому ґрунті виникає протиставлення концепцій “верховенство права” і “верховенство закону”, гіпертрофується значення першої з них і звучать навіть рекомендації відмовитися від вживання як у теорії, так і на практиці категорії «верховенство закону»¹. Свідченням підставності останнього твердження може служити позиція, згідно з якою в усіх наших соціально-правових проблемах і негараздах «винен» принцип законності. Так, за словами автора передмови до книги, у назві якої вжито розглядуване терміно-поняття, «...законницький підхід до права з його акцентом на принципі законності нині дуже заважає здійсненню верховенства права в умовах українських реалій»².

Проте видається, що у разі заперечення відносної самостійності, якісної специфічності феномену верховенства права знецінюється, виглядає начеби зайвим положення частини першої статті 8 Конституції України.

• *Соціологічно-позитивістські концепції*, засновані на соціологічному праворозумінні, тобто такому, яке інтерпретацію права органічно пов’язує з певними соціальними явищами (насамперед — з певними суспільними відносинами). Так, О. Петришин вважає, що для більш повного розуміння принципу верховенства права зміст поняття «право» має бути поширений за межі його тлумачення як «наказу держави». З цією метою дослідник пропонує враховувати і ненормативний, діяльнісний аспект права, який є необхідним елементом реалізації правових норм. Завдяки цьому, на його думку, досягається розуміння права як специфічної соціальної реальності³.

До таких концепцій можна віднести і нинішнє уявлення одного зі співавторів цієї статті, який вважає, що верховенство права як особ-

¹ Принцип верховенства права: проблеми теорії та практики : монографія : у 2 кн. / за заг. ред. Ю. С. Шемшученка ; [редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова) та ін.] // Верховенство права як принцип правової системи: проблеми теорії. Кн. 1 / відп. ред. Н. М. Оніщенко. – К. : Юрид. думка, 2008. – С. 6.

² Верховенство права: традиція доктрини і потенціал практики / за заг. ред. М. Г. Патеї-Братасюк. – К., 2010. – С. 8–9.

³ Петришин О. Верховенство права в системі правового регулювання суспільних відносин / О. Петришин // Право України. – 2010. – № 3. – С. 26.

ливий феномен — це взаємозумовлене існування та взаємоузгоджена реалізація основоположних прав і обов'язків (тобто природних соціальних — точніше, соціально-природних — можливостей і необхідностей) людини, а також людських спільнот, об'єднань й усього суспільства¹.

• *Комплексні (змішані) концепції*, які характеризуються намаганням поєднати елементи концепцій попередніх різновидів. Прикладом може служити позиція Д. Вовка, який вважав, що визначення принципу верховенства права повинно поєднати природно-правовий та позитивістський підходи. Він розуміє під верховенством права основоположний принцип права, який діє у демократичній державі та є вираженням ідей примату права над державою і пріоритету природних прав людини в суспільстві, що знаходить свій прояв у верховенстві Конституції та правових законів². Іншою ілюстрацією такого підходу може бути й думка М. Орзіха, який пов'язував верховенство права з пануванням саме правового закону над усіма іншими нормативно-правовими та правозастосовними актами держави³.

Гадаємо, що саме до комплексного підходу «тяжіє» й спроба Конституційного Суду України дати в одному зі своїх рішень визначення терміно-поняття «верховенство права». Згідно з його позицією, «верховенство права — це панування права в суспільстві. Верховенство права вимагає від держави його втілення у правотворчу та правозастосовну діяльність, зокрема у закони, які за своїм змістом мають бути проникнуті передусім ідеями соціальної справедливості, свободи, рівності тощо»⁴.

Що ж до терміно-поняття «верховенство», то вітчизняні науковці зазвичай обмежуються при розкритті його змісту здебільшого ви-

¹ Див.: Рабінович П. М. Основи загальної теорії права та держави : навч. посіб. / П. М. Рабінович. – Вид. 10-те, допов. – Львів, 2008. – С. 44; Він же. Верховенство права як соціально-природний феномен (контури ідеалу) / П. М. Рабінович // Право України. – 2010. – № 3. – С. 22.

² Вовк Д. Проблема визначення та дії принципу верховенства права в Україні / Д. Вовк // Право України. – 2003. – № 11. – С. 128.

³ Орзіх М. Верховенство права – принцип практической деятельности государства и общества / М. Орзіх // Юрид. вестн. – 1997. – № 3. – С. 69.

⁴ Рішення Конституційного Суду України 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) від 2 листопада 2004 року № 15-рп/2004 // Офіц. вісн. України. – 2004. – № 45. – Ст. 2975.

сновками філології¹, розтлумачуючи його як «панівне становище, переважаючий вплив кого-, чого-небудь»². При цьому деякі автори додатково вказують і на сферу такого «панівного становища» права або ж окреслюють коло тих об'єктів, які перебувають під таким впливом. (Але тут думки вчених вже помітно розходяться.)

Так, на погляд С. Шевчука, ідеться про забезпечення панування права над іншими соціальними регуляторами³. Однак, як слушно зауважує О. Петришин, диференціація різних сфер життєдіяльності суспільства передбачає, що кожна з них має регламентуватися найбільш адекватними для певних відносин соціальними нормами (мораллю, традиціями, звичаями тощо). Тому далеко не всі суспільні відносини можуть належати до предмета правового регулювання, регламентуватися за посередництвом права⁴. За таких обставин, на його думку, напевно чи можна ставити питання про пріоритетність одного соціального регулятора над іншими.

Один зі співавторів цієї статті свого часу запропонував гранично широке бачення сфери панівного становища права – життєдіяльність громадянського суспільства і функціонування держави⁵.

Так чи інакше, більшість учених погоджуються з тим, що законодавець, формулюючи положення частини першої статті 8 Конституції України, мав на увазі панування права природного над правом позитивним, тобто над правом, «дарованим» державою. Проте такий висновок, як ми бачили, обстоюється не всіма прибічниками «поелементного» підходу.

Утім такий підхід до з'ясування сутності верховенства права, незважаючи на свою начеби простоту й доступність для розуміння, все ж має, вважаємо, принаймні один істотний недолік. А саме: його використання завідомо унеможлиблює уніфіковану інтерпретацію цього явища (і відповідного поняття), що пояснюється насамперед плюралізмом поглядів на природу права. Утім, мабуть, з огляду на те, що така

¹ Вовк Д. Проблема визначення та дії принципу верховенства права в Україні / Д. Вовк // Право України. – 2003. – № 11. – С. 127.

² Новий тлумачний словник української мови : у 3 т. / уклад.: В. В. Яременко, О. М. Сліпушко. – К. : Аконіт, 2008. – Т. 1: А–К. – С. 183.

³ Шевчук С. Принцип верховенства права та найвища юридична сила Конституції України / С. Шевчук // Право України. – 2011. – № 5. – С. 178.

⁴ Петришин О. Верховенство права в системі правового регулювання суспільних відносин / О. Петришин // Право України. – 2010. – № 3. – С. 29.

⁵ Рабінович П. М. Верховенство права / П. М. Рабінович // Юридична енциклопедія : в 6 т. / редкол.: Ю. С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. – К. : Укр. енцикл., 1998. – Т. 1: А–Г. – С. 341.

інтерпретація є неодмінною умовою успішного запровадження принципу верховенства права у правотворчу і правозастосовну практику, чимало вітчизняних фахівців послуговуються при розкритті його змісту інакшим — так званим «інтегральним» — підходом.

«Інтегральний» підхід: загальна характеристика. Його суть полягає, з одного боку, у запереченні можливості дати визначення загального поняття верховенства права й, з другого, у розкритті змісту верховенства права лише за посередництвом указівки на його складові «елементи» (аспекти, вимоги, властивості, прояви, риси).

Основи такого підходу заклав ще у XIX ст. професор Оксфордського університету Альберт Дайсі (Albert Dicey) у праці «Вступ до вивчення конституційного права» (1885 р.). У ній, не намагаючись дати вичерпне визначення терміно-поняття «верховенство права», він сформулював концепцію, відповідно до якої елементами принципу, відображеного словосполученням «the rule of law», є такі основні положення: 1) «верховенство права» протиставляється кожній державній владі, в основі якої лежить свавілля, з тим, щоб убезпечити суспільство від владних дій, не передбачених приписами права; 2) «верховенство права» означає рівність усіх членів суспільства перед законом, що виключає можливість звільнення посадових осіб держави від відповідальності за їх неправомірну діяльність та передбачає поширення на них законів і юрисдикції судів такою ж мірою, як і на пересічних громадян; 3) «верховенство права» є верховенством духу права, яке означає, що свобода людини не є результатом закріплених в офіційному документі їх гарантій, а навпаки, саме Основний Закон держави є наслідком прав особи, оскільки ці права існували ще до виникнення конституційних положень, збагачуючись усе новим змістом завдяки правотлумачній діяльності англійських суддів.

Отакий підхід і було покладено в основу цілої низки концепцій верховенства права, що згодом формулювались західними юристами. У вітчизняній же літературі С. Головатий, спираючись на такий підхід, зазначив, що словосполучення «the rule of law» слід сприймати не інакше як термін, придатний для відображення в узагальненому вигляді сукупності ідеалів, принципів, інститутів, механізмів і процедур, які є істотними для захисту людини від свавілля державної влади. Тому будь-які спроби дати вичерпне визначення терміно-поняттю «верховенство права» заздалегідь приречені на невдачу¹. Він

¹ Головатий С. Тріада європейських цінностей – верховенство права, демократія, права людини – як основа українського конституційного ладу / С. Головатий // Право України. – 2011. – № 5. – С. 164.

слушно констатує, що з часів А. Дайсі верховенство права як *інтегральний юридичний принцип* (курсив наш. — П. Р., О. Л.) у процесі своєї еволюції збагатилося новими універсальними ідеями, котрі сьогодні виступають його «важливими елементами». До останніх, на його погляд, належать, зокрема, такі принципи: народовладдя (демократії); поділу державної влади; відповідальності держави за свою діяльність; законності; незалежності й безсторонності суду; доступності правосуддя; справедливого судового розгляду; поваги до прав людини і основоположних свобод; заборони дискримінації; ієрархічності нормативно-правових актів; заборони зворотної дії законів; правової визначеності; обов'язковості судових рішень; пропорційності. З огляду на те, що верховенство права — це «жива і динамічна концепція», перелік таких принципів, на думку С. Головатого, не є вичерпним. Ці «важливі елементи», більшість із яких знайшла своє відображення й у Конституції України, наповнюють принцип верховенства права конкретним змістом¹.

Схожої позиції дотримується й М. Козюбра, який вважає, що надзвичайна складність і багатогранність цього терміно-поняття роблять безперспективною будь-яку спробу дати універсальне визначення принципу верховенства права, придатне на всі випадки життя. Високий рівень динамічності цієї категорії не дає змоги втиснути її в рамки певної юридичної дефініції. На його погляд, для розуміння верховенства права найбільш продуктивним є тлумачення його як «певної суми щільно переплетених між собою принципів, які разом творять ядро доктрини конституціоналізму, а тому є необхідними для будь-якого демократичного суспільного устрою»².

Отож, представники «інтегрального» підходу до з'ясування сутності верховенства права відхиляють можливість аналізу цього явища шляхом поєднання значень слів «верховенство» і «право». На думку деяких із них, однією з причин, які скеровують вітчизняну юридичну науку в бік цієї методологічної помилки, є недосконалість українського перекладу англomовного виразу «the rule of law» за допомогою двох окремих слів. Тому задля усунення цієї проблеми С. Головатий запропонував використовувати як український відпо-

¹ Головатий С. Тріада європейських цінностей – верховенство права, демократія, права людини – як основа українського конституційного ладу / С. Головатий // Право України. – 2011. – № 5. – С. 168.

² Козюбра М. Верховенство права: українські реалії та перспективи / М. Козюбра // Право України. – 2010. – № 3. – С. 7.

відник словосполучення «the rule of law» однослівний термін: «Правовладдя»¹. Але таке перейменування навряд чи знімає проблему: адже й у цьому випадку без з'ясування змісту поняття права все одно залишається неясним, яке все ж таки явище має «владарювати» (і до того ж — над ким/чим...).

Як видається, на засадах «інтегрального» підходу до з'ясування сутності верховенства права побудоване і його розуміння Європейським судом з прав людини (далі — ЄСПЛ), який, традиційно уникаючи вичерпного визначення цього терміно-поняття (як, до речі, й багатьох інших), постійно збагачує його зміст все новими «важливими елементами».

При застосуванні «інтегрального» підходу до розкриття змісту принципу верховенства права загальне праворозуміння інтерпретатора начеби вже відходить на другий план. У цьому разі кінцевий результат розуміння досліджуваного принципу залежить від тих конкретних ідей, якими наповнює його зміст той чи інший тлумач.

С. Шевчук слушно відзначав, що принцип верховенства права (інтерпретований ним із позицій розглядуваного підходу) має два аспекти: формальний та матеріальний (органічний). Перший означає, що держава має чинити згідно з правом, підпадаючи під його дію, а другий полягає в тому, що існують певні стандарти, які визначають сутність, ціннісну та моральну характеристики позитивного права, походять від конституційних прав і свобод людини та від принципів природного права. До формального аспекту він пропонує відносити такі елементи: притягнення до юридичної відповідальності лише на підставі порушення правових норм; затримання чи позбавлення волі мають здійснюватися відповідно до процедури, встановленої законом; прийняття правових актів згідно з нормативно встановленими повноваженнями та процедурою; діяльність державних органів на підставі правових норм та у правових формах; відсутність дискреційних повноважень у державних органів, які застосовують закон про кримінальну відповідальність; реалізація дискреційних повноважень повинна обмежуватися законом; принцип законності; заборона зворотної дії законів; закони повинні прийматися відповідно до встановленої процедури, відповідати критеріям чинності, тобто бути офіційно оприлюдненими, стабільними, чіткими для розуміння, логічно узгодженими та діяти

¹ Головатий С. Верховенство права, або ж Правовладдя: вкотре про доктринальні манівці вітчизняної науки / С. Головатий // Право України. – 2010. – № 5. – С. 74.

перспективно. Що ж до матеріального (органічного) аспекту принципу верховенства права, то він, на думку науковця, не обмежується формальними приписами законодавства, а оцінює правові норми та правозастосовну практику з точки зору їх відповідності ціннісним та моральним критеріям, правам і свободам людини¹.

Утім «інтегральний» підхід, попри його зовнішню привабливість, також, як видається, має певні вади. Так, за умови його застосування верховенство права як *самотійний* юридичний принцип начеби втрачає свій власний, «самодостатній» зміст, перетворюючись лише на механічну сукупність «важливих елементів», конкретний перелік яких не може бути ані уніфікованим, стандартизованим, ані вичерпним. Тому небезпідставною видається думка Г. Тимченка, який заперечує можливість виведення змісту принципу верховенства права лише через ті положення, які властиві іншим відомим принципам, зокрема принципам судочинства².

Як наслідок, і в рамках «інтегрального» підходу принцип верховенства права виявляється приреченим на неабияку соціально-змістовну невизначеність, на доволі широкий розсуд його інтерпретаторів і застосовувачів – особливо ж у частині формально невизначених, суто оціночних («матеріальних») елементів. І тоді аналізоване терміно-поняття знову ж ризикує стати (як, до речі, і при «поелементному» підході) прагматичним інструментом, засобом задоволення групових чи індивідуальних інтересів у соціально неоднорідному суспільстві (світі).

Вельми важливою є й та обставина, що, як здавна відомо, перш ніж братися за розв'язання окремих, часткових, конкретних питань, слід неодмінно вирішити питання більш загальні – аби уникнути непослідовності, непринциповості, нелогічності у рішеннях стосовно перших. Отже, ідеться, вочевидь, про вироблення все ж найзагальніших критеріїв «правовості» тих чи інших соціальних явищ. Не володіючи такими критеріями, важко пояснити, обґрунтувати, чому певний «важливий елемент» належить до верховенства саме права, а не до чогось іншого (адже, як відзначалось у літературі, таких елементів деякі автори нараховують мало не 100...³).

¹ Шевчук С. Принцип верховенства права та найвища юридична сила Конституції України / С. Шевчук // Право України. – 2011. – № 5. – С. 180–181.

² Тимченко Г. П. Принцип верховенства права в адміністративному судочинстві / Г. П. Тимченко // Держава і право. – К., 2011. – Вип. 53. – С. 216.

³ Козюбра М. Верховенство права: українські реалії та перспективи / М. Козюбра // Право України. – 2010. – № 3. – С. 8.

Діалектичний взаємозв'язок «поелементного» та «інтегрального» підходів. Відтоді, коли терміно-поняття «верховенство права» увійшло до текстів міжнародно-правових актів універсального й регіонального рівнів, у юриспруденції виникла потреба в такому його концептуальному осмисленні, яке, сформувавши узгоджене розуміння відповідного принципу, могло би більш-менш однаковою мірою задовольнити різні демократичні політико-правові системи. Це дозволило б змістовно універсалізувати означений принцип, підвищити рівень його практичної значимості, реалізовуваності.

Розглядаючи під таким кутом зору доволі активну полеміку між вітчизняними прихильниками кожного з розглянутих підходів, не можна не помітити симптомів того, що між ними не існує, так би мовити, «залізної завіси», що вони взаємозумовлені, взаємопов'язані.

Так, один із співавторів цієї статті, намагаючись із позицій «поелементного» підходу з'ясувати, як ЄСПЛ розуміє принцип верховенства права, хіба що не першим в Україні вдався до дослідження тих його рішень, які аргументувались посиланням саме на цей принцип. Це дало змогу вирізнити до п'ятнадцяти елементів (властивостей, ознак, «параметрів») останнього¹. Інший же співавтор, продовжуючи цю ж лінію дослідження, віднайшов у рішеннях ЄСПЛ ще близько десяти елементів верховенства права².

Натомість і такий твердо переконаний прихильник «інтегрального» підходу, як С. Головатий, з одного боку, категорично заперечуючи підставність формулювання визначення загального терміно-поняття «верховенство права», з другого – все ж не уникає спроб запропонувати його. Так, в основній своїй праці він проголошує, що «принцип верховенства права... слід розуміти як сучасний Закон Природи»³ (щоправда, не пояснюючи, який же смисл вкладається ним в останній — взагалі кажучи, вельми неоднозначний — вираз, що тяжіє, ясна річ, до праворозуміння «природного»). В іншій же праці він, як відзначалось вище, подає більш розгорнуту дефініцію розглядуваного терміно-поняття, вважаючи його придатним «для відображення в узагальненому

¹ Рабінович П. Верховенство права в інтерпретації Страсбурзького суду / П. Рабінович // Юрид. вісн. України. – 2005. – № 48. – С. 12.

² Луців О. М. Принцип верховенства права в інтерпретації Європейського суду з прав людини: характеристика деяких елементів / О. М. Луців // Практика Європейського суду з прав людини: загальнотеоретичні дослідження : Пр. лаб. дослідж. теорет. пробл. прав людини. – Львів : Малий вид. центр юрид. ф-ту Львів. нац. ун-ту ім. І. Франка, 2009. – Вип. 2. – С. 40–50.

³ Головатий С. Верховенство права : монографія : у 3 кн. / С. Головатий. – К. : Фенікс, 2006. – Кн. 3 : Верховенство права: український досвід. – С. 1663.

вигляді сукупності ідеалів, принципів, інститутів, механізмів і процедур, які є істотними для захисту людини від свавілля державної влади»¹.

Стосовно останньої дефініції зауважимо, що об'єднуючою, стрижневою, системоутворюючою ознакою згадуваних у ній «елементів» є те, що всі вони здатні служити запобіжниками, гальмами, «присікувачами» державної сваволі. На перший погляд така постановка питання – вельми приваблива. Але на практиці результат тлумачення й застосування такого відверто оціночного поняття (критерію), як «свавілля», досить часто напряду залежить від тих чи інших інтересів, які у соціально неоднорідному суспільстві (та й у цілому соціально неоднорідному світі) зазвичай не були і не є безсуперечливими, безконфліктними. За прикладами ходити далеко не треба: згадаємо, наскільки неоднозначними були оцінки, котрі давались – за допомогою зазначеного критерію – діям наших державних органів щодо кримінального переслідування Ю. Тимошенко...

«Поелементний» та «інтегральний» підходи тією чи іншою мірою переплітаються й у працях деяких інших вітчизняних дослідників проблематики верховенства права. Для прикладу, Д. Вовк, підтримавши необхідність словесного аналізу відповідного терміно-поняття (що і передбачає підхід «поелементний»), все ж досить часто вдається до вживання словосполучень на кшталт «певні ідеї», «головні прояви», «вимоги» принципу верховенства права². О. Петришин, погляди якого на природу верховенства права можуть бути кваліфіковані як соціологічно-позитивістська концепція (котра теж є різновидом «поелементного» підходу), також подекуди застосовує вирази «беззаперечні умови», «певні аспекти», «іпостасі» верховенства права³. А останні приклади саме підходу «інтегральному».

Висновок. Таким чином, можна констатувати, що сама об'єктивна логіка дослідження, з одного боку, начеби «примушує» прихильників «поелементного» підходу не обмежуватися спробою подати лише визначення загального поняття верховенства права, поставивши, так би мовити, на цьому крапку, а ще й конкретизувати це поняття через

¹ Головатий С. Тріада європейських цінностей – верховенство права, демократія, права людини – як основа українського конституційного ладу / С. Головатий // Право України. – 2011. – № 5. – С. 164.

² Вовк Д. Проблема визначення та дії принципу верховенства права в Україні / Д. Вовк // Право України. – 2003. – № 11. – С. 127–129.

³ Петришин О. Верховенство права в системі правового регулювання суспільних відносин / О. Петришин // Право України. – 2010. – № 3. – С. 27–29.

низку суттєвих ознак, властивостей («елементів») того явища, яке ним відображається.

З другого ж боку, і прихильники «інтегрального» підходу, своєю чергою, не завжди ухилялися від спроб вказати й на ті гранично загальні, якісні «параметри», на сутнісну (родову) інтерпретацію того явища, «важливі елементи» якого вони вирізняють. І це не випадково. Адже до цього знову ж таки спонукає діалектика взаємозв'язку, взаємозалежності загального й особливого, родового і видового в будь-якому явищі (а у понятті про нього – діалектика співвідношення абстрактного й конкретного).

Отож, два означених, здавалося б, несумісних, взаємовиключних підходи у такий спосіб начеби йдуть назустріч один одному, діалектично об'єднуються (як єдність протилежностей). У цьому напрямі, гадаємо, й мають здійснюватися загальнотеоретичні дослідження верховенства права: слід, по-перше, і визначення загального поняття про це явище відпрацьовувати, і по-друге, конкретизувати його зміст за допомогою вказівки на низку «важливих елементів», які логічно впливають із нього (як особливі його прояви). А ці «важливі елементи» верховенства права доречно фіксувати через такі положення, котрі не дублюють – змістовно і текстуально – інших давно відомих правових принципів. Ось тоді-то верховенство права, мабуть, справді становитиме відносно самостійний, самодостатній соціально-правовий феномен.

І, нарешті, останнє. Навряд чи є можливим обґрунтовано пояснити, чому певні соціальні факти, відносини, дії, ситуації «діагностуються» за допомогою терміно-поняття «верховенство права» саме так, а не інакше, якщо не скористатись так званим потребовим підходом. І хоч він не становить предмета цієї статті, однак зауважимо таке.

На практиці — задля забезпечення суспільного миру, злагоди — зазвичай формується консенсусна домовленість певних суб'єктів стосовно того, якій саме соціальній інституції (структурі, органу, скажімо, певному міжнародному суду) буде довірено зробити остаточний висновок щодо досягнення чи, навпаки, порушення верховенства права. Й отой «діагноз» (причому хто б і як би до нього не ставився!) має реалізовуватися в обов'язковому порядку — знову ж таки заради збереження необхідної стабільності в суспільстві.

Рабинович П., Луцив О. Верховенство права: современные отечественные подходы к интерпретации

В статье анализируются основные методологические подходы в украинской юридической науке к интерпретации феномена верховенства права. В соответствии с так называемым «поэлементным» подходом он может быть понят через раздельное разъяснение явлений права и верховенства. Согласно же подходу «интегральному» этот феномен интерпретируется путем указания на те «элементы», «принципы», «институты», «механизмы», «процедуры», из которых он состоит. Обосновывается диалектическая взаимосвязь двух указанных подходов.

Ключевые слова: верховенство права, «поэлементный» исследовательский подход, «интегральный» исследовательский подход.

Rabinovych P., Lutsiv O. The Rule of Law: Modern Domestic Approaches to Interpretation

The article analyses the basic methodological approaches in the Ukrainian legal science to the interpretation of rule of law phenomenon. According to the so-called «split-elementary» approach it can be understood due to split interpretation of law and rule phenomena. According to the «integrative» approach this phenomenon is interpreted by pointing on those «elements», «principles», «institutions», «mechanisms», «procedures» of which it consists. The dialectical relation between these approaches is proofed.

Keywords: rule of law, «split-elementary» research approach, «integrative» research approach.

УДК 340.11

Є. Євграфова, суддя Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ, кандидат юридичних наук

Питання соціальної природи і об'єктивності права

Нічого дивного немає в тому, що *право* завжди перебувало і перебуває на цей час у центрі всіх подій і процесів, що відбуваються сьогодні в суспільстві. Кожен, у тому числі — і далеко не в останню чергу — юристи, виходячи зі свого світогляду, правосвідомості, уявлень, існуючих у суспільстві традицій, культури і т. ін., *розуміють право по-своєму*. Незважаючи на досить значні розбіжності в поглядах на природу і сутність права, з часом стає все більш очевидним те, що *головним і вирішальним* у ньому є його *соціальне призначення*, бо ж *право рівною мірою належить кожному* в користуванні для реалізації своїх інтересів і захисту прав і свобод.

Прагнучи до більш правильного ставлення суспільства до права, свого часу проф. Б. О. Кістяківський наголошував на тому, що «наші юристи насамперед повинні настояти на *визнанні за правом самостійного значення*, оскільки *право має бути правом, а не якимось додатком до економічної, політичної та інших сторін суспільно-державного життя*»¹ (курсив мій. — Є. Є.). Наведена думка вченого є не менш актуальною і в наші дні, але для сприйняття права цілком самодостатнім явищем не лише теоретично (що виражене в ідеях, концепціях, доктринах тощо), а й у практичній площині потрібні докорінна зміна у свідомості суспільства та з'ясування того, яким чином право функціонує як *об'єктивне* явище.

У 70-х рр. ХХ ст. на сторінках журналу «Правознавство», як відомо, відбулася наукова дискусія на тему: «Об'єктивне і суб'єктивне в праві»², у ході якої обговорювались питання, що у праві є об'єктивним, тобто незалежним від веління держави, науки тощо, а що — суб'єктивним, залежним від намірів і діяльності законодавця, інших державних і суспільних інститутів, прямо чи опосередковано вплива-

¹ Кістяковский Б. А. Путь к господству права (Задачи наших юристов) / Б. А. Кістяковский // Философия и социология права. – СПб., 1998. – С. 382.

² Див.: Недбайло П. Е. Объективное и субъективное в праве (к итогам дискуссии) / П. Е. Недбайло // Правоведение. – 1974. – № 1. – С. 14–25.

ючи на право, його систему, функціонування, розвиток. При цьому варто зазначити, що переважна більшість учасників тієї дискусії, як правило, виходила з досить популярної на той час у правовій науці *філософської теорії відображення*, принципову основу якої складає марксистське вчення про співвідношення матерії і свідомості, економічного базису і надбудови і т. ін. Головним чином йшлося про те, наскільки з позицій марксизму в праві належно віддзеркалено суспільні закономірності, об'єктивні тенденції економічного та соціально-культурного розвитку суспільства.

Праву за цією методологією відводилось місце *юридичної надбудови, додатка* до економіки, політики, держави і т. ін. Лейтмотивом такого сприйняття права був *«беззаперечний»* для науковців тих часів висновок К. Маркса, що право *«ніколи не може бути вище, ніж економічний устрій і зумовлений ним культурний розвиток суспільства»*¹ (курсив мій. — Є. Є.). Виходячи з цього положення, стає очевидним, що ні про яку об'єктивність права, тим більше про його верховенство, не могло бути й мови. Позбавлені ідеологічного забарвлення, подібні погляди на право існують і в сучасній юридичній літературі, мають чимало прихильників та впливають на стан і розвиток теоретичної думки.

Так, російський учений-юрист А. Г. Бережнов, заперечуючи навіть саму ідею визнання права об'єктивним явищем, вважає, що «не можна не розуміти того, що послідовно проведений об'єктивістський підхід до розуміння Права... логічно означає принципову неможливість саму *правотворчість* соціальних суб'єктів, їх нездатність створити, привнести щось дійсно нове, дещо “своє” у розуміння і зміст права, “істинне” праворозуміння, означає неможливість соціально-творчої зміни таких»². Автор у даній тезі ставить декілька проблемних теоретичних питань, з яких, неважко зрозуміти, випливають очікувані відповіді. Однак, на відміну від його позиції, підкреслимо, що визнання права об'єктивним соціальним явищем не означає «нездатності соціальних суб'єктів» вносити до нього зміни, здійснювати інші творчі дії. Відомо, що життєдіяльність людства оточує безліч об'єктивних явищ, чимало з яких застосовують у ході розвитку економіки країни (енергоносії, метали, інші ресурси), науки в процесі

¹ Маркс К. Сочинения / К. Маркс, Ф. Энгельс. – Т. 19. – С. 19.

² Бережнов А. Г. «Объективное» и «субъективное» в контексте теоретико-методологических проблем правопонимания / А. Г. Бережнов // Теоретико-методологические проблемы права / под ред. М. Н. Марченко. – М., 2007. – С. 12.

пізнання, медицини тощо. Але відомо й те, що діяльність соціальних суб'єктів спрямована на збереження цих природних об'єктів, на внесення до них того, чого безпосередньо у природі не існує (вирощування нових кристалів, хімічних елементів і т. ін.). Аналогічною, на наш погляд, є ситуація з об'єктивністю права, на засадах якого ґрунтується нормальна життєдіяльність суспільства і держави, усіх інших учасників правовідносин, у чому вбачається найважливіший аспект дії права, упровадження його верховенства.

Намагаючись спростувати ідеї об'єктивності права, Г. А. Бережнов вважає, що «в противному випадку доведеться скромно припустити, що право само себе ідентифікує і визначає, що має місце якась “об'єктивна самоідентифікація частини реальності як Права”»¹. По-перше, подібної «самоідентифікації» не існує в природі, оскільки мову в даному разі можна вести про належність (ідентичність) до права явища, за ознаками схожого на право (аналогічно тому, як проводиться ідентифікація при розслідуванні злочину, упізнання потерпілих за генетичною ознакою тощо). По-друге, якщо й вести мову про ідентифікацію, то її можливо провести із законами, указами, постановами і т. ін. на предмет їх відповідності вимогам права, Конституції. У такому сенсі повинен приймати рішення орган конституційної юрисдикції, діяльність якого, як суду права, полягає в ідентифікації положень законів, інших правових актів, що діють на території України, результатом якої має бути *встановлення відповідності змісту* (або її відсутності) цих актів праву.

У юридичній літературі питання об'єктивності права певною мірою пов'язується із прагненням до розробки якщо не загального, що задовольняє різноманітні потреби сучасного суспільства, то хоча б наближеного до вирішення даного завдання щодо уявлення про право². Проте висловлено й позиції, що розробка єдиного, універсального поняття права, яке використовують теорія і практика, приречена на невдачу³. З такою думкою не можна погодитись, оскільки вона суперечить самій сутності наукового пізнання права як явища й унеможливорює теоретичне вироблення його поняття на основі вже отриманих право-

¹ Бережнов А. Г. «Объективное» и «субъективное» в контексте теоретико-методологических проблем правопонимания / А. Г. Бережнов // Теоретико-методологические проблемы права / под ред. М. Н. Марченко. – М., 2007. – С. 12.

² Марченко М. Н. Проблемы общей теории государства и права (право) : учебник : в 2 т. Т. 2 / М. Н. Марченко. – М. : Проспект, 2007. – С. 14–15.

³ Див.: Попов В. И. Правопонимание в юридической науке : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / В. И. Попов. – М., 2001. – С. 5–17.

вою наукою знань. До того ж у світі існує певне загальне розуміння сутності права, інакше суспільство ніколи не дійшло б до визнання його соціальної цінності та верховенства. Підтвердженням цього є загальновизнані демократичними державами принципи і норми міжнародного права, світові та регіональні правові стандарти, хоча їх дотримання і належне виконання сьогодні з боку окремих держав, у тому числі зі сталою демократією і розвинутою економікою, переживає не кращі часи, що особливо і досить вразливо позначилось в умовах сучасної глобальної фінансово-економічної кризи.

Навіть «якщо загальносвітове розуміння і визначення права практично неможливі, – підкреслює проф. Г. В. Мальцев, – то в межах окремої держави і контрольованого нею єдиного правового простору пошук загального для всіх суб'єктів правовідносин розуміння права має певний упорядкований сенс»¹. Слушною є думка, що, однак, і в національних правових науках поки що не досягнуто певних позитивних результатів, крім того, що дискусія стосовно питання: *що є право*, його природа і т. ін., стає ще більш гострою і значно розширює коло її учасників.

Така ситуація у правознавстві триває не одне століття, фактично з моменту, коли право в суспільстві почало відігравати досить активну роль. У зв'язку з цим у літературі часто згадують відоме зауваження І. Канта стосовно того, що *юристи все ще шукають визначення права*. Відтоді у правовій науці по суті майже нічого не змінилося, пошук відповіді на запитання: «Що є право?» — триває до цього часу. У зв'язку з цим варто зазначити, що право як *соціальне явище* не привнесено у суспільство зовні, не нав'язано йому невідомо кимось, а виникло одночасно з потребами в ньому суспільства. Разом із тим, як справедливо зазначав Б. О. Кістяківський, «сам термін “соціальне явище” є надто багатозначним: із того, що всі згодні з визнанням права соціальним явищем, ще не означає, що всі розуміють одне і те ж, коли говорять, що право є соціальне явище. ... Це твердження поділяє долю багатьох ходячих істин, оскільки воно набуло неясних та туманних окреслень»². Зазначимо, що зауваження вченого за деякими винятками стосується і сучасних праць із цієї теми. Утім, що в даному випадку мав на увазі вчений, прямої відповіді на це, на жаль, немає. Можна припустити, що

¹ Мальцев Г. В. Понимание права. Подходы и проблемы : монография / Г. В. Мальцев. – М. : Прометей, 1999. – С. 4.

² Кістяковський Б. А. Соціальні науки і право / Б. А. Кістяковський // Філософія і соціологія права. – СПб., 1998. – С. 203.

його точка зору орієнтує на необхідність вирізняти категорію «*право як соціальне явище*» і поняття «*соціальне право*». При цьому зазначимо, що останнє – це не окрема галузь чи правовий інститут системи права, а є *складовою права* як соціального явища; вони співвідносяться як частина і ціле. Причому соціальне право не зводиться лише до прав людини і громадянина на працю, відпочинок, пенсію, житло, безпечне життя, охорону здоров'я, страйк і т. ін., які, без сумніву, мають надзвичайно важливе значення в їхньому житті, а охоплює всі інші належні їм права і свободи як *членам суспільства* (соціуму), умови реалізації і захисту яких повинна забезпечувати держава. Іншими словами, такі права і свободи, щоб стати невід'ємною складовою соціального права, потребують консолідації як *належні людині і громадянину права і свободи*. Існуюча ж на сьогодні теоретична модель класифікації прав і свобод¹ призводить до протиставлення останніх, наприклад особистих прав політичним, громадянським чи економічним і т. ін., що, на наш погляд, не сприяє їх консолідації.

За своєю сутністю і змістом *соціальне право* є співзвучним категорії «*соціальна держава*». У такому сенсі воно має наповнювати діяльність держави, її органів влади соціальним змістом, сприяти розвитку держави як соціальної, якою має стати Україна. Право, таким чином, мало б *беззаперечний пріоритет перед державою*, відігравало б дійсно значну роль у її формуванні як *правової організації народу*, про що в різні історичні часи мріяло не одне покоління вітчизняних правознавців.

Утім, апіорно називаючи право соціальним явищем, увага його дослідників переважно зосереджується на *інструментальній*, власне, *техніко-юридичній ролі права* в регулюванні суспільних відносин, а не на з'ясуванні його *дійсної соціальної сутності*. До того ж право — не єдине явище, що не може існувати без суспільства, як і мова, література, наука, мистецтво тощо, але, на відміну від останніх, «*право є соціальним явищем в іншому значенні, ніж усі ці прояви культури; воно ніби більш соціальне, аніж усі вони*»² (курсив мій. — Є. Є.). Правильність цієї думки полягає в *поширеній дії права* в суспільстві, якою охоплюються майже всі, передусім найважливіші сфери його життєдіяльності, а також усі учасники суспільних відносин.

¹ Див.: Пушкіна О. В. Система прав і свобод людини та громадянина в Україні: теоретичні і практичні аспекти забезпечення : монографія / О. В. Пушкіна. – К. : Логос, 2006.

² Там само.

Зовсім по-іншому виявляється дія літератури, науки, мистецтва, *сфера поширення яких є значно вузькою*. Формування такої сфери безпосередньо залежить від таланту, здібностей, спеціальної підготовленості до їх сприйняття та розуміння кожним, хто причетний до названих цінностей. Так, якщо взяти літературу, то одним до вподоби класична: національна і зарубіжна, проза і поезія тощо, інших цікавить пригодницька, фантастика і т. ін.

Аналогічною є ситуація і у науковій сфері: комусь цікаві гуманітарні науки: філософські, юридичні, історичні і т. ін., комусь — точні чи природничі: математика, фізика, астрономія, хімія, біологія тощо. Тобто кожний має право вільного вибору на заняття наукою чи будь-якою іншою творчою діяльністю.

Разом з тим підкреслимо, що ані літературі, ані науці, ані мистецтву не властиві ознаки, що об'єктивно притаманні праву (обов'язковість, узгодженість норм, відповідальність і т. ін.), але всі вони *знаходяться під впливом права*, зокрема його охороною і захистом від можливих порушень. І що надзвичайно важливо — це перебування названих цінностей у сфері правового регулювання суспільних відносин (авторські, трудові, інші права, питання видавництва, державної таємниці і т. ін.), що пов'язані з літературою, наукою, мистецтвом.

І як правильно наголошується в літературі, *«на якому б етапі свого історичного розвитку не знаходилось право, його точка зору завжди була, є і буде точкою зору необхідності, вираженням соціальних потреб в установленні порядку»*¹. Іншими словами, ідеться про *об'єктивність права, самостійне соціальне явище*, причому незалежно від того, як і в який спосіб воно сприймається в суспільстві.

У зв'язку з цим у літературі звертається увага на те, що в жодній науці немає стільки суперечливих одна одній теорій, як у науці про право, і створюється враження, що нібито вона тільки і складається із взаємовиключних теорій². Насправді так і є, при цьому неважко уявити, як, перебуваючи у такому стані, правова наука впливає на законодавчу і правозастосовну діяльність, на правосвідомість, зокрема професійну. Законодавець, судді, слідчі, інші особи, що працюють у сфері

¹ Мальцев Г. В. Социальные основания права : монография / Г. В. Мальцев. – М. : Норма, 2007. – С. 41. На превеликий жаль, ця ідея надто важко входить у діяльність державних та інших владних органів України, де *необхідність у праві* зустрічає неабиякий опір і перешкоди, особливо з боку посадових осіб.

² Кистяковский Б. А. Социальные науки и право. Очерки методологии социальных наук и общей теории права / Б. А. Кистяковский. – М., 1916. – С. 374.

права, завжди стоять перед вибором існуючих ідей, теорій, концепцій тощо, перш ніж вирішити їх практичне використання. Шукаючи певний і допустимий компроміс у вирішенні цієї проблеми, водночас висловлюються і досить скептичні погляди на її розв'язання, згідно з якими привнести у правову науку по суті щось дійсно нове сьогодні є чимось неймовірним¹. Якщо це дійсно так, то напрошується висновок, що правова наука вичерпала свої пізнавальні можливості, що, як вважають деякі вчені, є симптомом її кризи чи появи в ній «чорної діри»².

Але жоден із цих поглядів на право, на нашу думку, не відображає закономірностей розвитку правової науки, передусім суперечить сутності її пізнавального процесу. Факт існування в ній різних теорій, ідей, методології тощо, у тому числі альтернативних і взаємовиключних, є показниками нормального стану в правовій науці, а не кризової ситуації, адже процес пізнання права продовжується і є нескінченним, як, до речі, і в інших науках.

З позитивістської концепції праворозуміння *«поза державою і її правотворчою та правосанкціонованою діяльністю немає і не може бути права»*³ (курсив мій. — Є. Є.). Але на відміну від такої позиції в літературі останнього десятиліття все частіше висловлюється протилежна думка з цього питання. *«Держава, – підкреслює проф. М. М. Марченко, – винятковий творець і джерело законів, але ні в якому разі не права, держава монополізує законотворчу, і аж ніяк не правотворчу (курсив мій. — Є. Є.) діяльність»*⁴. Така постановка питання не нова, свого часу ще Ф. Кістяківський риторично запитував: *«чи є право творінням держави чи, навпаки, її підґрунтям?»*⁵.

Ці ж запитання можна адресувати і в сьогодення, разом із тим зазначимо, що чаша терезів на цей час дедалі більше схиляється на користь пріоритету права, що, як здається, пов'язане із зростанням авторитету права в суспільстві. З точки зору проф. В. В. Лазарева, *за часом*

¹ Див.: Мартышин А. В. Нужно ли единое определение права / А. В. Мартышин // Теоретико-методологические проблемы права / под ред. М. Н. Марченко. – М. : Зерцало, 2007. – С. 187.

² Див.: Поляков А. В. Петербургская школа философии права и задачи современного правоведения / А. В. Поляков // Правоведение. – 2000. – № 2. – С. 4; Черданцев А. Ф. Теория государства и права / А. Ф. Черданцев. – М. : Юрайт, 1999. – С. 26.

³ Аржанов М. А. Государство и право в их соотношении : монография / М. А. Аржанов. – М. : Госюриздат, 1960. – С. 48.

⁴ Марченко М. Н. Проблемы общей теории государства и права (право) : учебник. Т. 2 / М. Н. Марченко. – М. : Проспект, 2007. – С. 23.

⁵ Кистяковский Ф. Лекции по общему государственному праву / Ф. Кистяковский. – М., 1912. – С. 137.

дія права починається до появи держави¹. Усе це спонукає до визнання об'єктивності права, що з урахуванням загальносуспільних потреб у його дії може бути сприйнято самодостатнім соціальним явищем. У зв'язку з цим, як слушно зазначає проф. О. В. Петришин, «функціонування права не повинно обмежуватися сферою компетентності державних інститутів ...право має розглядатися в більш широкому соціальному вимірі як соціальне явище в контексті усього суспільства (курсив мій. — Є. Є.), передусім у співвідношенні (міри) свободи і відповідальності учасників суспільних відносин»².

Погляди на право як продукт держави суперечать його об'єктивності як соціального явища, належності права кожному, хто використовує його як найбільш авторитетний засіб урегулювання взаємних інтересів учасників правовідносин, захисту їх особистих прав і свобод. До того ж зазначена залежність права від держави фактично є відображенням існування в суспільстві *патерналістської ідеології*, зміщення пріоритетів у відносинах між людиною і громадянином, з одного боку, і державою (владою) — з другого.

Саме на основі такої ідеології зосереджена сучасна соціальна політика, закріплена у відповідних державних програмах, діяльності урядової влади в Україні. Тому може скластися враження, що все у країні створюється державою, що тільки вона і ніхто інший у країні може надати громадянам належні й гідні умови для їхнього життя, надавати їм всі права та блага. Між іншим патерналізм є одним із джерел відчуження публічної влади від суспільства і громадян, живленням корупції, протекціонізму, інших негативних явищ у функціонуванні державного механізму.

У науковій літературі, особливо з теорії та філософії права, на тему одержавлення права висловлено достатньо аргументованих критичних зауважень (у працях М. І. Козюбри, В. В. Лазарева, О. Е. Лейста, Г. В. Мальцева, М. М. Марченка, О. В. Петришина, М. В. Цвіка). Разом із тим варто зазначити, що в *практичному сенсі* (наприклад, при ухваленні судових чи інших рішень владних органів) наведене розуміння права поки що залишається *домінуючим* і в теорії, і в практиці правознавства, про що свідчать численні підручники з теорії права, дисертаційні та монографічні дослідження тощо.

¹ Лазарев В. В. Действие права / В. В. Лазарев // Проблемы общей теории права и государства. – М. : Норма, 1999. – С. 416.

² Петришин О. В. Народовладдя – основа демократичної правової держави / О. В. Петришин // Влада в Україні: шляхи до ефективності / відп. ред. О. Д. Святоцький. – К. : Ін Юре, 2010. – С. 300–301.

Примітно, що така ідеологія розуміння права покладена в основу чинної Конституції України, що підтверджується приписами її норм (статті 6, 19, 92 та ін.). Подібне сприйняття права не випадкове і є втіленням певних вікових традицій і звичаїв у вітчизняному правознавстві. Його законсервованість у сучасних умовах ніяким чином не ослаблена введенням у науковий обіг споріднених за змістом термінів: *правова реальність, правове життя, правове буття, правова система, правове законодавство* і т. ін. Їх використання в теоретичних розробках сучасних проблем права зумовлено передусім незадовільним станом методології дослідження¹, але очікуваного ефекту від цього, на наш погляд, так і не дало.

Скоріше, названі словосполучення нагадують певні *збагачувальні теоретичні поняття*, якими охоплюються різні за сутністю, але пов'язані з правом явища. Наприклад, до правової системи суспільства або юридичної надбудови відносять законодавство, правосуддя, правоохоронні органи, правову культуру тощо. Таке збагачування правових явищ в одній категорії (на відміну, наприклад, від гірничо-збагачувальних комбінатів у промисловості), скажімо, у тій же правовій системі, як показує не одне десятиліття її наукової розробки, так і не дало того результату, якого від нього очікують, — досягнення цілісності даної системи, взаємодії та ефективності функціонування кожного з її елементів².

Головна причина такого стану полягає в досить *слабкому зв'язку*, а іноді в його повній відсутності між правовими установами даної системи (правосуддям, правоохоронними органами, законодавчою діяльністю тощо), з одного боку, і самим правом — з другого. У даному разі йдеться про право як об'єктивне соціальне явище, а не як продукт державної влади, хоча утворена останньою система законодавства також вимагає від усіх суб'єктів правовідносин належного виконання і додержання його норм. Але і в цьому випадку спостерігається нігілістичне ставлення до Конституції і законів, приклад чому нерідко подають вищі органи державної влади.

Так, усупереч положенням п. 1 ч. 2 ст. 92, частинам 1–3 ст. 95 Конституції України, за якими «виключно законом про Державний

¹ Див.: Панов М. І. Методологічні проблеми формування понятійного апарату правової науки / М. І. Панов // *Правова система України: історія, стан та перспективи* : у 5 т. Т. 1 : Методологічні та історико-теоретичні проблеми формування і розвитку правової системи України / за заг. ред. М. В. Цвіка, О. В. Петришина. – Х. : Прапор, 2008. – С. 109–128.

² Там само. – С. 684.

бюджет України визначаються будь-які видатки держави на загальноносуспільні потреби, розмір і цільове спрямування цих видатків», Верховна Рада України відповідно до п. 4 розд. VII «Прикінцеві положення» Закону «Про Державний бюджет України на 2011 рік» зазначені законодавчі повноваження делегувала Кабінету Міністрів України. Конституційний Суд України (далі — КСУ) Рішенням від 26 грудня 2001 р. № 20-рп/2011 визнав указане положення Закону таким, що відповідає Конституції.

У мотивувальній частині даного Рішення як аргументи наведені рішення КСУ від 19.06.2001 р. № 9 (*справа щодо стажу наукової роботи*), від 02.11.2004 р. № 15-рп/2004 (*справа про призначення судом більш м'якого покарання*), від 17.03.2005 р. № 1-рп/2005 (*справа про надання допомоги по тимчасовій непрацездатності*), від 24.03.2005 р. № 2-рп/2005 (*справа про податкову заставу*) та ін., які не мають абсолютно ніякого відношення до названої справи та її вирішення по суті.

Особливо показовим у даному випадку є посилання КСУ на Рішення № 15-рп/2004 щодо застосування норм Кримінального кодексу України, а також на окремі правові прецеденти Європейського суду з прав людини. Далі більше, з посиланням на «правові позиції» Рішення № 20-рп/2011 КСУ *аналогічно вирішив те саме питання* в Рішенні від 25.01.2012 р. № 3-рп/2012, навівши офіційне тлумачення окремих положень Конституції, Бюджетного кодексу та Кодексу адміністративного судочинства України. При цьому залишено без уваги *засадниче положення Конституції*, що Україна є *соціальною і правовою державою*. Принциповим у даному випадку є те, що КСУ такими рішеннями усвідомлено не став на захист гарантованих Конституцією соціальних прав людини і громадянина. Подібне відношення важко пояснити, виходячи з принципів об'єктивності, справедливості, професіоналізму, конституційності, адже у такий спосіб орган конституційної юрисдикції звів нанівець соціальну сутність права, поставивши його реалізацію у залежність від уряду.

В іншому випадку парламент ухвалює закон, ігноруючи рішення органу конституційної юрисдикції. Зокрема, Законом «Про вибори народних депутатів України» від 17.11.2011 р. № 4061-VI, ч. 5 ст. 52 встановлено, що «одна і та ж особа може бути включена *лише до виборчого списку кандидатів у депутати від партії* та висунута *лише по одному з одномандатних виборчих округів* в порядку висування партією або в порядку самовисування». Але Рішенням КСУ від

26.02.1998 р. № 1-рп/98 (справа про вибори народних депутатів України) дана норма з мотивів порушення принципів рівного виборчого права і надання рівних правових можливостей кожному громадянину реалізувати своє конституційне право на виборах до парламенту України була визнана такою, що не відповідає Конституції (п. 10 мотивувальної, підп. 5.1 п. 5 резолютивної частин Рішення). Примітно, що на час ухвалення названого Закону (11.11.2011 р.) діяла та ж сама редакція Конституції України (від 28.06.1996 р.), що й на день прийняття Рішення КСУ від 26.02.1998 р. № 1-рп/98. Можливо, законодавець вважав, що оскільки даний Закон є новим, то якщо виникають сумніви щодо його конституційності, він відповідно до встановленого порядку може бути оскаржений до КСУ.

Така позиція є помилковою, *пріоритет* у співвідношенні названих актів належить рішенню КСУ, яке не втратило чинності, а його дія поширюється на всі правовідносини, що виникають на підставі чинної Конституції України. У зв'язку з цим зазначена норма Закону *не підлягає застосуванню* на території Української держави. До того ж рішення КСУ не може бути скасоване, а дія зупинена жодним законом чи будь-яким іншим актом державної влади. У даній ситуації Центральна виборча комісія зобов'язана виконувати Рішення КСУ, інакше *сумніву буде піддана легітимність* тих народних депутатів (*а разом з тим і парламенту*), які будуть балотуватися та обрані до Верховної Ради України в порядку, установленому ч. 5 ст. 52 названого Закону.

Очевидно, усвідомлюючи такі наслідки виборчого процесу, народні депутати змушені звернутися до КСУ з клопотанням визнати дане положення Закону таким, що не відповідає Конституції України. Рішенням від 05.04.2012 р. № 8-рп/2012 орган конституційної юрисдикції задовольнив зазначене клопотання народних обранців, *визнавши вдруге, після Рішення № 1-рп/98, те саме законодавче положення, фактично повторивши викладену в ньому мотивацію*. А можна було обійтись без повторного нового рішення, але беззастережно виконати попереднє, як того вимагає Основний Закон держави.

У зв'язку з цим безпідставними є судження про те, що дане питання є *сферою політики* і має вирішуватися політичними засобами. Хибність такого бачення частково полягає у певній *фетишизації політики*, наданні їй домінуючого значення перед правом, свідченням чого є непоодинокі порушення Конституції та законів України владними органами держави та їх посадовими особами, особливо в період з 2004 по 2010 р. Узагалі, аналізуючи співвідношення політики і права,

неважко помітити надто спрощеного про них уявлення навіть серед тих, хто вважає політику своєю професією. Фактично кожному з них бракує розуміння права, його соціальної цінності як суспільної *необхідності*, його сприйняття *об'єктивним* явищем.

Однак, незважаючи на надзвичайну життєву важливість для суспільства і кожної людини зазначених конституційно-правових вимог, їх додержання і виконання державними інституціями залишається вкрай проблематичним. Тому дискусія навколо питань, пов'язаних, з одного боку, зі зміцненням у праві *соціальних* задатків і властивостей (соціалізації права)¹, а з другого — з подоланням у ньому існуючого одержавлення, поки що переважно знаходиться в *теоретичній і філософській площині*. На такій основі сьогодні відпрацьовуються нові наукові підходи, методологія дослідження, ідеї, уявлення і т. ін. щодо більш глибокого розкриття соціальної природи права, його сприйняття як об'єктивного і пріоритетного перед державною владою явища. Адже «все існування держави, – наголошував проф. І. О. Ільїн, – підпорядковане *праву*... Держава — це *правовий союз*, якому дана *правова влада* (курсив мій. — Є. Є.) для того, щоб підтримувати *право* і служити *праву*»². Із такою позицією не можна не погодитися, інакше, якими тоді аргументами можна пояснити категорії соціальної і правової держави, на відміну від її звичайного, *досоціального* і *доправового* розуміння.

У підсумку, якщо поєднати спільні моменти наведених суджень, зокрема, що «не держава є творцем права», то природно постає питання, тоді хто чи що виконує таку функцію? У даному контексті цікавою є позиція відомого французького правознавця Ж.-Л. Бержеля, згідно з якою «право як таке є водночас продуктом подій соціального порядку і прояву волі людини, явищем матеріальним і сукупністю моральних і суспільних цінностей, ідеалом і реальністю, явищем історичного плану і нормативного порядку, комплексом внутрішніх вольових актів підпорядкування зовнішньому, актів свободи і актів примусу»³. А з точки зору *еволюції*, підкреслює вчений, «право є процесом, який не

¹ Петришин О. В. Соціально-юридична природа права / О. В. Петришин // Правова система України: історія, стан та перспективи : у 5 т. Т. 1 : Методологічні та історико-теоретичні проблеми формування і розвитку правової системи України. – Х. : Право, 2008. – С. 87–109.

² Ильин И. А. Теория государства и права / И. А. Ильин. – М. : Зерцало, 2008. – С. 280.

³ Бержель Ж.-Л. Общая теория права / Ж.-Л. Бержель. – М. : NOTA BENE, 2000. – С. 36.

припиняє акт творення суспільства, і закони виступають лише його тимчасовим відображенням, яке повинно еволюціонувати разом із змінами соціального середовища»¹. Тобто як реально існує в соціальній дійсності право, з одного боку, сприймається як *об'єктивне явище*, а з другого — завдяки зв'язку і взаємодії з державою та іншими суб'єктами воно водночас є *явищем податливим* до певних і необхідних змін, у тому числі вдосконалень.

Євграфова Е. Вопросы социальной природы и объективности права

Статья посвящена малоизученным проблемам социальной природы и объективности права. Право рассматривается как реально существующее в социальной действительности явление, которое благодаря взаимодействию с государством и иными субъектами политической системы поддается определенным изменениям, что позволяет корректно решать задачи по построению правового государства.

Ключевые слова: объективность, социальная природа, правовое государство.

Evgrafova E. Questions of a social nature and objectivity of law

The article is devoted to the insufficiently known problems of a social nature and objectivity of law. Law is considered as a really existing phenomenon in a social reality which is exposed to specified changes due to co-operating with a state and other subjects of a political system. It allows to decide correctly tasks of forming the law-governed state.

Keywords: objectivity, social nature, law-governed state.

¹ Бержель Ж.-Л. Общая теория права / Ж.-Л. Бержель. – М. : NOTA BENE, 2000. – С. 432.

УДК 340.12: 342.72/.73

Г. Христова, доцент Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Позитивні зобов'язання держави у сфері прав людини як новий напрям дослідження у вітчизняній теоретичній юриспруденції

Права людини як одна з трьох основоположних цінностей разом із демократією та верховенством права становлять підвалини європейської цивілізації. Права людини як ідея, доктрина чи правовий інститут виступали актуальним предметом наукового осмислення з часів Арістотеля, Платона, давньогрецької школи «софістів» і до наших часів¹. У сучасній вітчизняній юридичній науці проблематики прав людини так чи інакше торкались роботи всіх її провідних представників². Однак, за відомою логікою «кола пізнання», чим більш докладно та всеосяжно розкривається той чи інший предмет дослідження, тим більше виявляється нових граней проблеми, її нових іпостасей, що вимагають подальшого вивчення. Саме таким актуальним новим напрямом дослідження виступає *доктрина позитивних зобов'язань держави в галузі прав людини*, яка дозволяє переосмислити модель взаємодії людини та держави в сучасних цивілізаційних умовах; віднайти системні зв'язки між правами особи та обсягом і характером обов'язків держа-

¹ Свій помітний внесок у розвиток теорії прав людини зробили праці представників середньовічної і ренесансної думки (Л. Бруні, Н. Макіавеллі, М. Падуанського, У. Оккама, Т. Аквінського); роботи діячів Реформації (Е. Роттердамського, У. Гуттена, Ж. Кальвіна, С. Кастеліо, М. Лютера, У. Цвінглі); твори мислителів-лібералістів (Г. Гроція, Т. Гоббса, Т. Джеферсона, І. Канта, Дж. Локка, Ш. Л. Монтеск'є, Т. Пейна, С. Пуфендорфа, Ж.-Ж. Руссо), в яких концепція прав людини набула класичного вигляду, сучасні дослідження їх ідейно-світоглядних опонентів (Д. Берклі, Р. Філмера, Д. Юма). Важливе значення для розробки теми дослідження мають праці сучасних західних теоретиків філософії права (Ю. Хабермаса, О. Гьофе, Р. Дворкіна, В. Кімліки, Т. Негела, Дж. Ролза, М. Сендела, Ч. Тейлора, Р. Циппеліуса).

² Загальній теорії прав людини та її окремим проблемам були присвячені дослідження М. Антоновича, С. Головатого, О. Данильяна, А. Колодія, М. Козюбри, С. Максимова, О. Мурашина, О. Петришина, С. Погребняка, П. Рабіновича, В. Тація, М. Цвіка, В. Шаповала, С. Шевчука та ін. Значний внесок у розвиток фундаментальних досліджень у галузі прав людини був зроблений Національною академією правових наук України та її структурними підрозділами, серед яких заснована у 1996 р. Львівська лабораторія прав людини під керівництвом академіка НАПрН України П. М. Рабіновича.

ви щодо їх реалізації; установити межу відповідальності держави в разі їх порушення.

Проблема позитивних зобов'язань держави у сфері прав людини є невід'ємною частиною сучасної теорії прав людини та міжнародного, передусім європейського права. Вона становить методологічне підґрунтя сучасного аналізу механізму реалізації основоположних прав людини та входить до усталеного категоріального апарату західної теоретичної та практичної юриспруденції. Причому останніми роками ступінь розробки теорії позитивних зобов'язань держави в галузі прав людини піднявся на якісно новий науковий рівень, про що свідчать ґрунтовні монографічні дослідження, підготовлені визнаними західними правознавцями¹.

У той же час численна вітчизняна бібліографія з прав людини, яка тільки за останні 5 років нараховує близько 2000 джерел², переважно оминає цю засадничу проблему. Винятки становлять лише окремі дослідження провідних вітчизняних фахівців із міжнародного права (М. В. Буроменського, В. Г. Буткевича, В. Н. Денисова, В. І. Євінтова та ін.), оскільки зобов'язання держави в галузі прав людини виступають невід'ємною складовою міжнародних стандартів прав людини, а їх виконання стає предметом розгляду міжнародних судових чи «квазісудових» установ. Л. Г. Гусейнов присвятив проблемам відповідальності держав за порушення міжнародних зобов'язань у галузі прав людини свою докторську дисертацію³, у якій навів розгорнуту наукову класифікацію міжнародних «правозахисних» зобов'язань та

¹ Див.: Xenos D. *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights* / D. Xenos. – Routledge : Routledge Research in Human Rights Law, 2011. – 272 p.; Akandji-Kombe J.-F. *Positive obligations under the European Convention on Human Rights. A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights* / J.-F. Akandji-Kombe. – Council of Europe : Human rights handbooks, 2007. – 68 p.; Mowbray A. *The development of positive obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights (Human Rights Law in Perspective)* / A. Mowbray. – Oxford – Portland Oregon : Hart Publishing, 2004. – 255 p.; Sudre F. *Les «obligations positives» dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme* / F. Sudre // *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, Annue 6, № 23 (1 juillet 1995), 1995. – P. 363–384. Ці та інші наукові праці, присвячені проблемі позитивних зобов'язань держави в галузі прав людини, до сьогодні не перекладено ані українською, ані російською мовами.

² За даними фонду Бібліотеки Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого».

³ Гусейнов Л. Г. *Відповідальність держав за порушення міжнародних зобов'язань у галузі прав людини* : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.11 / Л. Г. Гусейнов ; Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. – К., 2000. – 400 с.

виділив серед їх класифікаційних рядів позитивні й негативні зобов'язання.

Одна з перших у вітчизняній юридичній науці і чи не єдина спроба теоретичного аналізу доктрини позитивних зобов'язань держави в галузі прав людини була здійснена С. В. Шевчуком¹. У цілому не тільки доктрина, а й сама конструкція «позитивні зобов'язання держави» (від англ. positive duties, obligations) залишається маловідомою вітчизняному правознавцю. Отже, ця стаття має за мету актуалізувати новий напрям дослідження у вітчизняній теоретичній юриспруденції; обґрунтувати його наукову та практичну значущість; визначити основний понятійний ряд, різновиди та мету позитивних зобов'язань; окреслити вихідні проблеми, які потребують подальшого вивчення задля формування цілісної доктрини позитивних зобов'язань держави в галузі прав людини та її послідовної інкорпорації в національну правову систему.

У західноєвропейській правовій науці концепція позитивних зобов'язань держави згадується вже у працях кінця ХІХ — початку ХХ ст. Так, класична робота Л. Дюгі «Конституційне право. Загальна теорія держави» (1908 р.) містить окремий підрозділ «Позитивні зобов'язання держави», в якому автор теорії солідаризму вказує, що «крім того, що держава не може вчинювати певних дій, є дії, які вона повинна вчинити; є позитивні зобов'язання, які покладаються на неї; є закони, які вона повинна видавати... Передовсім держава має надати всім безкоштовно мінімум освіти... Держава має видавати закони, які сприяють праці; має забезпечити лікування хворим; засоби для існування особам похилого віку, слабким та невиліковно хворим; і всім, зрештою, мінімум розумової культури, оскільки це виступає першою умовою можливості для кожного розвивати свою розумову та моральну діяльність»².

Викладена позиція наочно характеризує витoki доктрини позитивних зобов'язань держави, яка на етапі свого становлення була обумовлена поділом самих прав людини на негативні та позитивні залежно від механізму реалізації свободи особи та засобів її забезпечення з боку держави. Класична теорія прав людини виходила з того, що *негативні права людини* визначають негативний аспект свободи та охороняють

¹ Шевчук С. Концепція позитивних зобов'язань держави у практиці Європейського суду з прав людини / С. В. Шевчук // Право України. – 2010. – № 2. – С. 55–64.

² Дюгі Л. Конституционное право. Общая теория государства : репр. воспроизведение изд. 1908 г. / Л. Дюги. – Одесса : Юрид. лит., 2005. – С. 906–911.

людину від небажаного втручання з боку держави у сферу її особистих прав і свобод. До них належать більшість громадянських та політичних прав (право на життя, свободу думки, слова, віросповідання, право на недискримінацію, право не піддаватися тортурам, право на мирні зібрання та об'єднання тощо). Негативні права людини передбачають *негативні зобов'язання держави* та її агентів (представників) утримуватися від будь-яких дій, спрямованих на їх порушення або незаконне обмеження.

Позитивні права людини закріплюють позитивний аспект свободи, їх реалізація неможлива без відповідної забезпечувальної діяльності з боку державних інституцій. До них включають соціальні права (які іноді називають соціальні наміри або «соціальні цілі»), економічні та окремі культурні права: право на працю, відпочинок, соціальний захист, охорону здоров'я, гідний рівень життя та ін. Ці права забезпечені *позитивними зобов'язаннями держави*, які в найбільш широкому вигляді передбачають активні дії держави, спрямовані на їх утвердження, захист та сприяння реалізації.

У другій половині ХХ ст. у конституційному праві країн — членів Ради Європи починає розвиватися та поступово стає домінуючим принципово новий підхід до конструкції позитивних зобов'язань держави, які поширюються і на негативні права. Як зазначає С. Шевчук, «цьому також сприяє і суцільна юридизація суспільного життя та вирішення усіх важливих суспільних питань у межах юридичного процесу. Тобто класична ліберальна ідея про те, що негативним правам кореспондує негативний обов'язок держави не заважати в їх реалізації, модифікується позитивним обов'язком держави щодо їх належної реалізації та гарантії»¹.

Найбільш повно цей підхід розроблений у юриспруденції Європейського суду з прав людини (далі — Європейський суд) у результаті тлумачення та застосування ним Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та Протоколів до неї (далі — Європейська конвенція). Європейський суд послідовно розвиває позицію щодо поширення позитивних зобов'язань держави на всі основоположні права, закріплені Європейською конвенцією, які переважно належать до громадянських та політичних прав, тобто є «негативними». У той час, коли негативні зобов'язання держави, які по суті вимагають від держави *не втручатися* у реалізацію прав

¹ Шевчук С. Концепція позитивних обов'язків держави у практиці Європейського суду з прав людини / С. В. Шевчук // Право України. – 2010. – № 2. – С. 57.

людини¹, імпліцитно закладені в самому тексті Європейської конвенції, цього не можна сказати про позитивні зобов'язання. Незначна частина з них прямо впливає з положень Європейської конвенції, однак їх цілісна концепція та механізм дії не виявляв себе аж до кінця 60-х років ХХ ст. Поштовхом до їх розвитку стала Бельгійська мовна справа (англ. — «The Belgian linguistic case»), в якій заявники вимагали від Європейського суду розуміння таких зобов'язань, як «обов'язок зробити що-небудь» («obligations to do something»). З моменту ухвалення цього відомого рішення Європейський суд послідовно розширяв категорію позитивних зобов'язань держави та додавав до неї нові елементи, отже, на сьогодні фактично всі положення, які закладають правозахисні стандарти Європейської конвенції, містять «подвійні» вимоги до держави щодо їх реалізації: негативні та позитивні.

Хоча у практиці Європейського суду не сформульована загальна *дефініція позитивних зобов'язань держави*, вона може бути реконструйована на основі конкретних рішень Суду, які відтворюють цілісне бачення концепції таких зобов'язань. Основною характеристикою позитивних зобов'язань держави виступає те, що по суті вони вимагають від національних органів влади застосувати необхідні засоби для гарантування прав людини, а точніше — вжити прийнятних (розумних) та належних засобів для захисту цих прав².

Такі засоби можуть бути *юридичними*, що має місце тоді, коли на державу покладається обов'язок накласти санкції на осіб, які порушують Європейську конвенцію, або встановити юридичні правила для здійснення певного роду діяльності чи регламентації поведінки певних категорій осіб. Однак позитивні зобов'язання держави можуть включати й *практичні* засоби, оскільки, як зазначив Європейський суд стосовно як негативних, так і позитивних зобов'язань, «фактичні перешкоди можуть порушувати Конвенцію так само, як і юридичні завади». Зокрема, йдеться про обов'язок держави вжити всіх практичних засобів для запобігання вбивству чи нанесенню тілесних ушкоджень особам, які перебувають під вартою, або запобігти само-

¹ Термін «негативне зобов'язання» рідко використовується Європейським судом з прав людини. Замість нього Страсбурзький суд використовує поняття «втручання», яке дещо відрізняється за своїм значенням від конструкції «негативне зобов'язання».

² Akandji-Kombe J.-F. Positive obligations under the European Convention on Human Rights. A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights / J.-F. Akandji-Kombe. – Council of Europe : Human rights handbooks, 2007. – P. 6, 7.

губству засуджених. В окремих випадках позитивні обов'язки держави можуть охоплювати ці обидві категорії заходів (юридичні та фактичні), які має бути вжито для максимально повного гарантування прав людини.

Отже, як вказує М. В. Буроменський, з погляду позитивних зобов'язань держава повинна не тільки володіти законодавством, що найбільш повною мірою забезпечує дотримання конвенційних прав і свобод, але і вживати всіх необхідних заходів для того, щоб воно реально діяло, а не залишалось на папері. Тобто права мають бути забезпечені не тільки *de jure*, але і *de facto*¹. У той же час держава вільна у виборі конкретних заходів, які підлягають застосуванню, щодо повного та ефективного захисту тих чи інших прав людини. Як підкреслює С. В. Шевчук, позитивні зобов'язання держави не можуть тлумачитись як такі, що визначають конкретні засоби чи конкретні дії держави. Єдиним критерієм для визначення того, чи дотримувалась держава в особі її органів влади цього обов'язку, є ефективність її дій у конкретній ситуації².

Повертаючись до дихотомії негативних та позитивних зобов'язань, постає питання, як їх елементи співвідносяться один з одним. На основі практики Європейського суду J.-F. Akandji-Kombe обґрунтовує висновки щодо двох можливих форм взаємодії: перша — коли ці два види зобов'язань принципово відмінні; друга — коли в окремих випадках вони мають схожий підтекст³. У першому випадку, який є домінуючим, позитивні зобов'язання відрізняються від негативних тим, що перші вимагають активного втручання держави в реалізацію прав людини, тоді як другі вимагають від неї утриматись від втручання. У першому випадку порушення прав людини відбуватиметься через відсутність активних дій із боку держави (зокрема, пасивність органів державної влади, які «не зробили всього, що розумно очікувалося від них для запобігання реальній та безпосередній загрозі життю, про яку вони знали чи повинні були знати»⁴), а у другому випадку — в результаті

¹ Буроменский М. В. Обращение в Европейский суд по правам человека (практика Суда и особенности украинского законодательства) [Електронний ресурс] / М. В. Буроменский. – Режим доступу: <http://www.judges.org.ua/seminar9-2.htm>

² Шевчук С. Концепція позитивних обов'язків держави у практиці Європейського суду з прав людини / С. В. Шевчук // Право України. – 2010. – № 2. – С. 59–60.

³ Akandji-Kombe J.-F. Positive obligations under the European Convention on Human Rights. A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights / J.-F. Akandji-Kombe. – Council of Europe : Human rights handbooks, 2007. – P. 10, 11.

⁴ Osman v. United Kingdom (1998).

перешкоджання чи обмеження в реалізації прав людини своїми активними діями.

У той же час в окремих випадках іманентні зв'язки між позитивними та негативними зобов'язаннями держави виключають необхідність їх «точних дефініцій». Наприклад, коли держава вважається винною за розрив сімейних зв'язків у результаті усиновлення через те, що, з одного боку, національне законодавство не забезпечило біологічному батькові достатній захист (тобто вона не виконала своїх позитивних зобов'язань), з другого — держава в особі своїх компетентних органів сама була стороною в юридичній процедурі усиновлення (тобто всупереч своїм негативним зобов'язанням утруtilась у реалізацію права на повагу до сімейного життя).

Серед позитивних зобов'язань держави розрізняють «*субстантивні*» («сутнісні», англ. — «substantive») та *процедурні* зобов'язання держави¹. Критерій, який покладено в основу їх розмежування, полягає в характері дій, що очікуються від держави. Субстантивними є зобов'язання, які вимагають предметних засобів, необхідних для повного володіння та користування гарантованими правами людини, наприклад, закріплення належних правил (інструкцій), які регламентують випадки втручання з боку поліції, забороняють жорстоке поводження чи примусову працю, передбачають належне обладнання закладів пенітенціарної системи та ін. Процедурні зобов'язання держав вимагають від них належної організації національних юридичних процедур із метою кращого захисту осіб, забезпечення достатніх юридичних засобів реагування на випадки порушення прав людини. Ці зобов'язання, зокрема, гарантують проведення ефективного, оперативного та невідкладного розслідування випадків порушення прав людини незалежними компетентними особами².

¹ Akandji-Kombe J.-F. Types of positive obligation: the «procedural» and the «substantive» / J.-F Akandji-Kombe // Positive obligations under the European Convention on Human Rights. A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights. – Council of Europe : Human rights handbooks, 2007. – P. 16–17.

² По суті, окремим видом позитивного зобов'язання є обов'язок держави у разі відповідного звернення особи розглянути питання про те, чи мало місце порушення належних їй прав, гарантованих Конвенцією та Протоколами до неї, а при виявленні такого порушення – виправити його і виплатити особі компенсацію. При цьому порушення може полягати і в невиконанні позитивних зобов'язань щодо здійснення активних дій, без яких користування благом практично неможливе. Проте це зобов'язання держави окремо і прямо гарантовано як самостійне право і його зазвичай не називають позитивним зобов'язанням, хоча фактично воно є таким.

Оскільки концепція позитивних зобов'язань порівняно з класичною ліберальною теорією прав людини приводить до розширення вимог до діяльності держави у сфері правозахисту, надзвичайно важливим видається вивчення питання щодо *нормативної основи позитивних зобов'язань*, у тому числі їх закріплення в тексті Європейської конвенції. Окремі позитивні зобов'язання виводяться з положень деяких статей Європейської конвенції, що містять відповідне право (зокрема, положення щодо охорони законом права кожного на життя (ст. 2 Конвенції), щодо забезпечення умов у місцях позбавлення волі, які не можуть бути нелюдськими (ст. 3 Конвенції), щодо надання безоплатної правової допомоги та безоплатних перекладачів у контексті права на справедливий суд (ст. 6 Конвенції), щодо проведення вільних виборів (ст. 3 Першого Протоколу).

Загальною юридичною підставою позитивних зобов'язань держави в межах європейської системи правозахисту виступає ст. 1 «Зобов'язання поважати права людини» Європейської конвенції, в якій прямо вказується, що держави гарантують кожному, хто перебуває під їхньою юрисдикцією, права і свободи, передбачені Конвенцією. Практика Європейського суду свідчить, що ця стаття виступає не просто «наріжним каменем» всієї конвенціональної системи, а самостійним джерелом загальних зобов'язань держави в галузі прав людини, у тому числі юридичною підставою позитивних зобов'язань. Слід також відзначити сучасну тенденцію щодо виведення позитивних зобов'язань із «комбінації» конкретних правозахисних положень Європейської конвенції та загального принципу «верховенства права» («держави, керованої верховенством права»), який Європейський суд розглядає як «один з основоположних принципів демократичного суспільства», природно властивий усім статтям Конвенції.

Ґрунтуючись на конкретних положеннях Європейської конвенції або їх комбінації з положеннями ст. 1 Конвенції чи загальними принципами європейського права, усі позитивні зобов'язання держави мають однакову *мету* — ефективне застосування Європейської конвенції та, в цілому, *ефективність прав, які вона гарантує*. Кращою ілюстрацією такого підходу до сьогодні залишається рішення у справі *Airey v. Ireland* (1979), де Європейський суд виклав відому правову позицію, що «*Конвенція прагне гарантувати не права, які є теоретич-*

ними чи ілюзорними, а права, які є практичними та ефективними» (курсив наш. — Г. Х.). Отже, недостатньо самого факту існування юридичних засобів забезпечення та захисту прав людини, необхідно, щоб вони реально та успішно використовувались, на що й спрямована доктрина позитивних зобов'язань держави.

На окрему увагу заслуговує також проблема позитивних зобов'язань держави в аспекті «горизонтальної дії» прав людини. Сучасна українська наука нерідко ігнорує той факт, що у класичній доктрині природного права сама категорія «права людини» лежить у площині взаємодії особи та держави¹, і саме через позитивні зобов'язання держави щодо забезпечення реалізації прав людини та основоположних свобод у відносинах між приватними особами (так звана доктрина «Drittwirkung») проблематика прав людини ретранслюється у горизонтальні стосунки між індивідами та їх об'єднаннями.

Отже, у сучасному європейському праві та практиці Європейського суду докладно розроблена концепція позитивних зобов'язань держави, спрямованих на сприяння реалізації та забезпечення ефективного механізму юридичного, передусім судового захисту основоположних прав людини, а також запобігання їх порушенням із боку третіх осіб. Саме виконання (невиконання) державою своїх позитивних зобов'язань у випадках порушення того чи іншого права, передбаченого Європейською конвенцією, переважно виступає предметом розгляду цієї міжнародної судової установи. Неналежна обізнаність щодо основних концепцій, якими оперує європейське право, є одним із вагомих факторів, що обумовлює факт входження України до країн-лідерів за кількістю звернень її громадян до Європейського суду. У той же час, оскільки Законом України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23 лютого 2006 р. № 3477-IV практику Європейського суду віднесено до джерел права України, ця конструкція *де-факто* є частиною українського правопорядку. Це доводить нагальну потребу комплексного загальнотеоретичного дослідження доктрини позитивних зобов'язань держави у сфері

¹ Докладніше див.: Шевчук С. Концепція позитивних обов'язків держави у практиці Європейського суду з прав людини / С. В. Шевчук // Право України. – 2010. – № 2. – С. 55–57; Akandji-Kombe J.-F. Positive obligations under the European Convention on Human Rights. A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights / J.-F. Akandji-Kombe. – Council of Europe : Human rights handbooks, 2007. – P. 14–16.

прав людини та її послідовного впровадження в національну правову систему.

Важливим напрямом сучасних загальнотеоретичних досліджень має стати системний теоретико-історичний аналіз доктрини зобов'язань держави в галузі прав людини, вивчення їх сутності, видів та методологічних підстав у межах сучасної парадигми праворозуміння. Це дозволить: розробити *цілісну доктрину позитивних зобов'язань держави в галузі прав людини*, розкрити її витoki, передумови, нормативне підґрунтя, а також принципи, що обумовлюють зміст таких зобов'язань; здійснити їх типологію, визначити межі позитивних зобов'язань держави, виокремити суб'єктів їх реалізації та шляхи контролю за їх здійсненням. Більше того, актуальність таких наукових доробок обумовлена не лише відсутністю належної уваги до конструкції «позитивних зобов'язань держави» у національній юридичній науці та практиці правозахисту. Вона також пов'язана з казуїстичністю та недостатньою систематизованістю цієї доктрини в західній теорії права, що частково пояснюється її формуванням у зв'язку з розглядом розмаїття конкретних випадків порушення прав людини. Отже, комплексне загальнотеоретичне дослідження доктрини позитивних зобов'язань держави у галузі прав людини може стати певним внеском в європейську правову думку¹.

Одним із ключових напрямів досліджуваної проблематики має стати кореляція між позитивними зобов'язаннями держави та окремими видами (групами) прав людини, виокремленими за різними класифікаційними критеріями. Інтегративна функція загальнотеоретичних наукових досліджень зможе найбільш повно проявити себе при узагальненні та систематизації змісту позитивних зобов'язань держави щодо основоположних прав людини у світлі практики Європейського суду (права на життя, заборони катування, рабства і примусової праці, права на свободу та особисту недоторканність, на повагу до приватного і сімейного життя, свободи думки, совісті і релігії, вираження поглядів, зібрань та об'єднання, права безперешкодно володіти своїм

¹ Збагаченню вітчизняної юридичної науки сприятиме також вивчення релевантних доктрин державного гарантування прав людини, що склалися в західній юриспруденції та міжнародному праві (доктрин «Due Diligence Obligation» – міжнародно-правова доктрина «належного», «сумлінного» виконання державою зобов'язань у галузі прав людини; «Due Process» – американська доктрина «належної правової процедури» та ін.) та пошук їх кореляції з правовими інститутами, що склалися в межах національної правової традиції.

майном, права на вільні вибори, на освіту, заборони дискримінації)¹. Унікальна практична значущість таких досліджень полягає в тому, що вони здатні забезпечити «предметність» діяльності держави в галузі прав людини та дозволяють перейти до сприйняття прав людини як юридичної категорії, забезпеченої ефективними засобами юридичного захисту, а не утопічної максими індивідуального блага, яка має, скоріше, історико-культурну, ніж інструментальну цінність.

Отримані в результаті дослідження проблеми позитивних зобов'язань держави у сфері прав людини висновки дадуть змогу розробити систему індикаторів моніторингу виконання Україною таких зобов'язань, що можуть бути покладені в основу формування та оцінки ефективності державної політики України в цій галузі. Практична значущість напрацювань таких досліджень полягатиме також у можливості їх використання при проведенні правової експертизи проектів нормативно-правових актів у галузі прав людини, виконанні Україною рекомендацій Комітету міністрів Ради Європи, зокрема Рекомендації № Rec(2004)5 щодо перевірки законопроектів, існуючих законів та адміністративної практики на відповідність стандартам, викладеним у Європейській конвенції з прав людини, та Рекомендації № Rec(2004)6 щодо вдосконалення національних засобів правового захисту, ухвалених 12 травня 2004 р.

Нарешті, розробка доктрини позитивних зобов'язань держави у сфері прав людини дозволить визначити основні шляхи її впровадження на різних щаблях правової системи України: на рівні її інкорпорації в Конституцію України та чинне законодавство, інтеграції в національну юридичну науку та освіту², у практичну діяльність органів публічної влади, передусім практику здійснення правосуддя судами загальної та конституційної юрисдикції.

¹ Див. відповідні дослідження на сайті INTERRIGHTS: INTERRIGHTS Manuals for Lawyers. – Режим доступу: <http://www.interrights.org/lawyers-manuals/index.html>

² Зокрема, при розробці та запровадженні в систему вищої юридичної освіти нормативної навчальної дисципліни «Теорія прав людини». Тим більше, що питання про позитивні та негативні зобов'язання держави на сьогодні включено в Програму анонімного тестування (іспиту) кандидатів на посаду судді на виявлення рівня загальних теоретичних знань у галузі права (затверджена рішенням Вищої кваліфікаційної комісії суддів України від 26 березня 2012 р.) та Програму письмового анонімного тестування кандидатів на посаду судді на виявлення належних теоретичних знань та рівня професійної підготовки на стадії проведення кваліфікаційного іспиту (затверджена рішенням Вищої кваліфікаційної комісії суддів України від 2 червня 2011 р.).

Христовая А. Позитивные обязательства государства в сфере прав человека как новое направление исследования в отечественной теоретической юриспруденции

В статье актуализирована проблематика позитивных обязательств государства как нового направления исследования в отечественной теоретической юридической науке, обоснована его научная и практическая значимость, определены основной понятийный ряд, виды и нормативные основания таких обязательств. Также указаны основные проблемы, которые требуют изучения в целях формирования целостной доктрины позитивных обязательств государства в сфере прав человека и её последовательной инкорпорации в национальную правовую систему.

Ключевые слова: доктрина, негативные и позитивные обязательства государства, права человека, Конвенция о защите прав человека и основоположных свобод, практика Европейского суда по правам человека.

Khrystova G. Positive obligations of the state in the field of human rights as a new research trend in the national theoretical jurisprudence

The article is aimed at actualization of the concept of positive obligations of the state as a new research direction in the national theoretical legal science; justification of its scientific and practical meaning; definition of basic notions, types and legal ground of such obligations. Basic problems required to be the subject of study for the purpose of development of integral doctrine of positive obligations of the state in the field of human rights and its successive incorporation in the national legal system are also indicated.

Keywords: doctrine, negative and positive obligations of the state, human rights, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, case-law of the European Court of Human Rights.

УДК 340.114

Д. Вовк, кандидат юридичних наук, Національний університет «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Правова традиція: розуміння у контексті співвідношення з правовою системою і правовою культурою

Правова традиція (або традиція у праві) є однією з найбільш складних для розуміння юридичних категорій. Попри значну поширеність у літературі¹ уявлення про змістовне наповнення правової традиції, форми її прояву, співвідношення з іншими правовими явищами залишається, на наш погляд, досить фрагментарним. Варто лише згадати, що роботи, безпосередньо присвячені аналізу даної проблеми (передусім праці Г. Гленна, Ю. Оборотова, Ю. Лободи, М. Мірошніченко, К. Арановського, Т. Козлова, С. Павлова), містять вельми різне трактування природи правової традиції та її ролі у правовій системі. Якоюсь мірою це пояснюється багатогранністю і поліструктурністю самої правової традиції, що значно ускладнює спроби охопити всі прояви й аспекти її буття. Однак, здається, що подібна ситуація пояснюється також і методологічною неупорядкованістю досліджень у цій сфері, передусім зумовленою недостатньою коректністю визначення властивостей будь-яких суспільних (зокрема, і правових) традицій.

У той же час немає сумнівів, що правова традиція посідає центральне місце у характеристиці права як цивілізаційного явища і складової культури певного соціуму. Зокрема, саме через категорію «традиція» можна дослідити вплив трьох, очевидно, головних чинників розвитку

¹ Наведемо лише декілька прикладів юридичних розвідок, де термін «традиція» вживається не лише у тексті, але й у назві: Шевчук С. Судовий захист прав людини: Практика Європейського Суду з прав людини у контексті західної правової традиції / С. Шевчук. – Вид. 3-тє. – К. : Реферат, 2010. – 848 с.; Вишне夫斯基 А. А. Каноническое право. Древняя церковь и Западная традиция. – М. : Ин-т философии, теологии и истории Святого Фомы, 2006. – 276 с.; Дудченко В. В. Традиція правового розвитку: плюралізм правових вчень : монографія / В. В. Дудченко. – Одеса : Юрид. літ., 2006. – 304 с.; Бекленищева И. В. Гражданско-правовой договор: классическая традиция и современные тенденции / И. В. Бекленищева. – М. : Статут, 2006. – 204 с.; Харитонов О. І. Порівняльне право Європи: основи порівняльного правознавства. Європейські традиції / О. І. Харитонов, Є. В. Харитонов. – Х. : Одіссей, 2002. – 592 с. та ін.

західного права — християнства, грецької філософії і римського приватного права. Усе це зумовлює потребу подальшого осмислення правової традиції, що становить мету даної статті.

Як уже зазначалося, наявні у літературі підходи до розуміння правової традиції дуже різноманітні. Ю. Оборотов вважає, що правова традиція становить зв'язок часів, соціальне (правове) спадкування¹. Ю. Лобода розуміє правову традицію як закономірності розвитку сфери правового буття суспільства і одночасно принцип, ідею і тенденцію розвитку правової складової соціальної організації². Г. Гленн ототожнює правову традицію з правовою системою, розглянутою в історичному розвитку. Зрозуміти традицію, на його думку, — це ніби переглянути фільм, тоді як зрозуміти сучасну правову систему означає побачити кадр цього фільму³. Наведені думки демонструють, по-перше, достатню важкість теоретичного визначення правової традиції як правового феномену, велику абстрактність, схематичність і навіть метафоричність спроб запропонувати таке визначення (вирази «зв'язок часів», «ідея», «принцип», «культура» залишають великий простір для їх інтерпретації), а по-друге, доводять, що правова традиція не усвідомлюється як певна сутність⁴, її осмислення може бути сутнісним, тільки коли здійснюється через аналіз джерел конкретної традиції (наприклад, різних компонентів християнської релігії як джерела християнської правової традиції) та ролі такої традиції у правовій системі⁵ або її елементах.

¹ Оборотов Ю. М. Традиції і новації у правовому розвитку : монографія / Ю. М. Оборотов. – О. : Юрид. літ., 2001. – С. 61.

² Лобода Ю. П. Правова традиція українського народу (Феномен та об'єкт загальнотеоретичного дискурсу) / Ю. П. Лобода. – Л. : Світ, 2009. – С. 87.

³ Glenn H. P. Doin' the Transsystemic: Legal Systems and Legal Traditions / H. Patrick Glenn // McGill L.J. – 2005. – Vol. 50. – P. 873.

⁴ Саме із цим пов'язані постійні і, на нашу думку, непродуктивні пошуки поняття, через яке б визначалась суть правової традиції, що зазвичай закінчується виробленням чергової метафори на кшталт «зв'язок часів», «правова пам'ять», «перегляд фільму» тощо.

⁵ Тут і далі правова система розуміється як найбільш широка правова категорія, яка охоплює всі правові явища, що існують у межах певного суспільства. Хоча у сучасній літературі такий підхід ставиться під сумнів (див., напр.: Рабінович П. Соціально-природна правова система суспільства (спроба загальнотеоретичної характеристики) / П. Рабінович // Право України. – 2012. – № 1–2. – С. 64), а також пропонуються інші варіанти для позначення правової сфери у цілому (правова дійсність (С. Алексеев), правова реальність (С. Максимов) та ін.), однак ми використовуємо саме категорію «правова система», зокрема, і через її узвичаєність для вітчизняної науки.

Правовій системі, як і кожній соціальній системі, властива історичність. Історичність права означає не просто наявність правового минулого, на яке спирається право сьогоденне або через яке ми можемо краще зрозуміти сучасний етап буття права. А. Турен із цього приводу пише, що історичність — це не сукупність цінностей, міцно закорінених безпосередньо у центрі суспільства; вона постає як сукупність інструментів, культурних орієнтацій (цей перелік механізмів історичного впливу можна продовжити — міфи, віра, ідеї, концепти тощо), за допомогою яких сформувалися форми соціальної практики¹, у тому числі і право. Історичність постійно творить сучасне право, визначає його зміст і майбутнє. Е. Фромм, описуючи зв'язки людини з її минулим, вказував, що «ми є минулим і можемо сказати: «Я — це те, чим я був»². Таке бачення можна екстраполювати і на право як продукт людських відносин. Правова система вбудована у свою історію і історію суспільства у цілому. Це не означає, що вектор правового розвитку, колись заданий, залишається сталим і незмінним, не зумовлює жорсткої детермінованості права історичним минулим, назавжди зафіксованими світоглядними чи культурними домінантами соціуму, але дозволяє констатувати, що право живе і прогресує у своїй історії, спирається на досвід минулих поколінь (або розуміння цього досвіду), заперечуючи, трансформуючи, підтримуючи його.

Історичність правової системи, яка охоплює і світ правових ідей, і світ матеріального буття права, на більш конкретному рівні проявляється у вигляді правових традицій, що у матеріальному аспекті зумовлюють особливості існування якогось правового явища чи правової системи у цілому, а в ідеальному — визначають особливості пізнання і розуміння права, зокрема, і його цінності для кожного конкретного суспільства або цивілізації. Інакше кажучи, правова традиція — це поняття, яке характеризує специфічність ідеального і матеріального буття права у контексті уявлення про історичний розвиток самого права або явищ, що на нього впливають. Підкреслимо, традиція — це не самі правові явища, а категорія, яка пояснює їх своєрідність, особливість з огляду на історію їх виникнення і розвит-

¹ Турен А. Повернення дівця / А. Турен ; пер. з фр. О. Гуджен, О. Подемченко, Т. Шваб. – К. : Альтерпрес, 2003. – С. 19.

² Фромм Е. Мати чи бути / Е. Фромм ; пер. з англ. О. Михайлової та А. Буряка. – К. : Укр. письм., 2010. – С. 140.

ку. Дослідження правових традицій дає можливість побачити, чому у суспільстві або групі суспільств, об'єднаних у цивілізацію, сформувався саме такий образ права, таке суспільне значення права, така правова система, і тим самим відображає динаміку історичного буття правової системи, формування й реалізацію правових норм, пізнання права суб'єктом права, відтворення правових приписів у вигляді правової поведінки тощо.

Слід також враховувати, що правова система є системою відкритою (такою, що взаємодіє з оточенням і обмінюється з ним інформацією) і реактивною (такою, чиє функціонування визначається переважно зовнішніми факторами¹). Це означає, що, поперше, правові традиції виникають під впливом історії розвитку або самого права (внутрішньоправові традиції), або явищ, які на нього впливають (зовнішні традиції), а по-друге, що традиційність у праві за своїм походженням має переважно зовнішній характер. При цьому, звичайно, чітко відмежувати зовнішні і внутрішні правові традиції неможливо. Наприклад, традиції у сфері юридичної освіти у країнах загального і цивільного права (відповідно моделі правничих шкіл і університетської освіти) є внутрішньоправовими, але їх виникнення пояснюється, зокрема, і не правовими чинниками, значенням богослов'я у розвитку юриспруденції як окремої сфери знань, становленням системи освіти в Англії і на континенті тощо.

Наведене розуміння правової традиції дає можливість відмежувати правову традицію від правової культури. Культура, як зазначав Й. Гейзінга, є абстракцією, наданою для позначення історичної дійсності², тобто, у нашому випадку, певного рівня розвитку правової системи. У цьому сенсі правова традиція і правова культура є близькими категоріями, які відображають сучасний стан правової системи як підсумок поступового накопичення правового досвіду у суспільстві. Але якщо культура відображає саме цей стан розвитку, то традиція дає уявлення про шляхи і джерела формування цього стану. Іншими словами, якщо культура відповідає на питання «що?» (правова система у своєму особ-

¹ Прангишвили И. В. Системный подход и общесистемные закономерности / И. В. Прангишвили. – М. : СИНТЕК, 2000. – С. 53–54.

² Хейзінга Й. Тени завтрашнього дня. Человек и культура. Затемненный мир : эссе / Й. Хейзінга ; сост., пер. с нидерл. и предисл. Д. Сильвестрова ; коммент. Д. Харитоновича. – СПб. : Изд-во Ивана Лимбаха, 2010. – С. 215.

ливому способі існування), то правова традиція відповідає на питання «як?» або «чому?» цей спосіб існування є саме таким¹.

Тут, однак, потрібно враховувати певний нюанс. Правова культура є «усім позитивним, що створено людством у правовій сфері»².

¹ Схожої думки дотримується російський культуролог і етнограф К. Чистов, який зазначає, що терміни «культура» і «традиція» у певному теоретичному аспекті синонімічні або майже синонімічні. Термін «культура» виражає сам феномен, а «традиція» – механізм його формування, трансмісії і функціонування (Чистов К. В. Фольклор, текст, традиція : сб. ст. / К. В. Чистов. – М. : ОГИ, 2005. – С. 106). Щось подібне ми бачимо у Х. Арендт, яка використовує поняття «прихована “традиція”» для позначення специфіки розвитку єврейської літератури письменниками – євреями за походженням, які асимілювалися у неєврейських суспільствах. Прихованість традиції тут означає, що ці письменники не позиціонують себе як представників саме єврейської літератури (див.: Арендт Х. Скрытая традиция : эссе / Х. Арендт ; пер. с нем. и англ. Т. Набатниковой, А. Шибаровой, Т. Мовниной. – М. : Текст, 2008. – С. 57–91).

² Правосвідомість і правова культура як базові чинники державотворчого процесу в Україні : монографія / Л. М. Герасіна, О. Г. Данильян, О. П. Дзьобань. – Х. : Право, 2009. – С. 11. Ми усвідомлюємо, що приведені розуміння культури є достатньо консервативним і таким, що часто критикується сучасними філософами і культурологами. Дійсно, ситуація постмодерну, яка розмила та релятивізувала критерії етичного або естетичного, зумовлює потребу відмовитися від будь-яких оцінок (і, відповідно, виокремлення позитивних і «непозитивних», негативних явищ) при визначенні культури. Таке бачення до певної міри теж є традицією і у модернізованому вигляді повертає нас до більш давнього сприйняття культури як перетвореної природи. У мистецтві даний підхід є допустимим і виправданим (згадаємо інсталяції Д. Ёрста, які нівелюють будь-які уявлення про естетику), він не лише не руйнує саме мистецтво, а рухає його уперед, відкриваючи для митців і глядачів нові горизонти. Однак, думається, що мистецький світ і деонтологічний світ права все ж таки розвиваються за різними законами. Стирання кордонів між правомірним і протиправним (а саме це впливає з безоцінного сприйняття правової культури) матиме наслідком розрив права як нормативного регулятора зі своєю основою – справедливістю та його остаточну етичну релятивізацію («отруйну бактерію сучасного права» за словами П. Сорокіна). За відсутності етичного або етично-релігійного підґрунтя право, яке, за великим рахунком, не має власної, позаморальної цінності або зникне як суспільний феномен (як у стародавньому Римі, де право і державність почали руйнуватися саме через смерть римської релігії та імморалізацію суспільства), або трансформується у державне свавілля (якщо не має критерію оцінки, то будь-який найбезглуздіший або найжорстокіший державний припис є такою ж правовою нормою, як і основоположне право людини). Відповідно етичний критерій (у першу чергу, конкретно історичне розуміння справедливості) є обов'язковою умовою буття права. Правовими явищами суспільства, які разом утворюють правову культуру, є ті, що відповідають цьому критерію, явища, що суперечать цьому критерію, не мають правового (у сенсі правого, справедливого) характеру і не становлять правову (у сенсі таку, що відноситься до права) культуру. Ці явища можуть бути позначені як антиправова культура чи контркультура у сфері правового регулювання.

Позитивність у цьому випадку означає, що правова культура не охоплює юридичні явища антиправового характеру (деформації правосвідомості, протиправну поведінку, неправові закони тощо). У свою чергу, правова традиція ж, як функціональна категорія, що виражає специфічність буття правової системи, може бути причиною і поясненням існування також і дефектів у праві, негативних властивостей, явищ і тенденцій у правовому розвитку¹. Думка С. Бондиревої та Д. Колесова про те, що традиційним стає тільки те, що об'єктивно працює на ефективність суспільства², виглядає не досить переконливою. Наприклад, багатьом пострадянським країнам властивий високий рівень правого нігілізму, що, поряд з іншими чинниками, є результатом традиційно зовнішньо лояльного і внутрішньо ворожого ставлення суб'єктів права до публічної влади та її юридичних рішень. Причому ця традиція має як політичний характер і зумовлена розвитком відносин «людина – держава» у дорадянський і радянський періоди, так і релігійне (умовно «русько-православне», якщо йдеться про Україну, Білорусь, Росію) забарвлення, викликане безоцінним ставленням до держави, що культивується відповідними православними церквами.

Через дослідження правових традицій і правової культури досягається розуміння реального впливу права на життя соціуму, його розвитку не лише на рівні системи позитивного права чи академічних теорій і вчень, але й у вигляді відповідних моделей правової поведінки, укорінених у свідомості індивідів і різноманітних спільнот. Правова культура і правові традиції, що «супроводжують» культуру, у першу чергу, відображають дію, «практику» правового регулятора, його генезу і життя як прояв людської активності, форму людських відносин.

¹ Цим зумовлена і різна емоційна забарвленість використання понять «традиція», «традиційне». Англійський критик і поет-модерніст Т. Елліот у відомому есе «Традиція і індивідуальний талант» констатував, що посилання на традиційність певного твору використовується і для того, щоб заохотити автора цього твору, і для того, щоб його принизити (Елліот Т. С. Традиция и индивидуальный талант / Т. С. Эллиот // Зарубежная эстетика и теория литературы XIX–XX вв. : трактаты, статьи, эссе / сост., общ. ред. и вступ. ст. Г. К. Косикова. – М. : Изд-во Моск. ун-та, 1987 – С. 169). Д. Донцов на різних прикладах показував, як через посилання на традиції (історичні, політичні, соціальні) можна обстоювати цілком протилежні погляди на вирішення питань майбутнього України й української державності (Донцов Д. Де шукати наших історичних традицій; Дух нашої давнини / Д. Донцов. – К. : МАУП, 2005. – С. 28–32).

² Бондырева С. К. Традиции: стабильность и преемственность в жизни общества : учеб. пособ. / С. К. Бондырева, Д. В. Колесов. – М. : Изд-во МПСИ; Воронеж: Изд-во НПО «МОДЭК», 2004. – С. 15.

Як писав М. Мамардашвілі, культура як така — це здатність практикувати складність і розмаїття життя; саме практика, а не знання є основним для розуміння культури¹.

Запропоноване бачення правової традиції дозволяє артикулювати низку смислових акцентів у її розумінні.

Уже зазначалося, що правову традицію не слід сприймати як категорію, що виражає минуле права і у цьому сенсі опонує змінам, прогресу, новаціям. Це розуміння традиції, що зароджується у Новому часі² як наслідок заміни середньовічного бачення циклічності історії на розуміння історії як прогресу, лінійного або нелінійного «руху уперед», є не більше ніж міфологемою. Дослідники матеріальної історії, історії ідей або етичної історії³ об'єднують категорією «традиція» певний етап чи етапи історичного минулого (іноді — достатньо різні, як наприклад, середньовіччя й антична доба), що протиставляється модерну і постмодерну як сучасності. Наприклад, Е. Тугенгат вказує, що перехід до демократії (сучасного стану західної державності — Д. В.) відбувається, коли легітимність політичної влади перестає бути заданою індивіду традицією (це, відповідно, етап традиційної державності — Д. В.) і починає відбудовуватися на волі самих індивідів⁴. Однак і кожен із цих періодів («традиція», модерн, постмодерн) сам по собі є традицією, що розвивається у своїй історії. За своєю роллю у правовій системі середньовічні правові традиції (наприклад, феодална традиція нерівності суб'єктів права) нічим не відрізняються від ліберальних правових традицій модерну чи постмодерну, а отже два останні етапи є не менш традиційними, ніж сам період традиційного

¹ Мамардашвили М. К. Сознание и цивилизация / М. К. Мамардашвили. – СПб. : Азбука, Азбука-Аттикус, 2011. – С. 29.

² Наприклад, Е. Берк закликав при вирішенні конфлікту між Британською імперією і північноамериканськими колоніями повернутися до традиційних «стародавніх чесних юридичних принципів і установ», які англійським філософом протиставлялись новим ініціативам корони у цій сфері (Берк Э. Правление, политика и общество : сб. / Э. Берк ; пер. с англ., сост. Л. Полякова. – М. : КАНОН-пресс-Ц, «Кучково поле», 2001. – С. 143), А. де Токвіль розглядав традицію (давній порядок) як опозицію змінам (революції) (Токвиль А. де. Давній порядок і революція / А. де Токвіль ; пер. з фр. Г. Філіпчук. – К. : Юніверс, 2000. – С. 135).

³ Див.: Башлер Ж. Нарис загальної історії / Ж. Башлер ; пер. з фр. Є. Марічева. – К. : Ніка-Центр, 2005. – С. 89 і далі; Беляева Е. В. Метаморфозы нравственности: динамика исторических систем нравственности / Е. В. Беляева. – Минск: Экономпресс, 2007. – С. 118 и далее.

⁴ Філософія прав людини / за ред. Ш. Гюсепата та Г. Ломана; пер. з нім. О. Юдіна та Л. Доронічевої. – К. : Ніка-Центр, 2008. – С. 50.

права. Інша справа, що, повертаючись до прикладу Е. Тугенгата, зміст традицій легітимації державної влади і відповідних правових процедур на кожному з названих етапів може суттєво відрізнятися, але функціонально вони залишаються саме традиціями, які у певний момент зародились як новації у соціальному регулюванні і, закріпившись у суспільній практиці, набули характеру традицій. Інакше кажучи, у даному випадку відбувається не руйнація традиції як чинника легітимації влади, а заміна однієї традиції, у силу якої влада легітимується через свою багатовікову, божественну, звичаєву і т. п. встановленість, на іншу традицію, унаслідок якої влада легітимується через виборчі правові процедури прояву волі індивіда у демократичному суспільстві. Остання традиція обумовлює готовність індивідів брати участь у політичному житті, їх здатність робити вільний вибір (реалізувати активне виборче право) та захищати його. І, більше того, саме такі процедури поза згаданою традицією (тобто не підкріплені власною історією розвитку, не занурені у неї) можуть призводити до маніпулювання вибором населення, спотворення процесу легітимації політичної влади, вихолощування його змісту, що досить яскраво помітно у державах так званих «молодих» демократій.

Правова традиція як специфіка існування правової системи чи окремих її елементів не є також правовою пам'яттю¹. А. Ассман вказує, що пам'ять «звернена в минуле, вона йде забутими слідами й реконструює свідчення, важливі для сучасності»². Зв'язок традиції з пам'яттю не викликає заперечень, однак їх ототожнення виглядає не зовсім коректним.

По-перше, зверненість у минуле сама по собі не становить традицію. Вона є швидше однією з передумов, чому розвиток людини або будь-яких людських (соціальних) інститутів є історичним, а на більш конкретному рівні таким, що пронизується традиціями. Через пам'ятання минулого досягається ситуація, коли воно (минуле) творить сьогодення.

По-друге, очевидно дуже важко (і чи можливо взагалі?) виокремити саме правову пам'ять суспільства чи індивіда. Наприклад, велика

¹ Розуміння правової традиції як правової пам'яті присутнє у роботах С. Павлова (Павлов С. С. Правові традиції України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 – теорія та історія держави і права, історія політичних і правових учень / С. С. Павлов. – О., 2010. – С. 6).

² Ассман А. Простори спогаду. Форми трансформації культурної пам'яті / А. Ассман ; пер. з нім. К. Дмитренко, Л. Доронічева, О. Юдін. – К. : Ніка-Центр, 2012. – С. 55.

дискреційність повноважень органів державної (зокрема, виконавчої) влади у правовій системі Китаю очевидно спирається не на особливості історичного розвитку права цих держав, а на їх політичну (а глибше — філософсько-етичну або релігійну) історію, де домінує уявлення про державну владу як продовження влади батька, якій потрібно користися, а не розмірковувати щодо її доцільності чи корисності. Відповідно згадана правова традиція швидше апелює до політичної чи етичної, ніж правової пам'яті.

По-третє, безпосередній процес пам'ятання, тобто звернення до минулого і його реконструкції, далеко не завжди має місце при відтворенні певної традиції. Наприклад, традиція правового регулювання країн Заходу, яка зумовлює високу значущість права, розвиненість правових інститутів, активне звернення суб'єктів до правових механізмів захисту прав, не відтворюється за допомогою пам'ятання минулого, хоча, безсумнівно, пояснюється саме історією західного права і західного світу у цілому.

Відповідно правова традиція виражає не минуле права або пам'ять про це минуле, а його сьогодення, що розуміється у його зв'язках зі своїм минулим, з історією. Ключовим тут є слово «розуміється», адже говорячи про традиції ми часто маємо на увазі не саме пройдешне, а уявлення про нього. Можна сказати, що правова традиція виступає одночасно і «луною минулого» (так традицію визначав Г. Гадамер¹), і «зануренням у віковічну імлу» (порівняння Е. Гіденса²), тобто традиція виражає зв'язок з минулим, відчутим і інтерпретованим певним суб'єктом сучасності. Я. Пелікан при описанні християнської традиції вказує, що він намагався осмислити не те, що відбувалося у минулому, а як минуле розумілось у наступних століттях³, що власне і становить традицію. Щоб зрозуміти це, достатньо згадати, що традиційне для європейських країн визнання свободи совісті й автономності держави і церкви народжується із вельми суперечливих процесів, які аж ніяк не сприймалися їх учасниками як встановлення автономії і тим більше релігійної свободи (папська революція Григорія VII, секуляризація

¹ Цит. за: Негус К. Креативность. Коммуникация и культурные ценности / К. Негус, М. Пикеринг ; пер. с англ. О. В. Свинченко. – Х. : Изд-во Гуманитарный центр, 2011. – С. 205.

² Гіденс Е. Нестримний світ: як глобалізація перетворює наше життя / Е. Гіденс ; пер. з англ. Н. П. Поліщук. – К. : Альтерпрес, 2004. – С. 32.

³ Пелікан Я. Християнська традиція: історія розвитку вероучення / Я. Пелікан. – Т. 2 : Дух восточного християнства (600–1700) ; пер. с англ. ; под ред. А. Кырлежева. – М. : Культ. центр «Духовная библиотека», 2009. – С. IX.

церковного майна, Реформація тощо) і такими по суті не були. Так само і говорячи про традицію римського приватного права у сучасному праві, ми маємо на увазі не стільки власне норми і доктрину, які діяли у Стародавньому Римі, скільки інтерпретації римського права у *Corpus juris civilis*, а ще більше — у працях глосаторів, постглосаторів та гуманістів.

У контексті розуміння правової традиції важливим також є її зв'язок з наступністю у праві. Остання полягає у збереженні і відтворенні у праві нормативних, ідеологічних, поведінкових, інституційних компонентів, що виникли на попередніх етапах розвитку правової системи. В літературі питання співвідношення наступності і традиції вирішується по-різному. А. Данилова використовує ці поняття як синонімічні¹. С. Бондирева і Д. Колесов вважають, що традиція і наступність — це явища одного порядку, які відрізняються за часовою ознакою; наступність має місце, коли акцептується певний досвід у межах одного покоління, тоді як традиція зумовлює, що такий досвід передається між поколіннями². На думку Ю. Оборотова, традиція передає естафету існуванню, а наступність виступає як ствердження того, що ця естафета буде прийнята³. Н. Неновські виходить із того, що наступність забезпечується традиціями у правотворчості і правозастосуванні⁴. Не заглиблюючись у це питання, зазначимо, що за наведеного у цій статті розуміння правової традиції останній підхід видається найбільш переконливим. Той факт, що право вбудоване у свою історію, розвивається, спираючись або відштовхуючись від свого минулого (історичність права, яка проявляється у вигляді правових традицій), тягне за собою постійне або достатньо довге збереження у праві певних нормативних конструкцій, властивостей правосвідомості, моделей поведінки тощо, які сформувалися раніше, а отже, зумовлює наступність як характеристику правової системи.

Підбиваючи підсумок, відмітимо, що у межах цієї статті нами, звичайно, не охоплена вся проблематика дослідження правової тради-

¹ Данилова А. В. Своеобразие интерпретации категории «традиция» в эстетической теории и практике постмодернизма (на материалах творчества Э. Денисова) : дис. ... канд. философ. наук.: 09.00.04 – эстетика / А. В. Данилова; Владимир. гос. гуманитар. ун-т. – Владимир, 2009. – С. 20.

² Бондырева С. К. Традиции: стабильность и преемственность в жизни общества. – С. 10.

³ Оборотов Ю. М. Традиції і новації у правовому розвитку. – С. 61.

⁴ Неновски Н. Преемственность в праве / Н. Неновски ; пер. с болг. В. М. Сафонов ; общ. ред. Ю. С. Завьялова. – М. : Юрид. лит., 1977. – С. 10.

ції (зокрема, поза увагою залишились питання структури правової традиції, її проявів тощо). Усі ці питання можуть бути предметом подальших наукових пошуків, у тому числі із використанням наведеного розуміння правової традиції та її співвідношення з правовою системою і культурою.

Вовк Д. Правовая традиция: понимание в контексте соотношения с правовой системой и правовой культурой

Статья посвящена анализу правовой традиции как правового феномена. Сформулировано понимание понятия «правовая традиция», ее связей с правовой системой и правовой культурой. Обращается внимание на несводимость правовой традиции к прошлому права или правовой памяти. Анализируется соотношение правовой традиции и преемственности в праве.

Ключевые слова: традиция, правовая традиция, историчность права, правовая система, правовая культура, преемственность в праве.

Vovk D. Legal tradition: understanding in the context of correlation with legal system and legal culture

The article is devoted to the analyses of legal tradition as a legal phenomenon. Links of legal tradition with legal system and legal culture is denoted. It is emphasized that legal tradition cannot be reduced to past of law or legal memory.

Keywords: tradition, legal tradition, historic character of law, legal system, legal culture.

УДК 340.12

О. Барабаш, доцент кафедри логіки
Національного університету «Юри-
дична академія України імені Ярослава
Мудрого»

Протестантизм у становленні західної традиції права

Процеси глобалізації, що поступово стверджуються у правовій площині сучасного світу, актуалізують, на наш погляд, коло питань, пов'язаних із пошуком основ інтегрування у міжнародний правовий простір, підходів щодо особливостей модернізації національних законодавств у згаданому контексті. Стратегічний вектор переутворень, якому слідує в тому числі й Україна, визначено міжнародними правовими документами, в основі яких відпрацьований на різних рівнях правовий досвід західного гатунку щодо розбудови правової держави, ствердження і захисту демократичних цінностей сучасності. На наш погляд, одна з ключових проблем, що постає у цьому контексті — дослідження особливостей поєднання інституціонального досвіду правових систем, що розбудовувались за умов чітко виражених ідеологічних координат, із системами, які деякий час фіксували у нормативній площині домінування різних варіантів визначення змісту соціального життя та втілювали відповідні їм організаційні моделі. Окрема проблема — ситуації різнорідної змішаності тих суспільств, що переживають трансформації, де перехідними і неусталеними виглядають поточні цінності й репрезентовано запити ліберального й неліберального характеру, суспільства, у яких значна частина населення орієнтована на системність, що детермінована традицією, релігією, родовими зв'язками, ідеологією, тощо. У такому випадку постають питання моделі трансформацій, послідовності етапів та їх проміжної результативності, технолого-правових методів досягнення мети й усього змістовного підсумку. Йдеться про вихід на змістовність процесу модернізації на національному підґрунті та ефективність усіх його складових по лінії очікування — результат. З нашої точки зору, розгляд проблематики щодо трансформацій уявлень про право під впливом протестантизму, аналіз вибудовування його конструкцій дозволить окреслити як коло дослідницьких акцентів, так і площину використання отриманих результатів у сучасній Україні.

Особливо актуальним бачиться аналіз впливу ідеологічних складових у становленні системи та моделі права у контексті розуміння механізмів адаптації інституціональних новацій та запозичених організаційно-правових технологій у правовій системі України. Таким чином, актуальність роботи визначається теоретичними завданнями, що виходять на проблеми практичного характеру.

Наукова новизна роботи відбивається у завданнях дослідження: у контексті модернізації національних законодавств і розуміння змісту верховенства права ставляться та окреслюються проблеми становлення конструкції права Західного світу. Особливу увагу приділено аналізу ролі світоглядних трансформацій протестантизму в раціоналізації праворозуміння та вибудові конструкції права. Так, міжнародне право визначає основи та ключові позиції уніфікації національних законодавств, на різних рівнях розроблено й відпрацьовуються технологічно функціональні складові імплементації (міжнародного права) — інкорпорація, трансформація, відсилка, але щодо конкретики їх вписування в національні законодавства, створення цілісного алгоритму системних змін змістовного характеру — ця площина залишається предметом уваги вже конкретних країн і викликає особливий дослідницький інтерес під різним аналітичним кутом, з актуалізацією питань методологічного характеру.

Загальноновизнана константа, на якій має базуватися вся технологічно-правова складова процесу — слідування принципу верховенства права. Дотримання цього принципу стало майже аксіоматичним твердженням сучасності і, як відзначає Браян Таманага, представник правничої школи Університету Св. Іоанна (м. Нью-Йорк), «верховенство права посідає особливе місце — воно є виключним і легітимуючим політичним ідеалом сьогоденного світу, проте водночас згоди щодо його точного значення немає»¹. Із приводу розуміння принципу верховенства права і на сьогодні існують певні розбіжності, викликані різницею у системному підході. В Англії, а потім і в усіх країнах, що деякою мірою наслідують англійський правовий досвід, наголошується, що верховенство права розбудовується на основі рівності усіх суб'єктів у системі правовідносин, де держава — лише один із них поряд із приватною особою. У Німеччині, Франції, середовищі інших представників романо-германського підходу, принцип пов'язується з уявленнями про правову державу, ту державу, на яку покладається

¹ Таманага Браян. Верховенство права: історія, політика, теорія / Браян Таманага ; пер. з англ. А. Іщенко. – К. : Вид. дім «Києво-Могилян. акад.», 2007. – С. 11.

особлива відповідальність у формуванні й реалізації права. Урешті-решт питання виходить у площину праворозуміння і проблему носія права та особливостей його реалізації у побудові всієї конструкції права. В англо-американській правовій сім'ї у побудові такої конструкції і подальшому слідуванні верховенству права показовими виглядають відомі твердження: «Задля визначення права у США існує відома формула: право є не що інше, як можливість раціонально передбачити рішення суду у будь-якій справі у тому випадку, якщо вона постане на розгляд суду»¹. А якщо ще конкретніше з приводу ролі судів, то «на відміну від країн континентальної правової системи, де особистий вплив судді завуальовано поняттям “суд”, в Англії ніколи не приховували, що правосуддя здійснюється не судами, а суддями»². Таким чином, реалізація принципу верховенства права пов'язується з ключовою у визначенні права постаттю судді. Навіть зважаючи на певну тенденцію до зближення позицій між цими двома системами, суттєвий акцент, що відрізняє континентальний підхід — покладання особливої відповідальності щодо слідування верховенству праву на державу, становлення права у процесі позитивізації через кодифікацію і відповідно зближення за сутністю верховенства права і верховенства закону.

Подібне спрямування простежується і в тому загальному підході, що прийнято в Україні. Стаття 8 Конституції України встановлює: «В Україні визнається і діє принцип верховенства права»³. У ст. 4 Закону України «Про прокуратуру» визначено: «Діяльність органів прокуратури спрямовано на всемірне утвердження верховенству закону, зміцнення правопорядку і має своїм завданням захист від неправомірних посягань»⁴. Таким чином, розгляд питання використання принципу верховенства права, по-перше, повертає нас до проблем теоретичного характеру, пов'язаних із тлумаченням права, його змістовного наповнення, вибірковістю позитивізації чи ототожнення з нею, по-друге —

¹ Рене Давид. Различные концепции общественного порядка и права / Рене Давид // Отечественные записки. Журнал для медленного чтения. – М. : Высш. шк. экономики : Фонд «Отечественные записки», 2003. – № 2(10). – С. 35.

² Апарова Т. В. Суды и судебный процесс Великобритании. Англия, Уэльс, Шотландия / Т. В. Апарова. – М. : Ин-т междунар. права и экономики : «Триада Лтд», 1996. – С. 24.

³ Конституція України // Відом. Верхов. Ради України (ВВР). – 1996. – № 30. – Ст. 141.

⁴ Про прокуратуру : Закон України // Відом. Верхов. Ради України (ВВР). – 1991. – № 53. – Ст. 783.

до особливостей представлення й функціонування права в широких контекстах історії існування національної правової системи, по-третє — до функціонально-технологічних аспектів дієвості принципу в умовах поєднання запозиченого правового інструментарію з елементами національної правової системи.

Питання щодо розуміння того, що сприймати у зв'язку з терміном «право», є, звичайно, розглянутим і всебічно проаналізованим із точки зору різних наукових шкіл і напрямів. Труднощі, як відзначає Рене Давид, виникають тоді, коли в чужорідне світоглядне середовище намагаються прийти із терміном, який має чіткий зміст і є породженим у іншій системі координат утворення соціальних смислів, тобто йдеться про поєднання якісно різнорідних систем, у яких навіть немає термінологічних еквівалентів, що позначали б і відтворювали однаковий зміст.

«Деякі бачать у праві сукупність норм, що приписують правильну поведінку; інші бачать у ньому шлях вирішення конфліктів. Іншими словами, для одних право є засобом організації по-справжньому справедливого суспільства; інші, ті, хто бачить перш за все його караючу функцію, вважають його механізмом примусу, мета якого — нав'язати визначені типи поведінки»¹. Вододіл між цими підходами, відтінки змішаності й смислові центри, за Рене Давидом, можна віднайти звертаючись до аналізу ступеня наділення права релігійним змістом, а також у традиції суспільства тісно ув'язувати право з мораллю. І така дослідницька спрямованість певною мірою повертає нас до концепцій природного права в широких контекстах того, що позначається сучасним «західним раціоналізмом». У підсумку, аби вийти у площину співвимірності того, що вкладається у термін «право», маємо поєднати те, що породжено різними типами раціональності, і вийти на позитивне право як єдиний надійний спільний знаменник. Суттєве зауваження, мабуть, стосуватиметься того, що інструментальна ефективність позитивного права, представленого тими самими нормами у різних системах, буде значно відрізнятися, і цей аспект, на наш погляд, потребує додаткової наукової уваги у зв'язку з конкретикою ситуації. Так, у роботах Семюеля Ф. Гантінгтона стверджується, що західні і східні суспільства не можуть бути сумісними в їх уявленнях про гідність, спосіб життя, суспільні механізми.

¹ Рене Давид. Различные концепции общественного порядка и права / Рене Давид // Отечественные записки. Журнал для медленного чтения. – М. : Высш. шк. экономики : Фонд «Отечественные записки», 2003. – № 2(10). – С. 41.

В основі несумісності — різниця у сприйнятті соціуму, що виховує іслам і пропонує християнство. Західні суспільства можуть засуджуватись ісламом як матеріалістичні, корумповані, занепадницькі та аморальні, такі, що за особистою свободою втратили колективістські цінності, тому ствердження західного правового інструментарію може оцінюватися як таке, що не відповідає традиціям і способу життя¹. Американець Джон Х'юер у статті «Корея і США: дві моделі правосуддя» звертається до моделювання правових систем на основі розподілу на «родове суспільство» (tribal society) з відповідними колективістськими цінностями етнічно-традиціоналістського походження, що можуть бути втілені лише через особливі правові механізми та «матеріальну» модель правосуддя, і суспільство західного «раціонального» типу (США), «процесуальна» модель правосуддя якого є принципово іншою саме у площині цінностей².

Утім, і сама сучасна західна «раціональність» окреслюється достатньо неоднорідно з позицій різних наукових підходів, що продовжують пошук її ознак у мегаінформаційності сьогодення, а діючі правові системи тією чи іншою мірою відтворюють тривалий вплив традицій релігійності.

Можливо, цей вплив більшою мірою відчувається, як не парадоксально, в англо-американській правовій системі, що формувалась у контексті впливу реформованого християнства (протестантизму). Парадокс полягає в тому, що у принципі сучасна «раціональність» західного світу, окрім підходу, що народився у площині світсько-наукового дискурсу, пов'язується у тому числі зі світоглядними новаціями протестантизму, а свого часу Макс Вебер, вважаючи релігію основною рушійною силою соціального розвитку, підкреслював, що протестантизм заклав основу прогресуючої раціональності Заходу і є свідченням її подальшого ствердження. Протестантизм не просто позбавив християнство керованості католицькою церквою, він вивів соціальну й правову думку християнства за межі юридичної площини католицизму. Але, маючи завдання вирішувати проблеми суспільного характеру, залишив і розвинув сам формально-юридичний підхід католицизму в питаннях, що виходили із проблематики об'єктивації Одкровення в позитивному праві, тим самим наповнюючи якісно новим змістом

¹ Сэмюэль Ф. Хантингтон. Столкновение цивилизаций? / Ф. Сэмюэль // Полис. – 1994. – № 1. – С. 42.

² Джон Хьюер. Корея и США: две модели правосудия [Электронный ресурс] / Дж. Хьюер. – Режим доступа: vestnik.tripod.com.

концепцію природного права і легітимуючи в очах християнського світу суспільну раціональність.

Одне з питань, яке із самого початку викликало стурбованість засновника протестантизму Мартіна Лютера, — проблема свободи волі у реформованому християнстві. Німецький дослідник протестантизму Герхард Брендлер навіть підкреслює, що на початку своєї діяльності «свобідна воля» перетворилась для Лютера на джерело роздратування¹, оскільки в його теологічній побудові примирення Бога з людством і прощення гріхів через дар особистої віри змушували шукати відповіді на питання щодо соціального облаштування. «Sola fide не могла створити інститут, якого потребувало нове вчення... Вільна воля знову виявилася корисною для духовного механізму соціальної поведінки... Свобідна воля є постулатом осудності індивіда — питання, що належить до юриспруденції, а не до євангелічної теології Лютера: не Бог дає свободну волю задля спасіння душі, а юстиція виходить із неї як із легітимації своїх вироків»². Лютеру було складно виключити з теології соціально суттєві речі, і вже під впливом Меланхтона він знову повертається до цього питання та стверджує, що людина «має можливість вибору і свободу бігти від зла і творити добро», а згодом у роботі «Про рабство волі» вже як те, що розуміється само по собі, висловлює зауваження, що мається на увазі несвобода людини перед Богом так чи інакше впливати на спасіння, а не зовнішню свободу людини робити те або інше за своїм бажанням. Брендлер підсумовує, що так «юридичне мислення знову проникло в теологію, почало користуватися її термінами, тлумачити їх значення у практичному розумінні, не обмежуючись їх теологічним значенням»³.

Ураховуючи притаманну протестантській доктрині індивідуалізацію способу існування, через особистісність віри і раціоналізацію соціального життя, що набувало значно вагомішого, ніж у католицизмі, значення, мали з'явитися і певні корективи у розумінні природного права у полі нового християнського світобачення. Католицизм у цих питаннях традиційно звертався до томізму (втім і зараз він залишається основою праворозуміння католицької церкви, а представлений у варіантах — неотомізму Ж. Марітена тощо — автори-

¹ Брендлер Герхард. Мартин Лютер: Теология и революция / Брендлер Герхард. – М. ; СПб. : Унив. кн., 2000. – С. 100.

² Там само. – С. 278.

³ Там само. – С. 278.

тетним вченням сучасності). Однією з головних проблем, що завжди викликала труднощі стосовно позакатолицького наукового сприйняття в концепції томізму, є проблема раціоналізації права і його подальшої позитивізації, оскільки гносеологічні механізми орієнтують на переміщення у площину віри і відкриття права, що «вписане у природу людини». Утім можливість офіційного визнання і встановлення права католицька церква, посилаючись на свій статус провідника Божої волі, залишає за собою. Із цього приводу С. П. Рабінович зазначає, що такий підхід закладає двоїстість, яка обмежує світську людину у сприйнятті права. «Природний закон і права людини як його маніфестація можуть бути пізнані як суб'єктивним способом (автономна “неофіційна” інтерпретація прав людини окремими людьми), так і способом об'єктивним (гетерономна “офіційна” інтерпретація прав людини уповноваженими служителями церкви)»¹. Саме другий спосіб встановлюється церквою як такий, що пов'язаний з об'єктивацією права і його завершенням виступає офіційна репрезентація позитивного права. Так, з одного боку, відсікається «хаотичність індивідуалізму», пропонуються загальні регулюючі норми, але з другого — постає проблема монополізації розуміння права і вторинності всього світського, суспільного. У протестантизмі виведення питання про свободу волі в юридичну площину поза межі католицького права ставило питання про правотворчу інстанцію на змістовному підґрунті реформованого християнства. Уже в роботах Меланхтона з'являється обґрунтування необхідності повною мірою делегувати ці функції державі, але вже особливій державі, тій, що згодом після розробок Роберта фон Моля та їх популяризації буде позначатися як «правова держава». На фоні визнання особистісної волі та індивідуальності економічного інтересу, реабілітації земних потреб у вимірі раціональності, і в облаштуванні суспільного життя протестантська теологія виходила із можливостей використання усього попереднього правового досвіду, що позбавлявся відтінку ідеологічної недовіри католицизму. Так, на якісно новому змістовному рівні стало можливим звернення до римського права. Римське право з його детальною регламентацією цивільних відносин пропонувало готові формули врегулювання ситуацій, що виникали у зв'язку з розвитком капіталістичних відносин, і відповідало загальній тенденції суспільного

¹ Рабінович С. П. Гносеологічна проблематика у природно-правовій думці католицизму / С. П. Рабінович // Проблеми філософії права. Т. 2 ; Львів. юрид. ін-т МВС України, 2004. – С. 152.

розвитку. На наш погляд, вписування елементів римського права в цілісне праворозуміння, що формувалось на основі протестантизму, визначило перспективу вектору раціоналізації у підході щодо праворозуміння, який набув нової якості у соціально-правовій думці Нового часу і окреслив становлення континентальної правової системи. Можливо, протестантські наміри, що формувались у праворозумінні перш за все лютеранської Німеччини, досягли своєї максими антиклерикалізму щодо державотворення у католицькій Франції часів революції та Наполеона, де заперечення «ідеального права» католицької церкви було найбільш радикальним та базувалось на виправданій у рамках тогочасної науки і реформованого християнства світській раціональності. Принциповий розподіл світського та церковного у вигляді «лаїчності» зафіксовано і в сучасному національному законодавстві Франції, на державу покладаються особливі повноваження реалізації права, а релігійність у безпосередньому зв'язку з моральністю залишається приватною справою. Стосовно розвитку англо-американської правової сім'ї, на наш погляд, на формування її системних параметрів значною мірою вплинуло протестантське праворозуміння, але вже іншого ґатунку — його раціоналізм акцентовано підкреслював безпосередній зв'язок моралі та права, а в конструкції реалізації права ключовою інстанцією мав бути суд, або ще більш конкретно, суддя, із визначеним і обґрунтованим у вироченні місцем у суспільстві і особливою місію, покладеною Богом.

Таким чином, Західний світ, раціональність якого виражається в різних сучасних підходах щодо праворозуміння, все-таки, мабуть, залишається достатньо близьким на виході у площину практичних завдань. Бо в основі такого відмінного інструментально-правового досвіду, як континентальний і англо-американський, все одно якісна однорідність ціннісного характеру, полюси раціональності західного ліберального ґатунку. І це те підґрунтя, на якому розбудовується сучасне міжнародне право, вдосконалюються правові системи окремих країн. Коли ж ідеться про суспільства, що перебувають в іншій системі світоглядних координат, переживають часи трансформації і соціально-нормативної аномії, невизначеності перспективи, змішаності контекстів, тощо, на наш погляд, використання західного інструментально-інституційного досвіду і підключення до процесів ствердження міжнародного права має бути предметом спеціальної наукової уваги.

Барабаш О. Протестантизм в становлении западной традиции права

В статье в контексте модернизации национальных законодательств и понимания содержания верховенства права ставятся и очерчиваются проблемы становления западной традиции права. Особое внимание уделяется анализу роли мировоззренческих трансформаций протестантизма в рационализации правопонимания и выстраивании конструкции права. Ставится проблема поиска оснований для эффективного использования привнесенного правового инструментария.

Ключевые слова: верховенство права, протестантизм, конструкция права, западная рациональность, англо-американское право, континентальное право, либерализм.

Barabash O. Protestantism in the development the construction of law of the Western world

In an article in the context of the modernization of national legislation and understanding of the rule of law and outlines the challenges put to the formation of structures of law of the Western world. Particular attention is paid to analysis of the role of ideological transformation of Protestantism in the rationalization of law and building the structures to law. The problem of finding reasons to efficiently use the legal tools for introduced.

Keywords: rule of law, protestantism, the construction realization of law, Western rationality, the anglo-american law, continental law, liberalism.

ПИТАННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА

УДК 342.565.2(436)+(460)

М. Гультай, кандидат юридичних наук,
суддя Конституційного Суду України

Класичні моделі конституційної скарги на прикладі Австрії та Іспанії

У сучасній конституційно-правовій науці активно обговорюється питання запровадження в системі конституційного судочинства України інституту конституційної скарги як демократичного механізму захисту конституційних прав людини від посягань із боку держави та її посадових осіб. Ця проблема неодмінно потрапляє в поле зору і під час офіційних заходів, які проходять у стінах Конституційного Суду України, та викликає підтримку з боку визнаних іноземних експертів. Так, Голова Конституційного Суду України А. Головін на зустрічі з тогочасним Головою Європейського суду з прав людини Ж.-П. Коста, торкнувшись ідеї запровадження в Україні інституту конституційної скарги, вказав, що це питання вивчається на рівні науковців, проте, власне, доктрина її застосування в Україні на сьогодні відсутня. На що Голова Європейського суду з прав людини зауважив, що кількість звернень до Страсбурга від країн, які вже мають цей механізм захисту громадян (як-от: Німеччина, Іспанія та ін.), є значно меншою¹.

Ця та інші переваги інституту конституційної скарги обумовлюють виключну актуальність вітчизняних досліджень, спрямованих на ретельне вивчення її різних моделей. Серед останніх найбільший інтерес викликають класичні взірці конституційної скарги, які були запозичені іншими країнами різних регіонів світу у процесі вдосконалення їх конституційної юстиції. Такі класичні моделі конституційної скарги сформувались у західноєвропейських країнах традиційної демократії (Австрії, Бельгії, Іспанії, Федеративній Республіці

¹ Конституційний Суд України відвідав Голова Європейського суду з прав людини Жан-Поль Коста (1 липня 2011 р.) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ccu.gov.ua/uk/publish/article/145099;jsessionid=702612A393856D20114B573A58EBB161>.

Німеччині, Швейцарії та деяких ін.). Однак, незважаючи на зростаючу кількість публікацій, присвячених проблематиці конституційної скарги, досвід цих країн практично не досліджено на рівні фахової літератури. Трапляються лише суперечливі, іноді викривлені відомості про окремі елементи запроваджених у них моделей конституційних скарг. Це свідчить про ігнорування першоджерел інформації про такі скарги (тобто актів конституційного законодавства цих країн) та компіляцію неперевіраних відомостей з інших вітчизняних навчальних чи монографічних джерел, що унеможлиблює цілісну реконструкцію класичних моделей конституційної скарги. У той же час проблемам конституційного контролю та інституту звернення громадян до органів конституційної юстиції присвячені дослідження таких відомих західних конституціоналістів, як: А. Ален (Бельгія), К. Барлі (ФРН), Л. Л. Гуерра (Іспанія), К. Грасхоф (ФРН), І. Бораххо Іньеста (Іспанія), Ю. Кюлінг (ФРН), Ф. Мерт (ФРН), Б. Рено (Бельгія), Х. Гарсія Рока (Іспанія) та ін.

Отже, джерельну базу цієї статті становлять вибрані праці західних дослідників та відповідні акти конституційного законодавства в їх актуальному стані, тексти яких розміщено на офіційних сайтах конституційних судів Австрійської Республіки та Королівства Іспанія¹. Їх опрацювання дозволило визначити основні елементи класичних моделей конституційних скарг, які викладені в цій статті та мають бути враховані при формуванні оптимальної моделі конституційної скарги для України та при її впровадженні у процесі триваючої конституційно-правової реформи.

Чи не найбільший у світі досвід розгляду конституційних скарг має ФРН, проте він був докладно нами досліджений та відтворений у попередніх публікаціях². Ураховуючи обмежений обсяг статті, у межах цього дослідження ми вирішили зосередитись на класичному досвіді *Австрії*, у якій запроваджено *повну індивідуальну скаргу*, та *Іспанії*, яка розвинула відому в усьому світі *процедуру «ампаро»*.

¹ Сайти конституційних судів цих та інших країн вказані на офіційному сайті Конституційного Суду України. – Режим доступу: <http://www.ccu.gov.ua/uk/publish/article/12869>

² Див.: Гультай М. Досвід функціонування інституту конституційної скарги у Федеративній Республіці Німеччина та перспективи його запровадження в Україні / М. М. Гультай // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2011. – № 3 (66). – С. 55–67; Він же. Особливості функціонування інституту конституційної скарги у Федеративній Республіці Німеччина / М. М. Гультай // Віче. – 2011. – № 17. – С. 20–24.

Одну з найдавніших історій становлення та розвитку має **австрійська модель** конституційної скарги, яка охоплює право приватних осіб оскаржити до конституційного суду всі види юридичних актів, дії чи бездіяльність органів державної влади, що призводять до порушення їх конституційних прав¹. Т. А. Ніколаєва вказує, що таку скаргу в науці конституційного права традиційно відносять до «конституційних» (хоча це визначення правильне для будь-якої моделі скарги до конституційного суду). Вона володіє ознаками як абстрактної, так і конкретної скарги в їх класичному (історичному) розумінні, тобто має змішаний характер². Особливістю австрійської моделі конституційної скарги, яка вирізняє її серед інших моделей повної індивідуальної скарги, у тому числі — конституційної скарги у ФРН, є можливість індивіда звернутися до Конституційного Суду Австрії не лише з питань конституційності закону, а й законності актів адміністративних органів, якими порушуються права, гарантовані конституційним законодавством.

Так, відповідно до ч. 1 ст. 139 та ч. 1 ст. 140 Федерального конституційного закону Австрії («Федеральної Конституції»), який набув чинності 10 листопада 1920 р. і діє дотепер із наступними змінами та доповненнями³, Конституційний Суд Австрії розглядає справи щодо «протизаконності постанов⁴», а також «протиконституційності законів» за клопотанням особи, яка стверджує, що через цю протизаконність чи протиконституційність безпосередньо порушені її права. Федеральний закон Австрії «Про організацію та провадження Конституційного

¹ Див.: пп. 79, 80 Доповіді Європейської комісії за демократію через право (Венеціанської комісії) «Про прямий доступ до конституційного правосуддя» (85 пленарне засідання, Венеція, 17–18 грудня 2010 р.) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.venice.coe.int>

² Николаева Т. А. Обращения граждан в органы конституционной юстиции Российской Федерации и зарубежных стран: сравнительно-правовой анализ [Електронний ресурс] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Т. А. Николаева. – М., 2008. – Режим доступу: <http://www.dissercat.com/content/obrashcheniya-grazhdan-v-organy-konstitutsionnoi-yustitsii-rossiiskoi-federatsii-i-zarubezhn>

³ Конституция Австрийской Республики : Федеральный конституционный закон от 10 ноября 1920 года // Конституции государств Европы : в 3 т. Т. 1 / под общ. ред. и со вступ. ст. дир. законодательства и сравнит. правоведения при Правительстве Рос. Федерации Л. А. Окунькова. – М. : НОРМА, 2001. – С. 27–114.

⁴ У цій статті ми живимо термін «постанова», використаний у російськомовному тексті Конституції Австрійської Республіки (див. попереднє посилання) як переклад англійського терміна «a regulation» у значенні будь-якого підзаконного нормативно-правового акта.

Суду» від 18 грудня 1925 р., переопублікований Федеральним Урядом 12 травня 1953 р. як Закон про Конституційний Суд¹, уточнює викладені положення, вказуючи, що у разі подання такої скарги особа має вказати, «якою мірою на неї безпосередньо поширюється дія закону чи постанови без винесення судового рішення або видання спеціального наказу» (§ 57 п. «Е» «Про конституційний перегляд постанов» та § 62 п. «G» «Про оспорування конституційності законів» глави 2 «Спеціальні приписи» Закону).

Отже, конституційне законодавство Австрії вимагає від скаржника доведення шкоди, яка завдається або може бути завдана йому внаслідок прямої дії закону чи нормативного акта адміністративного органу, і виключає можливість подання конституційної скарги у публічних інтересах. Ця вимога відрізняє австрійську модель конституційної скарги від так званої *публічної скарги* («*actio popularis*»), яка передбачає право кожної особи оскаржити конституційність нормативного акта після його оприлюднення за відсутності власного інтересу особи у справі².

Крім законів та інших нормативних актів, *предметом* конституційної скарги можуть виступати й правозастосовні акти, можливість оскарження яких передбачена ст. 144 (частини 1–3) Федеральної Конституції Австрії (у редакції ФКЗ від 1 липня 1981 р.). Особливості конституційного провадження у таких скаргах та основні елементи їх правового механізму докладно регламентуються п. «K» «Про скарги на порушення прав, гарантованих конституційним законодавством, або порушення особистих прав, викликані застосуванням протизаконної постанови, протиконституційного закону або договору чи їх незаконною промудгацією» Закону про Конституційний Суд (§ 82–89). У § 82 Закону, слідом за Федеральною Конституцією, вказується на вимогу *вичерпання всіх засобів юридичного захисту* як передумову подання конституційної скарги до Конституційного Суду, а також визначається *строк*, у який її може бути подано, а саме — протягом шести тижнів з моменту вручення рішення, ухваленого останньою інстанцією.

¹ Тут і далі використовується англомовний текст Закону про Конституційний Суд Австрійської Республіки за офіційним джерелом: Constitutional Court Act (VfGG Bgbl Nr. 85/1953 idF Bgbl I Nr. 89/2004) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/english/index.html>

² Пункт 74 Доповіді Європейської комісії за демократію через право (Венеціанської комісії) «Про прямий доступ до конституційного правосуддя» (85 пленарне засідання, Венеція, 17–18 грудня 2010 р.) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.venice.coe.int>

За новою редакцією § 82 Закону конституційна скарга має містити: 1) визначення правового припису, який підлягає оскарженню; 2) найменування уповноваженого органу, який ухвалив оскаржуваний правовий припис; 3) фактичні обставини справи; 4) пояснення, чи були порушені гарантовані конституційним законодавством права скажника внаслідок неналежного правозастосування або в результаті застосування неконституційних законів, міжнародних договорів чи незаконних постанов (в останньому випадку мають бути вказані ті положення законів, міжнародних договорів чи постанов, які вважаються скажником протизаконними чи протиконституційними); 5) вимогу щодо скасування оскаржуваних правових приписів (положень); 6) інформацію, яка підтверджує подання скарги з дотриманням належних термінів. Оригінал, дублікат або копія правого припису чи положення, що підлягає оскарженню, додається. У разі відповідності вказаним вимогам скарга *допускається до судового розгляду*, на який, згідно з § 84 (2), запрошуються особа, що подала скаргу, відповідні органи та інші зацікавлені особи.

У рішенні за результатами розгляду конституційної скарги вказується, чи мало місце порушення гарантованих конституційним законодавством прав, і за наявності цих обставин оскаржуваний юридичний акт (або його окремі положення) підлягають скасуванню. Якщо Конституційний Суд задовольнив скаргу, органи управління зобов'язані в даному випадку негайно відновити за допомогою правових засобів, що перебувають у їх розпорядженні, те правове становище, яке відповідає правовим висновкам Конституційного Суду. На сторону, яка прогнала конституційний спір, що став підставою для подання конституційної скарги, може бути за наявності відповідного подання покладено відшкодування процесуальних витрат (§ 87, 88 Закону).

Слід підкреслити, що за Законом, якщо Конституційний Суд відхиляє розгляд скарги або відмовляє в її задоволенні, то він, за наявності відповідного клопотання скажника, має згідно з ч. 3 ст. 144 Федеральної Конституції передати скаргу на розгляд до Адміністративного суду для вирішення питання, чи не порушено оскаржуваним рішенням будь-яке інше право особи, що подала скаргу¹. У зв'язку з цим І. Ледах цілком правильно зазначає, що в австрійській системі індивіду надається *подвійний правовий захист* від свавілля адміністрації. Такий

¹ Таке рішення не може бути ухвалене, якщо йдеться про яке-небудь питання, що згідно зі ст. 133 Федеральної Конституції виключене з компетенції Адміністративного суду (абз. 3 ст. 144 Федеральної Конституції, ч. 3 ст. 87 Закону про Конституційний Суд).

посилений захист цілком відповідає реальним потребам громадян, бо практика свідчить, що більшість справ, які розглядаються Конституційним Судом Австрії, ґрунтуються на скаргах громадян проти рішень адміністративних органів. Водночас особливістю австрійської системи конституційного контролю є те, що Конституційний Суд не вважає себе зв'язаним наявністю запити заявника. Він може провести перевірку за власною ініціативою, якщо в ході розгляду скарги проти адміністративного акта у нього виникають сумніви щодо конституційності закону, на підставі якого той ухвалений¹.

Нарешті, важливою особливістю австрійської моделі конституційної скарги виступає її *підстава*², яка формулюється у Федеральній Конституції та Законі про Конституційний Суд як порушення «прав, гарантованих конституційним законодавством» (ст. 144 ФКЗ, п. «К» Закону про Конституційний Суд). На відміну від більшості європейських країн, конституційні законодавчі акти Австрії не вказують на вимогу щодо порушення саме тих прав і свобод, що передбачено Федеральною Конституцією, як передумову подання конституційної скарги, і не визначають їх закритий перелік. Це, напевно, обумовлено тим, що ФКЗ Австрії не містить окремого розділу, спеціально присвяченого правам і свободам людини. Останні викладено в окремих законах, ключовими з яких є: «Основний закон держави “Про загальні права громадян королівств і земель, що представлені в Імперській раді”» від 21 грудня 1867 р.³, який діє в частині, що не суперечить Федеральній Конституції, Закон «Про захист права на житло» від 27 жовтня 1862 р.⁴, а також Федеральний конституційний закон «Про захист особистої свободи» від 29 листопада 1988 р.⁵ Ці конституційні

¹ Права человека : учеб. для вузов / отв. ред. чл.-кор. РАН, д-р юрид. наук Е. А. Лукашева. – М. : НОРМА-ИНФРА М, 1999 – С. 418.

² Користуючись термінологією ст. 82 Закону України «Про Конституційний Суд України» від 16.10.1996 р. № 422/96-ВР, підставу конституційної скарги можна було б охарактеризувати як «підставу для порушення питання про відкриття конституційного провадження» за конституційною скаргою.

³ Basic Law of 21 December 1867 on the General Rights of Nationals in the Kingdoms and Laender represented in the Council of the Realm // Austrian Federal Constitutional Laws (selection). – Wien : Herausgegeben vom Bundespressdienst, 2000. – P. 172–175.

⁴ Law of 27 October 1862 on Protection of the Rights of the Home // Austrian Federal Constitutional Laws (selection). – Wien : Herausgegeben vom Bundespressdienst, 2000. – P. 176–177.

⁵ Federal Constitutional Law of 29 November 1988 on the Protection of Personal Liberty // Austrian Federal Constitutional Laws (selection). – Wien : Herausgegeben vom Bundespressdienst, 2000. – P. 179–184.

акти захищають перелік основоположних прав і свобод, що відповідають загально визнаним європейським стандартам, засвідчують сталість європейських цінностей та нелімітованість прав людини часовими межами.

Цим також пояснюється відзначена Венеціанською комісією (Європейською комісією за демократію через право) обставина, що будь-яка особа, уповноважена звертатися до Конституційного Суду Австрії, може подати скаргу на підставі порушення будь-яким юридичним актом її прав, закріплених Європейською конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод¹. Такий підхід має стати предметом обговорення в контексті вироблення оптимальної моделі конституційної скарги для України, оскільки забезпечує уніфікацію національних стандартів правозахисту та загально визнаних європейських принципів і доктрин у галузі прав людини, які закладає Конвенція та практика Європейського суду з прав людини².

Дещо інший підхід до визначення кола прав і свобод, які забезпечені конституційним захистом, а також інших елементів функціонування інституту конституційної скарги запроваджено в Іспанії. Конституційно-правову основу його функціонування закладає Розділ 9 Конституції Королівства Іспанії від 27 грудня 1978 р.³ «Про Конституційний Суд» (статті 159–165), де серед інших повноважень Суду вказується на розгляд ним конституційних скарг щодо порушення прав і свобод осіб. Відповідно до п. «б» ч. 1 ст. 161 Конституції, Конституційний Суд володіє юрисдикцією над всією територією Іспанії та має повноваження для ухвалення рішення про захист прав і свобод, перерахованих у п. 2 ст. 53 цієї Конституції у формах і випадках, передбачених законом. Вирішення інших питань, пов'язаних

¹ § 37 of Draft report on case-law regarding the supremacy on international human rights treaties (O. Dutheillet de Lamothé, Strasbourg, 2 October 2004) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.venice.coe.int/site/dynamics/N_Opinion_ef.asp?L=E&OID=304.

² Як зазначив А. Головін, Конституційний Суд України 30 разів у своїх рішеннях безпосередньо посилався на рішення Європейського суду з прав людини (див.: Конституційний Суд України відвідав Голова Європейського суду з прав людини Жан-Поль Коста [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ccu.gov.ua/uk/publish/article/145099;jsessionid=702612A393856D20114>).

³ Конституция Испании от 27 декабря 1978 года // Конституции государств Европы : в 3 т. Т. 2 / под общ. ред. и со вступ. ст. дир. законодательства и сравнит. правоведения при Правительстве Рос. Федерации Л. А. Окунькова. – М. : НОРМА, 2001. – С. 51 – 94; англ. текст: Spanish Constitution [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.tribunalconstitucional.es/en/constitucion/Pages/ConstitucionIngles.aspx#i6>

з регламентацію прямого доступу громадян до конституційного правосуддя, Парламентська Асамблея, яка прийняла Конституцію, вважала за доцільне делегувати майбутнім законодавцям. За рік після ухвалення Конституції парламент Іспанії ухвалив Органічний Закон Про Конституційний Суд від 3 жовтня 1979 р.¹, який є чинним до сьогодні з наступними змінами та доповненнями².

При визначенні правового механізму функціонування конституційної скарги парламент обрав за взірць процедуру її приймання та розгляду Федеральним Конституційним Судом ФРН. Однак, врахувавши досвід Німеччини, Іспанія сформувала власну модель конституційної скарги, яка отримала назву *процедура «ампаро»* («*recursos de amparo*», «*juicio de amparo*³») або звернення за захистом (заява про захист), що виступає орієнтиром для інших країн світу (передусім, країн Латинської Америки — Аргентини, Венесуели, Мексики та ін.)⁴.

Конституційна скарга в Іспанії є засобом судового захисту основоположних прав людини, хоча вона істотно відрізняється від звернення за захистом прав до інших судів. *Підставою конституційної скарги* виступає порушення основоположних прав людини, однак вона забезпечує винятковий посилений захист лише обмеженого кола визнаних Конституцією Королівства Іспанії фундаментальних прав і свобод. Як стверджує експерт Венеціанської комісії, відомий

¹ Organic Law 2/1979 on the Constitutional Court, of 3 October 1979. (As amended by the Organic Laws 8/1984, of December 26; 4/1985, of June 7; 7/1988, of June 9; 7/1999, of April 21; 1/2000, of January 1; 6/2007, of May 24; 1/2010, of February 19, and 8/2010, of November 4) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.tribunalconstitucional.es/en/tribunal/normasreguladoras/Pages/NormasReguladoras.aspx>

² Функціонуванню інституту конституційної скарги безпосередньо присвячено Розділ III «Про заяву про захист права» (статті 41–58) Органічного Закону «Про Конституційний Суд», який включає три глави: Глава I «Про підстави та порядок внесення заяви про захист права», Глава II «Про проходження по інстанціях заяв про порушення конституційних прав»; Глава III «Про резолюцію по заявах про конституційний захист та її наслідки».

³ Термін «amparo» у перекладі з іспанської означає «захист», «заступництво», «допомога».

⁴ Див.: Клишас А. А. Процедура ампаро как форма конституционного контроля в Мексике : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / А. А. Клишас. – М., 2002. – 23 с.; Худоешко А. А. Принципы правового регулирования процедуры ампаро (сравнительный анализ законодательства Венесуэлы, Уругвая, Аргентины, Мексики и Колумбии) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.fpa.su/publicnoe-i-chastnoe-v-prave/printsipy-pravovogo-regulirovaniya-protsedury-amparo-sravnitelnyy-analiz-zakonodatelstva-venesuely-urugvaya-argentiny-meksiki-i-kolumbii-a-a-hudoeszko.html>

іспанський дослідник Л. Л. Гуерра, такий підхід пояснюється тим, що «розробники Конституції Іспанії не хотіли створювати якусь нереалістичну конституцію, що обіцяла б цілий ряд прав на папері, але які неможливо було б реалізувати на практиці. З цієї причини Конституція Іспанії визнає широкий перелік прав, особливо підкреслюючи, що в ньому містяться різні види прав, які мають різний ступінь обов'язковості і відносно яких застосовані різні ступені захисту»¹.

Л. Л. Гуерра вказує на три групи закріплених у Конституції Іспанії прав, які відрізняються за характером і обсягом їх юридичного забезпечення та гарантування з боку держави. До першої групи належать так звані «соціальні права», які виступають орієнтиром для парламентської законотворчості та підлягають судовому захисту в судах загальної юрисдикції лише у випадку, якщо їх реалізація забезпечується відповідним законом, у межах та в порядку, що ним передбачено. До другої групи прав, що містяться в Конституції, належать права, порушення яких може стати предметом розгляду в судах загальної юрисдикції, навіть якщо їх реалізація не врегульована парламентом. У даному випадку формально-юридичним джерелом таких прав є сам Основний Закон².

Серед таких прав у Конституції виділений обмежений перелік прав, які підлягають захисту не тільки в судах загальної юрисдикції, а й у Конституційному Суді Іспанії. Відповідно до п. 2 ст. 53 Конституції Іспанії, у порядку конституційного судочинства особи можуть подати індивідуальні скарги у випадках: 1) порушення принципу рівності перед законом та допущення дискримінації; 2) посягання на основоположні права, перелік яких закріплено у статтях 15–29 Відділу 1 «Про основні права і громадські свободи» Глави другої «Права і свободи» Розділу Першого «Про основні права і обов'язки» Конституції Іспанії; 3) зазіхання на право відмови від військової служби з мотивів невідповідності переконанням³. Ці права належать до фундаментальних природних і невід'ємних прав людини та визначають основу її консти-

¹ Гуерра Л. Л. Индивидуальные апелляционные жалобы в конституционный суд: некоторые аспекты проблемы в Испании и Беларуси / Л. Л. Гуерра : пер. с англ. // Дайджест. Конституционное правосудие в странах СНГ. – 2003. – 22 (Ч. 1). – С. 66.

² Там само. – С. 66–67.

³ Аналогічне положення, яке вказує на обсяг прав і свобод, що становить «предмет захисту конституційного права», міститься в ч. 1 ст. 41 глави 1 «Про підстави та порядок внесення заяви про захист права» Розділу III «Про заяву про захист права» Органічного закону про Конституційний Суд.

туційно-правового статусу, що обумовлює їх підвищений захист порівняно з іншими правами, закріпленими в Конституції¹.

Органічний Закон про Конституційний Суд визначає також *предмет конституційної скарги*, вказуючи, що скажники можуть подавати індивідуальні скарги відносно порушень, що відбулися в результаті видання правових актів, які не мають сили закону, розпоряджень або здійснення яких-небудь дій публічними властями держави, Регіональних автономних об'єднань та інших державних територіальних утворень, корпоративних інститутів або установ, а також їх службовцями і агентами (статті 41–43 Органічного Закону). Це положення передусім означає, що індивідуальна скарга *не може бути подана на закони та інші нормативні акти, ухвалені Парламентом*. Унікальність іспанської моделі конституційної скарги полягає в тому, що питання конституційності законів як нормативно-правових актів вищої юридичної сили може вирішуватись Конституційним Судом Іспанії лише за зверненням уповноважених суб'єктів. Однак конституційна скарга може стосуватись окремих актів Парламенту, що мають індивідуальний характер (наприклад, відмови визнавати законно обраного депутата чи сенатора).

За задумом розробників Конституції, домінуючим предметом конституційної скарги передбачались будь-які дії чи бездіяльність державних органів, що належать до вертикалі виконавчої влади на центральному, регіональному чи місцевому рівнях, оскільки основною загрозою для прав та свобод осіб традиційно вважалося їх порушення з боку уряду та адміністративних органів («бюрократії» та чиновництва). Однак, як і в багатьох інших країнах, в Іспанії конституційна скарга виступає екстраординарним субсидіарним засобом захисту основоположних прав людини, умовою використання якого є вичерпання всіх інших засобів юридичного захисту (ч. 1 ст. 43 Органічного Закону). До них належать передусім судовий захист у судах загальної юрисдикції. Відповідно справи про порушення основоположних прав із боку державних органів виконавчої влади підлягають

¹ Л. Л. Гуерра називає ці права «надзахищеними правами» та вказує на таку особливість іспанської системи захисту прав людини, коли деякі основні права вважаються «більш основними», що обумовлює їх захист у порядку конституційного судочинства. Такий підхід заслуговує на особливу увагу при вирішенні питання про оптимальну модель конституційної скарги для України, оскільки його запозичення дозволить подолати можливі ускладнення, пов'язані із закріпленням у Конституції України широкого каталогу як основоположних, так і «програмних» (позитивних) прав людини, перелік яких, відповідно до ст. 22 Основного Закону, не є вичерпним.

розгляду (та перегляду) в порядку адміністративної юстиції («спеціалізованими судами з розгляду адміністративних спорів»). Таким чином, переважна більшість конституційних скарг, які надходять до Конституційного Суду Іспанії, стосується остаточних рішень різних судів загальної юрисдикції, які не захистили визнані Конституцією основоположні права і свободи¹.

Законодавчо закріплена модель конституційної скарги в Іспанії вказує також на *суб'єктів* її подання та *строки*, у які вона має бути подана. Відповідно до п. «б» ч. 1 ст. 162 Конституції Іспанії до суб'єктів подання конституційної скарги на порушення конституційних прав і свобод належать «будь-які фізичні або юридичні особи, які посилаються на законні інтереси, а також Народний захисник і Прокуратура»².

Визначаючи строки, у які має бути подана конституційна скарга, Органічний закон про Конституційний Суд вказує, що на такі, що не мають сили закону, рішення або акти, які порушують відповідні конституційні права і свободи, заяви можуть бути внесені у тримісячний термін з дня їх підписання (ст. 42 Органічного Закону). У випадку оскарження остаточних рішень судів загальної юрисдикції термін подання заяви про порушення права дорівнює двадцяти дням від моменту повідомлення про рішення, ухвалене за результатами судового розгляду справи (ч. 2 ст. 43, ч. 2 ст. 44 Органічного Закону).

Пропущення передбаченого законом строку для подання конституційної скарги є однією з підстав відмови в її прийнятті, передбачених ст. 57 Органічного Закону. До них також належать пред'явлення скарги без дотримання встановлених законом умов (що були розглянуті вище); оскарження в ній порушень прав і свобод, які не забезпечені конституційним захистом; подання скарги щодо питання, яке не потребує рішення саме Конституційного Суду або якщо в аналогічному випадку Суд раніше відмовив по суті у розгляді питання про конституційність або заяви про захист. Ці доволі жорсткі вимоги відтворюють

¹ Причому в межах загального судочинства предметом судового розгляду має бути вимога щодо усунення порушення конкретного права, і в конституційній скарзі має бути вказано, що вимога про застосування відповідного права вже висувалась у межах судового розгляду загальними судами.

² Суб'єкти конституційної скарги конкретизуються у ст. 46 Органічного Закону Про Конституційний Суд, у якій вказується, що у випадках оскарження актів чи дій адміністративних органів до них належать особи, права яких порушені, Народний захисник і Прокуратура; у випадках оскарження рішень судів загальної юрисдикції – сторони у відповідному судовому розгляді, Народний захисник і Прокуратура.

так звані «фільтри», які покликані зменшити невиправдане навантаження на Конституційний Суд та звільнити його від розгляду скарг, що по суті не вимагають звернення до конституційної юстиції та становлять зловживання правом на конституційну скаргу.

Річ у тім, що Іспанія, як і інші країни, у яких конструювались класичні моделі конституційної скарги, постала перед проблемою, що сторони в конкретному судовому процесі або їх адвокати прагнули перетворити інститут індивідуальної скарги на черговий засіб перегляду їх справи. Підставою для такого звернення до Конституційного Суду, як правило, ставало твердження про порушення основних прав скаржників під час судових процесів у звичайних судах, а саме ст. 24 Конституції Іспанії, яка в загальному сенсі відповідає ст. 6 «Право на справедливий суд» Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Такий підхід спричинив потік індивідуальних скарг до органу конституційного контролю (понад 5000 скарг на рік), що зумовило необхідність створення механізму «фільтрації» для відбору серед тисяч поданих скарг тих, які дійсно містять звернення про захист порушених основоположних прав, віднесених до конституційної юрисдикції.

У його основу було покладено вже відпрацьовану в ФРН процедуру попереднього допуску (приймання) скарг до розгляду¹, за якою палати Конституційного Суду спочатку вирішують, чи містить кожне звернення про захист достатні підстави для його розгляду, і тільки щодо тих скарг, які були визнані прийнятними, Суд виносить рішення по суті справи. При цьому відмова Суду в продовженні розгляду справи не підлягає апеляції². Як свідчить офіційна статистика³, у результаті застосування такої процедури близько 95 % поданих скарг не допускаються до розгляду по суті Конституційним Судом Іспанії, отже, Суд щорічно ухвалює не більше 300 рішень за зверненнями про захист конституційних прав у порядку процедури «ампаро».

¹ Див.: Гультай М. М. Процедура приймання та розгляду конституційної скарги Федеральним Конституційним Судом Німеччини: до питання про запозичення досвіду / М. М. Гультай // Державне буд-во та місц. самоврядування : зб. наук. пр. / НДІ держ. буд-ва та місц. самоврядування Нац. акад. прав. наук України. – Х., 2011. – Вип. 22. – С. 26–41.

² Ці питання докладно врегульовано Главою II «Про проходження по інстанціях заяв про порушення конституційних прав» Органічного Закону про Конституційний Суд.

³ Див.: розділ «Статистика» на офіційному сайті Конституційного Суду Королівства Іспанії. – Режим доступу: www.tribunalconstitucional.es/en/tribunal/estadisticas/Pages/Estadistica.aspx

Наприкінці зазначимо, що подальші дослідження різних моделей конституційної скарги та особливостей їх конституційно-правового регулювання, які ґрунтуються на нормативних першоджерелах, дозволяють зробити важливий крок від загального обговорення перспектив запровадження інституту конституційної скарги в Україні до вироблення її оптимальної моделі та розробки науково обґрунтованих пропозицій щодо її закріплення у вітчизняному конституційному законодавстві.

Гультай М. Классические модели конституционной жалобы на примере Австрии и Испании

В статье на основании избранных работ западных исследователей и соответствующих актов конституционного законодательства в их актуальном состоянии определены основные элементы классических моделей конституционных жалоб в Австрии, в которой введена полная индивидуальная жалоба, и в Испании, где применяется процедура «ампаро».

Ключевые слова: классическая модель конституционной жалобы, Конституция Королевства Испании, Федеральная Конституция Австрийской Республики, конституционные права человека, конституционный суд.

Gultay M. Classic models of constitutional complaint on example of Austria and Spain

The article is devoted to the study of basic elements of classic models of constitutional complaints in Austria where the complete individual complaint is developed, and Spain, where procedure of «amparo» is applied. The article is based on selected works of western researchers and relevant acts of constitutional legislation in their actual status.

Keywords: classic model of constitutional complaint, Constitution of the Kingdom of Spain, Federal Constitution of Austrian Republic, constitutional human rights, constitutional court.

ПИТАННЯ ІСТОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

УДК 340.15(477):342.4

В. Гончаренко, доктор юридичних наук, Національний університет «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Конституція Української РСР 1937 р.

Конституційне будівництво в Україні має багату історію. Минуло 75 років відтоді, як було прийнято третю Конституцію Радянської України. 5 грудня 1936 р. Надзвичайний VIII з'їзд Рад Союзу РСР прийняв нову Конституцію СРСР. На порядку денному постало питання про прийняття конституцій союзних республік. Роботи над створенням проекту нової Конституції УРСР започаткувала постанова Президії ЦВК УСРР від 13 червня 1936 р. «Про обговорення проекту Конституції Союзу Радянських Соціалістичних Республік», у якому, зокрема, зазначалось: «Для розробки проекту Конституції Української Радянської Соціалістичної Республіки створити Конституційну комісію Центрального Виконавчого Комітету УСРР. Склад Конституційної комісії подати на затвердження наступного засідання Президії ЦВК УСРР»¹. 29 червня 1936 р. питання про підготовку проекту нової Конституції УРСР було розглянуто на засіданні Політбюро ЦК КП(б)У. Політбюро прийняло рішення затвердити П. П. Любченка Головою комісії Політбюро ЦК КП(б)У з розробки проекту Конституції республіки, яка б відповідала Конституції СРСР². 9 липня 1936 р. шляхом опитування членів Політбюро ЦК КП(б)У була затверджена комісія з розробки проекту Конституції УРСР на чолі з П. П. Любченком³. А вже 13 липня 1936 р. Президія ЦВК УСРР прийняла постанову про персональний склад Конституційної комісії, покликаної розробити проект нової Конституції УРСР⁴. До неї увійшли Г. І. Петровський, П. П. Люб-

¹ 33 УСРР. – 1936. – № 30. – Ст. 147.

² Центральний державний архів громадських об'єднань України (далі – ЦДАГО України). – Ф. 1, Оп. 6, Спр. 408. – Арк. 214.

³ ЦДАГО України. – Ф. 1, Оп. 6, Спр. 409. – Арк. 10.

⁴ 33 УСРР. – 1936. – № 36. – Ст. 176.

ченко, С. В. Косіор, В. П. Затонський, П. П. Постишев та інші¹. Наприкінці 1936 р. Конституційна комісія закінчила роботу над проектом Конституції УРСР. 25 грудня 1936 р. Політбюро ЦК КП(б)У постановило: «Поданий Конституційною комісією проект Конституції УРСР затвердити і внести до ЦК ВКП(б) на рішення. Тов. Любченку виїхати до Москви в ЦК ВКП(б) з питання розгляду Конституції УРСР»². Це рішення Політбюро ЦК КП(б)У — один із фактів, що свідчить про надмірну концентрацію влади у центрі. Говорити про суверенітет України у середині 1930-х років у складі СРСР немає ніякого сенсу. Сталін зумів зробити все для того, щоб СРСР реально став надцентралізованою державою.

31 грудня 1936 р. відбулося засідання Президії ЦВК УСРР. Заслухавши доповідь Голови Конституційної комісії з підготовки проекту Конституції УРСР П. П. Любченка, Президія ЦВК УСРР постановила: «Підготовлений Конституційною комісією ЦВК УСРР проект Конституції УРСР схвалити і внести на розгляд Надзвичайного XIV Українського з'їзду Рад. Строк скликання Українського з'їзду Рад встановили 25 січня 1937 року»³.

1 січня 1937 р. текст проекту нової Конституції УРСР був опублікований у всіх республіканських газетах, переданий по радіо, що означало початок його всенародного обговорення. Під час обговорення до проекту Конституції УРСР пропонувалися доповнення, уточнення, поправки, котрі вивчалися, систематизувалися виконкомом місцевих Рад, а потім направлялися до Президії ЦВК УСРР для подання в Конституційну комісію⁴.

Водночас із обговоренням проекту Конституції в республіці здійснювалась підготовча робота до Надзвичайного XIV з'їзду Рад УСРР, якому належало як найвищому органу влади в республіці обговорити і прийняти нову Конституцію УРСР. Так, ЦВК УСРР визначив і довів до відома облвиконкомів і ЦВК Автономної Молдавської СРР ту кількість делегатів, котру належало делегувати від кожної області республіки і від Автономної Молдавської СРР на Надзвичайний XIV з'їзд Рад УСРР. У листопаді 1936 р. відбулися надзвичайні обласні з'їзди

¹ История государства и права Украинской ССР : в 3 т. Т. 2. – Киев: Наук. думка, 1987. – С. 271.

² ЦДАГО України. – Ф. 1. – Оп. 6. Спр. 438. – Арк. 4.

³ Вісті ЦВК УСРР. – 1937. – 1 січ.

⁴ Таранов А. П. Історія Конституції Української Радянської Соціалістичної Республіки / А. П. Таранов. – К. : Вид. АН УРСР, 1957. – С. 130.

Рад і Надзвичайний VII Всеболгарський з'їзд Рад, на яких і були обрані делегати Надзвичайного XIV з'їзду Рад УСРР.

Цей з'їзд розпочав свою роботу 25 січня 1937 р. у м. Києві. За даними мандатної комісії, для участі у роботі з'їзду прибуло 1029 депутатів, 965 з яких мали право вирішального слова¹.

За дорученням Президії ЦВК УСРР з'їзд відкрив Голова ЦВК УСРР Г. І. Петровський. З'їзд обрав Президію з'їзду у кількості 54 чоловіки.

Робота з'їзду проходила за умов відкритості. Так, у залі засідання була присутня значна кількість гостей. Республіканські й місцеві газети публікували звіти про роботу з'їзду. Зі всієї України надходили відомості про масове прослуховування радіотрансляції із зали засідання Надзвичайного XIV з'їзду Рад УСРР². Про роботу з'їзду було знято документальний фільм³. Таким чином, було зроблено усе для того, щоб забезпечити цілеспрямований ідеологічний вплив на свідомість якомога більшої кількості громадян УСРР, використовуючи роботу з'їзду як підходящий момент для того, щоб ще раз переконати їх у тому, що в країні побудовано здорове, квітуче, демократичне суспільство, досягнення якого закріплюються на конституційному рівні.

З'їздом було затверджено порядок денний, який включав лише одне питання: «Проект Конституції Української Радянської Соціалістичної Республіки». Слово для доповіді з цього питання було надане Голові Конституційної комісії Президії ЦВК УСРР П. П. Любченку. У своїй доповіді він охарактеризував шлях, який пройшла радянська Україна у своєму розвитку, проаналізував зміст усіх розділів і більшості статей проекту нової Конституції УРСР. При цьому доповідач звернув увагу делегатів на те, що наданий ним на розгляд і затвердження проект Основного Закону УРСР був розроблений у повній відповідності з Конституцією СРСР 1936 р.

Проект Конституції УРСР обговорювався на з'їзді впродовж кількох днів. У обговоренні взяли участь більш як 40 делегатів з'їзду. Доповідачі схвалили проект Конституції УРСР. У той же час вони вносили до нього низку поправок і доповнень.

Надзвичайний XIV з'їзд Рад постановив проект Конституції УРСР схвалити і прийняти за основу. Для розгляду внесених у ході всенародного обговорення і у процесі обговорення на пленарних засіданнях з'їзду Рад поправок і доповнень до проекту Конституції УРСР, а також

¹ Надзвичайний XIV з'їзд Рад України. – Бюл. № 7. – К., 1937. – С. 15–16.

² Комуніст. – 1937. – 26 січ.

³ Комуніст. – 1937. – 29 січ.

для підготовки остаточного тексту Конституції делегати з'їзду обрали Редакційну комісію у складі 160 чоловік¹.

30 січня 1937 р. з'їзд поновив роботу після перерви, у період якої працювала Редакційна комісія з'їзду. Було заслухано доповідь Голови Редакційної комісії з'їзду П. П. Любченка, який повідомив про доповнення і редакційні поправки, внесені цією комісією до первинного проекту Конституції УРСР. Так, Редакційна комісія визнала за необхідне внести доповнення до статей 30, 68, 78, 88 первісного тексту проекту Конституції. Також була змінена редакція статей 74, 91, 92, 94 проекту. Редакційна комісія внесла понад десять поправок редакційного характеру, котрі уточнювали низку статей або покращували їх редакцію².

Після постатейного затвердження проекту Конституції Надзвичайний XIV з'їзд Рад УСРР прийняв таку постанову: «Проект Конституції (Основного Закону) Української Радянської Соціалістичної Республіки, наданий Редакційною комісією, затвердити». Таким чином, Конституція УРСР 1937 р. стала діючим Основним Законом республіки. З'їзд також доручив ЦВК УСРР на основі нової Конституції УРСР розробити і затвердити Положення про вибори і встановити строки виборів до нового органу влади УРСР — Верховної Ради Української РСР.

30 січня 1937 р., вичерпавши порядок денний, Надзвичайний XIV з'їзд Рад завершив роботу. Він став останнім з'їздом Рад УСРР, оскільки Конституція УРСР 1937 р. установила нову систему представницьких органів влади республіки. Тому новий ЦВК УСРР на цьому з'їзді Рад не було обрано. До виборів Верховної Ради Української РСР зберігав свої повноваження ЦВК УСРР XIII скликання.

Конституція УРСР 1937 р. складалась із 13 глав і 146 статей. Конституція закріплювала суспільний лад, державний устрій, визначала систему вищих органів державної влади УРСР та Молдавської АРСР, яка входила до складу Української РСР, систему місцевих органів державної влади, бюджет УРСР, організацію суду і прокуратури, основні права і обов'язки громадян, виборчу систему, герб, прапор, столицю, порядок внесення змін до Конституції УРСР. Конституція містила низку нових, порівняно з Конституцією УСРР 1929 р., положень. Так, радикально була змінена система органів влади і управління як у центрі, так і на місцях, виборча система тощо.

¹ Вісті ЦВК УСРР. – 1937. – 29 січ.

² Вісті ЦВК УСРР. – 1937. – 31 січ.

За радянських часів зміст Конституції СРСР 1936 р., прийнятих на її основі конституцій союзних і автономних республік аналізувався у багатьох працях істориків права, конституціоналістів, фахівців інших галузей радянського права. Перебуваючи у лещатах марксистсько-ленінської теорії держави і права, зазначені Конституції дослідники аналізували виключно комплементарно. А прийняття Конституції СРСР 1936 р., Конституцій союзних і автономних республік пояснювали тим, що у середині 1930-х років у СРСР завершився перехідний період від капіталізму до соціалізму і в основному було побудовано соціалістичне суспільство, що й було закріплено на конституційному рівні¹. Дійсно, про соціалізм неодноразово говориться як у Конституції СРСР 1936 р., так і в Конституціях союзних республік, зокрема Конституції УРСР 1936 р. Так, у розділі I «Суспільний устрій» Конституції УРСР 1937 р. зазначалося: «Стаття 1. Українська Радянська Соціалістична Республіка є соціалістична держава робітників і селян»². У наступних статтях цього розділу Конституції говориться про соціалістичну власність, соціалістичну систему господарювання. А у частині другій ст. 12 Конституції читаємо: «В УРСР здійснюється принцип соціалізму: «Від кожного за його здібністю, кожному — за його працею»³. При цьому соціалізм 1930-х років у фаховій юридичній літературі радянської доби малювався виключно у рожевих фарбах, як це робилося у документах керівних органів Комуністичної партії. Так, наприклад, у датованому 6 грудня 1937 р. Зверненні ЦК ВКП(б) до всіх виборців, робітників, робітниць, селян і селянок, військово-вослужбовців Червоної Армії, до радянської інтелігенції у зв'язку з виборами до Верховної Ради СРСР на основі нової Конституції наголошувалося: «За роки Радянської влади вигляд нашої країни змінився докорінно. Із країни відсталості і середньовіччя, темряви і безкультур'я, злиденності, безправ'я і пригнічення трудящих, якою

¹ Див., напр.: Ронин С. Л. Конституция СССР 1936 года / С. Л. Ронин. – М. : Госюриздат, 1957. – С. 5; Марксистско-ленинское учение о социализме и современность. – М. : Мысль, 1975. – С. 153; Советское государственное право : учебник. – М. : Юрид. лит., 1983. – С. 36; История советского государства и права : в 3 кн. – М. : Наука, 1985. – Кн. 3. – С. 6, 20; Куликова Г. Б. Основной закон государства победившего социализма (К 50-летию Конституции СССР 1936 года) / Г. Б. Куликова. – М. : Знание, 1986. – С. 3.

² Історія конституційного законодавства України : зб. док. / упоряд. В. Д. Гончаренко. – Х. : Право, 2007. – С. 102.

³ Там само. – С. 103.

була стара Росія, наша країна перетворилася у перебудову, культурну, могутню соціалістичну державу»¹.

У другій половині 1980-х років, за часів так званої «горбачовської» перебудови, в умовах гласності, плюралізму думок, публікації раніше прихованих від дослідників документів (у тому числі й архівних) у історичній, історико-правовій літературі почала обговорюватися точка зору, згідно з якою у 1930-ті роки в СРСР існував не просто соціалізм, а деформований соціалізм. Так, за визначенням Д. А. Волкогонова, соціалізм 1930-х років — це «цезаризм 30-х років, сталінський соціалізм»². У літературі для характеристики суспільного ладу 1930-х років застосовуються також і такі визначення: «державний соціалізм»³, «державно-адміністративний соціалізм»⁴, «державний, авторитарно-бюрократичний соціалізм», «зрівнювальний соціалізм»⁵, «державно-пролетарський індустріалізуючий соціалізм»⁶ тощо. Слід додати, що на невідповідність соціалізму, яким він вбачався виходячи з тексту радянських Конституцій середини 1930-х років і «сталінського соціалізму» цього періоду, звертав увагу у своєму листі до Сталіна від 17 серпня 1939 р. Ф. Ф. Раскольников. Він писав: «Ваш “соціалізм”», при торжестві якого його будівникам знайшлося місце лише за тюремними ґратами, так само далекий від істинного соціалізму, як і свавілля вашої особистої диктатури не має нічого спільного з диктатурою пролетаріату»⁷. У літературі перебудовчої пори, а також за пострадянських часів звертається увага на те, що на перший погляд окремі демократичні положення радянських Конституцій 1930-х років (у тому числі й Конституції УРСР 1939 р.), які стосувалися державного устрою, організації та діяльності судових і прокурорських органів, прав і свобод громадян, виборчих прав громадян, так і залишалися суто декларативними. Вони різко розходилися з фактичним станом справ у СРСР

¹ Коммунистическая партия Советского Союза в резолюциях и решениях съездов, конференций и пленумов ЦК (1898–1986). – Т. 6. – 9-е изд., доп. и испр. – М. : Политиздат, 1985. – С. 419.

² Социализм: 30-е годы // Вопросы истории КПСС. – 1989. – № 2. – С. 158.

³ Бурлацкий Ф. Какой социализм нужен народу // Если по совести : сб. статей. – М. : Худож. лит., 1988. – С. 74.

⁴ Меженін М. М. Про нові підходи до періодизації історії Компартії України / М. М. Меженін // Укр. іст. журн. – 1989. – № 11. – С. 115.

⁵ Дискуссионный листок // Правда. – 1990. – 11 июня.

⁶ Горинов М. В поисках сущности / М. Горинов // Коммунист. – 1990. – № 15. – С. 25.

⁷ Федор Раскольников о времени и о себе: Воспоминания. Письма. Документы / сост. И. П. Коссарский. – Л. : Лениздат, 1989. – С. 242.

у цілому, зокрема в УРСР. Так, констатуючи, що Конституція СРСР 1936 р. була, на перший погляд, вельми демократичною і раціональною, Б. М. Топорнін зазначив, що вона «насправді певною мірою створювала демократичний фасад держави, за яким ховалися беззаконня і терор сталінщини»¹. Як зазначав І. М. Степанов, у реальному житті «цей документ став прикриттям безкомпромісної редакції». Під «прапором сталінської конституції розбухав режим особистої диктатури»². Як документ, покликаний виконувати роль ідеологічного і пропагандистського прикриття насилля над соціалізмом, характеризував Конституцію СРСР 1936 р. Л. П. Юзьков³. Ширмою називає ряд положень Конституції УРСР 1937 р. О. М. Мироненко «в умовах безпрецедентного розгулу беззаконня і майнових репресій»⁴. На декларативно-пропагандистський характер Конституції УРСР 1937 р. звернули увагу В. С. Кульчицький і І. Й. Бойко⁵.

Аналіз змісту Конституції УРСР 1937 р. дає підстави для твердження, що крім дійсно декларативних положень у ній містилися норми, якими регулювалися реально існуючі соціально-економічні, державно-правові явища. Так, як це і передбачалося ст. 5 Конституції УРСР 1937 р., у республіці існувала власність, яка мала або форму державної власності, або форму кооперативно-колгоспної власності⁶. Ще один приклад. У ст. 18 Конституції зазначалось: «Стаття 18. Українська Радянська Соціалістична Республіка складається з областей: Вінницької, Дніпропетровської, Донецької, Київської, Одеської, Харківської, Чернігівської і Молдавської Автономної Радянської Соціалістичної Республіки»⁷. Зазначені адміністративно-територіаль-

¹ Топорнін Б. Н. Конституционная реформа – путь к правовому государству / Б. Н. Топорнін // Сов. государство и право. – 1990. – № 4. – С. 8.

² Степанов И. М. Диалектика общечеловеческих и классовых ценностей в конституционном процессе / И. М. Степанов // Сов. государство и право. – 1990. – № 1. – С. 19.

³ Юзьков Л. До питання про конституційну систему Союзу РСР / Л. Юзьков // Рад. право. – 1990. – № 5. – С. 7–8.

⁴ Конституція незалежної України : навч. посіб. / за ред. В. Ф. Погорілка, Ю. С. Шемшученка, В. О. Євдокимова. – К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, Спілка юристів України, 2000. – С. 33.

⁵ Кульчицький В. С. Генезис та еволюція української Конституції : навч. посібник / В. С. Кульчицький, І. Й. Бойко. – Львів : Вид. юрид. ф-ту Львів. нац. ун-ту імені Івана Франка, 2007. – С. 61–62.

⁶ Історія конституційного законодавства України : зб. док. / упоряд. В. Д. Гончаренко. – Х. : Право, 2007. – С. 102.

⁷ Там само.

ні одиниці реально існували на території УРСР після прийняття Конституції УРСР 1937 р.

Реально була незабаром створена передбачена Конституцією УРСР система центральних органів державної влади і управління УРСР, а саме: Верховна Рада УРСР, Президія Верховної Ради УРСР, Рада Народних Комісарів УРСР, народні Комісаріати УРСР. Почали функціонувати в республіці й передбачені Конституцією УРСР 1937 р. місцеві органи державної влади: обласні, окружні, районні, міські, районні у великих містах, селищні, станичні і сільські Ради депутатів трудящих. Реально столицею Української Радянської Соціалістичної Республіки було місто Київ, як це й передбачалося ст. 145 Конституції УРСР 1937 р.

У той же час декларативними виявилися принципові положення Конституції УРСР 1937 р. (як і аналогічні положення Конституції СРСР 1936 р.). Навряд чи серйозно можна сприйняти твердження статті 3 Конституції УРСР 1937 р. про те, що «вся влада в УРСР належить трудящим міста і села в особі Рад депутатів трудящих»¹. Насправді, в умовах панівної в середині 1930-х років сталінської командно-адміністративної системи управління всіма процесами державного будівництва в СРСР у цілому, в УРСР у тому числі, керував партапарат. Відбулося зрощення більшовицької партії з державою, а реальна влада перебувала в руках центральних і місцевих партійних органів на чолі зі Сталіним. Без сумніву, декларативною була норма Конституції УРСР 1937 р. про те, що УРСР «зберігає за собою право виходу з Союзу Радянських Соціалістичних Республік (ст. 14)»². У середині 30-х років СРСР був фактично централізованою державою, у якій на законодавчому рівні навіть не було розроблено механізму застосування союзною республікою задекларованого на конституційному рівні права на вихід республіки зі складу Союзу РСР. Задекларовані в Конституції УРСР 1937 р. (як і Конституції СРСР 1936 р.) свобода слова, свобода друку, свобода зборів і мітингів, свобода вуличних походів і демонстрацій в умовах сталінського жахливого тоталітарного режиму були фікцією. У зв'язку з цим не можна не погодитися з таким висновком: «Прийняття 5 грудня 1936 року сталінської Конституції, по замислу великого вождя, мало стати апофеозом гуманізму, проголосити його на весь світ творцем демократії нового типу. Історія уготувала сталінській

¹ Історія конституційного законодавства України : зб. док. / упоряд. В. Д. Гончаренко. – Х. : Право, 2007. – С. 102.

² Там само. – С. 104.

Конституції іншу долю — стати пам'ятником лицемірства і брехні. Тільки Сталін міг додуматися до такого єзуїтства, коли, з одного боку, проголошувалася свобода слова і совісті, а з другого — за інакомислення судили і розстрілювали; з одного боку, гарантувати недоторканність особи, а з другого — людське життя мали за ніщо. І вбивати невинних в ім'я тієї ж свободи і демократії»¹.

Таким чином, наведене вище дає підстави наголосити, що для реалізації демократичних конституційних засад мало було зафіксувати їх в Основному Законі. Тільки за умов функціонування громадянського суспільства і дійсно правової, а не задекларованої правової держави і можливе наповнення реальним змістом демократичних засад організації й діяльності державного апарату, здійснення прав і свобод людиною і громадянином. Історичний досвід конституційного будівництва в Україні важливо враховувати в наш час, коли відбувається активний процес підготовки нової Конституції країни.

Гончаренко В. Конституция Украинской ССР 1937 г.

В статье анализируются подготовка, принятие Конституции 1937 г. Обосновывается вывод о том, что ряд статей Конституции имел декларативный характер в условиях господства командно-административной системы управления.

Ключевые слова: Конституция УССР 1937 г., декларативный характер статей Конституции.

Goncharenko V. Constitution of the Ukrainian SSR 1937

The article examines the preparation, adoption of the Constitution of 1937. The conclusion is that a number of articles of the Constitution had a declarative rule in the administrative-command system of governance.

Keywords: USSR Constitution of 1937, the declarative nature of the articles of the Constitution.

¹ Див.: Майсеня А. Забыть не дано / А. Майсеня // Колокол мой – правда. – Минск : Беларусь, 1989. – С. 146.

УДК 340.15

А. Козаченко, кандидат юридичних наук, доцент, заступник директора з навчальної та наукової роботи Полтавського юридичного інституту Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Роль земського самоврядування у процесі проведення Столипінської аграрної реформи та після її згортання (1906–1916 рр.)

Найважливішими складовими реформування аграрних відносин і, зокрема, відносин власності наприкінці ХІХ — на початку ХХ ст. була проблема формування ринку землі та фермерських господарств. Найсуттєвіших результатів на цьому шляху царському уряду Росії вдалося досягти завдяки проведенню аграрної реформи П. А. Столипіна. Досвід проведення цієї реформи залишається актуальним і у наш час¹. З огляду на те, що роль земського самоврядування у процесі проведення Столипінської реформи є малодослідженою, автор статті поставив собі за мету на прикладі Полтавського земства розкрити участь земства у модернізації аграрної галузі та формування ринкових відносин на селі у період зазначеної реформи.

Ринок землі складає основу для формування ринкових відносин в аграрній галузі. Законодавство Російської імперії про скасування кріпосного права 1861 р. урегульовувало порядок викупу селянами землі у поміщиків. Однак процес формування ринку землі гальмувався низкою факторів: малоземеллям, відсутністю коштів у селян, урядовою політикою, що мала за мету захист поміщицького землеволодіння, протидією дворянства. У другій половині ХІХ ст. царський уряд не мав чіткого та послідовного плану проведення реформ. Консервативна частина дворянства, поміщики та державні чиновники схилилися до

¹ Див.: Белоусов Р. Две крестьянские реформы: 1861 и 1907 годы / Р. Белоусов // Экономист. – 1992. – № 12. – С. 73–80; Ігнатова Л. Ринкові відносини в Україні в період столипінської реформи на початку ХХ ст. / Л. Ігнатова // Історія України. – 2000. – № 34. – С. 6–7; Шевченко В. М. Проблема ринкових аграрних відносин в Україні другої половини ХІХ – початку ХХ ст. в історіографії / В. М. Шевченко // Укр. іст. журн. – 2007. – № 5. – С. 188–205; Якименко М. А. Становлення селянського (фермерського) господарства в Україні після скасування кріпосного права (1861–1918 рр.) / М. А. Якименко // Укр. іст. журн. – 1996. – № 1. – С. 3–14.

необхідності реалізації пруського шляху розвитку ринкових відносин на селі, який мав еволюційний характер і передбачав поступову трансформацію аграрних відносин, збереження поміщицького землеволодіння та панщини. Ліберальне крило дворянства, буржуазія й селянство підтримували американський революційний шлях розвитку аграрних відносин, який мав за мету створення великих фермерських господарств. Така невизначеність як суспільства, так і держави, відповідним чином відображалася на діяльності земства.

Розпочати аграрну реформу царський уряд змусили численні селянські повстання та революція 1905 р. Царський указ від 6 травня 1905 р. передбачав створення Головного управління землевпорядкування та земельних справ, на яке покладалася функція координації підрозділів колишнього Міністерства землеробства та державних маєтностей, Переселенського управління та земського відділу МВС. Маніфестом від 3 листопада 1905 р. наполовину скорочувалися викупні платежі селян за землю з 1 січня 1906 р., а з 1 січня 1907 р. вони повністю скасовувалися¹. Але активні цілеспрямовані заходи щодо проведення докорінної зміни аграрних відносин уряд почав здійснювати тільки після призначення 8 липня 1906 р. П. А. Столипіна головою Ради Міністрів Російської імперії. 12 і 27 серпня 1906 р. було прийнято два укази про передачу надільних та казенних земель Селянського банку для продажу селянам. Указом «Про доповнення деяких постанов діючого закону, що стосується селянського землеволодіння і землекористування від 9 листопада 1906 р.», проект якого розробив і вніс на розгляд Миколи П. А. Столипін, передбачав три складові аграрної реформи: 1) вихід селян із общини і закріплення за ними землі у приватну власність; 2) створення хутірського та відрубного господарства; 3) проведення політики переселення селян до Сибіру та Далекого Сходу. На думку фахівців у галузі аграрної історії, зазначені положення столипінського указу передбачали поєднання елементів американського та пруського шляхів реформування аграрних відносин².

Забезпечення функціонування аграрної галузі входило до кола прямих обов'язків органів земського самоврядування. Згідно зі ст. 2

¹ Див.: Селіхов Д. Роль столипінського законодавства у реформуванні аграрних відносин в Україні після 1906 р. / Д. Селіхов // Вісн. Акад. прав. наук України. – Х., 2000. – № 3. – С. 74.

² Див.: Панченко П. П. Аграрна історія України : підручник / П. П. Панченко, В. А. Шмарчук. – К., 2000. – С. 71.

Положення про губернські і повітові земські установи 1890 р. (далі — Положення) до відання земства належало забезпечення населення продуктами харчування, здійснення протиепізоотичних заходів, захист посівів зернових та інших сільськогосподарських культур, організація боротьби із природними шкідниками. Положення 1890 р. вказувало, що на земство покладалося забезпечення розвитку землеробства: «допомога місцевому землеробству усіма засобами, що від земства залежали»¹. Тому урядові нормативно-правові акти, розраховуючи на підтримку земців, передбачали широке залучення органів земського самоврядування до справи проведення аграрної реформи. Проте дворянство, якому належала переважна більшість місць у земських зборах, ставилося до проведення Столипінської реформи з недовірою. Так, у вересні 1906 р. Полтавське повітове земство направило телеграму П. А. Столипіну, у якій доволі стримано заявляло про свою підтримку урядових реформ².

У своїй діяльності з метою реалізації Столипінської реформи земство спиралося на власний досвід реформування аграрної галузі, напрацьований ним після скасування кріпосного права 1861 р.: проведення досліджень для визначення шляхів і способів модернізації аграрної галузі, запровадження фінансових установ з метою формування ринку землі, забезпечення сільськогосподарських виробників новітніми ефективними засобами ведення виробництва, надання рекомендацій селянам щодо підвищення продуктивності ведення землеробства та скотарства. Але така діяльність органів земського самоврядування гальмувалася відсутністю державної програми реформування аграрної галузі.

Для проведення реформи урядовим указом від 4 березня 1906 р. передбачалося створення губернських та повітових землевпорядних комісій. На них покладалося завдання проведення землевпорядних робіт для створення одноосібних селянських господарств. 21 травня 1906 р. за підписом головного управляючого землеробства і земельних справ В. Васильчикова усім губернаторам були направлені телеграми з вимогою негайно розпочати формування землевпорядних комісій. З метою прискорення цього процесу до Полтавської і Чернігівської губерній уряд направив свого представника — голову Переселенського управління Г. В. Глінку. У 1906 р. на території Полтав-

¹ Положение о губернских и уездных земских учреждениях 1890 г. // Полн. собр. законов Рос. империи. – СПб., 1893. – № 6927. – Т. X. – С. 495.

² 3 життя Полтавщини // Рідний край. – 1906. – 8 жовт. (№ 40). – С. 11.

ської губернії були створені повітові землевпорядні комісії, а наступного року — губернська комісія¹.

Під час засідання Полтавських губернських зборів чергового 42 скликання 9 грудня 1906 р. до губернської землевпорядної комісії було обрано 6 членів (з них 3 гласних від селян). Губернські гласні — члени землевпорядної комісії розробили та внесли на розгляд земських зборів пропозиції щодо вдосконалення роботи землевпорядних комісій. Земці пропонували уряду позбавити Селянський банк можливості гальмувати процес продажу селянами землі, скасувати кругову поруку сільської общини, надати право землевпорядним комісіям рекомендувати банкам селян щодо надання їм іпотечного кредиту, збільшити розмір кредиту для селян із 3 тис. крб до 10 тис. крб, врегулювати питання надання селянам-переселенцям права приватної власності на землю, врегулювати поземельні відносини з корінними мешканцями тих територій, на яких отримують землі переселенці².

Відповідно до Положення про землеустрій 1911 р. повітові землевпорядні комісії формувалися у складі голови повітового дворянського зібрання, голови повітової земської управи, представника головного управління землевпорядкування та земельних справ, повітового члена окружного суду, земського начальника, 3-х представників від повітових земських зборів і 3-х селян, обраних волосними сходами. До складу губернських землевпорядних комісій входили губернатор, голова губернського дворянського зібрання, голова губернської земської управи, представник головного управління землевпорядкування та земельних справ, голова і один із членів повітового окружного суду, член губернського із селянських справ присутствія, губернський землемір і два виборних члени губернських земських зборів³. Згідно з циркуляром Полтавського губернатора у серпні 1911 р. відбулися вибори представників земства до губернської та повітових землевпорядних комісій. Членів губернської землевпорядної комісії було обрано шляхом таємного голосування 24 серпня 1911 р. під час надзвичайного засідання губернських земських зборів

¹ Див.: Якименко М. А. Становлення селянського (фермерського) господарства в Україні після скасування кріпосного права (1861–1918 рр.) / М. А. Якименко // Укр. іст. журн. – 1996. – № 1. – С. 7–8.

² Журнали Полтавского губернского земского (далі – ПГЗ) собрания 42 очередного созыва 1906 г. – Полтава, 1907. – С. 39, 123–124.

³ Див.: Селіхов Д. Роль столипінського законодавства у реформуванні аграрних відносин в Україні після 1906 р. / Д. Селіхов // Вісн. Акад. прав. наук України. – Х., 2000. – № 3. – С. 74, 76.

терміном на 3 роки. Демонструючи демократичний підхід щодо формування землевпорядної комісії, земські збори обрали до її складу, зокрема, селянина Чутівської волості Д. П. Кулика, мотивуючи свій вибір тим, що він «дуже чесна і порядна людина»¹. Отже, завдяки земству уряд намагався демонструвати демократичний характер процесу формування землевпорядних комісій.

Окрім участі у роботі землевпорядних комісій представники земств вели широку роз'яснювальну роботу серед селян про мету діяльності комісій — створення дрібних та середніх фермерських господарств, об'єднаних місцевим самоуправлінням, завдяки чому на початку реформи селяни підтримували її проведення. За даними М. А. Якименка, у Полтавській губернії до повітових землевпорядних комісій звернулося 161 326 селян із проханням провести землевпорядні роботи. Такі роботи було проведено у 62 755 селянських дворах, що забезпечило створення 48 281 одноосібного селянського господарства². Але по суті землевпорядні комісії сприяли виселенню малоземельних селян, що давало можливість заможним селянам скуповувати їх землі. Так, кількість заможних селянських господарств у період з 1910 по 1916 р. збільшилася майже втричі — із 40 696 господарств до 107 437³. Тому з кожним роком найбільш активніше селянство все активніше протидіяло роботі землевпорядних комісій, а отже, і проведенню реформи. Негативне ставлення селян до діяльності землевпорядних комісій зумовлювалося також тим, що у них все більшого розмаху набували хабарництво та бюрократизм. З тим щоб не допустити несправедливого перерозподілу землі та уникнути соціального вибуху, Полтавське земство намагалось вивчати це питання за допомогою статистичних досліджень⁴.

Основним напрямом створення дрібних та середніх фермерських господарств було виділення селян на хутори та відруби, що зумовлювалося черезсмужжям, багатомужжям та земельними сервітутами, які виникли після реформи 1861 р. і гальмували розвиток селянських

¹ Журнали Полтавского чрезвычайного губернского земского собрания 24 августа 1911 г. – Полтава, 1911. – С. 9–10.

² Якименко М. А. Становлення селянського (фермерського) господарства в Україні після скасування кріпосного права (1861–1918 рр.) / М. А. Якименко // Укр. іст. журн. – 1996. – № 1. – С. 8.

³ Див.: Якименко М. А. Переселенський рух у Наддніпрянській Україні в роки столипінських реформ (1908–1913 рр.) : монографія / М. А. Якименко. – Полтава, 2009. – С. 144.

⁴ Статистический ежегодник ПГЗ на 1904 г. – Полтава, 1904. – С. 32–37; Журнали ПГЗ собрания 44 очередного созыва 1908 г. – Полтава, 1909. – С. 124.

господарств. Завдяки діяльності землевпорядних комісій на початку 1916 р. в українських губерніях функціонувало 440 тис. хутірських та відрубних господарств, що складало 13 % від загальної кількості селянських дворів. Проте на території Полтавської губернії цей процес гальмувався малоземеллям та сільською общиною. Станом на 1915 р. у Лівобережних губерніях України з общини вийшли лише 16,5 % селянських дворів¹.

Після реформи 1861 р. поміщики, які не змогли пристосуватися до нових економічних умов, почали продавати свої землі. За підрахунками земських статистиків, станом на 1901 р. дворяни Полтавської губернії втратили 21 % земель, а селяни і козаки придбали 16 % земель. Земство констатувало, що «за 40 років дворянство із головного землевласника перетворилося у третьорозрядного»². П. А. Столипін не припускав можливості відчуження дворянського землеволодіння, а тим більше знищення самого дворянства. Втім упродовж 1906–1910 рр. поміщицьке землеволодіння зменшилося на 1,1 млн дес. Лише через Селянський поземельний банк поміщики українських губерній у цей період продали понад 480 тис. дес. землі³.

Після селянської реформи 1861 р. постала проблема безземелля та малоземелля селян густонаселених чорноземних губерній України, що спричинило масову міграцію сільського населення переважно до Сибіру і Далекого Сходу. Порядок міграції врегульовував так званий переселенський закон від 13 липня 1889 р. Переселення селян забезпечував урядовий орган — Переселенське управління. 6 червня 1904 р. набув чинності новий переселенський закон. Проте урядова політика з питань міграції залишалася вкрай неефективною. Тому під час проведення обласного переселенського з'їзду, що відбувся 1907 р. у Харкові, представники від земства визнали необхідність створення обласної земської переселенської організації⁴.

Полтавське земство намагалося дослідити аграрну міграцію як соціальне явище та знайти шляхи і способи його удосконалення. Так, у 1906 р. надзвичайні губернські земські збори ухвалили рішення про організацію експедиції у степові райони Казахстану, Сибіру і Середньої

¹ Див.: Якименко М. А. Переселенський рух у Наддніпрянській Україні в роки столипінських реформ (1908–1913 рр.) : монографія / М. А. Якименко. – Полтава, 2009. – С. 41.

² Статистический ежегодник ПГЗ на 1904 г. – Полтава, 1904. – С. 33.

³ Див.: Панченко П. П. Аграрна історія України : підручник / П. П. Панченко, В. А. Шмарчук. – К., 2000. – С. 76.

⁴ Журнали ПГЗ собрания 43 очередного созыва 1907 г. – Полтава, 1908. – С. 121.

Азії на чолі із земським агрономом Ю. Ю. Соколовським. Упродовж 7,5 місяців експедиція обстежила ці території і дійшла висновку про те, що вони є цілком придатними для вихідців із Полтавської губернії¹. Діяльність земства з питань переселенського руху підтримав голова Переселенського управління Г. В. Глінка. У травні 1907 р. губернські земські збори ухвалили рішення про запровадження посад спеціальних агентів з питань міграції селян. Губернська земська управа домоглася від уряду надання агентам права приймати заяви від осіб, які виявляли бажання переселитися, і формувати групи переселенців. Згідно із законом від 6 червня 1904 р. такі повноваження належали земським начальникам. Упродовж 1907 р. земство організувало 6 груп мігрантів у складі 2 022 осіб. Кожну групу супроводжували до місць переселення земські агенти².

Найбільша кількість мігрантів залишала територію Полтавської губернії. Так, за даними Переселенського управління, за період з 1885 до 1906 р. територію Полтавської губернії залишило 207 878 осіб, що значно перевищувало кількість переселенців з інших українських губерній³. З огляду на це та з метою реалізації Столипінської реформи Полтавське земство у 1908 р. ініціювало створення Обласної переселенської організації. Участь у її створенні взяли Катеринославське, Київське, Харківське, Херсонське і Чернігівське губернські земства. Створення земської переселенської організації схвально оцінив прем'єр-міністр П. А. Столипін.

У 1910 р. Полтавські губернські збори за участю представників п'яти інших губернських земств прийняли «Статут Південноросійської обласної переселенської організації». Керівними органами Переселенської організації були з'їзд і бюро. З'їзд — розпорядчий орган, котрий формувався шляхом делегування представників від губернських земств. Бюро — виконавчий орган, сформований з'їздом. Знаходилося бюро при Полтавській губернській управі, очолював його голова управи. Отже, забезпечення діяльності Переселенської організації покладалося на Полтавську губернську управу. Особливим чином Переселенська організація ставилась до проведення статистичних досліджень з питань міграції та інформування населення про свою діяльність. За допомогою газети «Хуторянин», журналу «Вісті

¹ Журнали чрезвычайного Полтавского губернского земского собрания 28–29 мая 1907 г. – Полтава, 1907. – С. 37.

² Там само. – С. 39, 43.

³ Журнали ПГЗ собрания 43 очередного созыва 1907 г. – Полтава, 1908. – С. 123.

Обласної земської переселенської організації» та інших друкованих видань Переселенська організація інформувала населення про умови переселення¹. Агенти організації проводили обстеження місць переселення, організовували землевідведення, надавали юридичну допомогу. Переселенська організація надавала матеріальну допомогу для влаштування переселенців, допомагала продуктами харчування². Обласна переселенська організація провела велику роботу з переселення безземельних і малоземельних селян до Сибіру і Далекого Сходу. До бюро переселенської організації надходили листи з вдячністю за надану допомогу на ім'я голови губернської земської управи Ф. А. Лизогуба та завідувача бюро організації М. А. Нікольського³. Однак як уряд, так і земство визнавали значні недоліки та прорахунки, допущені в організації переселенського руху.

Дослідник переселенського руху М. А. Якименко дає двояку оцінку цьому явищу. Позитивним наслідком переселенського руху, на думку вченого, слід вважати те, що він сприяв розвитку ринкових відносин в аграрній галузі та прискорив ліквідацію залишків феодального землеволодіння. Водночас переселенський рух спричинив зубожіння значної частини селян-переселенців. Так, у період з 1906 по 1913 рр. до України повернулося 23,5 % переселенців, які залишилися без засобів для існування⁴.

У період Столипінської аграрної реформи земство активізувало діяльність з метою надання селянам фінансової допомоги для викупу землі та становлення фермерських господарств шляхом створення кредитних та позичково-ощадних товариств. Так, на території Кременчуцького повіту станом на 1914 р. діяло 17 кредитних товариств, 8 із них було створено у період реформи. З 1906 по 1912 рр. у повіті виникло 5 позичково-ощадних товариств. Із 20 сільськогосподарських товариств, які діяли на території Кременчуцького повіту, 19 створено у період Столипінської реформи. При цьому ініціатива створення 11 товариств належала земським агрономам⁵.

¹ Переселенческое совещание // Хуторянин. – 1912. – 1 марта. – № 9. – С. 249.

² Там само. – 23 февр. (№ 8). – С. 217–219.

³ Земская хроника // Хуторянин. – 1912. – 16 февр. (№ 7). – С. 198–199.

⁴ Див.: Якименко М. А. Переселенський рух у Наддніпрянській Україні в роки столипінських реформ (1908–1913 рр.) : монографія / М. А. Якименко. – Полтава, 2009. – С. 140, 145.

⁵ Див.: Крот В. Роль Кременчуцького повітового земства в становленні та діяльності кооперації на селі / В. Крот, Л. Крот // Регіональні перспективи. – 2003. – № 6. – С. 25–26.

Створення споживчих товариств земство обґрунтовувало необхідністю захисту селян від недобросовісної конкуренції, стримуванням зростання цін на продукти харчування, інформуванням населення про ситуацію на ринку сільськогосподарської продукції. Про темпи збільшення споживчої кооперації свідчать такі цифрові дані: у 1905 р. на території Російської імперії налічувалося 641 селянське споживче товариство, а у 1911 р. — 4 715 товариств¹. За даними земської статистики на території Полтавської губернії у 1913 р. діяло 390 споживчих товариств, з них 235 виникли після 1905 р. Фінансування споживчих товариств земством зросло із 3,9 тис. крб у 1904 р. до більше ніж 22 тис. крб у 1913 р.² Отже, саме у період Столипінської реформи земства активізували процес формування споживчих товариств.

Земства активно розпочали проводити регіональні з'їзди представників від губернських земств з метою обміну досвідом та об'єднання зусиль щодо вирішення проблем в аграрній галузі. Так, наприклад, у 1912 р. при Київській губернській управі було проведено земський з'їзд представників Київської, Волинської, Подільської, Полтавської, Бессарабської, Чернігівської та Мінської губерній, на якому розглянуто такі питання: щодо закупівлі сільськогосподарської техніки за кордоном, розвитку сільськогосподарського машинобудування у Росії, створення земських складів та про роль земства у процесі кооперації виробників сільськогосподарської продукції³. Земство досягло значних успіхів у модернізації сільського господарства. Так, наприклад, у Переяславському повіті у 1913 р. налічувалося близько 3 тис. колісних культиваторів, селяни остаточно перейшли на використання чотириохпільної сивозміни і запровадження чистих парів⁴.

Таким чином, Полтавське земство, як і інші губернські земства Російської імперії, ставилося до проведення Столипінської аграрної реформи з недовірою. Така позиція земства зумовлювалася його переважно дворянським складом після виборів 1906 р. Але незважаючи на це, земство провело значну дослідницьку роботу аграрного питання та визначення шляхів і способів його вирішення. Участь земських гласних

¹ Див.: Панченко П. П. Аграрна історія України : підручник / П. П. Панченко, В. А. Шмарчук. – К., 2000. – С. 83.

² Статистический ежегодник ПГЗ на 1904 г. – Полтава, 1904. – С. 34–35; Статистический ежегодник ПГЗ на 1913 г. – Полтава, 1916. – С. 98–99.

³ Земская хроника // Хуторянин. – 1912. – 15 апр. (№ 16). – С. 431–433.

⁴ Тепцов Л. Успехи, достигнутые агрономической организацией Переяславского уезда Полтавской губернии в области сельского хозяйства в 1913 г. / Л. Тепцов // Полтавские агрономические известия. – 1914. – 1 февр. (№ 5). – С. 9–11.

у роботі землевпорядних комісій сприяла створенню одноосібних селянських господарств, виходу селян із общини і закріплення за ними землі у приватну власність шляхом упровадження хутірського та відрубного господарства. Земство брало активну участь у реалізації урядової політики переселення малоземельних селян до Сибіру та Далекого Сходу. У період Столипінської аграрної реформи земство активізувало надання селянам фінансової допомоги, сприяло розвитку споживчої кооперації, поширювало інформацію про передові способи агротехніки, здійснювало інші заходи з метою модернізації аграрної галузі та формування ринкових відносин на селі. Проте діяльність уряду і земства вела до зубожіння значної частини селянства і зосередження землі у власності заможних селян, що загострило соціальні протиріччя на селі.

Козаченко А. Роль земского самоуправления в процессе проведения Столыпинской аграрной реформы и после ее сворачивания (1906–1916)

В статье проанализированы проблемы участия органов земского самоуправления в процессе проведения Столыпинской аграрной реформы: формирование крестьянских хозяйств, ликвидация крестьянских сообществ, организация движения переселения.

Ключевые слова: земство, земское самоуправление, Столыпинская аграрная реформа, крестьянская земельная собственность, крестьянское сообщество, движение переселения.

Kozachenko A. Role of zemstvo self-government in the process of Stolypin agrarian reform conduct and after its curtailing (1906–1916)

The article reveals issues of participation of zemstvo self-government bodies in conduct of Stolypin agrarian reform: formation of peasants' farms, liquidation of a village community, organization of re-settlement movement.

Keywords: zemstvo, zemstvo self-government, Stolypin agrarian reform, peasant land-ownership, village community, re-settlement movement.

ПИТАННЯ ІСТОРІЇ

ВЧЕНЬ ПРО ДЕРЖАВУ І ПРАВО

УДК 340.15

Г. Демиденко, доктор історичних наук,
професор Національного університету
«Юридична академія України імені Яро-
слава Мудрого»

Чому стратили Сократа? (Деякі уроки кризи реальної демократії)

Джерело життєвої сили демократії залежить від постійного критичного осмислення відповідності її реальної практики демократичним принципам і цінностям, причин недоліків і криз, шляхів їх подолання чи запобігання. Його мета — забезпечення високих стандартів життя народу, дієвість демократичних інститутів і політики, у якій би втілювались демократичні цінності: гарантії особистих прав і свобод людини і громадянина, верховенство права, правосуддя, гуманізм, політичний і ідеологічний плюралізм, повага до прав опозиції та ін. Адже їх нехтування, навіть тимчасове, чи пусте декларування неминуче ведуть до спотворення самої демократії, трагічно позначається на долях цілих поколінь, окремих людей. Історія повна такого роду прикладами, починаючи з афінської демократії.

Суд над Сократом відбувся в афінському Народному суді (гелієї) 399 р. до н. е. 70-річний філософ був засуджений до смертної кари і через місяць вирок було виконано. Мине зовсім небагато часу, коли вирок мислителю буде переглянуто і його обвинувачі самі постануть перед судом і будуть суворо покарані. Процес реабілітації Сократа, спори і літературна полеміка щодо причин його засудження демократичними Афінами тривають дотепер¹. Саме причини страти Сократа

¹ Див.: Ксенофонт. Опровержение обвинений Сократа. Защита Сократа на суде / Ксенофонт // Воспоминания о Сократе // Памятники философской мысли. – М., 1993. – С. 5–22; 153–159; Платон. Апология Сократа / Платон // Сочинения : в 3 т. : пер. с древнегреч. ; под общ. ред. А. Ф. Лосева и В. Ф. Асмуса ; вступ. ст. А. Ф. Лосева ; АН СССР ; Ин-т философии. Философ. наследие. – М., 1968. – Т. 1. – С. 81–112; Апология Сократа ратора Либания // Суд над Сократом : Сборник исторических свидетельств. – СПб., 1997. – С. 138–218; Диоген Лаэртский. О жизни, учениях и изречениях знамени-

нас і цікавлять. Тут є над чим замислитись і зараз — правознавцям, філософам, історикам.

Завдяки спогадам сучасників і учнів Сократа — «Спогадам про Сократа» Ксенофонта і «Апології Сократа» Платона — ми знаємо зміст обвинувачення афінського мудреця, його промов на суді. Формулювання обвинувачення більш детально подає Діоген Лаертський: «Це звинувачення написав і клятвенно засвідчив Мелет, син Мелета, піфієць, проти Сократа, сина Софронієвського з дему Алопеки. Сократ звинувачується в тому, що він не визнає богів, яких визнає місто (тобто місто-поліс, держава), і вводить інших, нових богів. Звинувачується він і в розбещенні молоді. Покарання, яке вимагається, — смерть»¹. Обвинувачення підтримали ватажок «нових демократів», багач Аніт (головний ініціатор позову) і ритор Лікон. Платон свідчить, що Аніт був ображений на Сократа за порівняння його з ремісником у політиці, Лікон — за відгуки філософа про платних риторів (складачів текстів промов) і поганих ораторів (у Афінах такий не міг вважатися хорошим політиком), Мелет — за поетів-невдах, хто брав участь у переслідуваннях за часів «Тридцяти тиранів», адже Сократ висміював і першого, і другого, і третього (Платон. Апологія Сократа, 17а, 18а–18е).

За існуючої в гелієї процедури звинувачений міг ще до суду залишити Афіни і переселитися до іншого полісу, не сподіваючись на виправдальний вирок. На це і розраховував Аніт, щоб позбавитись свого критика. Але така перспектива в колі друзів Сократа навіть не обговорювалася. Більше того, коли друг Сократа Гермоген, за свідченням Ксенофонта, спитав філософа, чи не слід тому подумати над змістом захисної промови, той відповів: «А хіба, по-твоєму, все моє життя не було підготовкою до захисту?». Потім додав: «Я за все життя не зробив нічого несправедливого, це я вважаю кращою підготовкою до захисту» (Ксенофонт. Захист Сократа на суді. § 2–3). Друзі й учні Сократа без його згоди замовили для нього текст захисної про-

тих філософов / Диоген Лаэртский ; ред. и авт. вступ. ст. А. Ф. Лосев : пер. с древнегр. М. Л. Гаспарова. – М., 1998; Поттешер Ф. Знаменитые судебные процессы / Ф. Поттешер : пер. с фр. ; под ред. и с вступ. ст. докт. юрид. наук С. В. Боботова. – М., 1985; Печников Т. А. Суд над Сократом и недоказанность участия обвиняемого в совершении преступления / Т. А. Печников // Государство и право. – 2003. – № 8. – С. 95–98; Nails D. The Trial and Death of Socrates / D. Nails // A Companion to Greck and Roman Political Thought. – Oxford, 2009. – P. 323–338 та ін.

¹ Диоген Лаэртский. О жизни, учениях и изречениях знаменитых философов / Диоген Лаэртский. – М., 1998. – С. 105.

мови у досвідченого логографа Лісія, проте й від неї філософ відмовився. А друзі й учні Сократа хвилювалися не даремно: за існуючих правил судового процесу звинувачений сам повинен був у гелієї перед геліастами (присяжними) захищати себе і його справа, за будь-якої складності, мала бути розглянута упродовж одного дня. Такий порядок було встановлено для розгляду справ про злочини проти богів і поліса.

Біографи Сократа у більшості випадків дорікають йому, що він даремно відмовився від допомоги друзів при підготовці до суду, адже не мав досвіду публічних виступів, у тому числі в суді, не був обізнаний у казуїстиці самого процесу та вперше притягнений до судової відповідальності. Давалися начебто взнаки і вік цього 70-річного афінського мудреця, і природне хвилювання. Проте ретельний аналіз його захисних промов свідчить про необхідність суттєвого корегування таких висновків.

У день суду, коли зранку в гелієї зібралися майже всі 500 присяжних, обраних за жеребкуванням, зовні спокійний Сократ разом із друзями й учнями (Крітон, Платон, Гермоген, Аполлодор та ін.) зайняли відведені для них місця. Головуючий (епістат) відкрив судове засідання, надавши слово стороні обвинувачення. Мелет зачитав свою позовну заяву, засвідчивши її клятвою.

Ксенофонт у «Спогадах» пише, що Мелет у своїй промові звинувачував Сократа ще й у тому, що він начебто вчив своїх слухачів і співбесідників презирливо ставитися до законів, засуджував обрання посадових осіб жеребкуванням. Адже, мовляв, ніхто не хоче обирати таким чином стернового на кораблі, тесляра чи флейтиста, помилки яких завдають меншої шкоди, ніж помилки у державній діяльності; підбурював молодь презирливо ставитися до встановленого державного ладу і вдаватися до насильницьких дій. Мелет нагадав геліастам, що двоє бувших друзів Сократа, аристократи Критій і Алквіад, багато зла заподіяли вітчизні. Обвинувач стверджував, що філософ учив молодь презирливо поводитись із своїми батьками, що він робить її розумнішою за батьків, навіював їй злочинні думки і потяг до тиранії. І вірші Гомера і Гесіода, яких він часто цитував, начебто тлумачив у тому сенсі, що поети схвалювали, коли б'ють простолюдинів і бідняків... (II, 10–58).

Отже, свої звинувачення Мелет конкретизував і доповнив новими, розраховуючи на те, що більшість присяжних з афінських ремісників і селян із навколишніх філ погано обізнані з ученням філософа.

Слово для захисту надали Сократу, промови якого найбільш розлого подав Платон у своїй «Апології Сократа» (17–35 d, 35 e–38 b). Як завжди з іронією той сказав: «Як подіяли мої обвинувачі на вас, афіняни, я не знаю, а я з-за них, право ж, ледве й сам себе не забув, так переконливо вони говорили. Втім вірного-то вони... нічого не сказали». А далі він пообіцяв говорити тільки правду, простими, як завжди, словами, не вдаючись до красномовства, про небезпеку якого Мелет тільки-но попередив суддів. Філософ і до них звертався, як до своїх звичних слухачів на площах і вулицях Афін, рівень правосвідомості і моралі більшості яких він добре знав.

Сократ звернув увагу геліастів на необґрунтованість звинувачення його у невизнанні богів держави. Цей пункт звинувачення легко може бути спростованим показаннями багатьох свідків, які підтвердять участь обвинуваченого в загальних святах і принесенні жертв богам на народних олтарях. Такий факт не ставив під сумнів і сам обвинувач. Що ж до «нових божеств», говорив філософ, «то як можна виводити це з моїх слів, що мені буває голос бога, який підказує, що слід робити?». Якщо люди вірять у різні пророцтва, як у пророцтва жриці у храмі Аполлона, то «я називаю це божественним голосом, вираз більш близький до істини і більш благочестивий». Отже, Сократ звертає увагу присяжних на необґрунтованість звинувачення про невизнання ним богів держави, на суперечності у самому звинувачуванні: твердження про «невизнання богів» і «введення нових богів» виключає одне одного. Заперечувати одних богів і визнавати інших зовсім не означає бути безбожником. То ж він — не безбожник. Цей пункт обвинувачення легко міг бути спростованим показаннями свідків, які б підтвердили пошанування обвинуваченим полісних богів. Очевидно, сократівські аргументи допомогли частині присяжних помітити протиріччя у звинуваченнях Мелета, бо «стали шуміти», мабуть, сперечаючись.

Із другого пункту звинувачень про розбещення молоді Сократ викликає до трибуни обвинувача і ставить йому запитання: чи може він назвати хоч одну людину, «яку б я зробив з благочестивої нечестивою, із скромної — наглою, з економної — марнотратною, з помірно п'ющої — п'яницею, з трудолюбивої — ніженкою чи рабом іншої низької пристрасті?». Мелет же відповідає, що знає тих, кого Сократ умовив слухатися його більше, ніж батьків (Ксенофонт. Захист Сократа на суді, § 20). Як бачимо, обвинувач ухиляється від прямої відповіді, не маючи із цього пункту конкретних фактів розбещення моло-

ді звинуваченим, намагається апелювати до батьківських почуттів присяжних. Ні обвинувачі, ні судді не скористалися пропозицією Сократа: заслухати присутніх на судовому процесі, хто давно його знає, як свідків, «і Мелету у його промові потрібніше було б послатись на кого-небудь з них як на свідка; якщо тоді він забув це зробити, — хай зробить тепер, я не заперечую, — хай скаже, якщо йому є що сказати з цього приводу. Але ви переконаєтесь, афіняни, що, навпаки, всі вони будуть готові допомогти мені, розбещенцю, який спричинює зло їх домашнім, як стверджують Мелет і Аніт» (Платон. Аполлогія Сократа, 34 а, б). Та до нього не дослухались, а молодому Платону судді не дозволили виступити на захист свого вчителя.

Спростувавши відповіді сторони обвинувачення, Сократ засуджує їх із позиції об'єктивної істини¹. Він стурбований більше не власною долею, а можливістю пояснити присяжним істинний смисл свого вчення, наводить факти своєї діяльності — про участь у війні, громадській і просвітницькій діяльності, про свій спротив тиранії. Вони переконливо свідчили про його безкорисливе служіння державі, афінським співгромадянам. Схоже, філософ був свідомий того, що його пояснення для багатьох присяжних буде докором їх непатріотичної або аморальної поведінки під час війни і правління «Тридцяти тиранів», голоду в Афінах, у прийнятті помилкових рішень Народними зборами. Ще більше судді були роздратовані, коли він навів свідчення відомого присяжним Херефонта: дельфійський оракул у храмі Аполлона назвав Сократа наймудрішим серед людей, що здивувало і самого філософа. З тих пір він і перевіряв своїх співгромадян і політичних діячів на мудрість, відданість справедливості і добродієчності, законності і моралі. І — здебільшого безуспішно... (Ксенофонт. Захист Сократа на суді, § 15–19).

Диоген Лаертський пише: за визнання оракулом Сократа «найвищим за всіх своєю мудрістю» йому до крайності заздрили, тим більше, що він часто викривав у нерозумі тих, хто багато думав про себе. Так обійшовся він і з Анітом, а той, не стерпівши його глузу, умовив Мелета подати на нього до суду за нечестя і розбещення молоді. Тепер уже більшість присяжних обурювалась «зухвалістю» мудреця, зарозумілого, як вони вважали, «софіста».

За існуючих правил судового процесу в гелієї після заслуховування обох сторін у справі слідувала процедура першої подачі голосів

¹ Мыслители Греции. От мифа к логике // Сочинения. – М., 1999. – С. 796.

присяжних щодо винності обвинуваченого. І ось результат: він був визнаний винним 280 голосами проти 221-го. Різниця у 30 голосів невелика, але на користь обвинувачів¹.

Починався другий акт трагедії. Присяжні і всі присутні сподівалися, що покарання літньому мудрецю буде м'яким, а то й символічним, враховуючи його вік і бідність — аби у повчання іншим. За демократичною традицією гелієї першим запропонувати міру покарання мав сам обвинувачений. Як писав Г. Гегель, «це був чудовий інститут афінського судочинства, що свідчив про його гуманність. Отже, при оцінці мова йшла не про покарання взагалі, а лише про вид покарання, адже судді вже постановили, що Сократ заслуговує покарання... Але саме тим, що визнаний винним стає своїм власним суддею, припускалося, що він підкоряється вироку суду і визнає себе винним...»². Ксенофонт згадував: коли Сократу запропонували призначити собі штраф, він ні сам не призначив його, ні друзям не дозволив і говорив, що це означало б визнати себе винним (Ксенофонт. Захист Сократа на суді, § 23). Сократ не визнавав себе винним, не вдався до «угоди з правосуддям» і своїми переконаннями. І запропонував...

З притаманною сократівською іронією він заговорив: його дивує невелика перевага в кількості голосів, поданих проти нього — ще б тридцять камінців, якими голосували присяжні, і він був би виправданий. Проте він нехтує тим, про що піклується більшість підсудних — користю, домашніми справами, воєнними чинами, своєю участю в державному правлінні, змовах, адже вважає себе надто порядним, щоб уціліти. Усе життя «я йшов туди, де приватним чином міг подати всякому найбільше... благодіяння... стати якомога краще й розумніше і більше ніж про себе самого піклуватися про державні справи». «Отже, якщо я повинен по справедливості оцінити мої заслуги, то ось до чого я присуджую себе — до (безкоштовного) обіду в Пританеї». Це більше йому личить, ніж такий привілей переможцям на Олімпійських іграх або пританам з Ради 500. Платон в «Апології Сократа» теж підтверджує: сплатити штраф чи піти у вигнання він відмовився: «заради чого сидіти в тюрмі, поки не буде сплачено штраф? Або піти у вигнання на схилі життя» (35e–37e).

Таке нечуване «зухвальство і святотатство» мудреця остаточно розгнівало більшість присяжних: замість визнання вини і признання собі покарання підсудний просить ...винагороди за заслуги

¹ Платон. Сочинения : в 3 т. Т. 1. – С. 507.

² Гегель Г. Эстетика / Г. Гегель : в 4 т. Т. 4. – М., 1973. – С. 188.

перед полісом. Наслідком іронічної пропозиції Сократа було, пише Діоген Лаертський, збільшення голосів проти нього (II, 42). Тепер за вимогу обвинувачів — смертну кару для Сократа — проголосував 361 присяжний.

У своєму останньому слові Сократ сказав: неправдиві клятви і свідчення проти нього повинні усвідомлюватися як нечестиві й несправедливі, адже «не доведена моя винуватість у жодному пункті обвинувачення». Тому йому дивною видається кваліфікація злочину, за якою винесено смертний вирок. «Проте навіть і такий несправедливий вирок не примусить мене почуватись приниженим, він ганьбить не мене, а тих, хто постановив його... Майбутнє підтвердить, як свідчить і минуле, що я ніколи нікого не скривджував, нікого не зіпсував, а навпаки, приносив користь людям... навчаючи їх безкоштовно якому міг добру» (Ксенофонт. Захист Сократа на суді, § 26).

Отже, великий мудрець усвідомлював безпідставність і несправедливість обвинувачень і вироку суду. Справді, суд не встановив, чи мали місце подія злочину, прямий або непрямий умисел (адже ненавмисне розбещення молоді не каралося судом), обставини скоєння, що мало значення для обґрунтованості вироку. Доказове право не було розроблене, а встановлений термін розгляду справи в один день позбавляв суддів можливості ретельного розгляду справи та, схоже, геліасти до цього й не прагнули. Доказування, як вид пізнавальної діяльності, було більш звичним для Сократа, ніж для його суддів. Звідси у його захисних промовах наявна логіка спростування обвинувачення, використання фактів, відомих присяжним або легко перевірюваних, виявлені ним явні протиріччя у звинувачуваннях, безпідставне звуження меж доказування тощо. І все ж, незважаючи на недоведеність та наявні протиріччя обвинувачення, що вимагало виправданого вироку, порушення принципу презумпції невинуватості, вимогу Сократа вирішувати його справу з позиції об'єктивної істини, справедливості, залучення до процесу свідків і всебічного розгляду доказів — на рішення присяжних це не вплинуло. Стан недоведеності вони розцінили як такий, що не знімає вини з підсудного у пред'явлених йому звинуваченнях¹. Чому?

Справа не лише у некваліфікованому складі суду, якого, як і упередженості більшості присяжних, Сократ був свідомий і про що пишуть

¹ Див.: Печников Т. А. Суд над Сократом и недоказанность участия обвиняемого в совершении преступления / Т. А. Печников // Государство и право. – 2003. – № 8. – С. 96–97.

його біографи. Аби він не знехтував звичними методами захисту і зробив деякі поступки вимогам суддів, він, безсумнівно, був би виправданий¹. Головна причина, на нашу думку, була в іншому.

У останні роки V — на початку IV ст. до н. е. афінська демократія переживала глибоку і затяжну кризу. Ще порівняно недавно у «золотий час Перікла» (454/453–430 рр. до н. е.), розквіту демократії такі страсти за заперечення богів чи тим більше за інакомислення були неможливі. «Велике покоління» мислителів того часу — Софокл, «перший громадянин» Афін Перікл, Демокрит, софісти, Сократ — усі вони проголошували і відстоювали ідеї свободи мислення, такі демократичні цінності, як гуманізм, добродієність, справедливість, законність. Високий духовний розвиток афінян втілювався в оновлених Афін, які, за виразом Перікла, стали «школою Еллади», у будівництві величного Парфенону, інших храмів Акрополя і міста, нового театру Діоніса. Але тривала (за тодішніми мірками) і виснажлива Пелопоннеська війна 431–404 рр. до н. е., величезні людські і матеріальні втрати, втрати союзників, а отже, форосу (данини) з них, спалах чуми 430 р., від якої теж померли тисячі афінян, у тому числі й Перікл, розорені господарства селян і ремісників, припинення морської торгівлі, особливо надходження збіжжя — усе це призвело до страшного розорення в недавньому квітучих Афін, громадян афінського полісу. А ще — пережитий голод під час облоги Спартою Афін, капітуляція, встановлення олігархічної влади «Тридцяти тиранів», які до кінця 404 р. стратили 1500 афінян і близько 5000 відправили у вигнання. Відновлення афінської демократії спартанським царем Павсанієм 403 р. не відновило її величчя, демократичних цінностей і ідеалів часів Перікла. За майже 30 років війни, страшних втрат і страждань виросло ціле покоління афінян, хто втратив ці ідеали, вимушений був виживати, зневірився, чекав благодіянь від «нових демократів». Історичний досвід підтверджує залежність демократії від економічного добробуту і політичної стабільності суспільства².

Для більшості афінян проблема хліба насущного була незрівнянно вище високих матерій духовної свободи, творчих пошуків і моральних повчань Сократа. Колективна і зубожіла демократія стала нетерпимою

¹ Див.: Целлер Э. Очерк истории греческой философии / Э. Целлер ; пер. с нем. С. Л. Франка ; прим. М. А. Солоповой. – М., 2012. – С. 107.

² Див.: Цветков В. В. Демократія – Управління – Бюрократія: в контексті модернізації українського суспільства : монографія / В. В. Цветков, В. П. Горбатенко. – К., 2001. – С. 88.

до самостійності думки, духовної автономії, духовного плюралізму, набула рис тоталітарної. Пріоритет прав полісу над правами окремого громадянина розумівся як справжній патріотизм. Остракізм заступила смертна кара. Плюралізм не просто не визнавався, а тепер уже й карався. Багатобарвність життя змінилася одноманітністю інтересів, серед яких проблема виживання стала головною. Категорично не можна погодитись із твердженням деяких зарубіжних дослідників, що Сократ «ніколи не схвалював демократичної форми правління в Афінах»¹. Він постійно висловлювався про важливість моральної організації полісного життя і тому критикував недоліки афінської демократії, піклувався про її удосконалення. Як писав у IV ст. н. е. ритор Лібаній, і думки, і справи Сократа були для умів афінян не менш корисними, ніж ліки для хворого². Усім життям, своїм вченням і своєю смертю утверджував давнє, традиційне еллінське уявлення про роль закону, знань для впорядкованого і справедливого життя в полісі³. Сократівська критика була демократичною і фактично належала до того різновиду критики, що являє собою сутність життя демократії. В умовах же відродженої афінської демократії судді, самі просякнуті тоталітарним духом, не побачили різниці між дружньою і ворожою її критикою⁴.

Системна криза афінської демократії виявилась і у падінні рівня суспільної правосвідомості і моралі, у відродженні патріархальних уявлень про суворі обов'язки (передусім — релігійні) громадян перед державою, у небувалому впливі демагогів на прийняття рішень Народними зборами, народним судом. Тріщина внаслідок воєнної та суспільної катастрофи глибоко розколола фундамент релігійних і моральних основ життя. Війна і голод привели до знецінення людського життя, гідності громадянина, зростання корупції, нерозбірливості у засобах виживання чи збагачення. Більшість присяжних у процесі над Сократом раділи 3 оболам (дрібні монети) за свою участь у суді, своїм рішенням намагалися догодити новим керівникам демократії таким, як Аніт. Нова державна влада не терпіла, щоб до неї підходили з моральними мірками та ще й з боку самовпевненого філософа-дива-

¹ Див.: Грант Майкл. Золотая эра Греции / Майкл Грант. – Харьков, 2006. – С. 172.

² Суд над Сократом : Сборник исторических свидетельств. – СПб., 1997. – С. 179.

³ Див.: Нерсеянц В. С. Сократ / В. С. Нерсеянц. – 2-е изд., перераб. и доп. – М., 1964. – С. 35, 37, 39–40.

⁴ Див.: Поппер К. Відкрите суспільство та його вороги : у 2 т. Т. 1. У полоні Платонових чарів / К. Поппер ; пер. з англ. О. Коваленко. – К., 1994. – С. 213.

ка, хто сміє її відверто критикувати. Його суворий вирок некомпетентній владі, за формою — народній, призвів до смертного вироку йому. Ділетантизм поховав і афінський поліс.¹

Вироком Сократу було дано урок усім противникам і критикам відновленої демократії. Це була очевидна помста за його критику недоліків деградуючої демократії, принципу жеребкування при доборі складу Народних зборів, суду, некомпетентності правлячих, адже він повчав: правити і законодавствувати повинні найкращі, знаючі, розум — джерело моральності. Не міг залишатись байдужим до поступового виродження афінської демократії, демократичних ідеалів, переродження демократичних цінностей. Лише раз у житті головував у Народних зборах, де відмовився ставити на голосування питання про страту стратегів та притягнення до суду незгодних, і заявив, що буде діяти лише за законами². Уважав: краще терпіти несправедливість, ніж творити її, істинна сила держави — у духовній єдності громадян, у верховенстві рівного для всіх закону як цементуючої суспільство норми³. Цьому вчив своїх співгромадян. Говорив же він на суді: «Адже я тільки те й роблю, що ходжу і переконую кожного з вас, і молодого, і старого, піклуватись передусім і сильніше за все не про тіло і не про гроші, а про душу, щоб вона була як можна краще: я говорю, що не від грошей народжується добродетельність, а від добродетельності бувають у людей і гроші, і всі інші блага як у приватному житті, так і в громадському» (Платон. Аполіогія Сократа, 30 b). У своїх бесідах вчив шукати істину, та влада істини поступилася істині влади — неуцтва, некомпетентності, мстиловості, несправедливості. Так, Сократ програв свою кримінальну справу, яка перетворилась у політичний процес, але виграв справу всього свого життя. Не послухав він і своїх друзів, хто підготував його втечу з в'язниці. Повторював: нема нічого вище справедливості, законів і Вітчизни. Волю закону, вирок суду треба терпіти так само, як волю батьків. Вона може бути несправедливою, але підлягає безумовному виконанню. І — спокійно випив чашу з цикутою з рук ката (Платон. Крітон, 43а–54е; Федон, 57а–118)⁴. Випита чаша з цикутою зробила його безсмертним...

¹ Див.: Монтанеллі І. Історія греків / І. Монтанеллі ; пер. з італ. Ю. Педан. – Львів, 2010. – С. 255.

² Ксенофонт. Історія Греції / Ксенофонт // Геродот. Фукидид. Ксенофонт. Вся історія Древньої Греції. – М., 2010. – С. 920.

³ Див. детальніше: Демиденко Г. Г. Історія вчень про право і державу: курс лекцій / Г. Г. Демиденко. – Х., 2012. – С. 41–43.

⁴ Платон. Сочинения : в 3 т. Т. 1 / Платон. – С. 113–130; Т. 2. – С. 11–94.

Отже, докори власної совісті в порушенні справедливості, у не-уцтві не завадили нерозбірливим, але запопадливим перед владою суддям винести смертний вирок мудрецю. Незабаром після страти Сократа, повідомляє Діоген Лаертський, афіняни, розкаявшись, засудили до страти Мелета, до вигнання інших обвинувачів (за свідченнями Плутарха вони повісилися, не переживши презирства афінян і позбавлено «вогню і води») і встановили на агорі бронзове погруддя мудреця в пам'ять про нього. Афіньська демократія почала повільно виходити з кризи...

Демиденко Г. Почему казнили Сократа? (Некоторые уроки кризиса реальной демократии)

В статье анализируются причины осуждения Народным судом Афин в 399 г. до н. э. Сократа к смертной казни. Автор освещает методы доказывания философом своей невиновности в инкриминируемом ему преступлении, критику им недостатков реальной демократии.

Ключевые слова: полис, Народный суд, обвинение, доказывание, кризис демократии, верховенство закона.

Demidenko G. Why Socrates was put to death? (Some lessons of a crisis of real democracy)

The article provides analysis of the reasons why in 399 BC a jury of Athenian citizens sentenced Socrates to death. The author describes methods the philosopher employed to prove his innocence in crimes he was accused with, and his criticism of the flaws of real democracy.

Keywords: polis, citizens' jury, accusation, proving, crisis of democracy, supremacy of law.

УДК 340.15(4)

О. Дашковська, доктор юридичних наук, завідувач кафедри теорії права та конституційного права Полтавського юридичного інституту Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Ідея взаємної відповідальності держави й особи в європейській політико-правовій думці

Розвиток державно-правових інституцій на демократичних засадах та вдосконалення засобів гарантування і захисту прав та інтересів особи обумовлює партнерські відносини між державою та суспільством. Інститут відповідальності займає центральне місце в системі засобів забезпечення стабільності розвитку суспільства, держави та громадян, що передбачає вироблення теоретичної моделі відновлення режиму справедливості та її практичної реалізації на засадах взаємності й адекватності¹. Наукові роботи, що присвячені феномену соціальної відповідальності взагалі та юридичної зокрема, пов'язані з іменами таких вчених, як З. А. Астеміров, Б. Т. Базилев, С. Н. Братусь, О. Г. Дробницький, В. Ж. Келле, І. І. Карпець, Д. А. Керімов, В. М. Кудрявцев, О. Е. Лейст, І. С. Самощенко, В. М. Селіванов, М. С. Строгович, М. Х. Фарукшин та ін.

Сучасна теорія держави і права визначає державу як організацію, створену на основі суспільної згоди, що допомагає суспільству розвиватися в режимі саморегуляції, формуючи у свідомості громадян засади самоуправлінських стереотипів із метою послідовного проведення у політичні відносини ідеї відповідальності держави як суб'єкта права².

Як відомо, Т. Гоббс стверджував, що цінність збереження держави перевищує її недоліки, оскільки «скасування істотних прав верховної влади спричинило б розпад держави й повернення кожної людини до стану й нещастя війни всіх проти всіх (що було б найбільшим з усіх нещастя, які можуть статися в її житті), тому обов'язок суверена — утри-

¹ Див. зокрема, Іванчук Н. В. Взаємна відповідальність особи і держави в контексті розбудови сучасної Української держави : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 – теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень / Н. В. Іванчук ; Київ. нац. ун-т внутр. справ. – К., 2007. – С. 4.

² Див.: Краснов М. А. Ответственность власти (государство в открытом обществе) / М. А. Краснов. – М., 1997. – С. 43–44, 46.

мати за собою ці права в повному обсязі. Отже, суверен чинить проти обов'язку, коли поступається іншому або зрікається будь-якого з цих прав... І хоча люди можуть уявляти, що така необмежена влада повинна вести до багатьох нерозумних наслідків, однак, відсутність такої влади, а саме невпинна війна всіх проти всіх, веде до значно гірших наслідків. Стан людини в такому житті ніколи не буде вільним від негод, але найбільші негоди, які існують у будь-якій державі, завжди виникають через непокору підданих і через порушення договорів, від яких держави беруть свій початок. А якщо будь-хто, гадаючи, що верховна влада занадто велика, побажає обмежити її, то він повинен буде підкоритися владі, що може її обмежити, тобто визнати над собою більшу владу»¹.

Для Г. Гроція мир і порядок — вищі за право народу на опір державній владі. Опір державній владі він порівнював із катастрофою, що знищить вищі цінності, які забезпечуються державою, а не народом. Він указував, що «...варто відкинути думку тих, хто вважає, що верховна влада всюди й без винятку належить народу, а государів, які зловживуть своєю владою, варто скидати й карати; ця думка, проникнувши у глибину душі, послужила й може послужити надалі причиною настільки багатьох нещасть, що не може приховатися від кожного обдарованого розумом»². Війна проти влади — не природне право: «...усі за природою мають право опиратися заповіданню насильства. Але оскільки держава встановлена заради громадського спокою, тому їй належить якесь верховне право над нами і нашим надбанням, оскільки це необхідно для здійснення державних цілей. Тому держава може накласти заборону на це загальне право опору заради збереження громадського миру й державного порядку. А те, що держава прагне саме цього, у тім не може бути сумніву, інакше вона не може здійснювати свою мету»³.

Одночасно народжувалися й протилежні ідеї щодо повноважень держави. Так, Дж. Локк писав: «...коли честолюбство й розкіш наступних століть почали підтримувати і збільшувати владу, не роблячи того, заради чого ця влада була дана, і за допомогою лестощів привчили правителів мати власні й окремі від народу інтереси, тоді люди визнали за необхідне більш ретельно вивчити походження права та уряду й знайти спосіб обмежити беззаконня та запобігти зловживанню тією

¹ Гоббс Т. Сочинения : в 2 т. Т. 2 / Т. Гоббс. – М., 1991. – С. 261–262.

² Гроций Г. О праве войны и мира. Три книги, в которых объясняются естественное право и право народов, а также принципы публичного права / Г. Гроций. – М., 1956. – С. 128.

³ Там само. – С. 159.

владою, яку вони передали в інші руки лише заради свого блага і яку почали використовувати їм на шкоду»¹.

Дж. Локк наголошує на обов'язковій відповідальності всіх посадових осіб держави: «Для жодної людини, яка перебуває у громадянському суспільстві, не може бути винятків із законів цього суспільства. Адже якщо будь-яка людина може робити все, що їй заманеться, то на землі не буде місця, куди можна було б звернутися для виправлення заподіяного зла або для захисту від нього...»², «Де закінчується закон, починається тиранія... І якщо будь-хто з тих, хто перебуває при владі, перевищує дану йому за законом владу і використовує силу, що перебуває в його розпорядженні, для дій стосовно підданих, що забороняються законом, то він при цьому перестає бути посадовою особою, і оскільки він діє подібним чином без належних повноважень, то йому можна чинити опір, як і будь-якій іншій людині, яка силою зазіхає на права інших... Переступати межі влади не має права ні високопоставлена, ні нижча посадова особа; це рівною мірою непробачно як королю, так і констеблю»³.

Задля забезпечення «миру, безпеки й суспільного блага народу»⁴ Дж. Локк вважав за необхідне встановити підпорядкованість влади в державі. Він зазначав, що правитель перебуває у природному стані, коли кожний, якщо немає інших, сам стає суддею й катом⁵. «Адже передбачається, що він, і тільки він, володіє всією, і законодавчою й виконавчою, владою, не можна знайти ніякого судді, до якого можна звернутися, хто б міг справедливо й неупереджено вирішити справу, маючи необхідні повноваження, і від його рішення можна було б очікувати допомоги й відшкодування будь-якого збитку або неподобств, які можна зазнати від самого государя або за його наказом. І, таким чином, подібна людина, як би вона не називалася — цар, або можливо-владний сеньйор, або ще будь-як, такою ж мірою перебуває у природному стані як щодо всіх, хто їй підвладний, так і стосовно всього людства. Адже в усіх випадках, коли є дві будь-які особи, у яких немає ані постійного правила, ані загального судді, до якого вони могли б звернутися для вирішення їх спору про те, хто з них прав, вони усе ще перебувають у природному стані й зазнають неподобств з однією сум-

¹ Локк Дж. Два трактата о правлении / Дж. Локк // Соч. : в 3 т. Т. 3. – М., 1988. – С. 327.

² Там само. – С. 316–317.

³ Там само. – С. 379–380.

⁴ Там само. – С. 337.

⁵ Там само. – С. 311.

ною різницею для підданого або, скоріше, раба абсолютного господаря: у звичайному природному стані він вільний сам судити про своє право і підтримувати його, наскільки це в його силах; тепер, коли його власністю розпоряджається воля й примха його монарха, йому не тільки нікуди звернутися, як це належить робити тим, хто живе в суспільстві, але він позбавлений свободи судити про своє право або захищати його так, якби він стояв на щабель нижче звичайного стану розумних істот; і, таким чином, він зазнає усіх нещастя і незручностей, яких може побоюватися людина, від того, хто, перебуваючи в не обмеженому природному стані, ще і розбещений лестощами, і наділений владою»¹.

Підстави відповідальності держави — зловживання владою й засіб проти цього — поділ влади сформулював французький філософ Ш. Л. Монтеск'є: «...усяка людина, що має владу, схильна зловживати нею, і вона йде в цьому напрямі, поки не досягне позначеної межі. Щоб не було можливості зловживати владою, необхідно створити такий порядок речей, за якого різні влади могли б взаємно стримувати одна одну. Такий державний лад можливий, коли нікого не будуть примушувати робити те, до чого його не зобов'язує закон, і не робити того, що закон йому дозволяє»².

Для І. Канта поділ влади — об'єктивна реальність будь-якої держави: «У кожній державі існує три влади, тобто загальним способом об'єднана воля в трьох особах: верховна влада (суверенітет) в особі законодавця, виконавча влада в особі правителя (що править відповідно до закону) і судова влада (надає кожному своє відповідно до закону) в особі судді»³. Він виділяв дві форми правління за способом, відповідно до якого держава розпоряджається повнотою своєї влади: «Республіканізм — це державний принцип відділення виконавчої влади (уряду) від законодавчої; деспотизм — принцип самовладного виконання державою законів, даних нею самою; тим самим публічна воля виступає як приватна воля правителя»⁴.

Особливістю конструкції поділу влади, яку запропонував Г. Гегель, є те, що судову владу він включав до урядової поряд із поліцейською⁵. Попри всю повагу до правителя він відзначав необхідність його підпорядкування судовій владі: «Член громадянського суспільства має право шукати правосуддя й обов'язок постати перед судом і одержати

¹ Локк Дж. Два трактата о правлении / Дж. Локк // Соч. : в 3 т. Т. 3. – М., 1988. – С. 313–314.

² Монтескье Ш. Л. Избранные произведения / Ш. Л. Монтескье. – М., 1955. – С. 289.

³ Кант И. Сочинения / И. Кант. – Т. 6. – С. 345.

⁴ Там само. – Т. 7. – С. 16.

⁵ Гегель Г. В. Ф. Философия права / Г. В. Ф. Гегель. – М., 1990. – С. 329.

тільки через суд право, що заперечується... В епоху феодалізму могутні особи часто не з'являлися на судове засідання, поводитися зухвало стосовно судових інстанцій і розглядали виклик до суду могутньої особи як неправе діяння. Це стан, що суперечить тому, чим має бути суд. За Новітнього часу правитель зобов'язаний у приватних питаннях визнавати над собою владу суду, і у вільних державах він зазвичай програє свої процеси»¹. Сказано це, як видно, лише про приватні справи правителя.

Відомий російський вчений О. С. Алексєєв на початку ХХ ст. зазначав, що безвідповідальність влади завжди є злом. У той же час він вважав за можливе відповідальність тільки урядової влади, а не монарха й народного представництва з погляду права². Монарх розглядався як один з органів держави, який, як і всі інші органи, має певну компетенцію, що перебуває на межі з компетенцією інших органів³. О. С. Алексєєв обґрунтовував неможливість відповідальності законодавця, оскільки, на його думку, ...як монарх, так і народне представництво, відправляють верховні функції, тобто такі, у яких безпосередньо виражається воля держави, що нормує поведінку підданих. І в тім, що монарх і народне представництво відправляють верховні функції, потрібно бачити юридичне обґрунтування їх безвідповідальності... Відповідальність державних органів має своєю метою забезпечити узгодженість їх діяльності з волею держави, наскільки ця воля виражена в загальних правилах (у законах) і в керівних політичних принципах. Вона тому й не застосовується до тих органів, які встановлюють ці правила й керівні засади, тобто до органів верховних, до монарха й до народного представництва, а застосовується лише до тих органів, діяльність яких підпорядкована цим правилам і керівним засадам, тобто до органів підлеглих. Але для того, щоб ця відповідальність була справжньою, необхідно, щоб верховні функції були суворо розмежовані від функцій вторинних, необхідно, щоб компетенція монарха й народного представництва обмежувалася тільки першими, і щоб їх діяльність аж ніяк не переходила в галузь підзаконного управління⁴.

Класики марксизму-ленінізму, критикуючи буржуазну державу, висловили багато цінних ідей щодо відповідальності держави. Так,

¹ Гегель Г. В. Ф. Философия права / Г. В. Ф. Гегель. – М., 1990. – С. 258–259.

² Алексєєв А. С. Безответственность монарха и ответственность правительства / А. С. Алексєєв. – М., 1907. – С. 4–14.

³ Там само. – С. 10.

⁴ Там само. – С. 15–16.

Ф. Енгельс писав, що першою умовою свободи є «відповідальність усіх чиновників за свої службові дії щодо кожного із громадян перед звичайними судами й за загальним правом»¹.

Отже, ідея відповідальності держави перед суспільством протягом століть набула таких ознак:

- а) підпорядкування усіх посадових осіб закону;
- б) поділ влади для запобігання й припинення зловживань владою, що зосереджена в руках однієї особи;
- в) судовий захист громадян від зловживань владою посадових осіб.

В. М. Гессен писав, що в абсолютній монархії старого режиму урядова влада не обмежена законом; закон не накладає на неї жодних обов'язків щодо підданих і, отже, не встановлює підданим ніяких прав стосовно неї. Перед всемогутньою, надзаконною адміністрацією індивід безправний. Він є об'єктом влади, а не суб'єктом права, підданим, а не громадянином. Правова держава у своїй діяльності, у здійсненні урядових і судових функцій пов'язана й обмежена правом, стоїть під правом, а не поза і над ним. Правовою державою є держава, що здійснила у своїй організації засади відокремлення влади. Далі В. М. Гессен розвиває думку, що принцип взаємної відповідальності держави й особи поширюється не на всі відносини між державою й особою, він є необхідною умовою відносин громадянства. Можна бути особою лише стосовно іншої особи, можна мати права лише стосовно того, хто має обов'язки. Держава в особі своєї підзаконної, урядової влади є особою публічного права, суб'єктом обов'язків і прав. Тому відносини громадянства є відносинами не до держави взагалі, а до підзаконної державної влади, до уряду. Тільки стосовно уряду в громадянина є права, тому що тільки уряд має обов'язок стосовно нього»².

Ідея відповідальності держави перед особою, зокрема питання про відповідальність за збитки, заподіяні посадовими особами, викликала неабиякий науковий інтерес ще у ХІХ–ХХ ст. М. І. Лазаревський відстоював ідею відповідальності скарбниці держави за заподіяння шкоди приватним особам посадовими особами й органами держави в публічно-правових відносинах. Він критикував теорії, що заперечують відповідальність скарбниці, і сучасний йому порядок, за якого відповідальність державної скарбниці наставала за дії чиновників у тих

¹ Маркс К. Сочинения / К. Маркс, Ф. Энгельс. – Т. 19. – С. 5.

² Гессен В. М. Теория правового государства / В. М. Гессен. – СПб., 1912. – С. 22.

справах, де вони були представниками скарбниці у майнових угодах, «нормованих цивільним правом», а у справах публічно-правового характеру відповідальність перед особами за збитки покладалася безпосередньо на тих посадових осіб, які своїми неправовими діями завдали збитків. Але в актуальній донині аргументації щодо питання, який порядок відповідальності за збитки, заподіяні посадовими особами, відповідає суті справи і є справедливим і доцільним, принцип взаємної відповідальності держави і особи як підстава не використовувався. Можливо, тому ним написано: «Для грошової відповідальності чиновника своїм майном потрібна ще будь-яка нова юридична підстава, а її ще не зазначено»¹.

У сучасних роботах про правову державу автори, як правило, обмежуються лише згадуванням ідеї взаємної відповідальності держави й особи без розкриття її змісту й констатацією того, що в нашій країні й за кордоном реально забезпечена відповідальність громадян перед державою, а не відповідальність держави перед особою.

Останніми роками з'явилася низка дисертаційних досліджень про юридичну відповідальність держави та відповідальність органів місцевого самоврядування². При цьому принцип взаємної відповідальності держави й особи пов'язується саме із правовою державою, обґрунтовується необхідністю відповідати йому: «Особливого зна-

¹ Лазаревский Н. Ответственность за убытки, причиненные должностными лицами / Н. Лазаревский. – СПб., 1905. – С. 402.

² Див.: Іванчук Н. В. Взаємна відповідальність особи і держави в контексті розбудови сучасної Української держави : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Н. В. Іванчук ; Київ. нац. ун-т внутр. справ. – К., 2007. – 19 с.; Торяник В. М. Взаємна політична відповідальність державної влади і громадянина в сучасній правовій державі : автореф. дис. ... канд. політ. наук: 23.00.02 / В. М. Торяник ; Дніпропетр. нац. ун-т. – Д., 2006. – 17 с.; Гусейнов Л. Г. огли. Відповідальність держав за порушення міжнародних зобов'язань у галузі прав людини : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.11 / Л. Г. огли Гусейнов ; НАН України. Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького. – К., 2000. – 36 с.; Павленко Р. М. Парламентська відповідальність уряду: світовий та український досвід : автореф. дис. ... канд. політ. наук: 23.00.02 / Р. М. Павленко ; НАН України. Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького. – К., 2001. – 16 с.; Зимовець А. В. Правове регулювання взаємної відповідальності держави та людини (конституційно-правовий аспект) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02 / А. В. Зимовець ; Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2009. – 18 с.; Присяжнюк В. П. Цивільно-правова відповідальність за збиток і шкоду, що завдані працівникам правоохоронних органів : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / В. П. Присяжнюк ; Нац. акад. прав. наук України, НДІ приват. права і підприємництва. – К., 2011. – 18 с.; Бисага Ю. Ю. Юридична відповідальність органів державної влади та місцевого самоврядування: теоретико-правове дослідження : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Ю. Ю. Бисага ; Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. – К., 2011. – 18 с.

чення в системі принципів правової держави набуває взаємна відповідальність держави і громадянина. Реалізація цього принципу гарантує існування по-справжньому правової держави, дає можливість державі й громадянину висувати взаємні вимоги, дозволяє застосувати примусовий захід стосовно суб'єктів, що порушують установлений порядок»¹. Взаємна відповідальність особи і держави є необхідною умовою розбудови громадянського суспільства². «Відповідальність держави перед громадянином — один з основних принципів правової держави»³. Однак таке згадування свідчить про можливість і необхідність юридичної відповідальності держави, але не визначає зміст названого принципу.

Як приклад змістовної характеристики досліджуваного принципу можна навести таке: «Інша загальновизнана риса правової держави — встановлення й відповідність принципу взаємної відповідальності держави й особи. Цей принцип виявляється насамперед у встановленні державою законодавчих обмежень своєї активності стосовно особи й суспільства, у прийнятті державою конкретних зобов'язань, спрямованих на забезпечення інтересів громадян, у наявності реальних заходів відповідальності посадових осіб держави за невиконання їх зобов'язань перед суспільством і особою. У свою чергу, свобода особи у правовій державі не абсолютна, оскільки вона обмежена й регламентована правом, інтересами й правами інших осіб. Від людини вимагається дотримання усіх правових установлень і виконання кожним зобов'язань перед державою й суспільством»⁴.

У дослідженнях, присвячених юридичній відповідальності держави, розглядаються різні аспекти відносин держави й особи, а також питання відповідальності держави за шкоду, заподіювану приватним особам. Поява робіт із цієї теми останніми роками і відсутність при цьому ефективних засобів протидії неправомірним діям державних органів і посадових осіб свідчить про їх актуальність і необхідність продовження пошуку правильних рішень для дійсного втілення в життя положень статей 1 і 19 Конституції України.

¹ Див.: Іванчук Н. В. Взаємна відповідальність особи і держави в контексті розбудови сучасної Української держави : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Н. В. Іванчук ; Київ, нац. ун-т внутр. справ. – К., 2007. – 19 с.

² Там само. – С. 4.

³ Сунцова Е. А. Нетрадиционные виды юридической ответственности : дис. ... канд. юрид. наук / Е. А. Сунцова. – М., 2005. – С. 185.

⁴ Общая теория государства и права. Академический курс. Т. 1. – С. 471.

Найбільш плідним напрямом у визначенні й встановленні механізмів відповідальності держави перед особою є адміністративна юстиція. Виникаючи на ґрунті теорії відокремлення гілок влади, адміністративна юстиція є найбільш істотною й необхідною гарантією правомірного характеру урядової влади¹.

Ідея взаємної відповідальності держави й особи у сучасній вітчизняній правовій науці є загальновизнаною. Не викликає заперечення такий склад правопорушення, як «правопорушення з боку посадових осіб і інших державних службовців», проте у визначенні змісту, меж і механізмів відповідальності держави перед особою ще багато не вирішених і навіть нечітко поставлених питань.

Дашковская Е. Идея взаимной ответственности государства и личности в европейской политико-правовой мысли

Статья посвящена особенностям становления принципа взаимной ответственности личности и государства в европейской политико-правовой мысли как необходимого элемента модели правового государства.

Ключевые слова: социальная ответственность, государство, личность, правовое государство.

Dashkovska O. Idea of mutual responsibility of the state and person in the European political and legal researches

The article is devoted to the features of formation the principle of mutual responsibility of person and state in the European political and legal idea as a necessary element of model of the law-governed state.

Keywords: social responsibility, state, person, law-governed state.

¹ Гессен В. М. Теория правового государства / В. М. Гессен. – СПб., 1912. – С. 24. Див., також: Георгієвський Ю. В. Адміністративна юстиція : автореф. дис... канд. юрид. наук : 12.00.07 / Ю. В. Георгієвський ; Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2004. – 19 с.; Руденко А. В. Адміністративне судочинство: становлення та здійснення : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07 / А. В. Руденко ; Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2006. – 20 с.

ПРОБЛЕМИ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА І ПРОЦЕСУ

УДК 347.1

С. Сліпченко, кандидат юридичних наук,
доцент, професор кафедри охорони інтелектуальної власності, цивільного права та процесу Харківського національного університету внутрішніх справ

Зображення як об'єкт цивільного права

У країнах СНД зображення фізичної особи одним із перших особистих немайнових благ стало об'єктом законодавчої нормотворчості. Так, уже ЦК УРСР 1963 р. (ст. 511), ЦК РРФСР 1964 р. (ст. 514) містили необхідні норми. У подальшому вказане право було відображено цивільними кодексами й інших республік колишнього СРСР.

Незважаючи на те, що право на зображення почало привертати увагу дослідників ще наприкінці ХІХ — на початку ХХ ст.¹, його зміст та природа до сьогодні викликають спори в теорії права. Це, у свою чергу, ускладнює визначення правового механізму регулювання відносин, що виникають із приводу зображення фізичної особи.

Відомо, що будь-який правовий механізм регулювання відносин знаходиться у прямій залежності від характеру об'єкта², тому актуальним постає визначення характеристики зображення фізичної особи як об'єкта цивільного права. Адже природні властивості блага зумовлюють коло об'єктивно можливих і необхідних дій у межах суб'єктивних прав та обов'язків, тобто їх властивості визначають зміст суб'єктивних прав та обов'язків³, їх природу. Визначення характеристики зображення фізичної особи як об'єкта і становить мету цієї статті.

¹ Див.: Гуго К. Право на свое изображение / Гуго Кейснер : пер. с нем. – Вильна : Тип. Свято-духов. братства, 1897. – 58 с.; Завадский А. В. О праве на собственное изображение / А. В. Завадский. – Казань, 1909. – 30 с.

² Дозорцев В. А. Понятие исключительного права / В. А. Дозорцев // Проблемы современного гражданского права : сб. ст. – М. : Городец, 2000. – С. 288.

³ Белов В. А. Объект субъективного гражданского права, объект гражданского правоотношения и объект гражданского оборота: содержание и соотношение понятий / В. А. Белов // Объекты гражданского оборота : сб. ст. (Анализ современного права) ; отв. ред. М. А. Рожкова. – М. : Статут, 2007. – С. 67.

Використовуючи метод дедукції та базуючись на теорії об'єкта-блага, поняття зображення фізичної особи може бути сформульовано як особисте немайнове благо, яке, завдяки своїм корисним властивостям, здатне задовольняти потреби людини, належить їй чи є доступним до обладання. Норми права, враховуючи здатність зображення задовольняти потреби суб'єктів, забезпечують можливість управомоченим суб'єктам здійснювати або вимагати здійснення певних дій, чи утримуватися від них стосовно цих благ.

Як зазначав В. О. Лапач, загальною та найбільш характерною для всіх об'єктів цивільного права ознакою є їх визначеність (відокремленість, дискретність)¹. Саме ця ознака дає можливість встановлювати на об'єкт абсолютне право (юридичну монополію). При цьому визначеність у теорії права розглядається у двох аспектах. У першому вона вказує на межі об'єкта. У другому — це відокремлення одного об'єкта від іншого, найближчого, суміжного чи навіть аналогічного.

Окреслюючи межі об'єкта, можна зазначити, що зображення фізичної особи — це відображення на матеріальному носіїв індивідуального вигляду людини, взятого в певний момент часу², що дозволяє, завдяки об'єктивній формі вираження, сприймати його за допомогою людських почуттів та відтворювати у подальшому. Наведене поняття дозволяє відокремити зображення фізичної особи як об'єкта, що має нематеріальну сутність, від його матеріального носія як форми втілення, що має речову сутність. Незважаючи на те, що зв'язок зображення фізичної особи зі своїм матеріальним носієм може бути нерозривним, це два різних і самостійних об'єкти цивільного права. Особливість кожного з них стосовно один одного виявляється в їх природі. Зображення як відображення індивідуального вигляду людини — це нематеріальний об'єкт, тоді як матеріальний носій має фізичну субстанцію, належить до уречевлених об'єктів. Тому перші не мають просторових меж, а другі — мають, першими неможливо володіти, другими можливо, перші виступають об'єктами особистих немайнових прав, другі — права власності.

¹ Лапач В. А. Система объектов гражданских прав: теория и судебная практика / В. А. Лапач. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2002. – С. 140–156.

² Див.: Сліпченко С. О. Деякі питання щодо охорони інтересів фізичної особи, яка зображена на фотографіях та в інших художніх творах, за Цивільним кодексом України / С. О. Сліпченко // Проблеми цивільного права та процесу : матеріали наук.-практ. конф., 31 трав. 2008 р. – Х. : Харк. нац. ун-т внутр. справ, 2008. – С. 63.

Оскільки зображення є відображенням індивідуального вигляду, то їх зв'язок нерідко приводить вчених-цивілістів до думки про тотожність цих об'єктів¹. Разом з тим, як справедливо зазначають деякі дослідники, це різні блага².

Д. М. Ушаков розкриває поняття індивідуального вигляду як обрис, зовнішність, зовнішній вигляд³. Подібної думки дотримується і П. П. Цветков, який зазначає, що індивідуальний вигляд людини являє собою нерозривну сукупність зовнішніх елементів (рис) та ознак людини, які сприймаються іншими у вигляді цілого чи фрагментарного образу⁴. Іншими словами — це візуальний образ людини, який формується на підставі зовнішнього вигляду конкретної особи (зовнішні дані й фігура), ходи, стилю зачіски й одягу, кількості прикрас, косметики, татуювань і т. д.⁵ У свою чергу, зображення — це зафіксований на матеріальному носії візуальний образ людини в якийсь певний часовий проміжок її життя⁶. Схожість між ними в тому, що в основі індивідуального образу і зображення фізичної особи лежить візуальний зовнішній вигляд людини. Разом з тим індивідуальний вигляд може швидко й постійно змінюватись. Як правило, саме так і відбувається. Наприклад, зміна одягу (вранці та ввечері, вдома чи на роботі), стилю, зачіски, плин періодів життя (дитинство,

¹ Див.: Сергеев А. П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации / А. П. Сергеев. – М. : Теис, 1996. – С. 146; Захаров Д. Н. Теоретические и практические проблемы защиты личных неимущественных прав граждан : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Д. Н. Захаров. – М., 2007. – С. 13; Тагайназаров Ш. Т. Гражданско-правовое регулирование личных неимущественных прав граждан в СССР / Ш. Т. Тагайназаров. – Душанбе : Дониш, 1990. – С. 170; Красавчикова Л. О. Личная жизнь граждан под охраной закона / Л. О. Красавчикова. – М. : Юрид. лит., 1983. – С. 85.

² Права на индивидуальный облик и собственное изображение/ Адвокат 24h.: Январь 8th, 2009 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://advokat24.com.ua/prava-na-individualnyj-oblik-i-sobstvennoe-izobrazhenie/>

³ Толковый словарь русского языка [Электронный ресурс] : в 4 т. / под ред. Д. Н. Ушакова. – Режим доступа: <http://slovari.yandex.ru/dict/ushakov/article/ushakov/15/us265703.htm>

⁴ Цветков П. П. О криминалистическом исследовании внешнего облика человека / П. П. Цветков // Правоведение. – 1972. – № 2. – С. 124.

⁵ Права на индивидуальный облик и собственное изображение/ Адвокат 24h.: Январь 8th, 2009 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://advokat24.com.ua/prava-na-individualnyj-oblik-i-sobstvennoe-izobrazhenie/>

⁶ Див.: Красавчикова Л. О. Понятие и система личных неимущественных прав граждан (физических лиц) в гражданском праве Российской Федерации / Л. О. Красавчикова. – Екатеринбург : Урал. военные вести, 1994. – С. 59.

юність, старість і т. д.), поява шрамів змінюють індивідуальний вигляд людини. А. І. Уємов називає об'єкти, які постійно змінюються, куматоїдами (від грец. *kuma* — хвиля)¹. Їх особливість виявляється в тому, що при збереженні індивідуальної визначеності об'єкта його форма, зміст, положення у просторі постійно змінюються. Іншими словами, нескінченно малій зміні часу відповідає нескінченно мала зміна в об'єкті². Це так званий «парадокс корабля Тезея». Наприклад, вода на певній ділянці річки, саджанець дерева, будинок, що будується. Подібні властивості притаманні й індивідуальному вигляду (зримому) людини.

На відміну від індивідуального вигляду, зображення являє собою відносно фіксоване благо, тобто відображення зовнішнього вигляду, взятого в певний момент часу (момент життя людини). Таким чином, індивідуальний вигляд (образ) є предметом зображення³; зображення — це зліпок з індивідуального вигляду⁴ і воно є похідним благом від останнього. Як справедливо зазначає Л. О. Красавчикова, знайомство із зображенням людини зовсім не означає особистого знайомства або іншого контакту із самою людиною⁵. Зазначене свідчить про існування двох хоча і взаємопов'язаних, близьких, але абсолютно самостійних блага.

Установлення відокремленості зображення фізичної особи необхідно й щодо твору образотворчого мистецтва. Це викликано тим, що зовнішній вигляд людини може бути використаний при створенні останнього. У результаті з'являється твір автора, що містить зображення фізичної особи. Складність цього визначення обумовлена таким. По-перше, твір автора та зображення фізичної особи мають нематеріальну сутність, а тому необмежені у просторі. По-друге, їх вихідним матеріалом є індивідуальний вигляд тієї самої людини. По-третє, дані

¹ Уємов А. И. Вещи, свойства и отношения / А. И. Уємов. – М., 1963. – С. 45.

² Див.: Лапач В. А. Система объектов гражданских прав: теория и судебная практика / В. А. Лапач. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2002. – С. 146.

³ Белов В. А. Гражданское право: Общая и Особенная части : учебник / В. А. Белов. – М. : АО «Центр ЮрИнфорР», 2003. – С. 622–623.

⁴ Див.: Белов В. А. Гражданское право: Общая и Особенная части : учебник / В. А. Белов. – М. : АО «Центр ЮрИнфорР», 2003. – С. 622–623; Права на индивидуальный облик и собственное изображение/ Адвокат 24h.: Январь 8th, 2009 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://advokat24.com.ua/prava-na-individualnyj-oblik-i-sobstvennoe-izobrazhenie/>

⁵ Красавчикова Л. О. Понятие и система личных неимущественных прав граждан (физических лиц) в гражданском праве Российской Федерации / Л. О. Красавчикова. – Екатеринбург : Урал. военные вести, 1994. – С. 59.

об'єкти отримали своє вираження в межах того самого матеріального носія. Разом з тим, незважаючи на такий тісний зв'язок, видається, що їх відокремленість один від одного, очевидно, полягає у відмінних ознаках, характерних для кожного з них.

Відомо, що характерними ознаками твору є: творчий характер і оригінальність¹ ідей, образів, думок художника, втілених у матеріальному носії. Для зображення фізичної особи оригінальність і творчість зовсім не потрібні. Швидше, навпаки. Чим реалістичніше відтворений на матеріальному носії індивідуальний вигляд людини, чим чіткіше відображені її зовнішні елементи, тим легше персоніфікувати цю людину. Ще одна відмінність полягає в тому, що твір — це втілені в об'єктивну форму ідеї, образи, думки автора. Вони є породженням свідомості, уяви, тоді як зображення — це лише відображення вигляду людини як об'єктивної даності, існуючої в реальному світі, а не породженої чиєюсь уявою.

Таким чином, і при створенні твору, і при створенні зображення зовнішній вигляд фізичної особи може розглядатися як матеріал. Але при створенні твору він змінюється уявою автора, забарвлюється ідеями, образами, почуттями, тобто елементами, не властивими зовнішньому вигляду, а народженими свідомістю автора. Проте здатність розпізнати у творі індивідуальний вигляд конкретної людини свідчить про виникнення і такого блага, як зображення. Ці два об'єкти можуть бути настільки залежними один від одного, настільки тісно пов'язаними між собою, що нерідко можуть сприйматися як одне ціле. Наприклад, портрет, написаний художником, карикатура і т. д. Утім має йтися про два самостійних об'єкти, один з яких є результатом творчої, інтелектуальної діяльності, інший — особистим немайновим благом. Про визначеність кожного з об'єктів, що розглядаються, неодноразово наголошувалось у теорії права² та зверталася увага судової практики.

Так, наприклад, Останкінським районним судом м. Москви 11 листопада 2005 р. було розглянуто спір за позовом П. до ЗАТ «Проф-Медіа-Прес». Однією з підстав для звернення до суду була публікація статті

¹ Гражданское право : учебник / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М. : ПРОСПЕКТ, 1998. – Ч. 3. – С. 53.

² Див.: Черепяхин Б. Б. Охрана личных неимущественных прав граждан, не связанных с имущественными правами / Б. Б. Черепяхин // Антология уральской цивилистики (1925–1989) : сб. ст. – М. : Статут, 2001. – С. 297; Малеин Н. С. Гражданский закон и права личности в СССР / Н. С. Малеин. – М. : Юрид. лит., 1981. – С. 156; Сергеев А. П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации / А. П. Сергеев. – М. : Теис, 1996. – С. 146–147.

«Експрес-газеті», що супроводжувалася фотографічним зображенням позивача, яке було спотворено автором статті. Фото було доповнене штучним нанесенням вад шкіри, що, на думку позивача, порушувало його право на особисте зображення, оскільки воно не відповідає дійсному зображенню. Відповідач, вважаючи свої дії правомірними, пояснив, зокрема, що зображення П. являє собою відредаговану фотографію позивача, яка є частиною його творчої діяльності.

Порівнявши базове та перероблене зображення позивача, суд визнав порушенням спотворення фото та його подальшу публікацію, оскільки будь-яке зображення особи засноване на принципі упізнання, а така публікація спрямована на підміну дійсного вигляду позивача, вигаданого журналістом. Доводи відповідача про творчий підхід до бачення проблем не підтвердилися в судовому засіданні. Під творчістю розуміється створення нового твору, тоді як у випадку, що розглядається, мало місце спотворення раніше виготовленого зображення¹.

У юридичній літературі зображення іноді поєднують із таким благом, як індивідуальність фізичної особи², або розглядають як одну зі складових останньої³, або принаймні вказують як на дуже близькі поняття⁴. Разом з тим відокремленість індивідуальності від зображення фізичної особи полягає в тому, що останнє являє собою відображення на матеріальному носії індивідуального вигляду (зримого образу), взятого в певний момент часу. Індивідуальність же, по-перше, може виявлятися і в інших формах, не здатних до відображення для зорово-

¹ Верховный Суд Российской Федерации: обзор практики рассмотрения судами Российской Федерации дел о защите чести, достоинства и деловой репутации, а также неприкосновенности частной жизни публичных лиц в области политики, искусства, спорта [Электронный ресурс] // Бюл. Верхов. Суда Рос. Федерации. – № 12. – 2007. – Режим доступа : <http://www.medialaw.ru/article10/7/27.htm>

² Див.: Стефанчук Р. О. Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту) : монографія / Р. О. Стефанчук ; відп. ред. Я. М. Шевченко. – Хмельницький : Вид-во Хмельн. ун-ту упр. та права, 2007. – С. 443.

³ Див.: Захаров Д. Н. Теоретические и практические проблемы защиты личных неимущественных прав граждан : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Д. Н. Захаров. – М., 2007. – С. 13.

⁴ Див.: Цивільне право України : академічний курс : підручник : у 2 т. Т. 1 : Загальна частина / за заг. ред. Я. М. Шевченко. – К. : Концерн «Вид. дім “Ін Юре”», 2003. – С. 143; Бобрик В. І. Особисте життя як об'єкт цивільно-правової охорони : монографія / В. І. Бобрик ; Наук.-дослід. ін-т приват. права і підприємництва АПрН України. – К. ; Тернопіль : Підручники і посібники, 2008. – С. 120; Чернооченко С. І. Особисті немайнові права, які забезпечують соціальне існування фізичних осіб в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / С. І. Чернооченко. – Х., 2000. – С. 15.

го сприйняття, наприклад аудіозапис. По-друге, вона може змінюватися після того, як зображення зафіксувало вигляд у певний момент часу. Наприклад, у юнацькому віці хлопець належав до субкультури панків і мав відповідний зовнішній вигляд. Цей індивідуальний вигляд і був зафіксований на фото. З роками мова, культура, індивідуальний вигляд людини змінилися, але його зображення, створене на той момент часу, залишилось. По-третє, зображення фізичної особи може і не відображати його національної, культурної, релігійної, мовної самобутності. Наприклад, фото на пляжі. Уявляється, що в цьому і вбачається відокремленість таких особистих немайнових об'єктів, як зображення та індивідуальність.

Об'єктивна форма зображення дозволяє йому «пережити» свого носія¹ та продовжувати існувати навіть тоді, коли останній вже не може ним скористатися, тобто після смерті. Така властивість об'єкта дає підстави стверджувати, що він здатен існувати автономно від суб'єкта, відділятися від нього. Про здатність існування зображення після смерті фізичної особи вказує і ст. 308 ЦК. У наведеній нормі передбачено, що після смерті фізичної особи, використання її зображення допускається тільки зі згоди її дітей, вдови (вдівця), а якщо їх немає — батьків, братів і сестер.

Відокремленість та визначеність зображення фізичної особи як блага, його об'єктивація через матеріальний носій, здатність матеріального носія переходити від однієї особи до іншої створюють умови для введення цього об'єкта (зображення) у цивільний оборот. Доказом є ціла індустрія фотомодельного бізнесу. Нематеріальна природа об'єкта вказує на те, що зображення фізичної особи не піддається зносу (амортизації), його може використовувати необмежене коло осіб, а існування не обмежене у часі та просторі.

Таким чином, зображення фізичної особи як об'єкт цивільних прав може бути охарактеризоване так: це нематеріальне благо, яке, завдяки об'єктивній формі, здатне до відокремлення і визначеності, здатне існувати автономно від суб'єкта після його смерті. Воно здатне перебувати в економічному обороті та бути оцінене в грошах, а значить може розглядатись як товар. Зроблені висновки вказують на необхідність подальших досліджень природи, змісту суб'єктивних прав на зображення фізичної особи, межі та способи їх здійснення, способи захисту порушених прав тощо.

¹ Флейшиц Е. А. Личные права в гражданском праве Союза ССР и капиталистических стран / Е. А. Флейшиц. – М. : Юриздат. НКЮ СССР, 1941. – С. 9.

Сліпченко С. Изображение как объект гражданского права

Статья посвящена характеристике изображения физического лица как объекта личного неимущественного права. Обосновывается, что это нематериальное благо, которое благодаря объективной форме способно к обособлению и определенности, способно существовать автономно от субъекта после его смерти, может находиться в экономическом обороте и быть оценено в деньгах, а значит может рассматриваться как товар.

Ключевые слова: личное неимущественное благо, изображение физического лица, объект личного неимущественного права.

Slipchenko S. Image as object of civil law

The article is devoted to the image of an individual as an object of moral rights. Substantiates that this intangible benefit, which, thanks to an objective form, is capable of isolation and uncertainty, can exist independently of the subject after his death, may be in the economic turnover, and be evaluated in money, and therefore can be regarded as a commodity.

Keywords: image of an individual object, moral rights, non-proprietary good.

УДК 349.41

Н. Ільків, кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри господарсько-правових дисциплін ЛьвДУВС

Оформлення права приватної власності на земельну ділянку: новели законодавства

Стаття 14 Конституції України проголошує, що «право власності на землю гарантується. Це право набувається і реалізується громадянами, юридичними особами та державою виключно відповідно до закону». Ці положення є свідченням визнання на конституційному рівні важливості та непорушності права власності на земельні ділянки через особливий чітко визначений законом порядок його набуття та реалізації.

Реформування земельних правовідносин в Україні нерозривно пов'язане зі створенням належного правового механізму набуття фізичними та юридичними особами земельних ділянок у власність та супроводжується відповідним реформуванням системи оформлення прав на земельні ділянки, внесенням змін до форм та змісту документів, які посвідчують права на земельні ділянки. Аналіз чинного законодавства вказує на складність процедури та численну кількість документів, які необхідно оформити для набуття права приватної власності на земельну ділянку та його державної реєстрації. Певні позитивні зміни у напрямі вдосконалення процедури оформлення прав на земельні ділянки були зроблені у 2008–2009 роках із прийняттям Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо сприяння будівництву» від 16 вересня 2008 р., Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо документів, що посвідчують право на земельну ділянку, а також порядку поділу та об'єднання земельних ділянок» від 5 березня 2009 р., постанови Кабінету Міністрів України «Деякі питання реалізації права власності на землю громадянами України у 2009 році» від 5 серпня 2009 р. та ін. Прийняття Закону України «Про Державний земельний кадастр» (далі — Закон про кадастр)¹ та запровадження (планується з 1 січня 2013 р.) нового порядку реєстрації прав на нерухомість, перед-

¹ Про Державний земельний кадастр : Закон України від 7 липня 2011 р. // Відом. Верхов. Ради України. – 2011. – № 46.

баченого Законом України «Про внесення змін до Закону України “Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень” та інших законодавчих актів України» (далі — Закон про реєстрацію)¹, актуалізувало потребу теоретичного опрацювання значного кола питань, пов’язаних з оформленням права приватної власності на земельні ділянки.

Комплексного дослідження правової природи оформлення прав на земельні ділянки за новим законодавством України ще не провадилося. Окремі аспекти оформлення прав на земельні ділянки згідно з чинним законодавством досліджуються у працях українських вчених у галузі земельного права — В. І. Андрейцева, Д. В. Бусуйок, С. В. Гринька, В. К. Гуревського, І. І. Каракаша, Т. О. Коваленко, П. Ф. Кулиничка, А. М. Мірошниченка, В. В. Носіка, К. О. Настечко, О. О. Погрібного, В. І. Семчика, Ю. С. Шемшученка, М. В. Шульги.

Метою статті є аналіз порядку оформлення права приватної власності на земельні ділянки, визначення переліку та форм правовстановлюючих документів на земельні ділянки відповідно до нового законодавства.

У науці земельного права існує певна сукупність понять, які визначають різні етапи процедури набуття земельної ділянки у власність. Такі поняття, як «надання», «приватизація», «придбання», «виникнення», «передача», «оформлення» права на земельну ділянку, позначають різні стадії цього процесу.

Як зазначає К. О. Настечко, оформлення права на земельну ділянку є процедурою, яка складається із певної послідовності дій зацікавлених осіб, землевпорядних організацій та органів державної влади, які в кінцевому випадку приводять до встановлення права зацікавленого суб’єкта на земельну ділянку².

Оформлення права на земельну ділянку передбачає видачу документів на всіх етапах набуття права на земельну ділянку, так само як і отримання правовстановлюючого документа на заключній стадії. При цьому документи, які видаються на різних стадіях процедури отримання земельної ділянки у власність або у користування, у літературі про-

¹ Про внесення змін до Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень»: Закон України від 11 лютого 2010 р.// Відом. Верхов. Ради України. – 2010. – № 9.

² Настечко К. О. Оформлення прав на земельні ділянки: правові та організаційні питання: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец.: 12.00.06. / К. О. Настечко; Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. – К., 2010. – С. 11.

понується називати «юридично-значимими документами». Наявність усіх юридично-значимих документів і буде підставою для видачі правовстановлюючого документа на земельну ділянку.

Саме заключна стадія і є предметом нашого дослідження з огляду на те, що зміни у законодавстві привели до найсуттєвіших новацій, зокрема на цьому етапі.

Заключною стадією процесу оформлення права приватної власності на земельну ділянку та важливою складовою частиною правового механізму набуття та реалізації прав на земельні ділянки є державна реєстрація, оскільки згідно зі ст. 125 Земельного кодексу (далі — ЗК) право власності на земельну ділянку виникає з моменту державної реєстрації цього права. Держава, проводячи реєстрацію, з одного боку, виступає гарантом права власності на земельні ділянки, а з другого боку — здійснює контроль за станом «основного національного багатства». Зважаючи на різноплановість цих завдань у системі регулювання земельних відносин, слід виділити два основних елементи — державна реєстрація прав на земельні ділянки та державна реєстрація земельних ділянок.

Чинна редакція ст. 126 ЗК встановлює, що документами, які посвідчують право власності на земельну ділянку, можуть бути державний акт, цивільно-правова угода щодо відчуження земельної ділянки, свідоцтво про право на спадщину. Згідно з новою редакцією ст. 126 ЗК «право власності, користування земельною ділянкою оформлюється відповідно до Закону України “Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень”».

Викладення Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» у новій редакції, відповідно, внесення змін до Цивільного та Земельного кодексів України, що набудуть чинності 1 січня 2013 р., обумовили трансформацію підходу до розуміння системи державної реєстрації прав на земельні ділянки. Положення цього Закону дали відповідь на низку запитань щодо правових, економічних, організаційних засад проведення державної реєстрації речових та інших прав, які підлягають реєстрації, та їх обтяжень та водночас внесли зміни до основних нормативно-правових актів, які становили базу вказаного правового інституту в попередні роки, значною мірою уніфікувавши їх.

Відповідно до ст. 3 Закону про реєстрацію серед основних засад державної реєстрації прав на нерухомість виділено обов’язковість державної реєстрації прав. Як у Цивільному і Земельному кодексах,

так і у вказаному законі, словосполучення «реєстрація прав на нерухомість (земельні ділянки)» завжди супроводжується визначенням «державна». Цим підкреслюється, що реєстрація об'єктів нерухомості є функцією держави. Відповідно і здійснювати свої функції держава може тільки через свої органи і установи. Делегування державних функцій комерційним структурам чи надання державній функції характеру комерційної діяльності є неприпустимим.

З 1 січня 2013 р. функції державної реєстрації речових прав на нерухоме майно, у тому числі на земельні ділянки, повинні перейти до спеціально уповноваженого центрального органу виконавчої влади з питань державної реєстрації прав — Міністерства юстиції та його територіальних управлінь юстиції. Від імені Міністерства юстиції ці функції виконуватимуть Державна реєстраційна служба України та її структурні територіальні підрозділи.

Іншим важливим принципом державної реєстрації прав на нерухомість є положення про те, що «виникнення прав на нерухоме майно, які підлягають державній реєстрації відповідно до цього Закону, відбувається з моменту такої реєстрації». Відповідно до ч. 11 ст. 15 Закону про реєстрацію датою і часом державної реєстрації прав та їх обтяжень вважаються дата і час реєстрації відповідної заяви в органі державної реєстрації прав. Слід зазначити, що ч. 1 ст. 15 Закону встановлено, що реєстрація заяви і прийняття рішення про реєстрацію прав є окремими етапами процедури реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обмежень. Прийняттю рішення про проведення державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень передуює встановлення факту відсутності підстав для відмови в державній реєстрації. Таким чином, момент державної реєстрації прав на нерухоме майно та їх обтяжень і момент державної реєстрації заяви про проведення такої реєстрації збігаються за умови, що відсутні передбачені законодавством підстави для відмови у проведенні державної реєстрації права власності на нерухоме майно.

Починаючи з 1 січня 2013 р. Закон скасовує необхідність реєстрації правочинів поряд із реєстрацією права. Відповідні зміни будуть внесені до ЦК України та Закону України «Про оренду землі». На перший погляд, скасування необхідності реєстрації правочину вносить ясність у питання про момент виникнення (переходу) права. Однак договір щодо земельної ділянки є чинним із моменту його нотаріального посвідчення. Зрозуміло, що з'являється певний проміжок часу між нотаріальним посвідченням договору та виникненням права влас-

ності на земельну ділянку, набуту за таким договором, виникає питання — хто ж тоді має право розпоряджатися такою земельною ділянкою? Новий власник такого права ще не набув, оскільки воно виникне у нього лише після реєстрації, однак і попередній власник теж не може розпоряджатись нерухомістю, оскільки укладено договір про відчуження об'єкта нерухомості. Дане питання залишається неврегульованим. Унесення зазначених змін до законодавства мало благородну мету — усунення подвійної реєстрації, а натомість може призвести до обмеження права власника, який набув земельну ділянку за договором, однак фактично розпоряджатись нею не зможе, доки не буде здійснено реєстрацію такого права.

Як правильно стверджує М. Дякович, це положення суперечить інституту власності, оскільки реєстрація права власності, яке виникає на підставі різного роду договорів (правочинів), не може бути тривалою в часі, оскільки утворюється правовий вакуум невизначеності для набувача нерухомості та сповільнюється ринок нерухомості¹.

Крім того, потенційно можливий проміжок часу між нотаріальним посвідченням договору та моментом державної реєстрації права на земельну ділянку може призвести до зловживань із боку недобросовісного продавця.

Згідно з ч. 4 ст. 3 Закону про реєстрацію визнаються дійсними права на нерухоме майно, що виникли до набрання чинності цим Законом, у разі якщо реєстрація прав була проведена відповідно до законодавства, що діяло на момент їх виникнення, або якщо на момент виникнення прав діяло законодавство, що не передбачало обов'язкової реєстрації таких прав. Таке положення наче й гарантує права на нерухомість, які виникли до набрання чинності цим Законом, однак не сприяє реалізації основного завдання Закону — створення повного і достовірного Державного реєстру речових прав на нерухоме майно.

Крім того, цей принцип потребує чіткого узгодження із принципом, закріпленим у ч. 6 ст. 3: «Будь-які угоди щодо нерухомого майна (відчуження, управління, іпотека і т. д.) укладаються, якщо право власності зареєстровано згідно з вимогами цього Закону». Фактично ця норма обмежує можливість укладання угод із тією нерухомістю, право власності на яку було зареєстровано до набрання чинності норм цього Закону. Частина 2 ст. 29 Закону не встановлює необхідності для прав,

¹ Дякович М. Перспективи державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень: нотаріус – користувач чи реєстратор? / М. Дякович // Вісн. Львів. нац. ун-ту ім. Івана Франка. – 2011. – Вип. 48. – С. 341–347.

які виникли та зареєстровані до набрання чинності Законом, їх «повторної» реєстрації, але, очевидно, припускає таку можливість, оскільки встановлює розмір плати при проведенні державної реєстрації таких прав. Відсутність у Законі прямої вимоги про необхідність «перереєстрації» в Укрдержреєстрі існуючих прав з урахуванням положень статей 8, 19, 41 Конституції України у принципі дозволяє відстоювати позицію про те, що ч. 6 ст. 3 Закону не передбачає необхідності такої «перереєстрації», однак на практиці уникнути цього практично неможливо.

Документом, що підтверджує виникнення права власності при здійсненні державної реєстрації права власності на земельну ділянку, є витяг із Державного реєстру прав або в окремих випадках — свідоцтво про право власності на нерухоме майно, яке видається: юридичним особам у разі внесення до статутного фонду юридичної особи (статутного або складеного капіталу) земельної ділянки їх засновниками (учасниками); фізичним особам та юридичним особам, які в разі ліквідації (реорганізації) юридичної особи отримали у власність у встановленому законодавством порядку земельну ділянку юридичної особи, що ліквідується (реорганізується); фізичним особам та юридичним особам, що вийшли зі складу засновників (учасників) юридичної особи за рішенням органу, уповноваженого на це установчими документами, отримали у власність земельну ділянку, передану їм; у разі виділення окремої земельної ділянки зі складу єдиної земельної ділянки (ст. 18 Закону).

Державна реєстрація земельної ділянки і державна реєстрація прав на неї — це два різних види діяльності, що вимагають абсолютно різних методів і знань в абсолютно різних сферах.

Державна реєстрація речових прав на земельну ділянку — офіційне визнання підтвердження державою фактів виникнення, переходу або припинення прав на земельну ділянку, обтяження таких прав шляхом внесення відповідного запису до Державного реєстру речових прав на нерухоме майно; а державна реєстрація земельної ділянки — внесення до Державного земельного кадастру відомостей про формування земельної ділянки та присвоєння їй кадастрового номера. Державна реєстрація земельних ділянок здійснюється за місцем їх розташування відповідним Державним кадастровим реєстратором територіального органу центрального органу виконавчої влади з питань земельних ресурсів у містах Києві та Севастополі, містах республіканського та обласного значення, районі.

Відповідно до ст. 202 ЗК «Державна реєстрація земельних ділянок здійснюється у Державному земельному кадастрі в порядку, встановленому Законом» (набирає чинності з 01.01.2013 р.).

Державна реєстрація земельної ділянки здійснюється при її формуванні шляхом відкриття Поземельної книги на таку ділянку (ст. 24 Закону про кадастр). Формування земельної ділянки передбачає визначення її площі, меж та внесення інформації про неї до Державного земельного кадастру. Формування земельних ділянок здійснюється: у порядку відведення земельних ділянок із земель державної та комунальної власності; шляхом поділу чи об'єднання раніше сформованих земельних ділянок; шляхом визначення меж земельних ділянок державної чи комунальної власності, яке здійснюється у процесі розмежування земель державної та комунальної власності.

Земельна ділянка вважається сформованою з моменту присвоєння їй кадастрового номера. Кадастровий номер земельної ділянки присвоюється земельній ділянці під час проведення її державної реєстрації і зберігається за нею протягом усього часу існування такої ділянки. У разі переходу права власності на земельну ділянку від однієї особи до іншої, виникнення інших, крім права власності, речових прав на земельну ділянку, зміни речових прав на земельну ділянку кадастровий номер не змінюється. Таким чином, до органів Держземагентства особі необхідно буде звертатися не кожного разу при вчиненні правочину, а тільки раз — на стадії формування земельної ділянки. У подальшому Законом про кадастр (ст. 30) передбачено інформаційну взаємодію органу, що здійснює ведення Державного земельного кадастру, та органу державної реєстрації прав. Однак, видається, допоки чіткий порядок не буде встановлений Кабінетом Міністрів України, тягар інформаційної взаємодії ляже на плечі громадян.

На підтвердження державної реєстрації земельної ділянки заявнику безоплатно видається витяг із Державного земельного кадастру про земельну ділянку. Витяг містить усі відомості про земельну ділянку, внесені до Поземельної книги. Складовою частиною витягу є кадастровий план земельної ділянки. При вчиненні правочину щодо земельної ділянки особа, визначена у ч. 5 ст. 36 Закону, може отримати витяг із Державного земельного кадастру про земельну ділянку у Державного кадастрового реєстратора або доручити отримати цей витяг нотаріусу. Це істотно спростить процедуру укладення договорів щодо земельних ділянок, адже на сьогодні для продажу земельної ділянки власнику необхідно надати нотаріусу довідку про відсутність обмежень та обтяжень і витяг із земельного кадастру.

Таким чином, відмінними є поняття «державна реєстрація земельних ділянок» та «державна реєстрація прав на земельну ділянку», які мають під собою різну правову основу. З цього випливає, що в Україні діють дві, паралельні одна одній, системи державної реєстрації у сфері визнання прав на земельні ділянки.

Питання про те, яким чином співвідносяться між собою державна реєстрація земельної ділянки та державна реєстрація прав на земельну ділянку, має не лише теоретичне, а й практичне значення¹. У частині 10 ст. 79¹ ЗК прямо вказується, що «державна реєстрація речових прав на земельні ділянки здійснюється після державної реєстрації земельних ділянок у Державному земельному кадастрі», таким чином ставлячи остаточну крапку в дискусії про вчинення первинних та наступних дій при оформленні права приватної власності на земельну ділянку. З метою уникнення непорозумінь у реалізації цього законодавчого положення слід чітко визначитись із тим, які відомості підлягають внесенню до кадастру, оскільки ч. 1 ст. 79¹ ЗК, встановлюючи, що формування земельної ділянки полягає у визначенні її як об'єкта цивільних прав, фактично передбачає, що для того, щоб зареєструвати набуту у власність земельну ділянку у державному земельному кадастрі, набувач уже повинен мати права на неї. Але ж такі права, як встановлює ст. 125 ЗК, виникають виключно після їх державної реєстрації. Більше того, згідно з ч. 9 ст. 79¹ ЗК земельна ділянка може бути об'єктом цивільних прав виключно з моменту її формування та державної реєстрації права власності на неї.

Таким чином, прийняття законодавства, яке регламентує порядок оформлення прав на земельні ділянки, є безперечним позитивом та кроком назустріч цивілізованам відносинам між власником та державою на шляху зменшення конфліктного потенціалу земельних відносин. Ураховуючи вищезазначені новели законодавства, можна впевнено стверджувати, що набирає оберті системна реформа у сфері земельних відносин в Україні. Але здійснений аналіз Закону вказує на те, наскільки далекий від стандартів верховенства права український законодавець і якщо до набрання чинності законами не будуть враховані суттєві прогалини у правовому регулюванні, то це стане підставою для тотального порушення прав особи як власника земельної ділянки.

¹ Див.: Кулинич П. Ф. Державна реєстрація прав на земельну нерухомість та земельний кадастр: поняття, співвідношення та правові засади / П. Ф. Кулинич // Юрид. журн. – 2010. – № 5. – С. 136–142.

Ильків Н. Оформлення права частної власності на земельний ділянку: новелли законодавства

Стаття присвячена дослідженню правової природи інститута «оформлення права частної власності на земельний ділянку» в Україні. Досліджені складові цього поняття. Особливу увагу приділяється питанням реєстрації земельних ділянок і прав на них.

Ключові слова: оформлення права, земельний ділянку, реєстрація права, нотаріальне засвідчення, правоустановчі документи на земельний ділянку.

Il'kiv N. Legalization of right of private property on a parcel of land: legislation innovations

This article is dedicated to the research of legal nature of «fulfillment of right of private ownership on land plot», its peculiarities, components and covers questions of problems of its realization in Ukraine. The special attention is drawn to the issues of public registration of lot lands and rights are examined on them.

Keywords: fulfillment of right, land plot, registration of right, notarial evidence, documents of title to land plot.

УДК 347.67

С. Сібільова, державний нотаріус 8-ї Харківської державної нотаріальної контори

Свобода заповіту за чинним цивільним законодавством України

Як відзначав ще у 1917 р. професор Й. О. Покровський, свобода посмертних розпоряджень складає разом зі свободою власності та свободою договорів один із наріжних каменів сучасного цивільного ладу¹. Оскільки роль зазначених правових категорій з часом не змінилася, це положення враховувалося при розробці у дев'яностих роках минулого століття концептуальних положень чинного Цивільного кодексу України (ЦК) як кодексу громадянського суспільства та кодексу приватного права.

ЦК України від 16 січня 2003 р.² закріпив у ст. 3, зокрема, такі загальні засади цивільного законодавства, як свобода договору та неприпустимість позбавлення права власності, крім випадків, установлених Конституцією України та законом. Що ж до свободи посмертних розпоряджень (свободи заповіту), то чинний ЦК України, з одного боку, текстуально не закріпив її у Книзі шостій «Спадкове право», на відміну, наприклад, від Цивільного кодексу Російської Федерації. З другого боку, в ч. 4 ст. 6 ЦК України встановлено правило про те, що можливість саморегулювання у сфері договірних цивільних відносин, що передбачена у частинах 1–3 ст. 6 ЦК, застосовується і до односторонніх правочинів. Зважаючи на те, що можливість саморегулювання свідчить про визнання права особи діяти на власний розсуд в певних сферах цивільних відносин, на мою думку, це говорить про непослідовність законодавця при вирішенні питання про свободу заповіту.

Напевно, саме тому в сучасних дослідників при висвітленні питання щодо свободи заповіту відсутнім, на мій погляд, є комплексний підхід. Утім саме такий підхід забезпечує можливість з'ясування, зокрема, сутності, складових елементів та меж свободи заповіту, вирішення питання про можливість саморегулювання цивільних спадкових відносин у сфері спадкування за заповітом. Наведене свідчить про те, що питання свободи заповіту є вкрай актуальними.

¹ Основные проблемы гражданского права. – М.: Статут (в серии «Классика российской цивилистики»), 1998. – С. 300.

² Офіц. вісн. України. – 2003. – № 11. – Ст. 461.

Метою цієї статті є саме комплексне дослідження свободи заповіту та формулювання пропозицій щодо удосконалення норм чинного ЦК.

Питання свободи заповіту за чинним ЦК України досліджували, зокрема, Н. Бараннік¹, Р. Достдар², Ю. О. Заїка³, І. В. Жилінкова⁴, С. Кернична⁵, З. В. Ромовська⁶, Є. О. Рябоконт⁷.

Заслуговує на увагу, як підкреслює Н. Бараннік, сформульований у ЦК України принцип свободи заповіту, який дає можливість спадкодавцеві на свій розсуд: призначати своїми спадкоємцями одну або декілька фізичних осіб, незалежно від наявності у нього з цими особами сімейних (родинних) відносин, а також інших учасників цивільних відносин (ч. 1 ст. 1235); без вказівки причин позбавити права на спадкування будь-яку особу з числа спадкоємців за законом, крім осіб, які мають право на обов'язкову частку (ч. 2, 3 ст. 1235); визначити обсяг спадщини, який спадкуватиметься за заповітом (ст. 1236); визначити частки спадкоємців у спадщині, а також включити до заповіту інші розпорядження, передбачені ЦК⁸.

Аналізуючи принципи спадкового права, Р. Достдар виокремлює принцип свободи заповіту та вказує, що він тісно пов'язаний із загальним цивільним принципом диспозитивності цивільно-правового регулювання і означає, що спадкодавець може розпорядитися своїм майном на випадок смерті, склавши заповіт, або взагалі цього не робити. У заповіті він може визначити як спадкоємців будь-яких суб'єктів

¹ Наталія Бараннік. Право на достатній життєвий рівень і спадкування (порівняльний аналіз норм спадкового права за Цивільним кодексом Української РСР та Цивільним кодексом України 2003 р.) / Наталія Бараннік // Підприємництво, госп-во і право. – 2005. – № 9. – С. 69–75.

² Руслан Достдар. Принципи спадкового права України / Руслан Достдар // Підприємництво, госп-во і право. – 2008. – № 12. – С. 6–8.

³ Заїка Ю. О. Спадкове право України : навч. посіб. / Ю. О. Заїка. – К. : Істина, 2006. – 216 с.

⁴ Жилінкова І. В. Актуальні питання спадкового права України / І. В. Жилінкова : матеріали до семінару. – Х. : Ксінон, 2009. – 336 с.

⁵ Софія Кернична. Свобода заповіту та її обмеження в українському праві та праві європейських країн / Софія Кернична // Підприємництво, госп-во і право. – 2011. – № 4. – С. 57–60.

⁶ Ромовська З. В. Українське цивільне право. Спадкове право : підручник / З. В. Ромовська. – К. : Алерта ; КНТ ; ЦУЛ, 2009. – 264 с.

⁷ Заїка Ю. О. Спадкове право : навч. посіб. / Ю. О. Заїка, Є. О. Рябоконт. – К. : Юрінком Інтер, 2009. – 352 с.

⁸ Наталія Бараннік. Право на достатній життєвий рівень і спадкування (порівняльний аналіз норм спадкового права за Цивільним кодексом Української РСР та Цивільним кодексом України 2003 р.) / Наталія Бараннік // Підприємництво, госп-во і право. – 2005. – № 9. – С. 71.

цивільного права, поділивши між ними на свій розсуд майно, що йому належить. Складання заповіту, як і його скасування, — це виключна воля спадкодавця, і ніхто не має права примусово впливати на його дії¹.

Один із головних принципів спадкового права — принцип свободи заповіту дістав, на думку Ю. О. Заїки, законодавче закріплення у ст. 1235 ЦК. Свобода заповіту, на його погляд, полягає в тому, що заповідач може: у будь-який час скласти заповіт, а може і не скласти його; у будь-який час змінити або скасувати взагалі складений заповіт; у будь-який час скласти новий заповіт; розпорядитися всім своїм майном, або тільки часткою; призначити спадкоємцем будь-яку особу, як ту, що входить до кола спадкоємців за законом, так і будь-яку фізичну чи юридичну особу; позбавити спадщини спадкоємців за законом, не обґрунтовуючи і не пояснюючи своє рішення; внести до заповіту інші розпорядження, передбачені ЦК².

І. В. Жилінкова в узагальненому вигляді відзначає, що особа має широкі права щодо визначення юридичної долі належного їй майна на випадок своєї смерті. Вона має право визначити зміст заповіту, коло спадкоємців та обсяг спадщини, скасувати або змінити заповіт тощо. У цьому полягає свобода заповіту³.

У чинному цивільному законодавстві України, як підкреслює С. Кернична, саме поняття принципу свободи заповіту не сформульоване на законодавчому рівні, проте існування цього принципу не породжує жодних сумнівів і впливає з аналізу положень ЦК України щодо спадкування. Цей принцип належить не лише до змісту розпоряджень спадкодавця, зроблених ним у заповіті, але також до того, чи скласти заповіт, який вид заповіту обрати, в якій формі скласти заповіт і на чию користь⁴.

Багатоаспектним цивільно-правовим явищем вважає свободу заповіту З. В. Ромовська. Елементами цієї свободи є насамперед право особи самостійно, без зовнішнього примусу визначати доцільність та момент складання заповіту. Особі, яка забажала скласти заповіт, закон надає цілий ряд можливостей щодо вибору спадкоємців, визначення

¹ Руслан Достдар. Принципи спадкового права України / Руслан Достдар // Підприємництво, госп-во і право. – 2008. – № 12. – С. 7.

² Заїка Ю. О. Спадкове право України : навч. посіб. / Ю. О. Заїка. – К. : Істина, 2006. – С. 80–81.

³ Жилінкова І. В. Актуальні питання спадкового права України / І. В. Жилінкова : матеріали до семінару. – Х. : Ксінон, 2009. – II-2.

⁴ Софія Кернична. Свобода заповіту та її обмеження в українському праві та праві європейських країн / Софія Кернична // Підприємництво, госп-во і право. – 2011. – № 4. – С. 58.

обсягу спадщини, покладання на спадкоємців обов'язків щодо третіх осіб тощо¹.

Принцип свободи заповіту, як підкреслює Є. О. Рябоконт, є основою базовою засадою, навколо якої ґрунтується увесь інститут спадкування за заповітом. Крім призначення спадкоємця, заповідач наділений також правом позбавити права на спадкування будь-яку особу з числа потенційних спадкоємців за законом. Свобода заповіту також знаходить свій прояв у наданій законом можливості заповідача на свій розсуд визначати обсяг спадщини, що має спадкуватися за заповітом².

Слід вказати на те, що більшість із зазначених дослідників висловили свою позицію і відносно меж дії свободи заповіту. Так, І. В. Жилінкова, Ю. О. Заїка та Є. О. Рябоконт вважають, що межею свободи заповіту є правила про право на обов'язкову частку у спадщині, передбачені у ст. 1241 ЦК України³. З. В. Ромовська підкреслює, що межею свободи заповіту є не тільки право на обов'язкову частку у спадщині, а й несправедливість заповіту⁴. На думку С. Керничної, в українському цивільному праві обмеженням свободи заповіту є право на обов'язкову частку у спадщині, існуюча конструкція спадкового договору та заборона складати заповіт через представника⁵.

Наведені наукові позиції щодо свободи заповіту дають підстави стверджувати таке.

По-перше, усі дослідники вбачають сутність свободи заповіту у праві спадкодавця діяти вільно.

По-друге, більшість сучасних дослідників (Н. Бараннік, Р. Достдар, Ю. О. Заїка, С. Кернична, Є. О. Рябоконт) розглядають свободу заповіту як правовий принцип. При цьому Ю. О. Заїка стверджує, що цей принцип дістав законодавче закріплення у ст. 1235 ЦК України. Н. Бараннік вказує, що цей принцип сформульований ЦК України, а С. Кернична вважає, що саме поняття принципу свободи заповіту не

¹ Ромовська З. В. Українське цивільне право. Спадкове право : підручник / З. В. Ромовська. – К. : Алерта ; КНТ ; ЦУЛ, 2009. – С. 93–94.

² Заїка Ю. О. Спадкове право : навч. посіб. / Ю. О. Заїка, Є. О. Рябоконт. – К. : Юрінком Інтер, 2009. – С. 100–103.

³ Жилінкова І. В. Актуальні питання спадкового права України / І. В. Жилінкова : матеріали до семінару. – Х. : Ксінон, 2009. – с. II-3; Заїка Ю. О. Спадкове право України : навч. посіб. / Ю. О. Заїка. – К. : Істина, 2006. – С. 81; Заїка Ю. О. Спадкове право : навч. посіб. / Ю. О. Заїка, Є. О. Рябоконт. – К. : Юрінком Інтер, 2009. – С. 104.

⁴ Ромовська З. В. Українське цивільне право. Спадкове право : підручник / З. В. Ромовська. – К. : Алерта ; КНТ ; ЦУЛ, 2009. – С. 108–125.

⁵ Софія Кернична. Свобода заповіту та її обмеження в українському праві та праві європейських країн / Софія Кернична // Підприємництво, госп-во і право. – 2011. – № 4. – С. 59–60.

сформульоване на законодавчому рівні, проте існування цього принципу впливає з аналізу положень ЦК України щодо спадкування. Оскільки, як відзначає А. М. Колодій, у загальній теорії права розрізняють два способи вираження принципів права: безпосереднє формулювання їх у нормах права (текстуальне закріплення) і виведення принципів права із змісту нормативно-правових актів (змістовне закріплення)¹, слід підтримати позицію С. Керничної.

По-третє, неоднозначно до цього часу вирішується питання про межі дії свободи заповіту, існують певні відмінності й у висвітленні дослідниками питання щодо складових елементів свободи заповіту.

Таким чином, у сучасній науці цивільного права дискусійними залишаються майже всі питання, пов'язані зі свободою заповіту.

Погоджуючись із тим, що сутність свободи заповіту полягає у праві спадкодавця діяти вільно, вважаю за необхідне вказати на дві обставини. Суть першої обставини полягає у тому, що спадкодавець, вчиняючи заповіт, визначає долю свого майна на випадок смерті, тобто здійснює повноваження, що належать йому як власнику майна. Згідно ж з ч. 1 ст. 319 ЦК України власник володіє, користується, розпоряджається своїм майном на власний розсуд. Суть другої обставини полягає у такому. Спадкові відносини є одним із видів цивільних відносин. Право діяти вільно притаманне не тільки учасникам спадкових відносин, а й учасникам усіх інших цивільних відносин та базується на принципі автономії волі кожного з них. Причому, як правильно підкреслює А. С. Довгерт, характер цивільних відносин є природним, а не таким, що залежить від волі законодавця. Завдання останнього полягає лише в пізнанні природної суті цих відносин і встановленні адекватного їх регулювання². Саме так слід розглядати закріплення у ч. 1 ст. 1 ЦК України такої ознаки цивільних відносин, як «вільне волевиявлення їх учасників». З урахуванням цього не зовсім логічним здається закріплення у ст. 3 ЦК України лише такої загальної засади цивільного законодавства, як свобода договору. На мою думку, в окремому пункті ст. 3 ЦК України слід передбачити і таку загальну засаду цивільного законодавства, як свобода одностороннього правочину. При цьому необхідно враховувати таке. Оскільки односторонні правочини можуть регулюватися не тільки загальними нормами про правочини,

¹ Колодій А. М. Принципи права України : монографія / А. М. Колодій. – К. : Юрінком Інтер, 1998. – С. 24.

² Цивільний кодекс України : Постатейний коментар : у 2 ч. Ч. 1 / кер. авт. кол. та відповід. ред. проф. А. С. Довгерт, проф. Н. С. Кузнецова. – К. : Юстініан, 2005. – С. 7.

а й спеціальними нормами, що поширюються на певний вид односторонніх правочинів, у ст. 3 ЦК України слід передбачити застереження про те, що свобода одностороннього правочину існує лише у випадках, якщо інше не передбачено законом, що регулює конкретний вид одностороннього правочину.

Слід, на мою думку, чітко виокремлювати дві складові свободи заповіту. Першою складовою свободи заповіту є право фізичної особи з повною цивільною дієздатністю вільно у будь-який час особисто вчинювати заповіт, обирати вид заповіту та у будь-який час особисто скасовувати вчинений заповіт та вносити до нього зміни.

Другою складовою свободи заповіту є сукупність розпоряджень заповідача, що становлять зміст вчиненого заповіту. Слід погодитись із І. В. Жилінковою про поділ таких розпоряджень на дві групи: загальні розпорядження, без яких жоден заповіт не може існувати; особливі розпорядження заповідача, які він може зробити у заповіті¹.

Перша складова свободи заповіту є першою, тому що вона має первісний характер. Перш ніж вирішувати питання щодо розпоряджень заповідача, які становлять зміст заповіту, фізичній особі з повною цивільною дієздатністю необхідно мати право вчинювати (або не вчинювати заповіт), обирати його вид, скасовувати (або не скасовувати) вчинений заповіт, змінювати (або не змінювати) його. Саме така можливість інваріантності поведінки фізичної особи впливає із змісту, відповідно, ст. 1234 та ст. 1254 ЦК України. Оскільки ст. 1234 ЦК України має стати базовою для текстуального закріплення у ньому свободи заповіту, пропоную викласти ч. 1 цієї статті у такій редакції: «1. Кожна фізична особа з повною цивільною дієздатністю має право у будь-який час на власний розсуд вирішувати питання про вчинення чи невчинення заповіту та обирати його вид відповідно до вимог цього Кодексу».

Стосовно другої складової свободи заповіту, слід вказати на таке.

По-перше, з урахуванням поділу розпоряджень заповідача на загальні (без яких жоден заповіт не може існувати) та спеціальні, що мають не обов'язковий, а факультативний характер, є підстави стверджувати про існування і у межах другої складової свободи заповіту інваріантності поведінки заповідача.

По-друге, оскільки йдеться про сукупність розпоряджень заповідача, що складають зміст заповіту як правочину, на них поширю-

¹ Жилінкова І. В. Актуальні питання спадкового права України / І. В. Жилінкова : матеріали до семінару. – Х. : Ксінон, 2009. – с. II-3–II 11

ються вимоги ч. 1 ст. 203 ЦК України. Отже, зміст розпоряджень заповіту не може суперечити вимогам ЦК, інших актів цивільного законодавства, а також моральним засадам суспільства. Порухення заповідачем цих вимог є підставою недійсності заповіту (ч. 1 ст. 215 ЦК України).

По-третє, беручи до уваги, що всі норми, вміщені у главі 85 ЦК України, є спеціальними, перелік та зміст розпоряджень заповідача, що закріплені у названій главі ЦК, слід розглядати як такі, що мають вичерпний характер и не можуть змінюватися заповідачем. Таким є загальне правило. Виняток із нього передбачено ст. 1240 ЦК України, що стосується заповідального розпорядження, сутність якого полягає у праві заповідача зобов'язати спадкоємця до вчинення певних дій немайнового характеру та дій, спрямованих на досягнення суспільно корисної мети. ЦК стосовно цього заповідального розпорядження встановлює, по-перше, два роди дій, до вчинення яких заповідач може зобов'язати спадкоємця, а по-друге, невичерпний (відкритий) перелік видів дій першого роду, тобто дій немайнового характеру, а саме: дії щодо розпорядження особистими паперами та дії щодо визначення місця і форми здійснення ритуалу поховання заповідача. Таким чином, формулюючи у заповіті заповідальне розпорядження, передбачене ст. 1240 ЦК України, заповідач не може змінювати рід дій, до вчинення яких він може зобов'язати спадкоємця, але може передбачати також інші види дій, крім тих, що нею передбачені.

Відносно меж свободи заповіту вважаємо за необхідне солідаризуватися з тими дослідниками (зокрема, І. В. Жилінковою, Ю. О. Заїкою, Є. О. Рябоконею), які зазначають, що єдиною такою межею є правила про обов'язкову частку у спадщині, передбачені у ст. 1241 ЦК України. Аргументуючи цю наукову позицію, хочу зазначити таке. На мою думку, межею свободи заповіту може бути лише законодавче положення, закріплене у ст. 1241 ЦК України, що передбачає успадкування майна певними особами, незалежно від змісту заповіту. До таких осіб, з урахуванням принципу справедливості, ст. 1241 ЦК України відносить малолітніх, неповнолітніх, повнолітніх непрацездатних дітей спадкодавця, його непрацездатну вдову (вдівця) та непрацездатних батьків. При цьому зазначений законодавчий припис дає можливість не враховувати волю заповідача, закріплену в заповіті, без визнання заповіту (його частини) недійсними. Воля заповідача, що порушує зазначений законодавчий припис, визнається ним такою, що не має юридичного значення. Можна, на мою думку, стверджувати, що правила ч. 1

ст. 1241 ЦК України закріплюють і певний правовий компроміс, що забезпечує баланс інтересів заповідача та спадкоємців, які мають право на обов'язкову частку у спадщині. З одного боку, законодавець, керуючись принципом справедливості, захищає інтереси осіб, що мають право на обов'язкову частку у спадщині, незалежно від змісту заповіту, а з другого — встановлює її розмір, що, за загальним правилом, складає лише половину частки, яка належала б кожному з них у разі спадкування за законом. При цьому передбачається право суду зменшити встановлений розмір обов'язкової частки з урахуванням відносин між цими спадкоємцями та спадкодавцем, а також інших обставин, які мають істотне значення. Таким чином, межа свободи заповіту встановлюється у законодавчому припису, що базується на принципі справедливості, згідно з яким соціально незахищені особи, які мають право на обов'язкову частку у спадщині, успадковують її незалежно від змісту заповіту без необхідності визнання його недійсним. З урахуванням викладеного важко погодитись із думкою С. Керничної, яка вважає обмеженням свободи заповіту не тільки право на обов'язкову частку у спадщині, а й існуючу конструкцію спадкового договору та заборону складати заповіт через представника. Дійсно, відповідно до ч. 2 ст. 1307 ЦК України заповіт, який відчужувач склав щодо майна, вказаного у спадковому договорі, є нікчемним. Нікчемним згідно з ч. 1 ст. 1257 ЦК України є й заповіт, складений, зокрема, особою, яка не мала на це права. До таких осіб належать і представники заповідача (ч. 2 ст. 1234 ЦК України). Заповідальне розпорядження щодо визначення обсягу спадщини, що має спадкуватися за заповітом, передбачене ст. 1236 ЦК України, належить до розпоряджень, що складає зміст заповіту, і на нього поширюються вимоги, передбачені ч. 1 ст. 203 ЦК України. Саме тому порушення заповідачем вимог ч. 2 ст. 1307 ЦК є підставою для нікчемності заповіту. Заборона вчинення заповіту через представника — це спеціальна вимога, яка стосується особи заповідача, додержання якої є необхідним для чинності саме заповіту як правочину. Отже, заборона включати до заповіту майно, що є предметом спадкового договору, а так само вчинення заповіту через представника не є обмеженням свободи заповіту. Їх слід розглядати лише як вимоги, додержання яких є необхідним для чинності заповіту. Саме тому порушення цих вимог є підставою нікчемності заповіту. Важко погодитися і з позицією З. В. Ромовської, яка вважає, що межею свободи заповіту є не тільки право на обов'язкову частку у спадщині, а й несправедливість заповіту. При цьому головним аргументом для визнання

несправедливості заповіту межею свободи заповіту є те, що несправедливість є підставою позбавлення заповіту юридичної сили¹. Але ж ні загальні норми про недійсність правочину, закріплені у ст. 215 ЦК України, ні спеціальні норми про недійсність заповіту, передбачені у ст. 1257 ЦК України, не містять такої підстави недійсності правочину (заповіту), як їх несправедливість.

Розглядаючи питання про можливість у сфері спадкування за заповітом саморегулювання цивільних спадкових відносин, слід вказати на таке. Науковці, які досліджували новели спадкування за заповітом, що впливають із чинного ЦК України, взагалі не аналізували загальні норми права, закріплені у ч. 4 ст. 6 ЦК, що формально, беззастережно поширили правила про саморегулювання договірних цивільних відносин, на відносини, що виникають із усіх односторонніх правочинів, до яких належить і заповіт. Якщо поширити зазначені загальні норми права на такий односторонній правочин, як заповіт, то виходить, що заповідач може: вчиняти і такі види заповіту, які не передбачені актами цивільного законодавства, але відповідають загальним засадам цивільного законодавства; врегулювати у тих видах заповіту, які передбачені актами цивільного законодавства, ті відносини, що не врегульовані цими актами; відступати у заповіті від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд, крім випадків, коли у цих актах прямо вказано на неможливість такого відступу, а також у разі, якщо обов'язковість для заповідача положень актів цивільного законодавства випливає з їх змісту або із суті відносин. Утім це неможливо, оскільки на заповіт поширюються спеціальні норми права, що вміщені у главі 85 ЦК України. За правилами про співвідношення загальних та спеціальних правових норм, спеціальні норми права є винятком із загального правила і їх наявність унеможливорює застосування до відносин у сфері спадкування за заповітом загальних норм права, закріплених у частинах 1–3 ст. 6 ЦК України. Ось чому ч. 4 ст. 6 ЦК України, слід, на мою думку, викласти у такій редакції: «4. Положення частин першої, другої і третьої цієї статті застосовуються і до односторонніх правочинів, якщо інше не випливає із закону». З урахуванням усього викладеного у чинному ЦК України, на мою думку, необхідно текстуально закріпити принцип свободи заповіту, передбачивши у ньому спеціальну ст. 1234¹ такого змісту:

¹ Ромовська З. В. Українське цивільне право. Спадкове право : підручник / З. В. Ромовська. – К. : Алерта ; КНТ ; ЦУЛ, 2009. – С. 123.

«Стаття 1234¹. Свобода заповіту

1. Відповідно до статті 1234 цього Кодексу заповідач має право на свій розсуд заповідати майно будь-яким особам, будь-яким чином визначати обсяг спадщини, що має спадкуватися за заповітом, позбавляти права на спадкування будь-яку особу з числа спадкоємців за законом без зазначення причин такого позбавлення, а також включати до заповіту заповідальні розпорядження, передбачені цим Кодексом, скасовувати або змінювати вчинений заповіт.

2. Межею свободи заповіту є правила про обов'язкову частку у спадщині (стаття 1241)».

Саме такий спосіб текстуального закріплення у ЦК України принципу свободи заповіту здається найбільш раціональним.

Сибилёва С. Свобода завещания по действующему гражданскому законодательству Украины

В статье исследуются сущность, составные элементы, ограничение свободы завещания. Рассмотрен вопрос о возможности саморегулирования гражданских наследственных отношений, определен способ текстуального закрепления в ГК Украины принципа свободы завещания. Сформулированы предложения по дальнейшему усовершенствованию норм ГК Украины.

Ключевые слова: свобода завещания, сущность свободы завещания, составные элементы свободы завещания, ограничение свободы завещания.

Sibilova S. Freedom of the will under current civil law of Ukraine

In the article the essence, constituent elements, restrictions of freedom of the will have been investigated. The problem in connection with the possibility of the civil hereditary relations self-regulation has been considered, the method of the textual fixation in the Civil Code of Ukraine of the principle of freedom of the will has been determined. The proposals on the further improvement of the Civil Code norms have been formulated.

Keywords: freedom of the will, essence of freedom of the will, constituent elements of freedom of the will, restrictions of freedom of the will.

УДК 347.957

С. Яковлев, юрисконсульт 1 категорії, КСП «Харківміськліфт», пошукувач, Національний університет «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Сутність касаційного провадження та предметні повноваження суду касаційної інстанції

Аналіз чинного Цивільного процесуального кодексу України та Конституції України показує, що касаційне судочинство є самостійною контрольною стадією цивільного процесу з притаманними їй цілями, завданнями, суб'єктним складом та специфічними повноваженнями. Суд касаційної інстанції перевіряє законність актів, прийнятих судами в першій та апеляційній інстанціях. Така перевірка нерідко розглядається як єдина мета касаційного провадження, що, на наш погляд, є справедливим лише частково¹. Але у літературі неодноразово зазначалося, що мета касаційного судового контролю за здійснюваним у справі правозастосуванням не вичерпується однією перевіркою законності рішення, на яке подана скарга². До мети касаційного судочинства з історично сформованої правової традиції належить також встановлення єдиної практики тлумачення і застосування законодавства для нижчих судових інстанцій та для учасників цивільного обороту³.

¹ Див.: Гусаров К. В. Перегляд судових рішень в апеляційному та касаційному порядкух / К. В. Гусаров. – Х. : Право, 2010. – С. 77–83; Цивільний процес України / за ред. С. Я. Фурси. – К., 2009. – С. 745–747; Зейкан Я. П. Коментар цивільного процесуального кодексу України / Я. П. Зейкан. – К., 2007. – С. 448–449; Тертишников В. І. Захист суб'єктивних прав у загальних та адміністративних судах / В. І. Тертишников, О. В. Шутенко. – Х., 2007. – С. 84–86; Цивільний процесуальний кодекс України / за ред. С. С. Бичкової. – Х., 2008. – С. 640–642; Фурса С. Я. Адвокат у цивільному процесі / С. Я. Фурса, Є. І. Фурса. – К., 2008. – С. 190–191; Тертишников В. І. Захист суб'єктивних прав у загальних та адміністративних судах / В. І. Тертишников, О. В. Шутенко. – Х., 2007. – С. 84–86; та ін.

² Див.: Шевчук С. Європейська концепція «усталеної судової практики» та її вплив на правотворчу функцію Конституційного суду України / С. Шевчук // Вісн. Конституц. Суду України. – 2008. – № 2. – С. 94.

³ Див.: Судебные Уставы 20 ноября 1864 г. с изложениями рассуждений, на коих они основаны. – Ч. 1. – СПб., 1866. – С. 362; Кожемяко А. С. Кассационное производство в арбитражном суде: теория и практика / А. С. Кожемяко. – М., 2004. – С. 9–11; Лесницкая Л. Ф. Пересмотр решения суда в кассационном порядке / Л. Ф. Лесницкая. – М., 1974. – С. 56.

Виходячи з таких міркувань, порушення норм матеріального та процесуального права проблематично розглядати як самостійні підстави для скасування або зміни судових рішень у касаційному порядку. Неправильне застосування судами права за ідеєю може бути підставою для скасування або зміни судових рішень тільки в контексті порушення однаковості, тобто єдності судової практики, а тому порушення єдності судової практики має лежати в основі касаційного перегляду і касаційного провадження як самостійної процедури цивільного судочинства. Такий підхід є більш прогресивним і відповідає цілям касаційного провадження у трьохінстанційній судовій системі¹.

Слід відмітити, що в українському законодавстві відповідно до організації судової влади і цивільного судочинства закріплено принцип трьохінстанційності. Він полягає у тому, що цивільний процес розподіляється на провадження з розгляду справ трьома судовими інстанціями. При класичній трьохінстанційності система інстанційних проваджень будується на тому засадничому положенні, що розгляд справи по суті має провадитися двома інстанціями. Цими інстанціями вирішуються як питання факту, так і питання права, а третя інстанція є контрольною (ревізія або касація, рідше нагляд). Трьохінстанційність має забезпечити ефективність цивільного судочинства та остаточність судових рішень, їх обов'язковість через механізм та процедури їх перегляду. Незважаючи на наявність ревізії або касації, інстанційно ревізійний та касаційний перегляд здійснюється третьою інстанцією. При інстанційній системі судочинства розгляд справи судами першої та другої інстанцій спрямований на розгляд справи по суті, усунення можливих помилок при розгляді справи судом першої інстанції, а також забезпечення остаточності судових рішень відповідно до принципу правової визначеності. Суд касаційної інстанції здійснює розгляд справ тільки в особливих випадках, спрямованих на забезпечення прав і свобод людини та єдності судової практики. Трьохінстанційність судової системи та судових процедур у такому розумінні є ефективною та відбиває роль і функції суду касаційної інстанції як найвищого судового органу в судовій системі та єдність судової системи в цілому².

Таким чином, виходячи з наведеного, сутність інституту оскарження судових рішень у касаційному порядку має полягати в перевірці

¹ Проблеми теорії та практики цивільного судочинства / за ред. В. В. Комарова. – Х., 2008. – С. 592–609.

² Там само.

законності судових рішень, винесених нижчестоящими судами, і в гарантуванні сторонам захисту їх прав та законних інтересів, та факультативно — створення єдності судової практики. Особливим цей інститут є й тому, що касаційній інстанції не надане право встановлювати нові фактичні обставини, а отже, ця інстанція не наділена процесуальним інструментарієм, за допомогою якого встановлюються фактичні обставини цивільної справи — допит свідків, проведення експертиз, процесуальне реагування на зміну позовних вимог тощо. Не будучи обов'язковою стадією по конкретній справі, стадія касаційного провадження виконує важливу функцію гарантії законності прийнятих у суді першої й апеляційної інстанції рішень, ухвал та постанов. Сам факт потенційної можливості перегляду прийнятих судових актів має превентивний характер, що стабілізує судовий процес у судах першої й апеляційної інстанції.

Судова практика багата прикладами порушення нижчестоящими судами норм матеріального та процесуального права. Так, суд касаційної інстанції скасував рішення Апеляційного суду Вінницької області і вказав у рішенні таке: «Апеляційний суд, скасовуючи рішення районного суду і відмовляючи в позові районному прокурору, виходив із того, що наведені у справі докази не дають підстав для позбавлення відповідачки батьківських прав на підставі п. 2 ч. 1 ст. 164 Сімейного кодексу України, оскільки в поведінці А. немає вини. Утім згідно з пп. 2, 6 ч. 1 ст. 164 Сімейного кодексу України мати, батько можуть бути позбавлені судом батьківських прав, якщо вони ухиляються від виконання своїх обов'язків по вихованню дітей або засуджені за вчинення умисного злочину щодо дитини. Але апеляційний суд не врахував, що наявність однієї з таких обставин є самостійною підставою для позбавлення особи батьківських прав, при посиленні прокурора на вирок суду щодо відповідачки не перевірів і не уточнив підстав, з яких він просив задовольнити позов, оскільки прокурор посилався лише на п. 2 ч. 1 ст. 164 Сімейного кодексу України»¹.

У зв'язку з вивченням сутності касації, у контексті ст. 129 Конституції України та ст. 6 Європейської конвенції про захист прав людини та основоположних свобод та практики Європейського суду з прав людини перш за все необхідно враховувати те, що слід чітко відмежовувати зміст законності та верховенства права. Верховенство права необхідно розглядати як поєднання низки критеріїв (вимог), які хоча і розрізняються за своєю формою нормативно-правового опосередку-

¹ http://sc.gov.ua/ua/spravi_povjazani_iz_zahistom_prav_ditej.html

вання у національному законодавстві, але покликані забезпечувати примат прав і свобод, законних інтересів людини і громадянина у суспільстві, у т. ч. у взаємовідносинах з органами публічної влади усіх рівнів, забезпечення рівності усіх суб'єктів права перед законом, верховенства закону в системі актів законодавства країни, передбачуваність законів та дій органів державної влади тощо.

Законність визначається як відповідність Конституції загальним принципам права, законам та підзаконним актам, звичаєвим або договірним нормам міжнародного права, що є частиною національного законодавства, судовим рішенням, що відповідно до національного законодавства мають юридичну силу, відповідним адміністративним актам, якщо вони можуть застосовуватися судом. Законність судових актів, прийнятих судами, являє собою співвідношення між положеннями (мотивуванням і висновками) процесуального акта по застосуванню юридичних норм і даними нормами. В. В. Комаров вважає, що перевірити законність судового рішення — значить перевірити правильність рішення у правовому відношенні, тобто з'ясувати, чи винесено воно з дотриманням норм процесуального і матеріального права¹. На наш погляд, у ході перевірки судових актів вони співвідносяться з нормами, встановленими законом. У тому випадку, якщо суд касаційної інстанції встановлює їх невідповідність, це є підставою для застосування норм, що мають характер процесуальних санкцій — рішення або скасовується, або змінюється.

Виходячи з підстав для скасування, касаційна інстанція є особливою і за своїми повноваженнями, які можна в цілому охарактеризувати як контрольні. Відповідно до ст. 335 ЦПК України об'єкт касаційного оскарження, тобто рішення (постанова), що набрало законної сили, перевіряється в контексті доводів осіб, що беруть участь у справі, на предмет відповідності нормам матеріального і процесуального права. При цьому касаційна інстанція не може самостійно встановлювати фактичні обставини або усувати недоліки в обґрунтуванні перевіреного рішення. Як справедливо пише Л. Ф. Лесницька, саме такого роду обмеження в принципі відрізняють судовий контроль від повторного розгляду спору по суті².

¹ Гражданский процесс / под ред. В. В. Комарова. – Харьков, 2001. – С. 483, 484.

² Див.: Судебные Уставы 20 ноября 1864 г. с изложениями рассуждений, на коих они основаны. – Ч. 1. – СПб., 1866. – С. 362; Кожемяко А. С. Кассационное производство в арбитражном суде: теория и практика / А. С. Кожемяко. – М., 2004. – С. 9–11; Лесницкая Л. Ф. Пересмотр решения суда в кассационном порядке / Л. Ф. Лесницкая. – М., 1974. – С. 56.

Цивільне процесуальне законодавство розподіляє повноваження суду касаційної інстанції в цивільному процесі на два види: предметні й функціональні. Такий розподіл є не випадковим. Якщо ми уважно подивимося на їх правову природу, то необхідно буде визнати, що вона не тільки істотно відрізняється у цих двох видів повноважень суду касаційної інстанції в цивільному процесі, а й має настільки самостійний характер, що єдиним терміном «повноваження суду касаційної інстанції в цивільному судочинстві» охоплюються, по суті, абсолютно різні за своєю правовою природою повноваження касаційного суду в цивільному процесі.

Чинне законодавство виділяє предметні повноваження суду касаційної інстанції в цивільному процесі як один з елементів цивільної процесуальної правосуб'єктності суду касаційної інстанції. Предметні повноваження суду касаційної інстанції пов'язані із сутністю й об'єктом касаційного перегляду. Це відрізняє касацію від однойменних повноважень судів першої й апеляційної інстанції. Предметні повноваження суду касаційної інстанції — це сукупність прав касаційного суду на здійснення встановлених законом процесуальних дій щодо рішень, які набрали законної сили, що перевіряються за касаційною скаргою. У цьому визначенні концептуально закладена ідея про те, що застосування процесуально-правових наслідків щодо рішень і ухвал суду першої та апеляційної інстанцій здійснюється судом касаційної інстанції шляхом перевірки їх законності¹.

Предметні повноваження суду касаційної інстанції являють собою нерозривну єдність певних прав та обов'язків. Вони визначають

¹ Див., наприклад: Кройтор В. А. Гражданский процесс / В. А. Кройтор. – Харьков, 2003. – С. 240, 241; Гражданский процесс Украины / под ред. Ю. С. Червоного. – Харьков, 2003. – С. 229–233; Бойко В. Ф. Право людини на правосуддя (Судове право України) / В. Ф. Бойко, В. О. Євдокимов, О. Х. Юлдашев. – К., 2003. – С. 144; Молдован В. В. Судоустрій: Україна, Велика Британія, Російська Федерація, США, ФРН, Франція. Судові органи ООН / В. В. Молдован. – К., 2003. – С. 152–155; Цивільний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар / за ред. В. І. Тертишнікова. – Х., 2003. – С. 381, 382; Потапенко В. Летний рывок-2002. Новый Закон «О судоустройстве Украины» вызывает ряд замечаний / В. Потапенко // Юрид. практика. – 2002. – № 13. – С. 1, 3; Тертишніков В. І. Що впливатиме на якість цивільного судочинства? / В. І. Тертишніков // Юрид. газ. – 2003. – № 1. – С. 11; Шевчук П. І. Про підсумки діяльності Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України по здійсненню правосуддя у 2002 р. / П. І. Шевчук // Вісн. Верхов. Суду України. – 2003. – № 1. – С. 33, 34; Макаров В. Зміни потребують уточнень / В. Макаров // Юрид. вісн. України. – 2002. – № 6. – С. 5 та ін.

юридичне становище суддів, їх взаємини з усіма іншими учасниками процесу, а їх здійснення має своїм безпосереднім результатом рух справи — виникнення, розвиток і завершення касаційного провадження. О. Ф. Козлов зазначає, що повноваження суду, який переглядає рішення, що набрало законної сили, перш за все подаються як суб'єктивні права і обов'язки виконувати покладені на нього функції. Кожне право є одночасно і обов'язком, і навпаки, обов'язок даного суду є в той же час і його правом. Разом узяті вони утворюють повноваження¹. На думку П. М. Тимченка, під повноваженнями суду касаційної інстанції прийнято розуміти сукупність наданих йому процесуальних прав відносно оскаржуваного судового акта, які можуть бути реалізовані у вигляді реагування у певній формі, і якими суд визначає подальше процесуальне становище². Як відзначає К. В. Гусаров, предметні повноваження суду касаційної інстанції пов'язані з об'єктом перегляду, яким є судові акти першої та апеляційної інстанції, що набрали законної сили³. О. Ю. Кожем'якін наголошує, що повноваження суду, який розглядає судові акти, що набрали законної сили, визначаються як комплекс правомочностей і обов'язків, а не лише як його права⁴.

Предметні повноваження суду касаційної інстанції доцільно, на нашу думку, класифікувати на такі групи: по перевірці рішень судів першої та апеляційної інстанції, винесених по суті справи; по перевірці ухвал нижчестоящих судів. Існує чітко встановлений перелік предметних повноважень, поміщений у ст. 336 ЦПК України. Так, за наслідками розгляду касаційної скарги на рішення суду касаційної інстанції має право: 1) постановити ухвалу про відхилення касаційної скарги і залишення рішення без змін; 2) постановити ухвалу про повне або часткове скасування рішення і передати справу на новий розгляд до суду першої або апеляційної інстанції; 3) постановити ухвалу про скасування рішення апеляційного суду і залишити в силі

¹ Козлов А. Ф. Суд первой инстанции как субъект советского процессуального права / А. Ф. Козлов. – Томск, 1983. – С. 43.

² Тимченко П. Научно-правовое исследование проблемы обжалования судебных решений в гражданском процессе: история и современность / П. Тимченко. – Полтава, 2002. – С. 311.

³ Гусаров К. В. Проблемы гражданской процессуальной правосубъектности : дис. ... канд. юрид. наук / К. В. Гусаров. – Харьков, 2000. – С. 110.

⁴ Кожемякин А. Ю. О правовой природе полномочий суда, рассматривающего гражданское дело в порядке надзора / А. Ю. Кожемякин // Проблемы соц. законности. – 1985. – № 16. – С. 136, 137.

судове рішення суду першої інстанції, що було помилково скасоване апеляційним судом; 4) постановити ухвалу про скасування судових рішень і закрити провадження в справі або залишити заяву без розгляду; 5) скасувати судові рішення і ухвалити нове рішення або змінити рішення, не передаючи справи на новий розгляд. За наслідками розгляду касаційної скарги на ухвалу суд касаційної інстанції має право: 1) постановити ухвалу про відхилення касаційної скарги і залишення ухвали без змін; 2) скасувати ухвалу, що перешкоджає подальшому провадженню у справі, і направити справу для продовження розгляду до суду першої або апеляційної інстанції; 3) змінити або скасувати ухвалу і вирішити питання по суті; 4) скасувати ухвалу і залишити в силі ухвалу, що була помилково скасована апеляційним судом.

Предметні повноваження, спрямовані на перевірку рішень судів першої й апеляційної інстанції, орієнтовані на права касаційної інстанції з ухвалення судових актів, у яких дається оцінка законності рішень нижчестоящих судів, тобто, так би мовити, суд касаційної інстанції судить «не справу, а рішення». На думку В. М. Шерстюка, об'єктний склад, зміст і передумови здійснення визначають самостійний характер предметних повноважень касаційного суду, пов'язаних із перевіркою рішень нижчестоящих судів¹. Судові рішення — головні акти правосуддя, ними закінчується вирішення спорів по суті. Їх значущість і визначила якісну характеристику повноважень суду касаційної інстанції на їх перевірку. Вони набувають властивостей основних тому, що ставлять під контроль постанови, що виносяться по суті цивільних справ. Також слід зазначити, що в цивільному судочинстві має залишатися непорушним положення, відповідно до якого одні суди розглядають і вирішують справи по суті, інші — суди апеляційної інстанції, за необхідності, перевіряють правильність їхніх рішень до набуття законної сили, а треті — суд касаційної інстанції, здійснює перевірку законності судових рішень, що набрали законної сили. Аналіз цього положення свідчить, що предметні повноваження суду касаційної інстанції, спрямовані на перевірку рішень нижчестоящих судових інстанцій, є тим правовим інструментом, який може відновити порушені права або захистити законні інтереси.

¹ Шерстюк В. М. Производство в арбитражном суде кассационной инстанции / В. М. Шерстюк // Вестн. Высш. Арбитр. Суда Рос. Федерации. – 1995. – № 12. – С. 80.

Попри важливість контрольної функції суду касаційної інстанції за законністю рішень, що виносяться нижчестоящими судами, істотне значення має те положення, що предметні повноваження касаційної інстанції обмежені ініціативою осіб, які беруть участь у справі, та осіб, що не брали участі у справі, але суд розв'язав питання про їхні права і обов'язки. Приводом до здійснення повноважень може бути тільки подача касаційної скарги вищевказаними особами. За власною ініціативою суду касаційної інстанції жодне рішення не перевіряється, навіть якби стало відомо про його неправильність зі сторонніх джерел — повідомлень у пресі, на телебаченні, в Інтернеті. Це положення закону в літературі, як правило, пояснюється диспозитивним началом цивільного процесуального права.

Повноваження суду касаційної інстанції, що полягають у перевірці законності ухвал нижчестоящих судів, обґрунтовуються тим, що вони є допоміжними щодо повноважень на перевірку рішень по суті справи. Проте вони мають істотне значення, тому що мають прямий вплив на законність вирішення цивільних справ. Судові ухвали виконують організаційну функцію. Вони конче необхідні, тому що без них немисливо взагалі належне відправлення правосуддя. Звідси вищевказані повноваження виявляються досить важливими¹. На нашу думку, хоча перевірка законності рішень (відповідності його нормам матеріального та процесуального права) є найважливішою складовою мети касаційної діяльності, вона, як уже відзначено, далеко не єдина. З метою касаційного провадження нерозривно пов'язана і перевірка законності ухвал нижчестоящих судів, хоча зазначена функція є «службовою» щодо перевірки законності рішень.

При розгляді й вирішенні цивільних справ судами першої і другої інстанції виносяться безліч ухвал з різних підстав і пов'язаних із різними процесуальними діями. Ухвали судів першої й апеляційної інстанції можна розділити на такі групи: ті, що не підлягають перевірці касаційним судом; ті, що підлягають оскарженню в касаційній судовій інстанції окремо від рішень у справі; здатні бути перевірені лише разом із судовими рішеннями. Чим же викликається така градація, що конкретна група ухвал може бути перевірена касаційною інстанцією окремо від судових рішень, а заперечення проти інших можуть бути включені в касаційну скаргу? Специфіка предметних повноважень суду касаційної інстанції на

¹ Масликов И. С. Как выиграть дело в суде без адвоката / И. С. Масликов. – Ростов н/Д, 2000. – С. 83.

перевірку законності ухвал нижчестоящих судових органів за їх груповою належністю перебуває в прямій залежності від того, як у законі вирішене питання про право їхнього оскарження. Вирішення питання про те, які ухвали можуть бути оскаржені окремо від постанов по суті справи, а які — тільки разом з ним, поставлено в залежність від їхнього змісту, характеру, значення для вирішення спору по суті, впливу на подальший розвиток процесу, винесення правосудного рішення і наступне його виконання.

На підставі викладеного можна зробити висновки, що в предметних повноваженнях суду касаційної інстанції безпосередньо втілюється його компетенція стосовно судових постанов, що перевіряються. За обсягом предметні повноваження касаційного суду є ширшими за повноваження апеляційної інстанції, оскільки в апеляційному порядку розглядаються лише апеляційні скарги або апеляційні подання прокурора на судові акти, винесені судами першої інстанції, а в порядку касації — незаконні постанови судових органів першої й апеляційної інстанції. Видається, що предметні повноваження суду касаційної інстанції як елемент інституту касації, є діючим засобом поновлення законності в цивільному судочинстві, важливою правовою гарантією, що забезпечує реальне здійснення конституційного права громадян на судовий захист цивільних прав і охоронюваних законом інтересів.

Система повноважень суду касаційної інстанції має проблемний характер, оскільки пов'язана з ефективністю касації, і обмеженням об'єктів перегляду — певними фільтрами допуску до касації. Вивчаючи досвід європейських правових інституцій, практику Європейського суду з прав людини, абсолютно нагальною є потреба в удосконаленні існуючої моделі касації. Слід обговорити та вирішити питання щодо застосування певних обмежень (фільтрів) допустимості апеляції і касації окремих судових рішень, які підвищать спроможність та ефективність діяльності апеляційних та касаційних судів. Забезпечене Конституцією України право на судовий захист та Європейською конвенцією про захист прав людини та основоположних свобод, — право на справедливий суд не порушуються певними обмеженнями (фільтрами) апеляції та касації, оскільки заінтересованій особі надавалося право бути заслуханим у суді першої інстанції. І тому лише завдяки повноваженням та правосудним функціям суду касаційної інстанції має досягатись як законність у діяльності судів, так і її вплив на правопорядок у цілому.

Яковлев С. Сущность кассационного производства и предметные полномочия суда кассационной инстанции

Исследовано кассационное производство как элемент права на доступное судебное разбирательство. Делается вывод, что предметные полномочия суда кассационной инстанции, — это совокупность прав кассационного суда на осуществление установленных законом процессуальных действий относительно вступивших в законную силу решений, которые проверяются по кассационной жалобе.

Ключевые слова: пересмотр судебных решений, кассация, кассационное производство.

Yakovlev S. Essence of Cassation and the substantive powers of the court of cassation

Researched the cassation as element of the right to a trial available. It is concluded that the substantive powers of the court of cassation, — a set of rights the Court of Cassation on the implementation of the statutory proceedings entered into with respect to force judgment that are tested on cassation.

Keywords: revision of judgment, cassation, cassation proceedings.

ПРОБЛЕМИ ГОСПОДАРСЬКОГО ПРАВА

УДК 346:339.138.001.76

В. Мілаш, доктор юридичних наук, доцент кафедри господарського права Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

До питання про правову характеристику маркетингових послуг в інноваційній сфері

Одним із ключових факторів економічного зростання кожної країни є розвиток сфери послуг¹, у тому числі за рахунок посилення «інтелектуальної (інноваційної) компоненти».

Різним аспектам інноваційної проблематики присвячено наукові праці Ю. Є. Атаманової, І. А. Безклубого, О. М. Давидюка, В. В. Єгорова, І. О. Зеніна, Л. В. Зубарева, О. М. Мельника, О. П. Орлюк, Є. В. Петрова, О. А. Степанова та ін. Утім питання правової природи та специфіки послуг в інноваційній сфері не отримали достатньої уваги.

Законодавче регулювання тих чи інших видів послуг спрямовано на створення найбільш оптимальних правових режимів їх надання, з урахуванням їх правової природи, внутрішнього змісту та особливостей. Однією з таких особливостей, що здійснює *безпосередній вплив на формування правових режимів надання відповідних видів послуг, є наявність «інноваційної компоненти»*.

Чинне законодавство у сфері інноваційної діяльності не надає безпосереднього визначення *інноваційним послугам*, утім охоплює їх змістом більш широкої категорії «інноваційна продукція». Так, за ст. 1

¹ На теоретичному рівні існує ряд альтернативних дефініцій сфери послуг, що розглядають її з різних позицій: 1) як сектор економіки зі специфічними суб'єктними відносинами і зв'язками в обміні; 2) як широкий спектр видів господарської діяльності, спрямований на задоволення особистих потреб населення і потреб виробництва, а також потреб суспільства в цілому незалежно від того, надаються послуги приватним особам чи організаціям; 3) як сукупність галузей, підгалузей і видів діяльності, функціональне призначення яких у системі суспільного виробництва виявляється у виробництві і реалізації послуг і духовних благ для населення тощо.

Закону України «Про інноваційну діяльність»¹, інноваційною продукцією є нові конкурентоздатні товари чи *послуги*, що відповідають вимогам, встановленим цим Законом. Виходячи зі змісту законодавчо установлених вимог, *інноваційною є наукомістка «послуга-новинка»², процес надання якої безпосередньо пов'язаний із застосуванням (а в окремих випадках із тиражуванням) інноваційного продукту, у складі якого обов'язково представлений об'єкт (об'єкти) права інтелектуальної власності, який (які) впроваджується в діяльність, що становить зміст означеної послуги.* «Інноваційна компонента» таких послуг, як правило, припадає на спосіб їх надання.

Від вищезначених послуг слід відрізнити послуги, «інноваційна компонента» яких об'єктивується у їхній спрямованості на створення (передачу) інноваційної розробки та/або інноваційного продукту. Такими є технічні та інжинірингові послуги, договори про надання яких віднесено законодавством до правових форм трансферу технологій (Закон України «Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій»³). Про спеціальний правовий режим послуг, що надаються за означеними договорами, свідчить як законодавчо передбачений перелік їх істотних умов, так і наявність відповідних обмежень щодо їх укладення тощо.

Разом з тим ціла низка послуг хоча й «перебуває» поза межами інноваційного процесу, утім відіграє важливе значення в обслуговуванні потреб інноваційної сфери. Статус «допоміжних» в інноваційній сфері мають агентські послуги, послуги зі страхування інноваційних ризиків, послуги з надання оцінки майнових прав на інноваційні продукти тощо. Стаття 1 Закону України «Про інноваційну діяльність»⁴, визначаючи суб'єктів інноваційної інфраструктури, акцентує увагу на наданні ними *послуг із забезпечення інноваційної*

¹ Про інноваційну діяльність : Закон України від 4 липня 2002 р. № 40-IV // Відом. Верхов. Ради України. – 2002. – № 36. – Ст. 266.

² На сторінках наукової періодики поняття «послуга-новинка» використовується для позначення а) абсолютно нової послуги; б) послуги, що вже має досвід реалізації на конкретному ринку, однак представлена на ньому з певними якісними удосконаленнями; в) послуги, що має досвід реалізації на конкретному ринку, однак впроваджується в нову ринкову сферу.

³ Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій : Закон України від 14 вересня 2006 р. № 143-V // Відом. Верхов. Ради України. – 2006. – № 45. – Ст. 434.

⁴ Про інноваційну діяльність : Закон України від 4 липня 2002 р. № 40-IV // Відом. Верхов. Ради України. – 2002. – № 36. – Ст. 266.

діяльності, серед яких називає фінансові, консалтингові, маркетингові, інформаційно-комунікативні, юридичні, освітні послуги тощо (курсив авт. — В. М.).

Особливе значення для визначення інноваційної стратегії та розробки інновацій, оптимізації процесів їх комерціалізації та масового виробництва інноваційної продукції мають маркетингові дослідження. На доктринальному рівні існує безліч визначень маркетингу, який розглядають як: 1) процес підготовки продукту (продуктів) до ринкового обміну таким чином, щоб добитися його максимально можливого збуту; 2) діяльність, сукупність інститутів і процесів, що забезпечують створення, інформування, доставку й обмін пропозицій, що мають цінність для споживачів, клієнтів, партнерів і суспільства в цілому; 3) систему планування виробництва, ціноутворення, товарів і послуг для задоволення потреб окремих осіб і організацій; 4) систему керування виробничо-збутовою діяльністю підприємства, засновану на постійному комплексному аналізі ринку, тощо.

Посилання на «маркетингові дослідження» можна зустріти в цілій низці нормативно-правових актів¹, де законодавець здебільшого виходить із їх синонімічності з поняттям «маркетингових послуг». Утім сам договір на проведення маркетингових досліджень залишається неврегульованим у чинному законодавстві, що актуалізує питання його правової природи. У доктрині існує точка зору на кваліфікацію договору на проведення маркетингових досліджень як договору на виконання робіт. Основним аргументом цієї точки зору є наявність матеріального результату у вигляді звіту про проведені дослідження, який є від'ємним від особистості виконавця маркетингових досліджень та спроможним до подальшого втягнення у майновий оборот². За іншою

¹ Найширше тлумачення маркетингових послуг містить ст. 14.1.108 Податкового кодексу України, відповідно до якої маркетинговими є послуги, що забезпечують функціонування діяльності платника податків у сфері вивчення ринку, стимулювання збуту продукції (робіт, послуг), політики цін, організації та управління руху продукції (робіт, послуг) до споживача та післяпродажного обслуговування споживача в межах господарської діяльності такого платника податків. До маркетингових Податковий кодекс відносить також послуги з розміщення продукції платника податку в місцях продажу, послуги з вивчення, дослідження та аналізу споживчого попиту, внесення продукції (робіт, послуг) платника податку до інформаційних баз продажу, послуги зі збору та розповсюдження інформації про продукцію (роботи, послуги).

² Федосенко Н. К вопросу о предмете договора о предоставлении маркетинговых услуг / Н. Федосенко // Підприємство, госп-во і право. – 2004. – № 11. – С. 37–39.

точкою зору, проведення маркетингових досліджень опосередковує договір про надання маркетингових послуг, предметом якого є сама діяльність виконавця та її результат (маркетингова інформація у формі звіту про проведені дослідження). Прихильники цієї точки зору акцентують увагу на неспроможності матеріального носія маркетингової інформації до самостійного набуття споживчої вартості. Останню мають маркетингові послуги як різновид інформаційних послуг¹, матеріальний носій результатів проведення яких не змінює їх економічної сутності².

У контексті цього питання слід звернути увагу на відсутність у правовій науці єдиного розуміння змісту інформаційної послуги. Так, одні автори вбачають зміст інформаційних послуг у діях щодо передачі інформації, корисним результатом яких є своєчасна, повна та точна поінформованість замовника про значущі для нього об'єкти або процеси оточуючої дійсності тощо. Інші науковці вважають, що зміст інформаційної послуги є ширшим за вчинення дій щодо передачі інформації, які є тільки завершальним етапом інформаційної послуги, якому передують етапи збору, систематизації та/або аналізу відповідної інформації³.

З економічної точки зору послуга є благом, яке становить діалектичну єдність діяльності та її результату, що на відміну від результатів робіт, як правило, є невідчутними у матеріальному сенсі (має вияв у встановленні, збереженні активів замовника послуг, відтворенні або покращенні його економічного стану, рівня конкурентоспроможності на певному ринковому сегменті тощо). Послуги можуть бути поєднані зі створенням матеріальної компоненти, яка, на відміну від результатів робіт, не становить самостійну цінність, а є тільки складовою частиною послуги.

У більшості випадків результат послуг повністю «розщеплюється» у здійснених належним чином діях виконавця послуги. Інакше кажучи, ефект корисності притаманний послугі як дії (комплексу дій) на етапі

¹ Відповідно до ст. 41 Закону України «Про інформацію» від 2 жовтня 1992 р. інформаційною послугою є здійснення у визначеній законом формі інформаційної діяльності по доведенню інформаційної продукції до споживачів із метою задоволення їх інформаційних потреб.

² Федосенко Н. Маркетинговые исследования как элемент договора по предоставлению услуг / Н. Федосенко // Підприємництво, госп-во і право. – 2004. – № 12. – С. 28–31.

³ Санникова Л. В. Услуги в гражданском праве России : монография / Л. В. Санникова. – М. : Волтерс Клувер, 2006. – С. 100–105.

її надання трансформується в корисний для сторони результат. У такому разі об'єктом договору на надання послуг є послуга як діалектична єдність дій виконавця та їх корисного результату, який є абсолютно невід'ємним від самої послуги. Якщо ж досягнення такого результату залежить не тільки від належного виконання послуги, а опосередковується цілою низкою обставин, незалежних від дій її виконавця, об'єктом договору на надання послуг є послуга як дія, що тільки сприяє досягненню потрібного замовнику результату, що перебуває за межами самої послуги. *Видоутворювальною ознакою інформаційних послуг є сама інформація, яка одночасно є і об'єктом впливу виконавця послуг, дії якого спрямовані на зміну її стану (збір, систематизація, аналіз інформації тощо), і кінцевим результатом, який отримує матеріальне втілення у планах, звітах та пропозиціях тощо. Означений результат володіє спеціальною споживчою вартістю, яку він втрачає протягом короткого часу після надання інформаційної послуги (він може зазнавати швидкого морального старіння), що свідчить про його відносну невід'ємність від самої послуги.* При цьому якість інформаційного продукту як результату надання інформаційної послуги об'єктивується не тільки в його актуальності, а й перебуває у прямій залежності від сумлінного виконання замовником усіх вимог, що становлять зміст його обов'язків щодо надання інформаційної послуги.

Висновки про неоднорідність послуги як об'єкта/предмета договору про їх надання, беруть під сумнів універсальність єдиної законодавчо закріпленої моделі договору про надання послуг. Так, згідно зі ст. 901 ЦК України, за договором про надання послуг одна сторона (виконавець) зобов'язується за завданням другої (замовника) надати послугу, яка споживається у процесі вчинення певної дії або здійснення певної діяльності, а замовник зобов'язується оплатити виконавцеві зазначену послугу, якщо інше не встановлено договором¹. Утім, за умов існуючої різноманітності послуг нормативне закріплення єдиної моделі договору про надання послуг не може бути вдалим з точки зору її практичного застосування. Так, загальна формула предмета договору²

¹ Цивільний кодекс України : затверджений Законом України від 16 січня 2003 р. № 435-IV // Відом. Верхов. Ради України. – 2003. – № 40–44. – Ст. 356.

² У частині 4 ст. 180 ГК України набули розвитку положення про предмет договору як про об'єкт права, щодо якого сторони вступають у договірні відносини. ГК України на надає самого визначення предмета господарського договору (його загальної формули), а узагальнюючою назвою «умови про предмет договору» охоплює найменування (номенклатуру, асортимент) та кількість продукції (робіт, послуг), а також вимоги до її якості.

про надання маркетингових послуг як різновиду інформаційних утворюється з дій щодо збору, обробки, систематизації та/або аналізу «вихідної» (первинної) інформації та дій щодо передачі замовнику «похідної» (вторинної) маркетингової інформації. Останній не є об'єктом права інтелектуальної власності, відповідно їй у межах означеної договірної конструкції доцільно надати режим обмеженого доступу та встановити відповідні способи захисту.

Маркетингові послуги не приводять до створення (передачі) інноваційних розробок та/або проектів, відповідно їх надання в інноваційній сфері має здійснюватися в межах інших правових режимів, ніж послуг, спрямованих на створення та/або трансфер технологій.

Надання маркетингових послуг може як передувати появі нової інноваційної продукції, так і здійснюватися вже в процесі її промислового виробництва. На етапі інноваційної розробки та/або інноваційного проекту маркетингові дослідження спрямовані на: забезпечення замовника інформацією (даними) про національні та/або світові ринки відповідної продукції, тенденції щодо змін, потенційну місткість та питому вагу на цих ринках інших господарюючих суб'єктів та напрями їх інноваційної діяльності; потреби потенційних споживачів; аналіз інноваційного потенціалу замовника маркетингових послуг та розробку аналітичної моделі його інноваційного розвитку; формулювання перспективних вимог та технічних показників запланованої до випуску до інноваційної продукції тощо. На етапі промислового виробництва інноваційної продукції маркетингові дослідження спрямовані на забезпечення замовника інформацією (даними) про: готовність ринку до сприйняття його інноваційної продукції, відповідність якісних параметрів такої продукції вимогам відповідного ринкового сегмента, головні переваги цієї продукції над товарами потенційних конкурентів; можливості реалізації інноваційних продуктів на закордонних ринках, а також про стратегію проникнення інноваційної продукції на ринок та конкретні форми її реалізації з метою максимізації прибутку й обсягу продажів інноваційної продукції.

Специфіка маркетингових досліджень в інноваційній сфері має прояв у відмінності підходів до створення та збуту її об'єктів порівняно з традиційними товарами. Маркетингові дослідження в інноваційній сфері передбачають глибоке вивчення ринку інноваційної

продукції, засноване на патентних дослідженнях¹ (які можуть здійснюватися в межах інших договорів, а можуть бути частиною маркетингових досліджень)². Залежно від виду маркетингових досліджень різними є змістові компоненти «маркетингової інформації» як складової маркетингових послуг в інноваційній сфері. Так, описовий маркетинг пов'язаний із дослідженням певного ринкового сегменту, зокрема діючих та потенційних конкурентів; динаміки цін на певний товар за відповідний проміжок часу; ступеня розвитку ринкової інфраструктури та рівня попиту на відповідну продукцію тощо та супроводжується підготовкою маркетингової інформації щодо визначення перспектив масового виробництва певної інноваційної продукції, доцільності проведення рекламних кампаній відносно неї тощо. Натомість діагностичний маркетинг передбачає не тільки збір необхідної інформації, а й отримання від маркетолога деяких рекомендацій щодо вирішення низки проблем, насамперед пов'язаних із низьким рівнем «інноваційної компоненти» в господарській діяльності замовника маркетингових послуг тощо.

Практика проведення маркетингових досліджень свідчить про доцільність розробки детальної програми їх проведення як обов'язкового додатку до договору із визначенням: виду маркетингових досліджень та поетапною розбивкою завдань; об'єктів маркетингових досліджень (якими може бути інформація про галузь економіки, певний ринок, певний товар чи товарну групу, споживачів, конкурентів тощо) та можливих інформаційних джерел; вимог до оформлення їх результатів тощо. Крім того, прозорість у вирішенні питання про якість маркетингових послуг забезпечить дотримання основних принципів проведення маркетингових досліджень, розроблених МТП та Європейським товариством з вивчення громадської думки та маркетингу, що стали основою *Міжнародного кодексу з практики маркетингових та соціальних досліджень*, що містить уніфіковані вимоги (стандарти) та правила проведення маркетингових досліджень.

¹ Патентними дослідженнями є діяльність, пов'язана з визначенням технічного рівня та тенденцій розвитку об'єктів інноваційної діяльності, їх патентоспроможності, патентної чистоти, конкурентоспроможності на основі патентної та іншої інформації.

² Див.: Мухопад В. И. Коммерциализация интеллектуальной собственности / В. И. Мухопад. – М. : Магистр: ИНФРА-М, 2010. – С. 226, 234.

Милаш В. К вопросу о правовой характеристике маркетинговых услуг в инновационной сфере

В статье осуществлена правовая характеристика маркетинговых услуг, определена их специфика в инновационной сфере, выделены дискуссионные вопросы правовой природы договора на проведение маркетинговых исследований.

Ключевые слова: маркетинговые исследования, маркетинговые услуги, маркетинговая информация, инновационная сфера, инновационные услуги, договор на проведение маркетинговых исследований.

Milash V. On the question of legislative characteristics of marketing services in the innovation sector

The article contains legislative characteristics of the marketing services, defines their peculiarities in the innovation sector, highlights disputable issues of the legislative nature of the marketing research agreement.

Keywords: marketing research, marketing services, marketing information, innovation sector, innovative services, marketing research agreement.

ПИТАННЯ ТРУДОВОГО ПРАВА

УДК 349.23

Н. Вапнярчук, кандидат юридичних наук, провідний науковий співробітник НАПрН України

До питання про розірвання трудового договору за ініціативою роботодавця (п. 2 ст. 40 КЗпП України)

Одним із дискусійних питань сьогодні є звільнення персоналу. Воно є надзвичайно важливим саме в наш час, у період фінансової кризи, як для власника підприємства, організації чи установи, так і для працівника.

За умов формування ринкових відносин набуває все більш широкі масштаби звільнення працівників унаслідок виявленої невідповідності працівника займаній посаді або виконуваній роботі через недостатню кваліфікацію або стан здоров'я, які перешкоджають продовженню цієї роботи.

Ще в 1908 р. Г. Ф. Шершеневич зазначав, що особа, яка зобов'язалася за договором особистого найму до відомого роду послуг, має бути не тільки готова, а й здатна до їх виконання¹. Крім відповідальності, уважності, необхідні також певний професійний рівень, наявність спеціальних знань і практичних навичок. Відповідно їх відсутність не повинна заважати досягненню економічних цілей організації. Тому в законодавстві про працю закріплено спеціальну підставу звільнення: «невідповідність займаній посаді або виконуваній роботі внаслідок недостатньої кваліфікації».

Слід зазначити, що питання про припинення трудових правовідносин, і зокрема розірвання трудового договору з ініціативи роботодавця, завжди перебували у центрі уваги вчених-правознавців. Різні аспекти правового регулювання підстав звільнення працівників досліджували такі вчені, як М. Г. Александров, М. Й. Бару, І. В. Зуб, І. А. Іонні-

¹ Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права : в 2 т. / Г. Ф. Шершеневич. – М. : Статут, 2003. – Т. 2. – С. 412.

кова, Л. І. Лазор, Р. З. Лівшиць, В. І. Прокопенко, О. І. Процевський, В. Г. Ротань, З. К. Симорот, О. В. Смирнов, Б. С. Стичинський, О. М. Ярошенко та ін.

Необхідність урегулювання звільнення внаслідок недостатньої кваліфікації виникла з появою найманої промислової праці. «Положення про відносини між господарями фабричних установ і робочими людьми, які вступали за наймом» від 24 травня 1835 р.¹ передбачало дві підстави звільнення: а) у зв'язку з невиконанням працівником трудових обов'язків та б) за його дурну поведінку. Перша — включала в себе звільнення у зв'язку з недостатньою кваліфікацією працівника. Зміст кожної із підстав звільнення не визначався, порядок застосування його не регулювався, гарантії прав працівників були відсутні. Третього червня 1886 р. були прийняті «Правила про нагляд за фабричною промисловістю, про взаємні відносини фабрикантів і робітників та про збільшення числа чинів фабричної інспекції»², які конкретизували підстави, котрі давали право наймодавцю припинити трудовий договір. Найбільш близьким до звільнення у зв'язку з невідповідністю займаній посаді або виконуваній роботі стало звільнення за розсудом адміністрації, з попередженням за два тижні (підп. «а» п. 20 указаних Правил). Отже, як бачимо, спеціальної підстави такого звільнення в законодавстві поки що не було. Втім водночас існувала реальна практика звільнення недостатньо кваліфікованих працівників і визнавалася правомірною судами та наглядовими органами держави.

Радянське трудове право підійшло до звільнення за даною підставою з іншої позиції. Кодекс законів про працю РСФСР 1918 р.³ закріпив можливість звільнення «у випадку явної непридатності до роботи, за спеціальною постановою органів управління підприємством, установою чи господарством, за згодою відповідної професійної організації». Пізніше Кодекс законів про працю УРСР 1922 р.⁴ вилучив умови за-

¹ Об отношениях между хозяевами фабричных заведений и рабочими людьми, поступающими в оные по найму : Высочайше утвержденное Положение Комитета Министров от 24 мая 1835 г. // Полн. собр. законов Рос. империи. – Собр. второе. – СПб. : Тип. II Отд. Собств. Е. И. В. Канцелярии, 1856. – Т. X. – Отд. 1. 8157. – С. 447, 448.

² Повне зібр. законів. – Собр. 3. – Т. VI. – Ст. 3769.

³ Кодекс законов о труде РСФСР: утв. пост. ВЦИК от 10.12.1918 г. // Собр. узаконений и распоряжений Раб. и Крест. Правительства РСФСР. – 1918. – № 87–88. – Ст. 905.

⁴ Кодекс законів про працю УРСР: затв. постановою ВУЦВК від 02.12.1922 р. // 33 УРСР. – 1922. – № 52. – Арт. 751.

стосування цієї підстави і зберіг тільки її зміст «у випадку виявленої непридатності особи, котра найнялася на роботу». А вже Кодекс законів про працю України 1971 р.¹ конкретизував дану підставу звільнення з ініціативи роботодавця. Пункт 2 ст. 40 вказаного Кодексу встановлював як підставу звільнення «виявлену невідповідність працівника займаній посаді або виконуваній роботі внаслідок недостатньої кваліфікації або стану здоров'я, які перешкоджають продовженню даної роботи».

Необхідно зазначити, що підставою для розірвання трудового договору є саме виявлена невідповідність. Невідповідність — це об'єктивна нездатність працівника внаслідок недостатньої кваліфікації чи стану здоров'я належним чином виконувати доручену роботу².

Якщо ж працівник, який не має документа про освіту або досвіду роботи, трудової діяльності, передбачених кваліфікаційними характеристиками, був прийнятий на роботу, надалі він не може бути, за загальним правилом, звільнений з роботи з причини лише відсутності документа про освіту та досвіду трудової діяльності, тому що про таку невідповідність працівника було відомо й раніше. Виявленою невідповідністю у подібному випадку може бути неякісне виконання робіт; неналежне виконання трудових обов'язків через недостатню кваліфікацію³. Отже, звільнення з цієї причини можливе внаслідок: а) недостатньої кваліфікації й б) стану здоров'я.

Свідченням недостатньої кваліфікації може бути систематичне невиконання працівником норми виробітку при належній організації праці, якщо існує причинний зв'язок між відсутністю в нього належної кваліфікації і систематичним невиконанням трудової функції, і, нарешті, якщо при цьому немає вини працівника⁴. Отже, як бачимо, важливою й істотною ознакою, що розмежовує звільнення за цією підставою від схожих інших підстав, є відсутність вини працівника в неналежному виконанні трудових обов'язків. На думку А. М. Хвостова, вина — це певна форма психічного ставлення особи до суспільно

¹ Кодекс законів про працю України // Відом. Верхов. Ради. – 1971. – № 50. – Ст. 375.

² Прилипко С. М. Трудове право України : підручник / С. М. Прилипко, О. М. Ярошенко – 2-ге вид., переробл. і допов. – Х. : ФІНН, 2011. – С. 405.

³ Ротань В. Г. Науково-практичний коментар законодавства України про працю / В. Г. Ротань, І. В. Зуб, О. Є. Сонін. – 13-те вид., допов. та переробл. – К. : Алерта ; КНТ ; ЦУЛ, 2010. – С. 160.

⁴ Основи радянського трудового законодавства / за заг. ред. М. Й. Бару. – К. : Вища школа, 1974. – 168 с.

небезпечного діяння, що ним вчиняється, яке складає ядро суб'єктивної сторони проступку, але не вичерпує повністю її змісту; при цьому зазначається, що ні мотив, ні ціль не входять у зміст психічного відношення особи до діяння, яке вона вчиняє, та його наслідків, оскільки вони лежать поза сферою інтелекту та волі як елементів вини і поряд з ними становлять самостійні форми психічної діяльності особи¹.

Отже, недостатня кваліфікація працівника може виявлятися у відсутності необхідних знань і навичок, без яких неможливо належним чином виконувати обов'язки, передбачені трудовим договором. У той же час за цією підставою не можна звільнити працівника, в якого немає досвіду через коротку тривалість виконання роботи, з мотивів відсутності у нього документа про освіту, якщо відповідно до чинного законодавства наявність його не є обов'язковою умовою виконання роботи за трудовим договором. Згідно з п. 21 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику розгляду судами трудових спорів» від 6 листопада 1992 р., № 9² не можна звільняти лише з мотивів відсутності спеціальної освіти (диплома), якщо відповідно до чинного законодавства наявність її не є обов'язковою умовою виконання роботи, обумовленої трудовим договором. У випадках, коли згідно із законодавством виконання певної роботи допускається після надання в установленому порядку спеціального права (водії автомобільного, електротранспорту тощо), позбавлення цього права може бути підставою для звільнення працівника з мотивів невідповідності займаній посаді або виконуваній роботі. Недатня кваліфікація працівника також може виражатися у виконанні роботи, що не відповідає вимогам до її якості, у систематичному браку, невиконанні норм праці тощо.

Невідповідність працівника виконуваній роботі повинна підтверджуватися об'єктивними фактичними даними (актами про випуск браку, довідками про невиконання норм виробітку тощо).

Невідповідність унаслідок недостатньої кваліфікації може бути встановлена на підставі атестації працівника. Атестація (від лат. *attestatio* — свідоцтво) — це визначення кваліфікації, рівня знань працівника. Основним її завданням є оцінка професійної кваліфікації і ділових якостей працівника на основі об'єктивних, обґрунтованих критеріїв, виходячи з результатів його роботи, з метою визначення

¹ Хвостов А. М. Вина в советском трудовом праве / А. М. Хвостов. – Минск : Беларусь, 1970. – С. 17.

² Про практику розгляду судами трудових спорів : пост. Пленуму Верхов. Суду України від 06.11.1992 р. № 9 // Відом. Верхов. Ради України. – 1993. – № 3.

можливостей професійного і посадового зростання. Атестація сприяє підвищенню відповідальності за ефективність і якість роботи, більш раціональній розстановці кадрів з урахуванням їх професійної майстерності, досвіду та складності виконуваних робіт¹.

Атестація в умовах економіки, що розвивається, дуже необхідна. Вона має велике значення як для роботодавця, так і для працівника. Для роботодавця важливо оптимізувати використання трудових ресурсів, сформувані кадровий резерв, створити додаткові стимули до підвищення кваліфікації працівників, посилення відповідальності і виконавчої дисципліни. Працівники, проходячи атестацію, мають можливість зарекомендувати себе як кваліфіковані, компетентні й ініціативні співробітники, забезпечити кар'єрне зростання і гідну оплату праці.

Проведення атестації повинно ґрунтуватись на законних підставах. Основним нормативним актом, яким встановлено порядок проведення атестації, є постанова Ради Міністрів СРСР від 26 липня 1973 р. № 531 «Про проведення атестації керівних, інженерно-технічних працівників та інших спеціалістів підприємств і організацій промисловості, будівництва, сільського господарства, транспорту і зв'язку»², яка чинна й до цього часу.

У той же час нині діючий Кодекс законів про працю України не встановлює можливість звільнення за результатами атестації. Утім проект Трудового кодексу в ст. 72 закріплює таке: «з метою перевірки професійного рівня та кваліфікації працівників, їх відповідності займаній посаді роботодавець, якщо це передбачено законом, може проводити періодичну атестацію працівників з дотриманням норм цього Кодексу. Атестація проводиться не частіше ніж один раз на три роки»³.

Висновки комісії не є обов'язковими для роботодавця, вони мають рекомендаційний характер і оцінюються в сукупності з іншими доказами. Якщо працівник, визнаний таким, що не відповідає займаній посаді, роботодавець має право його звільнити на підставі п. 2 ст. 40 Кодексу законів про працю України не пізніше двох місяців із дня

¹ Прилипко С. М. Трудове право України : підручник / С. М. Прилипко, О. М. Ярошенко. – 2-ге вид., переробл. і допов. – Х. : ФІНН, 2011. – С. 406.

² О проведении аттестации руководящих, инженерно-технических работников и других специалистов предприятий и организаций промышленности, строительства, сельского хозяйства, транспорта и связи : постановление Сов. Министров СССР от 26 июля 1973 г. № 531 // СП СССР. – 1973. – № 18. – Ст. 103.

³ Проект Трудового кодексу (реєстр. № 1108) [Електронний ресурс] : текст законопроекту до 2-го читання від 02.10.2008 р. – Режим доступу: <http://www.rada.gov.ua>.

атестації. Після закінчення цього строку звільнення працівника з посади за результатами даної атестації не допускаються. У зазначений двомісячний строк не включається час відсутності працівника на роботі з поважних причин (хвороба, відпустка, виконання державних або громадських обов'язків та ін.).

За допомогою атестації роботодавець проводить відбір дійсно необхідних йому працівників. Незадовільний рівень кваліфікації може виявитися двояко. Юридичну сторону завжди можна засвідчити на підставі документів про освіту, підвищення кваліфікації, записів про заохочення тощо. Відсутність диплома про освіту чи сертифіката про підвищення кваліфікації стане вірогідною причиною для відповідного рішення атестаційної комісії та роботодавця. Установити дійсний рівень кваліфікації складніше.

Як ми зазначали раніше, п. 2 ст. 40 Кодексу законів про працю України передбачає дві причини такої невідповідності: недостатня кваліфікація або стан здоров'я, які перешкоджають продовженню даної роботи. Ці причини є об'єктивними, тобто такими, що не залежать від волі працівника, тому вони не можуть бути поставлені йому за провину.

На думку Б. І. Сташків, стан здоров'я — це сукупність антропометричних, клінічних, фізіологічних і біохімічних показників, за якими визначається наявність або відсутність у людини хвороб чи фізичних вад, яким закон надає правового значення¹. Під станом здоров'я слід розуміти стійке зниження працездатності, унаслідок чого працівник не може належним чином виконувати свої трудові обов'язки чи їх виконання протипоказане йому за станом здоров'я або є небезпечним для оточуючих його осіб і таке протипоказання буде виявлено після укладення трудового договору. Далі автор продовжує, що саме по собі досягнення працівником пенсійного віку або інвалідність не є підставою для застосування п. 2 ст. 40 Кодексу. Ця позиція науковця підтверджується статтею 17 Закону України «Про основи соціальної захищеності інвалідів в Україні» від 21 березня 1991 р.², відповідно до якої заборонено звільнення з ініціативи роботодавця працівника з мотивів інвалідності, крім випадків, коли за висновком медико-соціальної експертизи стан його здоров'я перешкоджає виконанню професійних

¹ Юридична енциклопедія : в 6 т. / за ред. Ю. С. Шемшученко. – К. : Укр. енцикл., 2003. – Т. 5 : П-С. – С. 613.

² Про основи соціальної захищеності інвалідів в Україні : Закон України від 21.03.1991 р. № 875-ХІІ // Відом. Верхов. Ради УРСР. – 1991. – № 21. – Ст. 252.

обов'язків, загрожує здоров'ю і безпеці праці інших осіб, або продовження трудової діяльності чи зміна її характеру та обсягу загрожує погіршенням здоров'я інвалідів¹.

При цьому О. М. Ярошенко виокремлює основні причини, за наявності яких можливе звільнення за станом здоров'я: 1) в інтересах охорони здоров'я працівника: а) якщо продовження роботи загрожує його здоров'ю і життю, навіть якщо працівник і виконує покладені на нього трудові обов'язки; б) якщо за станом здоров'я працівник не може належним чином виконувати свої трудові обов'язки і потребує надання більш легкої роботи згідно з медичним висновком; 2) в інтересах охорони здоров'я населення (наприклад, якщо працівник сфери обслуговування після чергового медичного огляду визнаний бацилоносієм). У цьому випадку повинно мати місце стійке зниження працездатності².

Невідповідність працівника за станом здоров'я повинна підтверджуватися медичним висновком. За наявності відповідних висновків роботодавець зобов'язаний запропонувати працівнику іншу роботу й лише тільки у разі відмови працівника від такої пропозиції або відсутності такої роботи його може бути звільнено з цих підстав. При цьому працівника, який відмовився від переведення на більш легку роботу, якої він відповідно до медичного висновку потребував за станом здоров'я, не можна звільнити за систематичне невиконання працівником без поважних причин обов'язків, покладених на нього трудовим договором або правилами внутрішнього трудового розпорядку чи прогул без поважних причин. Роботодавець може у зв'язку з цим розірвати трудовий договір із працівником за виявленою невідповідністю працівника займаній посаді або виконуваній роботі внаслідок стану здоров'я, який перешкоджає продовженню роботи, якщо наявні передбачені законодавством умови.

На думку М. Й. Бару, стан здоров'я працівника може бути причиною розірвання трудового договору в разі виявленої невідповідності лише тоді, коли настало стійке (часткове або повне) зниження працездатності, яке перешкоджає виконанню трудових обов'язків. Звільнення за невідповідністю можливе також у випадку, коли працівникові за

¹ Іоннікова І. А. Правове регулювання розірвання трудового договору з ініціативи роботодавця : дис.... канд. юрид. наук : 12.00.05 / І. А. Іоннікова. – Нац. ун-т внутр. справ. – Х., 2004. – С. 94.

² Прилипко С. М. Трудове право України : підручник / С. М. Прилипко, О. М. Ярошенко. – 2-ге вид., переробл. і допов. – Х. : ФІНН, 2011. – С. 409.

висновком лікаря конкретна робота протипоказана, хоч він і справляється зі своїми трудовими обов'язками¹.

При розірванні трудового договору в зв'язку з невідповідністю працівника займаній посаді або виконуваній роботі працівнику виплачується вихідна допомога у розмірі середнього місячного заробітку.

Підбиваючи підсумок вищезазначеному, відмітимо, що при виявленні невідповідності працівника займаній посаді або виконуваній роботі внаслідок недостатньої кваліфікації або стану здоров'я роботодавець вправі звільнити працівника з роботи за п. 2 ст. 40 Кодексу Закону про працю України, якщо внаслідок цього останній не може забезпечити належне виконання покладених на нього трудових обов'язків і коли такого працівника неможливо, за його згодою, перевести на іншу роботу.

Вапнярчук Н. К. вопросу о расторжении трудового договора по инициативе работодателя (п. 2 ст. 40 КЗоТ Украины)

В статье исследуются некоторые вопросы, касающиеся расторжения трудового договора в случае выявленного несоответствия работника занимаемой должности или выполняемой работе вследствие недостаточной квалификации или состояния здоровья. Анализируются взгляды ученых относительно этого вопроса.

Ключевые слова: работник, работодатель, трудовой договор, увольнение, несоответствие, недостаточная квалификация, состояние здоровья.

Vapnyarchuk N. On the question of termination of employment contract by the employer (i. 2 a. 40 Labor Code of Ukraine)

This article examines some issues relating to termination of employment contract in the case of a detected nonconformity employee position or work as a result of poor training or health condition. Examines the views of scientists on this issue.

Keywords: employee, employer, employment contract, dismissal, failure, lack of qualifications, health status.

¹ Основи радянського трудового законодавства / за заг. ред. М. Й. Бару. – К. : Вища шк., 1974. – С. 63.

УДК 349.2

І. Лагутіна, кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри трудового права та права соціального забезпечення Національного університету «Одеська юридична академія»

Особисті немайнові трудові права домашніх працівників

Для забезпечення гідної праці для домашніх працівників потрібна імплементація міжнародних правових норм у національне законодавство та юридичну практику.

Міжнародна організація праці вже давно обговорювала необхідність приділення особливої уваги домашнім працівникам. З 1936 р. на сесіях Міжнародної конференції праці регулярно закликали до встановлення стандартів для цієї категорії атипових працівників. Відповідно до доповіді Міжнародної організації праці (МОП) IV(1) «Гідна праця для домашніх працівників» (2009 р.), від 4 % до 10 % зайнятої робочої сили у країнах, що розвиваються, виконують домашню працю¹. У промислово розвинених країнах цей показник становить від 1 % до 2,5 % від загальної кількості зайнятих.

За оцінками МОП, які були складені на підставі національних оглядів і (або) результатів переписів населення в 117 країнах, чисельність домашніх працівників у світі складає як мінімум 53 мільйони. Однак, на думку експертів, цей показник може становити 100 млн осіб, з урахуванням того, що мова в багатьох випадках йде про приховану або незареєстровану зайнятість. Майже 83 % домашніх працівників становлять жінки та дівчата, серед яких багато працівників-мігрантів².

Проблема реалізації особистих немайнових трудових прав домашніх працівників є актуальною, водночас вона ще не була предметом спеціального дослідження в науці трудового права.

Метою цієї статті є аналіз положень Конвенції МОП № 189 про домашніх працівників (2011 р.), Рекомендації № 201, у яких закріплені особисті немайнові трудові права домашніх працівників.

¹ ILO: Decent work for domestic workers, International Labour Conference (ILC), 99th Session, 2010, Report IV(1), Fourth item on the agenda. – International Labour Office, Geneva. – 130 p.

² Basic labour rights for domestic workers // World of Work. – 2011. – №. 72. – P. 38–40.

Одними з найбільш вражаючих змін, що стосуються праці домашніх працівників останні 30 років, є зростання масштабів використання праці мігрантів. У ряді регіонів, у тому числі в Європі й у країнах Персидської затоки і Близького Сходу, більшість домашніх працівників у цей час становлять жінки-мігранти. Інше явище — це зростання частки домашніх працівників, які працюють більш як у одного роботодавця, або працюють у одного роботодавця, але не проживають у його будинку.

Ринок праці зазнає змін у різних країнах світу. Висловлюються припущення, що збільшення домашньої праці у промислово розвинених країнах пов'язане з розширенням нерівності в доходах¹.

Попит на домашню працю стимулюється розширенням масштабів зайнятості жінок без відповідних програмних заходів щодо сприяння поєднанню роботи і сімейного життя та з урахуванням тенденції до переходу у більшості випадків до домашнього догляду за старіючим населенням².

Із різних причин, офіційна соціальна статистика, як правило, неповністю враховує кількість домашніх працівників. У випадку з Індією особливо вражає, враховуючи масштаби, різниця: оцінка кількості домашніх працівників у цій країні становить від 2,5 до 90 мільйонів³.

Домашні працівники належать до числа найбільш уразливих категорій працівників. Робота домашніх працівників є однією з найбільших, але все ж найменш видимих, як зазначалося вище, сфер обслуговування в світі. Така невидимість домашньої праці ускладнює її правове регулювання.

Домашні працівники, як правило, стикаються із безліччю проблем: надмірною тривалістю робочого часу; значним навантаженням; низькими зарплатами; виключенням зі схем охорони здоров'я та грошової допомоги, а також захисту від звільнення у разі вагітності та пологів; відсутністю контролю з боку органів влади, відповідальних за інспекцію праці та за забезпечення дотримання законів; слабкою позицією на колективних переговорах; високим рівнем контролю з боку роботодавця. Домашні працівники, які живуть у роботодавця, стикаються з додатковими проблемами: ізоляцією, регламентованим образом життя, поганими житловими умовами, недостатнім харчуванням, відсутністю

¹ Див.: Milkman R. The macro-sociology of paid domestic labour / R. Milkman, E. Roth B. Reese // *Work and Occupations*. – Vol. 25, № 4. – 1998. – P. 483–510.

² The Impact of Industrialization on Paid Domestic Work: The Case of France François-Xavier Devetter and Sandrine Rousseau // *European Journal of Industrial Relations*. – Vol. 15, № 4. – 2009. – P. 297–316.

³ Recognition for India's invisible workers // *World of Work*. – 2011. – № 72. – P. 29–30.

таємниці приватного життя. Ще однією вельми поширеною небезпекою для домашніх працівників є насильство на роботі — фізичне або/та психологічне.

Для майже 56 відсотків домашніх працівників закон не встановлює обмежень щодо тривалості робочого тижня. Близько 45 відсотків усіх домашніх працівників не мають права принаймні на один вихідний день на тиждень. Близько 36 відсотків жінок — домашніх працівників не мають права на відпустку по вагітності та пологах. 41 відсоток домашніх працівників у світі знаходяться в Азії, що дорівнює 21,5 млн чоловік віком 15 років і старше.

Лише кілька конвенцій МОП містять статті, що прямо включають або виключають домашніх працівників зі сфери своєї дії, але жодна конвенція до прийняття 16 червня 2011 р. міжнародних актів, покликаних поліпшити умови праці домашніх працівників, конкретно не стосувалася праці домашніх працівників. Як правило, акти МОП, які стосуються інших категорій працівників, поширювалися і на домашніх працівників. Це стосується, зокрема, їх прав на рівні можливості та рівне ставлення, на організацію та ведення колективних переговорів, на медичне страхування.

Необхідним є забезпечення правильного балансу між захистом прав домашніх працівників і ступенем конфіденційності, пов'язаної з питанням недоторканності приватного життя людей, що використовують працю домашніх працівників¹.

Ще в 1965 р. МОП прийняла резолюцію, яка закликала прийняти міжнародно-правові акти щодо поліпшення становища домашніх працівників.

Перше докладне обговорення з питання гідної праці для домашніх працівників з метою розробки нових актів про гідну працю цієї категорії працівників відбулося на 99-й сесії Міжнародної конференції праці у 2010 р. Після проведення цього обговорення та відповідно до статті 39 Регламенту Конференції, Міжнародне бюро праці (МБП) підготувало і направило Доповідь IV (1)², у змісті якої були запропоновані конвенція і рекомендація. Згідно з пунктом 6 статті 39 Регламенту Конференції, урядам було запропоновано направити, після проведення

¹ ILO: Decent work for domestic workers, International Labour Conference (ILC), 100th Session, 2011, Report IV (2A), Fourth item on the agenda. – International Labour Office, Geneva. – 70 p.

² ILO: Decent work for domestic workers, International Labour Conference (ILC), 100th Session, 2011, Report IV(1), Fourth item on the agenda. – International Labour Office, Geneva. – 20 p.

консультацій із найбільш представницькими організаціями роботодавців і працівників, свої пропонувані поправки або зауваження з тим, щоб вони надійшли в МБП не пізніше 18 листопада 2010 р. Урядом було також запропоновано проінформувати МБП у ті ж терміни, чи вважають вони запропоновані тексти задовільною основою для обговорення Конференцією на своїй 100-й сесії (червень 2011 р.), і повідомити, з якими організаціями вони консультувалися. Результати цих консультацій були відображені у відповідях урядів.

Міжнародне бюро праці отримало відповіді від тристоронніх учасників із 93 держав-членів, урядів 81 держави-члена (у тому числі й від України)¹.

Делегати 100-ї щорічної сесії Міжнародної конференції праці — представники урядів, працівників та роботодавців — прийняли 16 червня 2011 р. ряд міжнародних норм, покликаних поліпшити умови праці десятків мільйонів домашніх працівників у всьому світі. Це Конвенція МОП № 189 про домашніх працівників², а також відповідна Рекомендація № 201³.

Прийняті акти МОП встановлюють, що домашні працівники в усьому світі, що забезпечують догляд за членами сімей і виконують іншу роботу по дому, повинні користуватися тими ж основними правами, що й інші категорії працівників. Йдеться, зокрема, про однакову з іншими працівниками тривалість робочого часу, про щотижневий безперервний відпочинок не менше 24 годин, про ліміт оплати праці в натуральній формі, про чітке інформування працівника про умови трудового договору, а також про дотримання основоположних принципів і прав у сфері праці, включаючи свободу об'єднання та право на колективні переговори, зокрема особистих немайнових трудових прав.

Нормотворчість із метою сприяння гідній праці домашніх працівників втілює в собі чотири основних принципи програми гідної праці МОП — це сприяння зайнятості; умови праці та соціальний захист; основоположні принципи і права у сфері праці; трипартизм та соціальний діалог.

¹ ILO: Report of the Committee on Domestic Workers, in Provisional Record No. 12, 99th Session. – International Labour Conference, Geneva. – 2010. – 20 p.

² Domestic Workers Convention № 189, 201 [Electronic resource] // Website ILOLEX: database of international labour standards. – Режим доступу: <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>

³ Domestic Workers Recommendation № 201, 2011 [Electronic resource] // Website ILOLEX: database of international labour standards. – Режим доступу: <http://www.ilo.org/ilolex/english/recdisp1.htm>

Домашня праця — одна із найважливіших форм зайнятості жінок, яка дозволяє працівникам із сімейними обов'язками брати активну участь на ринку праці.

Нездатність регулювати зайнятість домашніх працівників обмежує їх самостійність, гідність і захищеність. Регулювання умов праці домашніх працівників та забезпечення їх соціального захисту — це визнання не тільки економічного значення роботи по догляду за будинком, а й гідності, яка властива тим, хто піклується про інших.

Прийняття цих міжнародно-правових актів спрямоване на викорінення примусової праці, до якої залучаються працівники-мігранти.

Ці акти підтверджують право домашніх працівників, як і всіх працівників без винятку, на дієве визнання їх свободи об'єднання і проведення колективних переговорів.

Контрольні органи МОП підкреслюють вразливість домашніх працівників, закликаючи до поширення на них заходів охорони праці.

Домашні працівники уразливі до різних форм дискримінації, зокрема щодо умов їх праці. Основоположні принципи недопущення дискримінації і забезпечення рівності можливостей закріплені в Конвенції 1958 р. про дискримінацію в галузі праці і занять (111) та Конвенції 1951 р. про рівну винагороду (100), застосовуються і до домашніх працівників. Закони або заходи, спрямовані на сприяння рівності можливостей і поведження в галузі зайнятості та професійних занять, які виключають зі сфери свого застосування домашніх працівників, суперечать положенням цих конвенцій.

Домашня праця найбільше пов'язана з дискримінацією за ознакою етнічного походження, раси, кольору шкіри або касти, що створює підстави для їх безжалісної експлуатації.

У Рекомендації № 201 про домашніх працівників зазначається, що держави-члени, відповідно до міжнародних трудових норм, уживаючи заходів щодо викорінення дискримінації в галузі праці та занять, крім іншого, повинні: а) забезпечувати, щоб при проведенні пов'язаних із роботою медичних аналізів дотримувався принцип конфіденційності особистих даних і недоторканності приватного життя домашніх працівників; б) не допускати жодних проявів дискримінації щодо проведення медичних процедур; в) забезпечувати, щоб домашніх працівників у жодному разі не примушували здавати аналізи на ВІЛ або на вагітність чи розкривати свій статус ВІЛ-інфікованих або свою вагітність.

Незважаючи на зростаюче соціальне і економічне значення, домашня праця традиційно була і залишається однією з найбільш низькооплачуваних, незахищених форм зайнятості.

Для трудових правовідносин із домашніми працівниками характерна нерівність при визначенні розмірів заробітної плати між чоловіками і жінками, що є одним із проявів гендерної дискримінації. Ставки заробітної плати в професіях, де переважну більшість становлять жінки, таких як домашня праця, мають бути не нижчими за розмір ставок для тих професій, де переважають чоловіки, за працю рівноцінну.

Заборона на використання примусової чи обов'язкової праці — це незмінна норма сучасного міжнародного права з прав людини. Положення Конвенцій № 29 і 105, які покликані забезпечити свободу всіх людей від примусової праці в законодавстві і на практиці, застосовуються до всіх працівників, зокрема до домашніх.

Серйозний «дефіцит» гідної праці, з яким стикаються домашні працівники, виявляється в обмеженому доступі до форм та видів соціального захисту, які могли б забезпечити їм безпечну і здорову вагітність та пологи, заміщення доходу, коли вони перебувають у відпустці по вагітності та пологах і право на повернення на свої робочі місця. У деяких країнах закон дозволяє звільнення домашніх працівників у разі вагітності. Хоча у багатьох країнах ця практика є незаконною, але неофіційні дані свідчать про те, що вагітність як підстава звільнення все ще має місце і є набагато частішим явищем серед домашніх працівників, ніж серед інших категорій працівників.

Домашня праця є особливо небезпечною для дітей, оскільки характер цієї праці, як правило, вимагає роботи протягом тривалого часу, в тому числі і в нічний час. Часто виявляється, що діти, які є домашніми працівниками, виконують великий обсяг роботи і мають справу з небезпечними і токсичними речовинами. Унаслідок своєї фізичної та соціальної ізоляції діти, які виконують домашню працю і проживають поза місцем роботи, піддаються особливо великому ризику образливого і такого, що принижує гідність, ставлення¹.

Рекомендацією № 201 про домашніх працівників також передбачається, що держави-члени повинні у процесі консультацій із найбільш представницькими організаціями роботодавців і працівників і, якщо такі існують, з організаціями, що представляють інтереси домашніх працівників, і з організаціями, що представляють інтереси роботодавців домашніх працівників, розробляти і проводити політику і програми, орієнтовані на те, щоб стимулювати процес безперервного розвитку компетенції і навичок домашніх працівників, включаючи, у відповідних

¹ Human Rights Watch: Swept under the rug: Abuses against Domestic // Workers Around the World. – Vol. 18, № 7(C). – 2006. – 93 p.

випадках, навчання грамоті, з тим щоб забезпечити їх професійне зростання і розширити їх можливості при працевлаштуванні (п. 25.1.а).

Домашню працю слід відрізнити від телероботи. По суті кажучи, основним критерієм для визначення домашньої праці є той факт, що вона виконується в «домашньому господарстві». Стаття 1 Конвенції визначає термін «домашня праця» як працю, яка виконується в домашньому господарстві або для домашнього господарства чи домашніх господарств, а термін «домашній працівник» означає будь-яку особу, що займається домашньою працею в рамках трудових правовідносин.

Однією з основних тенденцій розвитку трудових прав у наш час є посилення «гнучкості» правового регулювання трудових відносин, що зумовило появу і поширення атипічних форм зайнятості, які характеризуються відсутністю або видозміною одного чи більше класичних ознак традиційних трудових відносин. Наслідком цього є поширення нетипових трудових договорів¹.

Головна суть телероботи полягає в тому, що працівники можуть виконувати свої трудові обов'язки на відстані від офісу, у зручний для них час, використовуючи при цьому передові комп'ютерні та телекомунікаційні технології, а потім електронною поштою переслати результати своєї роботи до офісу. Телеробота є черговим кроком, до якого вдаються організації для досягнення гнучкості, необхідної для того, щоб відповідати правилам управління людськими ресурсами. Коли роботодавці реорганізують свій бізнес, прагнучи до підвищення продуктивності і зниження витрат, вони також намагаються вирішити питання, що постають перед сучасним працівником і пов'язані з виконанням трудових та сімейних обов'язків, просуванням по службі, численними стресами. Останнім десятиліттям відбувається стрімкий розвиток телекомунікацій. Це дає роботодавцям можливість наймати працівників, які працюють за межами офісу, в оточенні, яке більшою мірою сприяє виконанню завдань, що потребують безперервної й тривалої концентрації.

У 1972 р. американський дослідник Джек Ніллес запропонував термін «телеробота», після чого почався розвиток віртуальних фірм як нестандартної форми організації бізнесу. Серед тих, хто активно застосовує подібну практику сьогодні: American Express, Adobe, Airbus

¹ Лушников А. М. Курс трудового права : учебник : в 2 т. Т. 1: Сущность трудового права и история его развития. Трудовые права в системе прав человека. Общая часть / А. М. Лушников, М. В. Лушникова. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : Статут, 2009. – 879 с.

Industries, Siemens, Microsoft, Google, Corel, IBM, DELL, eBay, Hewlett-Packard і сотні інших відомих та менш відомих компаній¹.

Отже, на ювілейній 100-й сесії Міжнародної конференції праці були прийняті масштабні міжнародно-правові акти, покликані поліпшити умови праці десятків мільйонів домашніх працівників в усьому світі — Конвенція (2011) про домашніх працівників (№ 189) і відповідна Рекомендація (№ 201), які вимагають поширення рівного захисту трудового законодавства на домашніх працівників, включаючи домашніх працівників-мігрантів, і припинення будь-якої дискримінаційної відмови у здійсненні прав, що стосуються робочого часу, надання вихідних днів, відпусток, медичного обслуговування, відпустки по вагітності та пологах, захисту від незаконного звільнення, реалізацією права на безпечні та здорові умови праці.

Таким чином, необхідною є правова регламентація особливостей регулювання праці домашніх працівників із забезпеченням особистих немайнових трудових прав домашніх працівників у проекті Трудового кодексу України.

Лагутіна І. Личные неимущественные трудовые права домашних работников

В статье подчеркивается уязвимость домашних работников, которая ограничивает их самостоятельность, достоинство и защищенность. Особое значение имеет обеспечение достойного труда для домашних работников после принятых МОТ Конвенции № 189 о домашних работниках, а также соответствующей рекомендации № 201, которые устанавливают, что домашние работники во всем мире, которые обеспечивают уход за членами семей и выполняют другую работу по дому, должны пользоваться теми же основными правами, что и другие категории работников.

Ключевые слова: достойный труд, личные неимущественные трудовые права, домашние работники, охрана труда, запрет дискриминации в сфере труда.

Lagutina I. Personal non-property labour rights of domestic workers

The article highlights the vulnerability of domestic workers, which limits their independence, dignity and security. Of particular importance is ensuring decent work for domestic workers after adopted the ILO Convention № 189 on domestic workers, along with recommendations № 201, which establish that domestic workers worldwide, providing care for family members and perform other housework, should enjoy the same fundamental rights as other categories of workers.

Keywords: decent work, personal non-property labor rights, domestic workers, occupational safety and health, prohibition of discrimination in the workplace.

¹ Сардарян А. Как управлять персоналом в виртуальных компаниях? / А. Сардарян // Управление персоналом. – 2010. – № 3 (229). – С. 38–41.

ПИТАННЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО ТА ФІНАНСОВОГО ПРАВА

УДК 342.95:35.078.3(477)

Л. Коваленко, кандидат юридичних наук, доцент Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Етапи становлення інформаційного права в Україні

Новітні реалії в економічному та соціальному житті сучасної епохи приводять до того, що починають складатися нові правові відносини, що дають поштовх до формування галузей права, покликаних стати основою для вирішення складних економічних та соціальних проблем в Україні. Такими галузями права, що перебувають на стадії становлення, є аграрне, земельне, фінансове, підприємницьке право та інші галузі права, що лише формуються. Утім є такі галузі права, що перебувають на стадії формування, наприклад, інформаційне право, банківське право, податкове право та ін.

Не випадково в нашій країні інформаційні відносини набувають дедалі більшої значимості і є об'єктом постійної уваги законодавців, учених, які порівнюють ці відносини за силою впливу на свідомість суспільства з «четвертою владою» після законодавчої, виконавчої та судової¹. Саме вони активно формують громадську думку, створюють той чи інший політико-правовий фон і наше уявлення про доступне та заборонене, моральне і аморальне. Інформація є інтелектуальним надбанням народу і держави, складовою напрямів і темпів реформування органів виконавчої влади, економіки, адміністративної системи, демократичних перетворень.

Рівень демократії в нашій країні потребує більшого захисту та упорядкованого руху інформації. Ми є свідками процесу швидкого ство-

¹ Гавловський В. Д. Інформаційне право : навч.-метод. комплекс / В. Д. Гавловський, В. С. Цимбалюк. – К. : ІЕУГП, 1999. – 224 с.

рення правового простору для інформаційної діяльності, національних інформаційних норм, нормативно-правових актів, необхідних для регулювання інформаційних відносин.

Значне накопичення нормативно-правового масиву в цій сфері, формування самостійних правових інститутів і норм, принципів інформаційного права, наявність відносин в інформаційній сфері та наявність інших ознак дали підстави висловлювати сьогодні думку про формування, розвиток в Україні інформаційного права. Ця думка є реалією сучасного розуміння системи юридичних спеціальностей та відгуком на бурхливий законотворчий процес в Україні. До доцільності такого підходу і такого наукового бачення цієї проблеми схиляються такі відомі українські науковці-юристи, як В. В. Медведчук, М. Я. Онуфрійчук, В. Г. Гончаренко, С. С. Яценко, О. Д. Святоцький та ін. Подібної думки дотримуються і деякі російські вчені-юристи: І. Л. Бачило, Ю. М. Тихомиров, Ю. М. Батурич, О. Б. Венгеров, М. М. Рассолов, В. А. Копилов та ін.

Розвиток інформаційних відносин на початку 90-х років ХХ ст. створив необхідні умови до прийняття значної кількості нормативних актів, які стали регулювати ці відносини. Сьогодні в Україні існує значний обсяг юридичного матеріалу в галузі інформації, що складається з більш як 40 самостійних (тобто таких, що не входять до жодного галузевого законодавства) законів, а також великої кількості (більше сотні) підзаконних актів.

На нашу думку, першим етапом становлення інформаційного права в Україні був початок 90-х років ХХ ст., а саме прийняття 02.10.1992 р. Закону України «Про інформацію»¹, який регламентує, що інформацією є документовані або публічно оголошені відомості про події та явища, що відбуваються у суспільстві, державі та навколишньому природному середовищі, про події та явища в галузі політики, економіки, культури, охорони здоров'я, а також у соціальній, екологічній, міжнародній та інших сферах (статті 1, 8 Закону). До основних видів інформації належать: статистична, масова інформація, інформація про діяльність державних органів влади та органів місцевого самоврядування; правова інформація, інформація про особу, інформація довідково-енциклопедичного характеру, соціологічна інформація. Усі громадяни України, юридичні особи і державні

¹ Про інформацію : Закон України від 02.10.1992 р. № 2657-ХІІ // Відом. Верхов. Ради України. – 1992. – № 48. – Ст. 651.

органи мають право на інформацію, що передбачає можливість вільного здійснення ними таких видів інформаційної діяльності, як одержання, використання, поширення та зберігання відомостей, необхідних їм для реалізації своїх прав, свобод і законних інтересів, здійснення завдань і функцій.

Другим етапом становлення інформаційного права в Україні є 28.06.1996 року — прийняття незалежною Україною першої Конституції України¹. Після прийняття Конституції України один за одним приймається низка нормативно-правових актів, що стали джерелами інформаційного права України. Такі, наприклад, як: 1) Закон України «Про сертифікацію послуг»; 2) Закон України «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні»²; 3) «Про Основні засади розвитку інформаційного суспільства в Україні на 2007–2015 роки», затверджені Законом України від 9 січня 2007 року³; 4) Закон України «Про Національну програму інформатизації»⁴; 5) Закон України «Про Національну систему конфіденційного зв'язку»⁵; 6) Закон України «Про основи національної безпеки України»⁶; 7) Закон України «Про порядок висвітлення діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування в Україні засобами масової інформації»⁷; 8) Закон України «Про доступ до публічної інформації»⁸;

¹ Конституція України від 28 червня 1996 р. // Відом. Верхов. Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

² Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні : Закон України від 11.12.2003 р. № 1382-IV // Відом. Верхов. Ради України. – 2004. – № 15. – Ст. 232.

³ Про Основні засади розвитку інформаційного суспільства в Україні на 2007–2015 роки : Закон України від 09.01.2007 р. № 537-V // Відом. Верхов. Ради України. – 2007. – № 12. – Ст. 102.

⁴ Про Національну програму інформатизації : Закон України від 04.02.1998 р. № 74/98 // Відом. Верхов. Ради України. – 1998. – № 27–28. – Ст. 181.

⁵ Про Національну систему конфіденційного зв'язку : Закон України від 10.01.2002 р. № 2919-III // Відом. Верхов. Ради України. – 2002. – № 15. – Ст. 103.

⁶ Про основи національної безпеки України : Закон України від 19.06.2003 р. № 964-IV // Відом. Верхов. Ради України. – 2003. – № 39. – Ст. 351.

⁷ Про порядок висвітлення діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування в Україні засобами масової інформації : Закон України від 23.09.1997 р. № 539/97 // Відом. Верхов. Ради України. – 1997. – № 49. – Ст. 299.

⁸ Про доступ до публічної інформації : Закон України від 13.01.2011 р. № 2939-VI // Відом. Верхов. Ради України. – 2011. – № 32. – Ст. 314.

9) Закон України «Про захист персональних даних»¹; 10) Закон України «Про місцеві державні адміністрації»² та ін.

На нашу думку, на другий етап становлення інформаційного права в Україні вплинуло набрання чинності 21 травня 1997 року Законом України «Про місцеве самоврядування»³. У порядку забезпечення гарантій здійснення права кожного на пошук й одержання інформації виникають такі обов'язки органів державної влади й місцевого самоврядування:

- забезпечення гарантій свободи засобів масової інформації;
- виробництво й поширення офіційних документів відповідно до Конституції України і актів чинного законодавства;
- встановлення загального порядку розробки і поширення документованої інформації органами державної влади, формування й використання державних інформаційних ресурсів;
- установа порядку надання обов'язкової документованої інформації й порядку формування й використання державних інформаційних ресурсів, що містять таку інформацію;
- забезпечення гарантій прав інтелектуальної власності й власності на інформаційні ресурси;
- забезпечення гарантій прав на виробництво інформаційних систем і засобів їхнього забезпечення, прав інтелектуальної власності й власності на інформаційні технології й засоби їхнього забезпечення;
- організація й забезпечення створення державних інформаційних систем, інформаційної інфраструктури підприємств, установ, організацій російського фрагмента Інтернет;
- забезпечення гарантій по захисту особистості, суспільства й держави від впливу помилкової, шкідливої інформації й дезінформації;
- забезпечення гарантій по захисту інформації, інформаційних ресурсів, інформаційних систем від несанкціонованого доступу;
- забезпечення гарантій по захисту особистих прав і свобод в інформаційній сфері;
- установа й організація здійснення кримінальної, цивільно-правової й адміністративно-правової відповідальності в інформаційній сфері.

¹ Про захист персональних даних : Закон України від 01.06.2010 р. № 2297-VI // Відом. Верхов. Ради України. – 2010. – № 34. – Ст. 481.

² Про місцеві державні адміністрації : Закон України від 09.04.1999 р. № 586-XIV // Відом. Верхов. Ради України. – 1999. – № 20–21. – Ст. 190.

³ Про місцеве самоврядування в Україні : Закон України від 21.05.1997 р. № 280/97 // Відом. Верхов. Ради України. – 1997. – № 24. – Ст. 170.

Це перелік обов'язків органів державної влади й місцевого самоврядування в інформаційній сфері, що може розвиватися й доповнюватися в процесі формування й розвитку джерел інформаційного права.

На нашу думку, третім етапом становлення інформаційного права в Україні є період, коли на підставі постанови Верховної Ради України «Про підсумки парламентських слухань “Суспільство, засоби масової інформації, влада: свобода слова і цензура в Україні”» від 16 січня 2003 р. № 441-IV постановою ВАК України від 21 травня 2003 р. № 26-11/5 було затверджено паспорт нової спеціальності № 12.00.07 — теорія управління, адміністративне право і процес, фінансове право, інформаційне право. Цей етап триває до цього часу.

Швидкому розвитку інформаційного права сприяє також видання Президентом України указів, що регулюють інформаційні відносини. Так, наприклад 24.09.2001 р. Президентом України було видано Указ «Про деякі заходи щодо захисту державних інформаційних ресурсів у мережах передачі даних»¹. Нормотворча діяльність Кабінету Міністрів України також спрямована на забезпечення правового підґрунтя для розвитку державних інформаційних ресурсів. Так, на виконання указів Президента України від 31.07.2000 р. «Про заходи щодо розвитку національної складової глобальної інформаційної мережі Інтернет та забезпечення широкого доступу до цієї мережі в Україні» та від 17.05.2001 р. «Про підготовку пропозицій щодо забезпечення гласності та відкритості діяльності органів державної влади»² Кабінет Міністрів України затвердив Порядок оприлюднення в мережі Інтернет інформації про діяльність органів виконавчої влади³ і зобов'язав міністерства, інші центральні органи виконавчої влади, АРК, обласні, Київську та Севастопольську міські державні адміністрації забезпечити розміщення й постійне оновлення інформації на власних веб-сайтах.

¹ Про деякі заходи щодо захисту державних інформаційних ресурсів у мережах передачі даних : Указ Президента України від 24.09.2001 р. № 891 // Офіц. вісн. України. – 2001. – № 39. – Ст. 1757.

² Про підготовку пропозицій щодо забезпечення гласності та відкритості діяльності органів державної влади : Указ Президента України від 17.05.2001 р. № 325 // Уряд. кур'єр. – 2001. – 22 трав. (№ 88).

³ Про Порядок оприлюднення у мережі Інтернет інформації про діяльність органів виконавчої влади : постанова Кабінету Міністрів України від 04.01.2002 р. № 3 // Офіц. вісн. України. – 2002. – № 2. – Ст. 57.

Кабінет Міністрів України затвердив Порядок підключення до глобальних мереж передачі даних¹ і запровадив облік підприємств (операторів), які надають послуги з доступу до таких мереж передачі даних органам виконавчої влади, іншим підприємствам, установам та організаціям, які одержують, обробляють, поширюють і зберігають інформацію, що є об'єктом державної власності та охороняється законом. А також на виконання Указу Президента України від 01.08.2002 р. «Про додаткові заходи щодо забезпечення відкритості у діяльності органів державної влади»² Кабінет Міністрів України затвердив заходи щодо створення інформаційної системи «Електронний Уряд»³, яка має забезпечити взаємодію органів виконавчої влади між собою, з громадянами та юридичними особами на основі сучасних інформаційних технологій.

Незважаючи на таку велику кількість нормативно-правових актів, які регулюють інформаційні відносини в Україні, вони залишаються не дослідженими, дуже часто фактично існуючі відносини з приводу інформації не мають відповідного юридичного закріплення і регулювання.

Уперше думка про те, що на початку 90-х років ХХ ст. в Україні почало формуватися інформаційне право, була висловлена І. Б. Коліушком, О. С. Барановим, В. С. Цимбалюком, В. Д. Гавловським, але не отримала належної уваги вчених, і інформаційне право розвивалося в межах інформатики.

Так, В. С. Цимбалюк, В. Д. Гавловський проаналізували визначення⁴, застосовувані різними українськими та зарубіжними вченими, такі як «програмне право», «правова інформатика», «право інформатики», «комп'ютерне право», «інформаційно-комп'ютерні права» (у вузькому й широкому їх розумінні). У останньому випадку інформаційне право й комп'ютерне право розглядаються як дві групи відносин, що вини-

¹ Про затвердження Порядку підключення до глобальних мереж передачі даних : постанова Кабінету Міністрів України від 12.04.2002 р. № 522 // Офіц. вісн. України. – 2002. – № 16. – Ст. 864.

² Про додаткові заходи щодо забезпечення відкритості у діяльності органів державної влади : Указ Президента України від 01.08.2002 р. № 683 // Офіц. вісн. України. – 2002. – № 31. – Ст. 1463.

³ Про заходи щодо створення електронної інформаційної системи «Електронний Уряд» : постанова Кабінету Міністрів України від 24.02.2003 р. № 208 // Офіц. вісн. України. – 2003. – № 9. – Ст. 378.

⁴ Цимбалюк В. С. Інформаційне право : навч.-метод. комплекс для підготовки фахівців за спец. «Правознавство» / В. С. Цимбалюк, В. Д. Гавловський. – К. : ІЕУГП, 1999. – 183 с.

кають у галузі інформаційного права. У широкому розумінні сутність юридичної категорії інформаційно-комп'ютерне право розуміється як сума або об'єднання різноманітних відносин, що становлять «інформаційне право» й «комп'ютерне право», тобто групи правових відносин, які складають предмет інформаційного права, а у вузькому сутність юридичної категорії інформаційно-комп'ютерне право розуміється як галузь права, що регулює суспільні відносини, які виникають у зв'язку з одержанням та поширенням інформації.

Вони вводять поняття «телекомунікаційне право» і відзначають: «...незважаючи на всі умовності теоретичної проблеми визначення самостійних галузей права в системі українського права, телекомунікаційне право, право Інтернету й інші подібні визначення, самостійних правових галузей поки вони не мають». Таке визначення може використовуватися й уже використовується, але безвідносно до юридичного аналізу відповідних проблем.

Це дійсно так. Однак, на наш погляд, телекомунікаційне право — складова частина того цілого, що називається інформаційним правом. У інформаційній сфері це зводиться до обігу інформації в системі телекомунікацій.

Інформаційне право перебуває у стадії становлення і тому зрозуміла різноманітність визначень, за допомогою яких фахівці намагаються визначити його сутність. Усі ці визначення вибираються виходячи з об'єктів, стосовно яких або у зв'язку з якими виникають суспільні відносини, що підлягають правовому регулюванню.

Перераховані вище визначення можна умовно розділити на дві групи. Визначення першої групи формуються, швидше за все, виходячи з об'єктів, у зв'язку з якими виникають суспільні відносини, що підлягають правовому регулюванню в інформаційній сфері. Це програми для комп'ютерів; комп'ютери; інформатика як наука, що вивчає інформацію; одночасно «інформація» й «комп'ютери» як причинно пов'язані поняття; телекомунікація як засіб передачі, одержання інформації. Так, в основі програмного права лежать відносини, що виникають при створенні, виробництві, поширенні й застосуванні програмних продуктів для комп'ютерів. У основі права інформатики — відносини, що існують у галузі інформатики, — науки, що вивчає інформацію, інформаційні процеси й інформаційні системи або проблеми створення, перетворення й використання інформації. В основі комп'ютерного права розглядаються відносини, що виникають при розробці, виробництві, поширенні й застосуванні комп'ютерів.

Друга група визначень заснована на застосуванні понять, що визначають інформаційні права, обов'язки, свободи, які повинні гарантуватися інформаційним правом, — «право знати», «право на доступ до інформації» та ін.

Незважаючи на різноманітність згаданих понять, усі вони семантично близькі й легко поєднуються в один клас через поняття «інформаційна сфера», у якій вони застосовуються або як її складові частини, або якимось чином асоціативно пов'язані з нею.

Коваленко Л. Правовые этапы становления информационного права в Украине

В статье исследовано формирование и развитие информационного права в Украине начиная с 1991 года по настоящее время, проанализированы нормативно-правовые акты этого периода, регулирующие отношения в информационной сфере, а также сделан вывод о формировании информационного права в Украине в три этапа.

Ключевые слова: информационное право, этапы становления информационного права, развитие информационного права, правовые этапы становления информационного права, исторические этапы становления информационного права.

Kovalenko L. Legal Stages of Information Law in Ukraine

In the article is investigated the formation and development of information law in Ukraine from 1991 to present, analyze legal acts of this period, regulating relations in the sphere of information, but also concluded that the formation of information law in Ukraine in three stages.

Keywords: information law, stages of information law, development of information law, the legal stages of information law, the historical stages of information law.

УДК 342.9.03

М. Жернаков, кандидат юридичних наук, суддя Вінницького окружного адміністративного суду

До питання про визначення публічно-правового спору (податково-правовий аспект)

Відповідно до статті 1 Конституції Україна є суверенною і незалежною, демократичною, соціальною, правовою державою. Напевно, складно знайти більш містке положення Основного Закону або будь-якого іншого нормативного акта, що діє в Україні. Закріплюючи на рівні найвищої юридичної сили такі цінності, Конституція України не тільки проголошує певні орієнтири, а й надає всім, хто знаходиться у сфері її регулювання, певних гарантій, оскільки її норми є, по-перше, основою системи законодавства, а по-друге — нормами прямої дії.

Цим Україна поклала на себе обов'язок дотримуватись високих стандартів, що пред'являються до будь-якої держави, яка визнає себе «зв'язаною правом». До таких традиційно відносять низку вимог, яких держава має неухильно дотримуватися. Однією з найважливіших серед них є запровадження розподілу влади в державному механізмі. З неї логічно випливає інша вимога концепції правової держави — підзаконний характер діяльності органів публічної влади. Та найголовнішою ознакою держави, зв'язаної правом, є гарантованість суб'єктивних прав осіб, що знаходяться під її юрисдикцією, від порушень із боку владних органів. Зокрема, суб'єктивні права громадян забезпечуються відповідальністю урядових структур та їх посадових осіб перед парламентом. Утім найбільш дійовим способом, що має гарантуватися державою, є забезпечення можливості з боку громадян звертатися до суду проти будь-яких дій чи рішень суб'єктів влади. Адміністративна юстиція є, таким чином, неодмінним атрибутом будь-якої правової держави, яка ставить найвищою соціальною цінністю людину, її права, честь і гідність.

Проголосивши себе соціальною державою, Україна поклала на органи публічної влади обов'язок виконання низки функцій, спрямованих на забезпечення добробуту громадян, покращення матеріальних та соціальних умов їх життя. Необхідною при цьому є наявність певної правової форми такої діяльності. Будь-яке рішення або діяльність органу влади має не тільки здійснюватись відповідно до норм, закріплених у законодавстві, а й базуватись на праві в цілому. Для цього дер-

жава також повинна мати реально діючий та ефективний механізм контролю за цією діяльністю, а також спосіб урівноваження юридичного становища владних і зобов'язаних суб'єктів, захисту прав фізичних і юридичних осіб від можливих зловживань із боку органів публічної влади.

Традиційно в цивілізованих державах таку функцію здійснюють адміністративні суди. В Україні Кодекс адміністративного судочинства набрав чинності 1 вересня 2005 року. З тих пір Україна не тільки посилила гарантії прав фізичних і юридичних осіб, а й фактично запровадила новий механізм оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб. До цього завдання захисту прав фізичних і юридичних осіб від таких порушень виконувалося за правилами цивільного або господарського судочинства, що не відповідало природі публічно-правових спорів, а відтак — не могло повною мірою виконувати необхідні функції. Порядок вирішення публічно-правових спорів, що встановлений Кодексом адміністративного судочинства України, натомість передбачає додаткові гарантії захисту прав, свобод та інтересів осіб. Серед них — покладення на відповідача — суб'єкта владних повноважень обов'язку доказування правомірності своїх рішень, дій та бездіяльності, процедури невідкладного розгляду адміністративної справи, активна роль суду в збиранні доказів у справі.

Особливості адміністративного судочинства обумовлені його завданнями і предметом, що вирізняють його з-поміж інших видів судочинства. Однією з таких особливостей є суб'єктний склад учасників процесу. Саме на адміністративні суди покладаються розгляд і вирішення публічно-правових спорів, де однією стороною виступає фізична або юридична особа, а другою — орган державної влади, орган місцевого самоврядування, їхні посадові чи службові особи, інші суб'єкти публічної влади при здійсненні ними управлінських функцій на основі законодавства, у тому числі на виконання делегованих повноважень. Ця особливість обумовлюється насамперед публічним характером відносин, які породили той чи інший правовий спір, винесений на розсуд адміністративного суду. Отже, для того щоб зрозуміти механізм та спрямованість адміністративного судочинства, необхідно насамперед усвідомити природу й характер публічно-правового спору, особливості правового статусу його суб'єктів.

Слід зазначити, що навряд чи це питання є на сьогодні достатньо дослідженим у літературі. Незважаючи на значну увагу до питань

правового статусу учасників судового процесу, тема визначення публічно-правового спору в цілому є на сьогодні недостатньо розробленою. Серед інших досліджень можна окремо виділити праці Ю. П. Битяка, С. В. Ківалова, Ю. О. Тихомирова¹. У той час як у галузевих науках проблема правової природи окремих видів правових спорів досліджується досить активно, на загальнотеоретичному рівні питання сутності правового спору не отримало необхідного концептуального осмислення.

Недостатня кількість досліджень, присвячених проблемам публічно-правового спору, обумовлюється, на наш погляд, кількома причинами. Перш за все слід погодитись із тим, що поширеним є розуміння правового спору як негативного правового явища, яке неодмінно пов'язано з правопорушенням або перешкодою в реалізації права². Таке відношення накладало свій відбиток і на розуміння сутності публічно-правового спору. Далі тривалий час (особливо в радянській правовій доктрині) можливість існування адміністративно-правового спору як виду публічно-правових спорів узагалі не допускалась. Утім слід зазначити, що Д. М. Чечот, наприклад, характеризував адміністративну юстицію як порядок розгляду і вирішення в судовій процесуальній формі спорів у сфері адміністративного управління, які виникають між громадянами чи юридичними особами, з одного боку, і адміністративними органами — з другого³. На сьогодні ж негативний вплив на розвиток досліджень сутності публічно-правового спору пов'язаний також із науковою дискусією, що точиться у зв'язку із несприйняттям поняття «публічний» частиною представників правової науки в Україні. Найчастіше така позиція обґрунтовується значною змістовною невідзначеністю вказаного поняття, а також його невластивістю для нашої правової системи⁴.

¹ Адміністративне право : підручник / Ю. П. Битяк (кер. авт. кол.), В. М. Гаращук, В. В. Богуцький та ін. ; за заг. ред. Ю. П. Битяка, В. М. Гаращука, В. В. Зуй. – Х. : Право, 2010; Адміністративне процесуальне (судове) право України / співавт.: Л. Р. Біла, О. І. Бедний [та ін.] ; за заг. ред. С. В. Ківалова. – О. : Юрид. л-ра, 2007; Тихомиров Ю. А. Административное право и процесс: полный курс / Ю. А. Тихомиров. – М., 2001.

² Хлібороб Н. Є. Теоретико-правові аспекти сутності публічно-правових спорів [Електронний ресурс] / Н. Є. Хлібороб. – Режим доступу: http://www.nbu.gov.ua/portal/Soc_Gum/Dtr_pravo/2010_3/files/LA310_45.pdf, с. 2.

³ Чечот Д. М. Административная юстиция (теоретические проблемы) / Д. М. Чечот. – Л. : Изд-во ЛГУ, 1973.

⁴ Хлібороб Н. Є. Теоретико-правові аспекти сутності публічно-правових спорів [Електронний ресурс] / Н. Є. Хлібороб. – Режим доступу: http://www.nbu.gov.ua/portal/Soc_Gum/Dtr_pravo/2010_3/files/LA310_45.pdf

Разом з тим сьогодні дедалі частіше правовий спір розглядається як закономірне явище для демократичного суспільства, засіб захисту порушених прав, свобод та інтересів. Навряд чи слід наводити додаткові аргументи, щоб обґрунтувати таку позицію й відносно публічно-правового спору. Прагнення кожної сучасної цивілізованої держави до демократії, захисту прав і законних інтересів фізичних і юридичних осіб диктує необхідність не тільки визнання, а й якомога активнішого розвитку і поширення можливостей для захисту цих прав.

У науці немає єдності відносно того, що конкретно слід розуміти під правовим спором взагалі й публічно-правовим спором зокрема. Так, досить поширеним є формальний підхід, згідно з яким правовий спір виникає виключно після звернення одного із суб'єктів спору до суду і є суто процесуальним явищем. Інші конфлікти, що існують поза юрисдикційним процесом, не можуть згідно з формальним підходом визнаватися правовим спором, оскільки немає юридичних фактів, які б тягли за собою виникнення правового спору. Матеріальний підхід, натомість, є значно ширшим і заснований на позиції, що правовий спір — це певний вид матеріальних охоронних правовідносин між його суб'єктами, які виникають у зв'язку з протидією суб'єктів права в процесі реалізації своїх прав, свобод, інтересів. Правовий спір при цьому може бути врегульованим у судовому або позасудовому порядку. Ми приєднуємося до останньої позиції. На наш погляд, основою, визначальною характеристикою правового спору є саме наявність двох протилежно спрямованих інтересів учасників тих чи інших відносин. Так, скажімо, у податковому праві може виникнути спір між платником податків та податковим органом, який може бути вирішений шляхом судового або адміністративного оскарження. У останньому випадку очевидною буде наявність спору, але суд при його вирішенні участі не братиме.

В. Б. Авер'янов зазначає, що виникнення публічно-правового спору є відповідною правовою реакцією на конфліктну ситуацію, яка відображає сутність об'єктивних та суб'єктивних суперечностей, що склалися і виявляються в протистоянні сторін; це така ситуація, коли сторона правових відносин, які виникли у сфері виконавчої влади чи місцевого самоврядування, досягаючи поставленої мети, допускає вторгнення у реалізацію суб'єктивних прав іншої сторони або створює умови, за яких стає неможливою реалізація таких прав¹. Як бачимо,

¹ Науково-практичний коментар Кодексу адміністративного судочинства України / О. М. Пасенюк (кер. авт. кол.), О. Н. Панченко, В. Б. Авер'янов [та ін.] ; за заг. ред. О. М. Пасенюка. – К. : Юрінком Інтер, 2009.

науковець виділяє етап колізії правових вимог сторін, який є тільки початком публічно-правового конфлікту. Факт існування конфліктної ситуації сам по собі не породжує публічно-правовий спір. Останній виникає лише після вчинення юридично значущих дій, спрямованих на вирішення конфліктної ситуації, яка виникла в конкретних матеріальних правовідносинах, коли одна зі сторін приймає рішення просити допомоги і втручання третьої сторони, що зможе вирішити вказаний спір. Третьою особою при цьому може виступити як суд, так і інші особи (наприклад, Державна податкова адміністрація).

Схожу позицію висловлюють і інші вчені. Н. Є. Хлібороб зазначає, що публічно-правовий спір є наслідком виникнення правовідносин конкретного характеру «орган публічної влади (посадова особа) — невіддільний суб'єкт публічно-правових відносин», «орган публічної влади (посадова особа) — орган публічної влади (посадова особа)», «орган публічної влади — публічний службовець» конфліктного типу. Ці відносини є самостійними за своїм значенням і правовою природою, але похідними від неконфліктних правовідносин, у яких беруть участь багато різних суб'єктів публічних галузей прав¹. Виходячи з цього, слід наголосити, що неприпустимим є ототожнення публічно-правових відносин, у яких виник спір, та адміністративних процесуальних правовідносин, що виникають під час вирішення публічно-правового спору.

Чинне законодавство України не містить визначення публічно-правового спору. Разом з тим через поняття публічно-правового спору у Кодексі адміністративного судочинства дається інше поняття. Так, пункти 1, 4 та 5 ч. 1 ст. 3 КАС України визначають поняття адміністративної справи, адміністративного судочинства та адміністративного процесу:

«У цьому Кодексі наведені нижче терміни вживаються в такому значенні:

1) справа адміністративної юрисдикції (далі — адміністративна справа) — переданий на вирішення адміністративного суду публічно-правовий спір, у якому хоча б однією зі сторін є орган виконавчої влади, орган місцевого самоврядування, їхня посадова чи службова особа або інший суб'єкт, який здійснює владні управлінські функції на основі законодавства, у тому числі на виконання делегованих повноважень;

...

¹ Хлібороб Н. Є. Теоретико-правові аспекти сутності публічно-правових спорів [Електронний ресурс] / Н. Є. Хлібороб. – Режим доступу: http://www.nbu.gov.ua/portal/Soc_Gum/Dtr_pravo/2010_3/files/LA310_45.pdf.

4) адміністративне судочинство — діяльність адміністративних судів щодо розгляду і вирішення адміністративних справ у порядку, встановленому цим Кодексом;

5) адміністративний процес — правовідносини, що складаються під час здійснення адміністративного судочинства».

Так, публічно-правовий спір є предметом діяльності адміністративного суду, а адміністративним процесом є правовідносини, які складаються під час його розгляду і вирішення адміністративним судом. Як убачається, Кодексом адміністративного судочинства України закладено концепцію вузького розуміння адміністративного процесу як однієї з категорій правосуддя в адміністративних справах. Разом з тим навряд чи можна погодитися, що в розумінні Кодексу адміністративного судочинства України адміністративні процесуальні правовідносини — це відносини, які виникають під час розгляду та вирішення публічно-правового спору між адміністративним судом та іншим учасником адміністративного процесу¹. По-перше, складно уявити ситуацію, у якій між судом і іншим учасником процесу виникає спір. Суд згідно з гл. 5 Кодексу адміністративного судочинства України взагалі не є учасником процесу. По-друге, незрозумілим залишається, чому інший учасник адміністративного процесу зазначений в однині, адже згідно з Кодексом адміністративного судочинства сторін в адміністративній справі дві — позивач і відповідач. Якщо ж автор має на увазі, що учасників більше, ніж один, і, використовуючи конструкцію «іншим учасником», робить акцент на тому, що відносини виникають лише між судом і одним із учасників, залишається незрозумілим, з яких підстав.

З огляду на вищевикладене, ми пропонуємо розглядати публічно-правовий спір як різновид публічно-правових відносин, певний вид правового спору, якому притаманна низка специфічних ознак, що пов'язані насамперед із його публічною природою і дають змогу відокремити його від приватноправового спору. У приватноправових спорах предмет найчастіше обумовлений зацікавленістю особи в отриманні певного матеріального чи нематеріального блага, наприклад у стягненні суми боргу. У цьому випадку дві особи мають спір, що не

¹ Хлібороб Н. Є. Що таке публічно-правовий спір? [Електронний ресурс] / Н. Є. Хлібороб. – Режим доступу: <http://www.cdms.org.ua/index.php/uk/addressing-public-arguments-mn-ua/the-emergence-of-public-law-disputes-in-public-administration-activity-mn-ua/105-what-is-a-public-legal-dispute-art-ua.html?475c1c9d3fc293d10369444f94f309b9=a73f6a5104bf3cb6f3229256a63a01da>

виходить за межі їх приватного інтересу. Публічно-правовими, натомість, є спори, у яких оскаржуються рішення, дії чи бездіяльність суб'єктів публічних правовідносин (суб'єктів владних повноважень, суб'єктів виборчого права тощо), де напряму зачіпається публічний, суспільний інтерес.

Проводити розмежування публічно-правового і приватноправового спору можна й за критерієм суб'єктного складу, і тут ми вже безпосередньо наближаємося до аналізу правового статусу суб'єктів публічно-правового спору. Разом з тим навряд чи можна обмежуватися виключно цим критерієм, адже велике значення при цьому має характер відносин, що породили виникнення правового спору. Так, між суб'єктом владних повноважень і фізичною та юридичною особою може виникнути й цивільно-правовий спір, що впливає, скажімо, з невиконання юридичною особою зобов'язань за договором поставки для Державної податкової служби. Разом з тим, коли зазначений орган вирішує питання про донарахування податку фізичним та юридичним особам, тобто про їх права та обов'язки, — це вже сфера публічних інтересів, а спір, що виникає з таких правовідносин, є публічно-правовим.

Жернаков М. К вопросу об определении публично-правового спора (налогово-правовой аспект)

Статья посвящена определению понятия публично-правового спора, его существенных характеристик. Осуществлен анализ подходов правовой науки к определению правового спора в целом и его признаков. Делается значительный акцент на роли административного судопроизводства, в рамках которого решаются публично-правовые споры, а также на его особенностях, обусловленных спецификой публичных отношений.

Ключевые слова: правовой спор, публично-правовой спор, административное судопроизводство.

Zhernakov M. On the definition of public law dispute (tax law aspect)

The article is devoted to defining the concept of public law dispute and its essential characteristics. The analysis of legal science approaches to the legal dispute as a whole and its attributes is made. The article contains considerable emphasis on the role of administrative proceedings in which public law disputes are settled, as well as its peculiarities caused by the specific public relations.

Keywords: legal dispute, public law dispute, administrative proceedings.

ПИТАННЯ СУДОУСТРОЮ

УДК 347.97/.99

Л. Москвич, доктор юридичних наук, доцент кафедри організації судових та правоохоронних органів Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», провідний науковий співробітник сектору дослідження проблем судової діяльності ІВПЗ НАПрН України

Концепція оцінки ефективності судової системи

Удосконалення судової системи належить до пріоритетних завдань у становленні реальної демократії в суспільстві. Однак неможливо отримати адекватне уявлення про стан судової системи, наявні проблеми, які необхідно вирішити шляхом судової реформи, без проведення виміру якості функціонування існуючих судових інституцій. Зважаючи на проведення в Україні судової реформи, спрямованої на удосконалення судової системи, це питання набуває особливої актуальності. Цей напрям лише починає обговорюватись у практичній і науковій площині. Утім існує певний досвід інших країн, враховуючи який, не повторюючи їх помилок чи зайвих кроків, можна опрацювати оптимальну модель оцінки якості національної судової системи.

З нового тисячоліття розпочато декілька проектів, завданням яких є визначення опрацювання системи оцінювання якості тієї чи іншої сфери судової діяльності. Перші кроки в напрямі розробки та реалізації комплексних систем судової якості зробили американська, фінська та нідерландська судові спільноти.

Крім ініціатив окремих країн щодо розробки систем якості, і на міждержавному рівні виявляється тенденція сприяння якості судової системи та судів. Наприклад, у 2004 р. Комітет Європейського парламенту вказав на потребу у створенні хартії якості кримінального судо-

чинства. На рівні Ради Європи почала діяти спеціальна робоча група Європейської комісії з ефективності правосуддя (CEPEJ), а в рамках діяльності Європейської мережі судових рад (ENCJ) створено робочу групу з питань «менеджменту якості».

Утім особливої уваги заслуговує створення на початку 2007 р. *Консорціуму Досконалого Суду*, до складу якого увійшли експерти зі Сполучених Штатів, Європи, Австралії та Сингапуру. Натхненні ініціативами з якості, реалізованими у власній країні, та досвідом запровадження моделей судової якості в інших країнах, експерти поставили собі за мету розробку рамкової системи цінностей, понять та інструментів, за допомогою яких суди в усьому світі можуть добровільно оцінити і поліпшити якість власного судочинства та судового адміністрування. Вже в 2008 р. експертами Консорціуму було опубліковано «Рамкову Схему Досконалого Суду», яка являє собою ресурс для оцінювання якості функціонування суду у семи деталізованих сферах судової досконалості: 1) адміністрування суду та лідерство; 2) судові політики; 3) людські, матеріальні та фінансові ресурси; 4) судові провадження; 5) потреби та задоволеність клієнтів; 6) фінансово та територіально доступні судові послуги; 7) авторитетність та громадська довіра. На думку авторів, запропонована схема повинна допомогти судам на різних континентах реалізувати заходи щодо вдосконалення якості судових послуг.

В *Україні* також вже почали вивчати та впроваджувати ті сучасні методи, практики та процеси, які для судів у країнах із розвинутою демократією вже є повсякденними та звичайними. Багато міжнародних проектів працюють у цих напрямках, допомагаючи українським судам оптимізувати робочі процеси та вдосконалити свою роботу. Суттєвою проблемою в цій площині є те, що в нашій державі фактично застосовуються лише ті підходи, що були визначені ще за радянських часів: оцінка роботи суддів та судів за кількістю скасованих чи змінених рішень, скарг чи дисциплінарних проваджень тощо. Певною новацією, заснованою на поєднанні як українських традицій, так і кращого світового досвіду, за сприяння Агентства США з міжнародного розвитку (USAID) «Україна: верховенство права» було проведення у 2008 і 2009 рр. у 15 судах у різних регіонах України оцінювання якості окремих аспектів функціонування судів за допомогою карток громадського звітування. Така методологія хоча і базувалася на використанні традиційного для соціологічних досліджень методу опитуван-

ня, за своїм завданням та організацією відрізнялася від наукових соціологічних досліджень. Фактично була апробована форма громадського контролю за якістю функціонування судової системи. У межах пілотного проекту були запропоновані сім вимірів якості: 1) територіальна доступність суду; 2) зручність та комфортність перебування у суді; 3) повнота, доступність та ясність інформації; 4) прийнятність платежів; 5) дотримання термінів судового розгляду; 6) сприйняття роботи працівників апарату суду; 7) сприйняття роботи судді. Слід зазначити, що метою опитування було лише оцінити рівень задоволеності громадян окремими аспектами функціонування судів. Оцінити ж ступінь відповідності якості судової системи в цілому можна тільки за умови застосування комплексного наукового підходу, який ґрунтуватиметься на Стандартах якості національної судової системи, в яких будуть ураховані всі аспекти, пов'язані з повсякденним функціонуванням судів.

Отже, на наш погляд, для запропонування практиці дієвого механізму комплексної оцінки ефективності судової системи необхідно вирішити два основних питання: а) якими є умови ефективного функціонування судової системи і за якими критеріями можна здійснити їх вимір та б) яку методологію слід використати для оцінки рівня ефективності судової системи?

I. Умови і критерії ефективності судової системи. Використання зазначеної термінології вимагає конкретизування їх визначення. «Умови» — це сфери взаємовідносин, у яких судова система бере участь. Кожна умова характеризується за допомогою «критеріїв», які фактично є операціональним (або технологічним) формулюванням зазначених стандартів. Критерії ефективності судової системи конкретизуються «індикаторами», які роблять можливим їх оцінку й визначення і які розкриваються через систему «показників» — реальних даних, що роблять можливим вимір і визначення проявів і проблем організації й функціонування судової системи. Через «способи оцінки» визначаються суб'єкти і сфера оцінювання, методи отримання інформації, шляхи подальшого використання цієї оцінки.

Для забезпечення комплексної оцінки ефективності функціонування судової системи пропонуємо такі сфери: 1) побудова судової системи; 2) судова процедура; 3) кадровий склад суду; 4) управління судовою системою; 5) соціальна ефективність суду. Система критеріїв не повинна бути дуже розгалуженою, а включати лише ті, що здійснюють визначальний вплив на оцінку якості функціонування суду.

Зокрема, ефективність обраної моделі побудови судової системи може бути оцінена за чотирма критеріями:

1) інституційна, фінансова, процесуальна і суб'єктивна доступність суду. До індикаторів інституційної доступності суду віднесені територіальна наближеність до потенційних клієнтів, пристосованість будівлі суду до відвідування її значною кількістю осіб і здатність надати якісну судову послугу. За показники може бути використана інформація про: а) зручність розташування суду; б) можливість подання заяви про порушення будь-якого права до найближчого суду; в) пристосованість судового приміщення для комфортного перебування в ньому, особливо осіб із обмеженими можливостями; г) достатність кількості судів для забезпечення розгляду судової справи в розумні строки; д) механізми розв'язання правової суперечки альтернативним способом. Індикаторами фінансової доступності суду є економічна обґрунтованість розміру судового збору й механізм оцінки його реальності й необтяжливості для клієнта. Як показники фінансової доступності суду можуть бути використані такі дані: а) чи є розмір судових витрат таким, що не становить реальної перешкоди для звернення до суду; б) чи передбачено в державі механізм звільнення особи від сплати судових послуг, надання відстрочки або розстрочки в їх сплаті; в) чи запроваджено інститут судового страхування на випадок неможливості сплатити послуги суду. Індикаторами процедурної доступності суду є компетентність суду, універсальність його юрисдикційних повноважень; механізм звернення до суду та оскарження його актів. Індикатор суб'єктивної доступності суду визначається за показниками доступності як інформації щодо процедури судового провадження, так і професійної правової допомоги;

2) інституційна, економічна і суб'єктивна незалежність суду. Інституційна незалежність суду передбачає оцінювання співвідношення управлінських процесів у судовій системі і принципу незалежності судової влади. За показники можуть бути використані: а) механізм організаційно-правового забезпечення функціонування судів; б) порядок їх утворення й ліквідації; в) процедура добору суддівських кадрів; г) процедура призначення на адміністративні посади в судах; д) контроль за якістю судових рішень; е) спосіб прийняття рішень щодо розв'язання проблем управлінського характеру в судах та ін. Економічна незалежність полягає в механізмі належного фінансування судової системи, її показниками є: а) пов-

нота нормативно-правового врегулювання механізму фінансування судової системи; б) матеріально-технічне устаткування судів і в) рівень матеріального забезпечення потреб суддів і працівників судового апарату. Суб'єктна незалежність характеризує гарантії правового статусу суддів. Її показниками можуть бути: а) об'єктивність процедур призначення на посаду судді і звільнення з неї; б) конкурсність процедури добору суддівських кадрів; в) гарантії незмінюваності з посади судді; г) особлива процедура притягнення суддів до відповідальності; д) система гарантій, що унеможливають тиск на носіїв судової влади;

3) зовнішня і внутрішня судова спеціалізація. Поглиблене дослідження першого інституту показало, що класичної моделі побудови спеціалізованих судів у світі не існує. Головне — це механізми поділу компетенції між судами спеціалізованої й загальної юрисдикції і розв'язання колізій юрисдикцій. Показники досконалості обраної моделі спеціалізації судів: а) сприйняття державою інституту спеціалізованої юрисдикції; б) обсяг навантаження на суди спеціалізованої юрисдикції; в) механізм розв'язання конфліктів щодо підсудності справ; г) надання найвищому суду достатніх повноважень щодо інтегрування (об'єднання) функції правозастосування у спеціалізованих судах. Інститут спеціалізації суддів (внутрішня спеціалізація) спрямовано на підвищення компетентності судді при розгляді справ, що позитивно відбивається на скороченні строків і якості вирішення справ. Ось чому оцінка успішності його реалізації може бути використана як показник ефективності судової системи, що охоплює: а) запровадження в судах інституту внутрішньої спеціалізації; б) діяльність усталеної чи мобільної форми спеціалізації; в) здійснення роботи з поглиблення спеціалізації суддів; г) організацію підготовки суддів відповідно до майбутньої спеціалізації;

4) стабільність судової системи, що може бути оцінена за трьома індикаторами: а) стійкість судової системи; б) стабільність судової практики; в) стабільність судового рішення. Стійкість судової системи розглядається як властивість зберігати динамічну рівновагу із зовнішнім середовищем і як здатність до змін та адаптації. Основні її показники: а) стабільність правової визначеності (стабільність законодавства про судоустрій, усталеність організаційної структури); б) цілісність (єдність засад і цілей судочинства, механізм судового управління); в) стійкість функціонування (належна ресурсозабезпеченість і самоврядування).

Стабільність судової практики — це реалізація стандарту передбачуваності рішень судів, тобто вони мають відповідати закону й додержуватися усталеної судової практики. Значно підсилює цей індикатор визнання за судовими рішеннями найвищого суду значення судового прецеденту. Показниками такої стабільності можуть бути як кількісні, так і якісні дані, а саме: а) кількість змінених і скасованих судових актів найвищою судовою інстанцією; б) запровадження у країні інституту самостійного виправлення судових помилок найвищим судом; в) забезпечення судового контролю за якістю судових рішень; г) передбачувані механізми формування єдиного праворозуміння суддів тощо.

Стабільність судового рішення включає три основних аспекти: а) обов'язковість судового рішення, яке набуло законної сили; б) неприпустимість повторного розгляду справи, щодо якої воно вже винесено; в) право на виконання судового рішення. Кількісні і якісні показники стабільності судового рішення: а) відсоток виконаних судових рішень, що набули законної сили; б) своєчасність їх реалізації; в) ефективний механізм виконання судових рішень; г) ефективний контроль за їх реалізацією; д) належне забезпечення прав і законних інтересів сторін виконавчого провадження і третіх осіб при здійсненні виконавчих дій та ін.

Для оцінки судової процедури пропонується три критерії:

1) справедливість судового розгляду, що можна оцінювати за двома індикаторами — справедливість судової процедури і судового рішення. Основними показниками справедливості судового розгляду можуть виступати: а) рівність (недопущення будь-яких обмежень для осіб, які звертаються до суду, за такими ознаками, як майновий стан, освіта, мова, належність до певної соціальної групи тощо; однакові процесуальні права громадян у суді; застосування до них існуючих норм матеріального права й однакові правила судочинства та ін.); б) об'єктивність (забезпечення суб'єктивної безсторонності складу суду, гарантування його об'єктивної неупередженості; запровадження інституту відсторонення судді від справи у випадку сумніву в його незаінтересованості у справі); в) чесність (належна судова процедура; рівний доступ учасників судового розгляду до судової інформації; додержання принципу публічності судового процесу та ін.).

Справедливість судового рішення визначається тим, наскільки воно є законним і обґрунтованим, відповідає нормам соціальної моралі, очікуванням установаження справедливості, захисту чи поновленню

порушених прав, відповідальності винних у їх порушенні тощо. Пропонується використовувати такі показники якості судового рішення, як законність, справедливість, належна вмотивованість, юридична грамотність, придатність до виконання;

2) неупередженість судового розгляду. Для його виміру пропонується використовувати такі індикатори й показники: а) неупередженість суб'єктивну (передбачення інституту відводу судді та вимог щодо несумісності посади судді з іншими видами діяльності); б) неупередженість об'єктивну (недопущення процесуального суміщення різних функцій в одному судовому органі, запровадження інституту оскарження судового рішення до іншої судової інстанції, забезпеченість умов публічності процедури судового розгляду);

3) своєчасність судового розгляду може бути визначена за такими індикаторами: а) оптимальність строку судового розгляду, встановленого для організації роботи суду; б) належні організаційні заходи суду; в) оперативність призначення дати початку слухання; г) додержання строків судового розгляду. Для оцінки своєчасності останнього пропонуються такі виміри, як показники тривалості: підготовки справи до слухання; слухання справи; набуття судовим рішенням законної сили і виконання судових рішень.

Оцінити якість кадрової політики із забезпечення судової системи можна за двома критеріями:

1) професіоналізм суддів. Для його виміру пропонуються такі індикатори: а) відбір кандидатів на посаду судді на підставі їх відповідності професійно важливим якостям; б) система професійного навчання суддів; в) контроль за їх профпридатністю; г) механізм самоочищення суддівського корпусу від професійно непридатних суддів. Якісними показниками професійної непридатності судді можуть бути: а) значна кількість скасованих або змінених вищою інстанцією судових рішень, постановлених за його головуванням; б) систематичне порушення службової дисципліни; в) регулярне надходження скарг щодо його професійної поведінки або недотримання норм суддівської етики у поводженні з учасниками процесу; г) інформація щодо його аморальної поведінки у приватному житті;

2) професіоналізм працівників апарату суду, його індикаторами можуть бути: а) кваліфікаційні вимоги; б) належна спеціальна підготовка; в) контроль за рівнем професійної компетентності службовців апарату суду. Як показники пропонуються стандарти компетентності працівника апарату суду і його професійної культури.

Ефективність запровадженої моделі судового управління може бути оцінена за двома критеріями:

1) управління судовою системою в цілому. Його індикаторами можуть бути механізми фінансового, матеріально-технічного, кадрового, інформаційного та іншого забезпечення судової системи. За показники можуть бути використані такі дані: а) цілісність системи судового управління; б) відповідність її організації й діяльності принципам ефективного управління; в) спроможність системи управління забезпечити судову систему належними ресурсами; г) здатність системи судового управління своїми управлінськими рішеннями підвищувати якість судових послуг; д) достатність у цієї системи повноважень оперативно впливати на організацію й функціонування судової системи; е) механізм контролю за ефективністю діяльності системи судового управління; ж) запровадження інститутів автоматизації процесу в системі судового управління; и) налагодження зворотного зв'язку між системою судового управління й окремими елементами судової системи;

2) судове адміністрування, як його показники пропонуються: а) система критеріїв профдобору кандидатів на адміністративні посади в судах; б) механізм оцінки професійно важливих якостей голів судів, їх заступників, керівників апарату суду; в) спеціальна програма підготовки осіб, призначених на адміністративні посади в судах.

Соціальна ефективність суду може бути оцінена за трьома критеріями:

1) суспільний авторитет суду. Для виміру рівня суспільного авторитету суду можуть бути використані якісні показники (універсальність юрисдикції суду, альтернативність урегулювання правових суперечок, рівень транспарентності судової влади) і кількісні (статистична інформація щодо кількості звернень до суду за розв'язанням правового конфлікту, індикатори виконання судових рішень — добровільно і за державним примусом);

2) довіра до суду. Рівень довіри суспільства до суду є об'єктивним виразом громадської думки щодо ефективності функціонування судової системи. За його показники можуть бути використані дані соціологічних опитувань різних зрізів соціальних груп: а) пересічних громадян; б) учасників судового процесу; в) адвокатів і прокурорів, які підтримують державне обвинувачення в судах; г) службових осіб апарату судів і професійних суддів;

3) соціальна відповідальність суду — форма зв'язку між судом і суспільством, що має два діалектично взаємопов'язаних аспекти — позитивний (відповідальність за наслідки своїх рішень) і ретроспективний (відповідальність за судові помилки). Об'єктивний складник соціальної відповідальності суду полягає в тому, що останній отримує свій конкретний соціальний зміст лише через своє ставлення до певних цілей і завдань суспільного розвитку. Суб'єктивний складник — це відчуття відповідальності перед суспільством, властивість характеру особистості судді відповідати за власні вчинки й дії. Тому показники соціальної відповідальності суду — це в основному наявність: норм щодо відповідальності суду за неправове рішення; ефективного механізму притягнення суддів до дисциплінарної відповідальності; механізму контролю за відповідністю особистісних якостей судді уявленням членів суспільства про добропорядність носіїв судової влади.

II. Методологія оцінки ефективності судової системи. При опрацюванні методології оцінювання ефективності судової системи в Україні потрібно вирішити проблеми концептуального й технологічного характеру. До *перших* належать проблеми розробки допустимого інструментарію оцінки з урахуванням особливостей природи судової системи; до *других* — визначення способу отримання адекватних даних, процедури оцінювання, алгоритму поєднання кількісних і якісних методів.

Основними ж методами отримання даних при оцінці ефективності судової системи можуть бути: самооцінка; опитування; оцінка групою експертів; аналіз статистичних даних; соціально-правовий експеримент.

1. *Самооцінка.* Зміст цього методу полягає в самооцінюванні судовою системою ефективності своєї діяльності. Оцінка може здійснюватися Верховним Судом України — щодо функціонування судової системи в цілому, Вищими спеціалізованими судами — стосовно ефективності функціонування окремих гілок системи, окремим судом — судьями й адміністративним апаратом. Безумовно, отримані результати будуть суб'єктивними, але в цілому можуть стати обґрунтованим базисом для подальшої оцінки якісних критеріїв.

2. *Опитування* є традиційним соціологічним методом. Залежно від спрямованості, тобто визначеного критерію дослідження, можна визначити цільову аудиторію цієї процедури: а) широка (випадкове

опитування членів суспільства незалежно від наявності будь-якого досвіду контактування із судовою системою); б) специфічна (в опитуванні беруть участь особи з певним професійним досвідом контактування із судом — адвокати, прокурори, правозахисники); в) обмежена (в опитуванні задіяні особи, які мають певний досвід спілкування із судом — учасники судового процесу). Отримані дані дозволять оцінити соціальну успішність суду як учасника суспільно-правових відносин, тобто соціальну ефективність судової системи. Їх аналіз дозволить скоригувати судову політику, запровадити низку заходів, спрямованих на підвищення соціального статусу суду, іміджу судової влади в цілому.

3. *Оцінка групою експертів.* Метод експертного оцінювання ефективності судової системи ґрунтується на висновках спеціалістів-юристів, які мають високий професійний і науковий рівень і значний досвід практичної діяльності. Вимір ефективності суду може бути здійснено на підставі алгоритму отримання експертної оцінки, що включає такі етапи: а) роз'яснення експертам змісту критерію якості функціонування суду, змісту його показників; б) роз'яснення експертам обраної системи оцінювання, тобто системи балів, за якими оцінюється рівень ефективності суду за обраним критерієм; в) перевірка рівня розуміння експертами поставлених перед ними завдань; г) обробка результатів експертного оцінювання, визначення ступеня об'єктивності й достовірності отриманих даних.

4. *Статистичні дані.* Найчастіше об'єктом статистичного аналізу постає судова практика: її кількісні та якісні показники, ефективність впливу на різні сфери соціальної реальності. Статистичний метод аналізу судової практики дозволяє виявити найпоширеніші недоліки при підготовці суддею процесуальних рішень, і як наслідок — сформулювати методичні рекомендації з покращання цього аспекту судової діяльності. Водночас судова практика не містить інформації про умови, за яких проходило судове засідання, рівень професійної підготовки судді тощо. Крім того, цей метод аналізу є досить нерепрезентативним, оскільки дослідження судової практики є вибіркоvim, несистематичним і не дозволяє оцінити дані про весь комплекс її проблем.

Значно повнішу інформацію щодо якості функціонування суду надають дані аналітичної і статистичної звітності, що офіційно ведеться судовою системою. Зокрема, зазначені дані дозволяють оцінити ефективність діяльності судів різних інстанцій, додержання строків

судового розгляду, склад кадрового потенціалу судової системи, завантаженість суддів, рівень фінансового й організаційного забезпечення останньої та ін.

5. *Соціально-правовий експеримент.* Яскравим прикладом оперування методом соціально-правового експерименту є створення модельних судів. Головною засадою запровадження цього експерименту є створення концептуально нових підходів до організації діяльності суду, його адміністрування, кадрової політики, інформаційно-аналітичної роботи, підвищення кваліфікації працівників суду та інших ключових питань. Основною метою є досконале вивчення ефективності новаторських методів організації й функціонування судів, виявлення позитивного й негативного досвіду, їх аналіз, кореляція даних і поширення позитивних результатів на діяльність усієї судової системи. Даний метод дозволяє задіяти окремі реформаторські підходи на певному суді, проаналізувати їх ефективність порівняно з діючою практикою і лише у випадку отримання позитивного результату поширити їх на загальнонаціональному рівні. За такого підходу зберігаються значні матеріальні й організаційні ресурси, ризик же тактичних помилок у реформуванні судової системи знижується.

Таким чином, вищезазначені методи оцінювання сприяють отриманню або об'єктивних даних, або більш-менш суб'єктивної інформації. З огляду на характер діяльності судів для отримання реалістичної й повної картини якості їх роботи треба використовувати ці методи в сукупності. Основною перевагою об'єктивних методів оцінки є те, що за їх допомогою можна отримати певну картину відповідності оцінюваного критерію ідеальному результату (стандарту). Однак вони не обов'язково здатні охопити весь критерій цілком, а тому не здатні повною мірою сприяти опрацюванню шляхів поліпшення показників за певним критерієм.

Отже, запровадження механізму виміру ефективності судової системи є можливим за умов, якщо визначені: а) Стандарти якості судової системи України, у змісті яких виокремлені критерії ефективності й система їх показників; б) методика збирання, аналізу й оцінки інформації; в) склад експертної групи, яка здійснюватиме оцінювання якості судової системи; г) міра впливу кожного показника на її загальну ефективність; д) методологія співвідношення кількісних і якісних показників, кількісного з'ясування оціночних понять останніх.

Москвич Л. Концепция оценки эффективности судебной системы

Современные государства признали, что проведению реформ в сфере судебной власти должен предшествовать качественный анализ эффективности уже существующих институтов. В Украине пока подобной оценки не проводится. В статье изложена авторская концепция комплексной оценки эффективности судебной системы, внедрение которой в практику позволит повысить успешность проводимых реформ.

Ключевые слова: суд, судебная система, эффективность, оценка эффективности, критерии, индикаторы, методы.

Moskvich L. Conception of estimation of efficiency of the judicial system

The modern states confessed that in the field of department judicial the quality analysis of efficiency of already existent institutes must be preceded realization of reforms. In Ukraine while similar estimation not conducted. Authorial conception of complex estimation of efficiency of the judicial system introduction of that in practice will allow to promote success of the conducted reforms is expounded in the article.

Keywords: court, judicial system, efficiency, estimation of efficiency, criteria, indicators, methods.

УДК 347.97/99

В. Городовенко, кандидат юридичних наук, голова Апеляційного суду Запорізької області

Змагальність як вихідний принцип судової влади

Принцип змагальності є вихідною засадою, на якій побудована сучасна процедура судового розгляду справ. Змагальність пронизує всі стадії провадження у справі та є атрибутом сильної судової влади у демократичному суспільстві. У науковій юридичній літературі виділяють такі суттєві ознаки змагального процесу: а) наявність нейтрального й пасивного юрисдикційного органу — суду, який є безстороннім спостерігачем за дотриманням сторонами правил збирання, надання й дослідження доказів; б) рівність сторін у збиранні й наданні доказів суду; в) концентрація судової процедури на зіткненні протилежних доказів і аргументів, наданих сторонами, оцінку яким надає суд; г) наділення сторін по справі рівними правами й обов'язками щодо участі у процесі та відстоюванні своєї позиції¹.

Для вітчизняного судочинства класична модель змагальності є відносно новим явищем, сприйнятим після набуття Україною незалежності. Тому вивчення основних елементів вказаного принципу з урахуванням особливостей різних видів судочинства є актуальним, особливо в контексті триваючої судової реформи. У процесуальних галузях права змагальність набула досить детального дослідження², однак невіршеними залишається низка питань, пов'язаних із загальними умовами реалізації даного принципу. Отже, метою цієї статті є аналіз

¹ Див.: Бернхем В. Вступ до права та правової системи США / В. Бернхем. – К. : Україна, 1999. – С. 85–96; Гуценко К. Ф. Уголовный процесс западных государств / К. Ф. Гуценко, Л. В. Головкин, Б. А. Филимонов. – 2-е изд., доп. и испр. – М. : Зерцало-М, 2002. – С. 25–31.

² Див.: Комаров В. В. Состязательность в гражданском судопроизводстве // Проблемы науки гражданского процессуального права / В. В. Комаров, В. А. Бигун, В. В. Баранкова ; под ред. проф. В. В. Комарова. – Харьков : Право, 2002. – С. 160; Луспенник Д. Роль суду в цивільному змагальному процесі / Д. Луспенник // Юрид. журн. – 2004. – № 5. – С. 15–17; Николаева Л. А. Административная юстиция и административное судопроизводство: зарубежный опыт и российские традиции : сборник / Л. А. Николаева, А. К. Соловьева. – СПб. : Юрид. Центр Пресс, 2004. – С. 256; Строгович М. С. Курс советского уголовного процесса / М. С. Строгович. – М. : Наука, 1968. – Т. 1. – С. 148.

змісту й основних складових змагальності як вихідного принципу судової влади. Важливим при цьому є врахування європейських стандартів у цій царині.

Практика Європейського суду з прав людини щодо змагальності. Засади рівності сторін та змагальності у судовому процесі виведені Європейським судом із принципу верховенства права, який знаходить свій вираз у положеннях ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. (далі — Конвенція) щодо справедливого судового розгляду¹. Щодо принципу рівності сторін Європейський суд зазначає, що він поширюється як на справи про цивільні права та обов'язки, так і на кримінальні справи² та вимагає, щоб кожній зі сторін була надана розумна можливість представити свою справу у такий спосіб, що не ставить її в суттєво менш сприятливе становище порівняно з опонентом³. Принцип змагальності у практиці Європейського суду означає, що сторони у кримінальному чи цивільному процесі мають право ознайомлюватися з усіма доказами чи зауваженнями, залученими до справи, коментувати їх⁴.

До інших умов забезпечення змагальності та рівності сторін Європейський суд відносить: обов'язок органів досудового слідства повідомляти стороні захисту про всі відомі їм виправдані та обвинувальні докази, які стосуються справи; право особи, що обвинувачується у вчиненні злочину, допитувати свідків обвинувачення або вимагати їхнього допиту, а також вимагати виклику і допиту свідків захисту на тих самих умовах, що й свідків обвинувачення як на досудовому слідстві, так і в судових стадіях провадження; право підсудного на оскарження рішення суду у вищому суді; право підсудного на участь у судовому розгляді як у суді першої інстанції, так і при перегляді справи

¹ Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод 1950 року // Офіц. вісн. України. – 1998. – № 13. – С. 270–302.

² Де Сальвіа М. Прецеденты Европейского суда по правам человека. Руководящие принципы суд. практики, относящейся к Европ. конвенции о защите прав человека и основных свобод: Судебная практика с 1960 по 2002 гг. / Де Сальвіа М. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2004. – С. 410.

³ Де Хас та Жіжсель проти Бельгії: Рішення Європ. суду з прав людини від 24.02.1997 р. // Укр. часоп. прав людини. – 1999. – № 1–2. – С. 232.

⁴ Вермелен проти Бельгії: рішення Європ. суду з прав людини від 20.02.1999 р. // Вибрані рішення Європейського суду з прав людини (1993–2002 рр.) : Пр. Львів. лаб. прав людини і громадянина НДІ держ. буд-ва та місц. самоврядування Акад. прав. наук України. Сер. II. Коментарі прав і законодавства. Вип. 3 / редкол.: П. М. Рабінович та ін. – Х. : Консум, 2003. – С. 179–181.

в апеляційному порядку¹. Дослідники діяльності Європейського суду зазначають, що він не аналізує засаду змагальності судового процесу крізь призму «активної» чи «пасивної» ролі суду, тобто він не аналізує, чи суд самостійно збирає докази у справі за власною ініціативою, чи вирішує справу лише на підставі наданих йому сторонами доказів. Тобто обрання форми судового процесу — слідчої чи змагальної — це питання національного законодавства. Для Європейського суду з огляду на вимоги Конвенції важливо, щоб сторони реально були наділені рівними і достатніми правами щодо відстоювання своєї позиції².

Законодавство України та практика його застосування. Змагальність судового процесу в національному законодавстві закріплена на конституційному рівні (ст. 129 КУ) й у всіх процесуальних кодексах і має свої особливості у кожному з видів судочинства³. Так, у цивільному і господарському процесі, в якому присутні дві сторони по справі й суд як орган правосуддя, цей принцип виражається насамперед у рівності прав сторін й створенні умов для того, щоб вони могли представити суду свою позицію по справі.

Так, відповідно до ст. 10 ЦПК України цивільне судочинство здійснюється на засадах змагальності сторін. Сторони та інші особи, які беруть участь у справі, мають рівні права щодо подання доказів, їх дослідження та доведення перед судом їх переконливості. Кожна сторона повинна довести ті обставини, на які вона посилається як на підставу своїх вимог або заперечень, крім випадків, встановлених цим Кодексом. Стаття 27 ЦПК України встановлює права та обов'язки сторін, які беруть участь у справі. При цьому підкреслюється рівність процесуальних прав і обов'язків сторін (п. 1 ст. 31 ЦПК України). Особи, які беруть участь у справі позовного провадження, для підтвердження своїх вимог або заперечень зобов'язані подати усі наявні в них докази, а також добросовісно здійснювати свої процесуальні права і виконувати процесуальні обов'язки⁴.

¹ Див.: Банчук О. А. Вимоги статті 6 Конвенції про захист прав і основних свобод до процедури здійснення судочинства / О. А. Банчук, О. Р. Куйбіда. – К. : ІКЦ «Леста», 2005. – С. 44–46.

² Де Сальвіа М. Прецеденты Европейского суда по правам человека. Руководящие принципы суд. практики, относящейся к Европ. конвенции о защите прав человека и основных свобод: Судебная практика с 1960 по 2002 гг. / Де Сальвіа М. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2004. – С. 432–465.

³ Конституція України від 28.06.1996 р. // Відом. Верхов. Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

⁴ Цивільний процесуальний кодекс України // Відом. Верхов. Ради України. – 2004. – № 40–41, 42. – Ст. 492.

Прикметно, що роль суду не можна охарактеризувати як повністю пасивну, оскільки згідно з п. 4 ст. 10 ЦПК України він сприяє всебічному і повному з'ясуванню обставин справи: роз'яснює особам, які беруть участь у справі, їх права та обов'язки, попереджує про наслідки вчинення або невчинення процесуальних дій і сприяє здійсненню їхніх прав у випадках, встановлених цим Кодексом. Окрім того, суд залучає відповідний орган чи особу, яким законом надано право захищати права, свободи та інтереси інших осіб, якщо дії законного представника суперечать інтересам особи, яку він представляє (п. 3 ст. 11 ЦПК України). Активності суду також сприяють правила оцінки доказів. Так, відповідно до ст. 213 ЦПК України суд оцінює докази за своїм внутрішнім переконанням, що ґрунтується на всебічному, повному, об'єктивному та безпосередньому дослідженні наявних у справі доказів. Жоден доказ не має для суду наперед встановленого значення. Кожна сторона зобов'язана довести ті обставини, на які вона посиляється як на підставу своїх вимог і заперечень, крім випадків, встановлених законом. Докази подаються сторонами та іншими особами, які беруть участь у справі (пп. 1, 2 ст. 60 ЦПК України)¹.

Як справедливо відзначає Д. Луспеник, процесуальна активність суду реалізується в його ініціативних діях незалежно від волевиявлення осіб, які беруть участь у справі. Підставою для прояву такої ініціативи є пряма вказівка процесуального закону, його зміст або потреба, що виникла в ході розгляду справи і обумовлена завданнями цивільного судочинства (ст. 1 ЦПК України)². Відповідно до загальних положень про роль суду в змагальному процесі, що зазначені у ст. 10 ЦПК України, для організації змагального процесу суд: здійснює керівництво процесом; роз'яснює особам, які беруть участь у справі, їхні права та обов'язки; попереджає про наслідки вчинення або невчинення процесуальних дій; забезпечує додержання послідовності і порядку вчинення процесуальних дій, здійснення учасниками цивільного процесу їх процесуальних прав і виконання ними обов'язків; спрямовує судовий розгляд на забезпечення повного, всебічного та об'єктивного з'ясування обставин справи, усуваючи із судового розгляду все, що не має істотного значення для вирішення справи (ст. 160, ст. 167 ЦПК України). Ці загальні положення про роль та обов'язки суду розвиваються і конкре-

¹ Цивільний процесуальний кодекс України // Відом. Верхов. Ради України. – 2004. – № 40–41, 42. – Ст. 492.

² Луспеник Д. Роль суду в цивільному змагальному процесі / Д. Луспеник // Юрид. журн. – 2004. – № 5. – С. 16.

тизуються в ряді інших статей ЦПК через їх інструктивні, вказівні та забезпечувальні функції¹. Межі активності суду встановлені ст. 11 ЦПК України, згідно з якою суд розглядає цивільні справи в межах заявлених сторонами вимог і на підставі доказів осіб, що беруть участь у справі.

Адміністративне судочинство, пристосоване для захисту прав і сторін особи від порушень із боку державних органів, містить більше елементів активності суду. Про це свідчать насамперед норми КАС України, який проголошує принцип змагальності сторін, диспозитивності та офіційного з'ясування обставин справи. Так, подібно до цивільного судочинства, адміністративне провадження побудоване на засадах рівноправності сторін, свободи в наданні ними суду своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості, свободи оцінки суддею доказів по справі, ініціації судового провадження виключно за ініціативою сторін по справі, неприпустимості виходу судом за межі заявлених сторонами вимог (за загальним правилом). Однак уже тут починаються винятки. Відповідно до п. 2 ст. 11 КАС України суд може вийти за межі позовних вимог тільки в разі, якщо це необхідно для повного захисту прав, свобод та інтересів сторін чи третіх осіб, про захист яких вони просять. Окрім того, суд вживає передбачених законом заходів, необхідних для з'ясування всіх обставин у справі, у тому числі щодо виявлення та витребування доказів із власної ініціативи. Суд повинен запропонувати особам, які беруть участь у справі, подати докази або з власної ініціативи витребувати докази, яких, на думку суду, не вистачає (пп. 4, 5 ст. 11 КАС України)². У цьому саме виявляється сутність офіційного з'ясування обставин справи, яке певною мірою нагадує принцип об'єктивної істини в радянському судовому процесі. Науковці зазначають, що це є прямим обмеженням принципу змагальності, а також наголошують на інквізиційній природі цієї засади³. Безумовно, вони мають рацію, однак слід пам'ятати, що наявність такої правової конструкції є наслідком нерівності сторін в адміністративно-правових відносинах (держава в особі її органів і служ-

¹ Див.: Комаров В. В. Состязательность в гражданском судопроизводстве // Проблемы науки гражданского процессуального права / В. В. Комаров, В. А. Бигун, В. В. Баранкова ; под ред. проф. В. В. Комарова. – Харьков : Право, 2002. – С. 160.

² Кодекс адміністративного судочинства України // Відом. Верхов. Ради України. – 2005. – № 35–36, № 37. – Ст. 446.

³ Див.: Шевцова Н. В. Застосування принципів офіційності та диспозитивності в адміністративному судочинстві [Електронний ресурс] / Н. В. Шевцова. – Режим доступу: http://www.nbuv.gov.ua/portal/soc_gum/pib/2009_4/PB-4/PB-4_14.pdf. – Заголовок з екрана.

бовців завжди має пріоритет у відносинах із громадянином) і завданнями адміністративного судочинства (яке полягає у захисті прав, свобод та інтересів особи у її відносинах з адміністративним органом і перевірці законності актів управління)¹.

Класичну модель змагальності у кримінальному процесі запропонував видатний радянський процесуаліст М. С. Строгович. Змагальність, за його визначенням, є в тому, що суд розглядає справу за участю сторін — обвинувачення і захисту та при цьому всіма правами сторони користується обвинувачений чи підсудний. Сторони — прокурор, потерпілий, підсудний, захисник, а також цивільний позивач, цивільний відповідач і їх представники — наділені рівними процесуальними правами для відстоювання перед судом своїх вимог для заперечення, спростування вимог і тверджень другої сторони². На думку М. С. Строговича, функції сторін — обвинувачення та захисту — відділені від функцій суду, який у судовому розгляді не є стороною, а наділений керівною та вирішальною роллю³. Схожу позицію займає й американський дослідник В. Бернхем, підкреслюючи, що основним у принципі змагальної системи є те, що вона вимагає чіткого розмежування між активною функцією — розслідуванням та збиранням доказів і пасивною — розглядом доказів та прийняттям рішення у справі⁴. Вважаємо цю позицію найбільш аргументованою й доведеною.

Чинне кримінально-процесуальне законодавство не допускає суміщення одним і тим же суб'єктом функцій по захисту, обвинуваченню, розгляду і вирішенню справи. З метою недопущення порушення принципу законності та одним з елементів гарантії його дотримання законодавцем передбачено право відводу судді, народного засідателя (статті 54–56 КПК України), прокурора (ст. 58 КПК України), слідчого і особи, яка провадить дізнання (ст. 60 КПК України) та захисника

¹ Див.: Николаева Л. А. Административная юстиция и административное судопроизводство: зарубежный опыт и российские традиции : сборник / Л. А. Николаева, А. К. Соловьева. – СПб. : Юрид. Центр Пресс, 2004. – С. 256; Стариков Ю. Н. Административная юстиция. Теория, история, перспективы / Ю. Н. Стариков. – М. : НОРМА-ИНФРА-М, 2001. – С. 20.

² Строгович М. С. Курс советского уголовного процесса / М. С. Строгович. – М. : Наука, 1968. – Т. 1. – С. 148–150.

³ У вітчизняній науковій літературі немає однозначності у визначенні поняття процесуальних функцій, їх кількості, суб'єктів, що виконують конкретні функції, однак ми будемо дотримуватися класичної моделі, запропонованої М. С. Строговичем. Більш глибокий аналіз цього питання є предметом дослідження вчених-процесуалістів.

⁴ Бернхем В. Вступ до права та правової системи США / В. Бернхем. – К. : Україна, 1999. – С. 85.

(ст. 61 КПК України). Саме змагальність сторін, на думку деяких авторів, спонукає суд, прокурора, слідчого і особу, яка проводить дізнання, досліджувати обставини справи всебічно, повно та об'єктивно й неупереджено та ухвалювати законне і неупереджене рішення. Однак усі вчені й практики погоджуються з тим, що за чинним КПК України принцип змагальності найбільше виражений у судових стадіях провадження, а на етапі досудового розслідування справи він майже відсутній. До цього призводить активна роль прокурора на досудовому слідстві, широкі повноваження слідчих органів, і дуже обмежені — сторони обвинуваченого і його захисту. Захист не має права проводити власне розслідування по справі, усі процесуальні рішення на досудовому слідстві ухвалює особа, яка його провадить, роль адвоката у представленні інтересів підзахисного зводиться до присутності на провадженні слідчих дій, яку санкціонує слідчий, поданні клопотань, які також вирішує слідчий й оскарженні його дій та бездіяльності. Діючий порядок досудового розслідування відторгає захисника як активного учасника провадження, робить його роль фіктивною, зводить його повноваження до контролю за дотриманням процедури розслідування¹. Поширенню обвинувального ухилу досудового розслідування, яке є пережитком радянського кримінального процесу, сприяє й надання протоколам слідчих дій статусу офіційних доказів, рівнозначних із протоколом судового засідання та вироком суду.

Досить цікавим у цьому аспекті є досвід США, де розподіл процесуальних функцій на всіх стадіях кримінального провадження є більш вираженим, ніж у вітчизняному процесі. Цьому сприяє декілька чинників. По-перше, справи про тяжкі злочини і деякі цивільні справи розглядає суд присяжних, наявність яких вносить елементи змагання у процес розгляду справи, дисциплінує як сторону обвинувачення, так і сторону захисту. Обидві вимушені докладати всіх зусиль для того, щоб якомога краще представити свою правову позицію по справі. Цьому сприяють і правила допиту свідків та дослідження доказів, згідно з якими обидві сторони мають право ставити запитання по черзі, що підкреслює для суду їхні аргументи, допомагаючи їх порівняти та проаналізувати. По-друге, значному посиленню елементів змагальності сприяє допит слідчого, який вів досудове провадження у справі, як свідка, що дозволяє процесуальне законодавство у певних випадках.

¹ Див.: Шеховцов О. Розуміння змагальності в новому проекті КПК України [Електронний ресурс] / О. Шеховцов. – Режим доступу: <http://jurliga.ligazakon.ua/news/2011/10/12/50135.htm>. – Заголовок з екрана.

Під час такого допиту слідчий змушений «звітувати» перед судом про роботу, яка була ним проведена, а його перехресний допит сторонами обвинувачення й захисту дозволяє чітко виявити усі недоліки, неточності або помилки, допущені під час розслідування справи. Це положення закону, на нашу думку, сприяє підвищенню процесуальної відповідальності слідчого й служить вагомим стимулом для покращення його роботи. По-третє, ваговою гарантією змагальності є поділ процесуальної функції з вирішення справи й застосування матеріального кримінального закону між суддею, присяжними і органами пробації. Суддя під час розгляду кримінальної справи вирішує лише процесуальні питання, у вердикті присяжних розв'язується питання винуватості або невинуватості підсудного, а призначення покарання здійснюється органами пробації, які вивчають кримінальну справу, матеріали, які стосуються особи засудженого і на цій підставі вносять подання судді. Останній на спеціальному засіданні, керуючись висновками органів пробації, вирішує питання про міру покарання для засудженого. Отже, ідея полягає у тому, що застосування норм матеріального кримінального закону не є виключною прерогативою судді (як у вітчизняному процесі), у прийнятті цього рішення бере участь декілька органів і посадових осіб, що означає розподіл процесуальної відповідальності за засудження особи. Усі наведені правові конструкції призводять до високого рівня довіри суспільства до суду, а також винесення від 15 до 20 % виправдувальних вироків. Уважаємо, що деякі з викладених положень кримінального процесу США варто запозичити вітчизняному законодавству¹.

Проект КПК України заснований на принципово іншому підході до розподілу процесуальних функцій. Так, у ст. 23 Проекту, яка проголошує принцип змагальності, чітко визначена роль основних процесуальних фігур у справі вказується, що під час кримінального провадження функції обвинувачення, захисту та судового розгляду не можуть покладатися на один і той же орган чи службову особу. Повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального правопорушення, звернення із обвинувальним актом та підтримання державного обвинувачення у суді здійснюється прокурором. У випадках, передбачених КПК, повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального право-

¹ Див.: Бернхем В. Вступ до права та правової системи США / В. Бернхем. – К. : Україна, 1999. – С. 261–295; Гуценко К. Ф. Уголовный процесс западных государств / К. Ф. Гуценко, Л. В. Головкин, Б. А. Филимонов. – 2-е изд., доп. и испр. – М. : Зерцало-М, 2002. – С. 468–472.

порушення може здійснюватися слідчим за погодженням із прокурором, а обвинувачення може підтримуватися потерпілим, його представником. Захист здійснюється підозрюваним або обвинуваченим, його захисником або законним представником. Слідчому судді, суду забороняється виступати на стороні обвинувачення або захисту. Суд, зберігаючи об'єктивність та неупередженість, створює необхідні умови для реалізації сторонами їхніх процесуальних прав та виконання процесуальних обов'язків¹.

Також заслуговують на схвалення відміна Проектом інститутів порушення кримінальної справи, пред'явлення особі обвинувачення на досудовому слідстві, а також ідея про те, що до суду слідчий має направляти лише обвинувальний акт з одним тільки викладом фактичних обставин без вказівки на підтверджуючі їх докази. Чим менше буде документів, у яких говориться про винуватість особи, тим важче буде прокурору обґрунтувати цю винуватість перед судом. Таким чином, суддя не буде зв'язаний змістом обвинувального висновку, а сам вирішуватиме питання щодо належності і допустимості доказів. Характерно, що, визначаючи процесуальні джерела доказів, ст. 84 Проекту вже не вживає слово «протокол», тобто значення мають докази як об'єктивне явище, а не їх процесуальна форма. Якщо суддя буде керуватися такими нормами, можливо, і вдасться зробити кримінальне судочинство більш змагальним. Доцільною також є пропозиція ст. 94 Проекту про введення правила, що суд може ґрунтувати свої висновки лише на показаннях, які він безпосередньо сприймав під час судового засідання; суд не вправі обґрунтовувати судові рішення показаннями, наданими слідчому, прокурору, або посилатися на них. Також Проект має на меті забезпечити рівні можливості обвинувачення й захисту передовсім для виклику в суд свідків, подання документів, речових та інших доказів. Окрім того, усі найбільш важливі питання на досудовому розслідуванні буде вирішувати спеціальний слідчий суддя із досить широкими повноваженнями, що сприятиме розширенню судового контролю на цьому етапі провадження².

Уважаємо, досить ефективним буде введення стимулів для підвищення процесуальної відповідальності сторін по справі, особливо це стосується сторони обвинувачення (дізнавача, слідчого, прокурора).

¹ Проект Кримінального процесуального кодексу України, підготовлений Робочою групою з питань реформування кримінального судочинства при Президенті України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zib.com.ua/ua/3518.html>. – Заголовок з екрана.

² Там само.

Як відзначають практикуючі адвокати, останніми роками якість досудового слідства настільки знизилася, що захисник може добитись чого завгодно — скасування постанови про порушення кримінальної справи, направлення справи на додаткове розслідування, — крім розгляду справи по суті з постановленням виправдувального вироку¹. Стосовно слідчого, то необхідно викоринити практику службових розслідувань і притягнення до дисциплінарної відповідальності відповідних посадових осіб після винесення виправдувального вироку судом. Окрім того, діяльність слідчих органів має стати більш відкритою й зрозумілою для суспільства, для того, щоб унеможливити випадки насильницького «вибиття» показань, жорстокого поводження із ув'язненими, підозрюваними (обвинуваченими) по справі. Баланс між принципом таємниці слідства й підзвітності органів досудового розслідування має бути досягнений за рахунок підсилення суспільного контролю за компетентними органами. Перші кроки у цьому напрямі вже зроблені, — Президент України у вересні 2011 р. створив Комісію з питань попередження катувань, основними завданнями якої визначено: а) виявлення фактів катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження та покарання, внесення в установленому порядку Президентові України пропозицій щодо їх припинення і запобігання повторенню; б) участь у підготовці пропозицій щодо вдосконалення законодавства у сфері попередження катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження та покарання і внесення цих пропозицій у встановленому порядку Президентові України. До складу Комісії увійшли відомі правозахисники й представники неурядових організацій².

Також вважаємо за доцільне посилити процесуальну відповідальність прокурора за якість досудового розслідування, адже саме він у силу повноважень, покладених на нього ст. 121 Конституції України й ст. 227 КПК України, є ключовою фігурою на цих етапах кримінального провадження³. Заслуговеє на увагу ідея про організаційне поєд-

¹ Див.: Шеховцов О. Розуміння змагальності в новому проекті КПК України [Електронний ресурс] / О. Шеховцов. – Режим доступу: <http://jurliga.ligazakon.ua/news/2011/10/12/50135.htm>. – Заголовок з екрана.

² Про Комісію з питань попередження катувань [Електронний ресурс]: Указ Президента України № 950/2011 від 27.09.2011 р. // Офіційне Інтернет-представництво Президента України. – Режим доступу: <http://www.president.gov.ua/documents/14032.html>. – Заголовок з екрана.

³ Кримінальний процесуальний кодекс України // Відом. Верхов. Ради УРСР. – 1961. – № 2. – Ст. 15.

нання таких прокурорських функцій, як нагляд за додержанням законів органами, які проводять оперативно-розшукову діяльність, дізнання, досудове слідство, а також підтримання державного обвинувачення в суді в особі одного прокурорського працівника. На сьогодні ці дві функції прокуратури є відокремленими не лише в законі, а й в організаційному аспекті. В органах прокуратури їх здійснюють різні посадові особи, навіть відвідні відділи прокуратур різного рівня є відокремленими¹. Однак функція нагляду переує в часі функції підтримання державного обвинувачення в суді, яке спирається на результати досудового розслідування по справі, є його логічним результатом. Відповідно, якщо один прокурор здійснює нагляд по певній кримінальній справі, то він за логікою речей має виступати по ній і в суді з державним обвинуваченням, оскільки саме він найкраще обізнаний із матеріалами даної справи. Такий розподіл процесуальних функцій не лише сприятиме процесуальній економії, він також здатен підвищити ефективність роботи як органів досудового слідства, так і прокуратури.

Окрім того, законодавство має передбачати процесуальні можливості для виправдання обвинуваченого, що виключали б негативні наслідки для органів досудового розслідування, прокуратури і суду. Нині це питання стикається із «процесуальними показниками» роботи відповідних органів, практика застосування яких робить не вигідним виправдання особи у кримінальній справі навіть за відсутності належних і достатніх доказів. Отже, доцільно розглянути питання про відмову від такої «взірцевої» звітності, а зосередити роботу правоохоронних органів на захисті прав і свобод людини, поклавши саме це завдання в основу корпоративної звітності. Прокурор і слідчий не повинні вболівати за кількісні показники, а суддя має бути зацікавлений у виправданні невинуватої особи, оскільки цього вимагають Конституція України (ст. 62) та загальні завдання кримінального судочинства (ст. 2 КПК України).

Іншим засобом підвищення рівня змагальності у кримінальному процесі є зміна підходу до фіксації перебігу судового розгляду. Відповідно до ст. 87 КПК України основним засобом фіксації перебігу судо-

¹ У структурі Генеральної прокуратури, яка відтворюється в прокуратурах нижчого рівня, функціонує два підрозділи: Головне управління нагляду за додержанням законів при провадженні ОРД, дізнання та досудового слідства і Головне управління підтримання державного обвинувачення в судах (див.: Структура Генеральної прокуратури України [Електронний ресурс] // Генеральна прокуратура України: офіційний Інтернет-сайт. – Режим доступу: http://www.gp.gov.ua/ua/kersp.html?_m=publications&t=rec&id=93418. – Заголовок з екрана).

вого розгляду справи є протокол судового засідання. Повне фіксування судового процесу з допомогою звукозаписувального технічного засобу здійснюється на вимогу хоча б одного учасника судового розгляду справи або за ініціативою суду в суді першої чи апеляційної інстанції. У цивільному процесі вже декілька років успішно діє повна фіксація судового розгляду за допомогою звукозаписувальних технічних засобів. Із цього є лише один виняток, коли повна фіксація не здійснюється: у разі неявки в судове засідання всіх осіб, які беруть участь у справі, або у разі якщо відповідно до ЦПК України розгляд справи здійснюється судом за відсутності осіб, які беруть участь у справі. Фіксування судового засідання технічним засобом здійснює секретар судового засідання або за розпорядженням головуючого інший працівник апарату суду. Носій інформації, на який здійснювався технічний запис судового засідання (касета, дискета тощо), є додатком до журналу судового засідання і після закінчення судового засідання приєднується до матеріалів справи. При цьому за клопотанням особи, яка бере участь у справі, може бути за плату здійснено повне або часткове роздрукування технічного запису судового засідання за розпорядженням головуючого (ст. 197 ЦПК України).

Практика застосування відповідних положень ЦПК України засвідчила їх ефективність, оскільки секретар судового засідання не повинен здійснювати письмове нотування руху справи для протоколу, а працює із зручною комп'ютерною програмою, що значно полегшує його роботу. Секретар судового засідання заповнює лише журнал судового засідання, до якого долучається технічний носій із записом судового слухання (ст. 198 ЦПК України). Повна фіксація процесу є зручною і для сторін, адже вони мають доступ до матеріалів судового слухання в порядку, визначеному законом. Окрім того, фіксація процесу дисциплінує усіх його учасників, включаючи суд, які вимушені дотримуватися вимог процесуального законодавства. І нарешті, такий спосіб оформлення судової справи є зручним для судів вищих інстанцій, які в разі наявності сумнівів щодо дотримання законодавства мають змогу послухати безпосередній хід судового засідання. Усі ці положення в сукупності сприяють забезпеченню змагальності процесу, а тому мають бути в повному обсязі введені до кримінально-процесуального законодавства. Отже, положення п. 4 ст. 106 Проекту КПК, згідно з яким фіксування за допомогою технічних засобів кримінального провадження в суді під час судового провадження є обов'язковим, варто оцінити позитивно.

Із точки зору забезпечення змагальності кримінального процесу важливо також підняти морально-етичні аспекти діяльності органів досудового розслідування на більш високий рівень, ніж нині. Відповідно до Кодексу поведінки посадових осіб з підтримання правопорядку, прийнятого Генеральною Асамблеєю ООН 17 грудня 1979 р., працівники правоохоронних органів при виконанні своїх обов'язків зобов'язані поважати та захищати людську гідність, права людини, поважати закон і Кодекс, а також, використовуючи свої можливості, запобігати та припиняти порушення закону. Окрім того, Кодекс забороняє застосування тортур або інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують людську гідність, видів поводження та покарання (ст. 5), вимагає від посадових осіб забезпечувати повну охорону здоров'я затриманих (ст. 6) та зберігати в таємниці отримані при виконанні службових обов'язків конфіденційні відомості (ст. 4). Забороняється вчиняти акти корупції, необхідно всіляко перешкоджати таким актам (ст. 7)¹.

Вищенаведене стосується як співробітників органів прокуратури, так і органів досудового слідства. Для цього необхідно не лише ухвалювати законодавство, що підсилює дисциплінарну та кримінальну відповідальність відповідних посадовців, так і підвищувати вимоги до осіб, які претендують на зайняття цих посад. Як справедливо відзначає Л. М. Гуртієва, у цьому аспекті важливими є законодавча деталізація процедури проведення процесуальних (у т. ч. слідчих) дій, які мають примусовий характер і пов'язані з втручанням у приватне життя людини, а також встановлення санкцій за невиконання обов'язку посадової особи, у провадженні якої знаходиться кримінальна справа, забезпечення прав осіб, які беруть участь у справі².

Змагальність судового процесу в національному законодавстві закріплена на конституційному рівні (ст. 129 Основного Закону) й у всіх процесуальних кодексах.

У цивільному судочинстві елементами змагальності є: 1) участь сторін у процесі; 2) обґрунтування ними вимог і заперечень; 3) повноваження суду щодо забезпечення змагального процесу. Роль суду не можна охарактеризувати як повністю пасивну, оскільки згідно з п. 4

¹ Кодекс поведінки посадових осіб з підтримання правопорядку [Електронний ресурс] : прийнятий 17 грудня 1979 р. Генеральною Асамблеєю ООН. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_282. – Заголовок з екрана.

² Див.: Гуртієва Л. М. Етичні основи діяльності слідчого : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Л. М. Гуртієва. – Одеса : Б.в., 2008. – С. 15.

ст. 10 ЦПК України він сприяє всебічному і повному з'ясуванню обставин справи.

Адміністративне судочинство, пристосоване для захисту прав і сторін особи від порушень з боку державних органів, містить більше елементів активності суду. Відповідно до принципу офіційного з'ясування обставин справи суд може вийти за межі позовних вимог у разі, якщо це необхідно для повного захисту прав, свобод та інтересів сторін чи третіх осіб, про захист яких вони просять. Окрім того, суд вживає передбачених законом заходів, необхідних для з'ясування всіх обставин у справі, у тому числі щодо виявлення та витребування доказів з власної ініціативи (ст. 11 КАС України).

У кримінальному процесі певні елементи змагальності присутні на досудових стадіях провадження у справі, однак цей принцип найбільш повно виявляється під час судового розгляду. Суттєвою ознакою змагальності є чіткий розподіл основних процесуальних функцій захисту, обвинувачення, а також розгляду і вирішення справи судом. Проект КПК України передбачає суттєве посилення принципу змагальності на всіх стадіях кримінального процесу й значне розширення повноважень суду по контролю за органами досудового розслідування й процесуальному оформленню доказів по справі.

Городовенко В. Состязательность как ключевой принцип судебной власти

Автор анализирует содержание и основные элементы состязательности как ключевого принципа судебной власти из учета европейских стандартов в этой сфере. Изучаются процессуальные особенности реализации состязательности в разных видах судопроизводства, предлагаются пути усовершенствования соответствующего законодательства.

Ключевые слова: состязательность, принцип судебной власти, активность суда, распределение процессуальных функций.

Gorodovenko V. Adversary Trial as Fundamental Principle of Judiciary

The author analyses maintenance and basic elements of adversary trial as fundamental principle of judiciary. The review of the European standards in this sphere is presented. Basic aspects of adversary trial are studied and propositions to improve procedural legislation are made.

Keywords: adversary trial, principle of judiciary, activity of court, distribution of judicial functions.

ПИТАННЯ БОРОТЬБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ

УДК 343.7

Л. Демидова, кандидат юридичних наук,
доцент, доцент Національного універси-
тету «Юридична академія України імені
Ярослава Мудрого»

Кримінальний кодекс України як якісно-кількісна система (системно-функціональний підхід)

Визначальною рисою демократичної, правової, соціальної держави, якою прагне стати Україна, є наявність необхідного й достатнього державного забезпечення виконання й захисту прав, свобод і законних інтересів людини і громадянина. Необхідність і достатність визначаються рівнем розвитку суспільства й держави. Держава, насамперед в особі Президента й законодавчого органу влади — Верховної Ради України, мають створювати такі правові засоби управління суспільними процесами, яким притаманна не тільки управлінська ефективність, а й передусім відповідність загальнолюдським цінностям, їх зрозумілість для будь-якої людини, наукова обґрунтованість. Це стосується й національного законодавства про кримінальну відповідальність¹, яке має забезпечувати правопорядок у державі й повною мірою відповідати потребам практики боротьби із соціальними аномаліями у вигляді злочинів. Виконання цього завдання перш за все законодавцем потребує розробки системи вимог, які у своїй сукупності забезпечують належну якість законодавства як під час підготовки його проекту, так і у ході прийняття відповідного закону Верховною Радою України².

Постановка таких вимог до чинного КК України зумовлює дослідження законодавства про кримінальну відповідальність у системно-

¹ Згідно з ч. 1 ст. 3 КК України законодавство України про кримінальну відповідальність становить Кримінальний кодекс України (далі – КК або КК України).

² Див.: Демидова Л. М. Якість кримінального законодавства про заподіяння майнової шкоди: ознаки та критерії оцінки // Вісн. прокуратури. – 2011. – Вип. 3. – С. 49–56.

функціональному значенні — як якісно-кількісної системи. Спрямування наукового пізнання в цьому напрямі потрібно передовсім для вдосконалення законодавчого процесу й недопущення прийняття законодавчих новел, що руйнують КК. Це сталося, наприклад, при прийнятті парламентом 11 червня 2009 р. пакета антикорупційних законів, один із яких передбачав доповнення Особливої частини КК України новим розділом VII-A¹.

Підґрунтям для обрання тематики цієї статті є також результати аналізу норм КК, в яких передбачені суспільно небезпечні наслідки у виді майнової шкоди й непослідовність законодавця стосовно розрахункової одиниці, за допомогою якої визначається розмір шкоди, а також порядку запровадження цієї одиниці. На нашу думку, ці та інші проблеми внутрішньої узгодженості й наукової обґрунтованості КК доцільно розв'язувати у площині комплексного дослідження якості законодавства про кримінальну відповідальність і його кількісної визначеності. Оскільки якість і кількість перебувають у нерозривній діалектичній єдності, пропонований системний якісно-кількісний підхід до розуміння КК ще на стадії законотворчого процесу сприятиме вдосконаленню останнього. У зв'язку з обмеженістю обсягу цієї публікації зупинимося лише на окремих питаннях розглядуваної проблеми.

Вивчення юридичної літератури й судової практики дозволяє стверджувати, що, починаючи з XVIII ст., різним аспектам якості законодавства про кримінальну відповідальність (кримінального законодавства) були присвячені роботи таких відомих науковців у галузі права, як Ч. Беккарія, І. Бентам, Ф. Бекон.

До найбільш авторитетних наукових праць, у яких порушувалися найважливіші питання якості, слід також віднести роботу М. Д. Шаргородського «Уголовный закон» (1948 р.), яка є першим монографічним дослідженням проблем якості кримінального закону² в радянський період³. Монографія висвітлює доволі широке коло питань, які в сукупності характеризують якість КК в авторському розумінні.

Після виходу в світ цієї праці науковці майже 20 років, на жаль, не зверталися до проблеми якості КК на подібному рівні, хоча окремі її

¹ Цей Закон втратив чинність (див. Закон України від 21 грудня 2010 р., який був оприлюднений 5 січня 2011 р.).

² Під кримінальним законом розуміється кодифікований нормативно-правовий акт – Кримінальний кодекс.

³ Див.: Шаргородский М. Д. Уголовный закон / М. Д. Шаргородский. – М., 1948. – 311 с.

аспекти були предметом наукового інтересу багатьох правників¹. Лише в 70-х роках ХХ ст. автори деяких монографічних досліджень почали приділяти певну увагу ефективності законодавства й закону², а у 80-х роках спостерігається тенденція розгляду потенційної ефективності законодавства та його норм поряд із питаннями якості³. Вочевидь, саме в цей час виникла суспільна й політична потреба перейти від значної кількості прийнятих законодавчих актів до покращання їх якості⁴. Так, науковці зазначали, що недостатня ефективність боротьби зі злочинами значною мірою зумовлена серйозними недоліками самого кримінального закону. На підтвердження цієї думки дослідниками наведені дані Інституту держави і права АН СРСР, згідно з якими майже чверть усіх порушень законності пов'язані саме з недосконалістю законодавчих актів — їх неповнотою, незрозумілістю, протиріччям⁵.

¹ Див., наприклад: Волков Б. С. Об ответственности за уничтожение и повреждение государственного и общественного имущества / Б. С. Волков // Правоведение. – 1958. – № 3. – С. 99–102. У цій роботі акцентується увага на причинах практичних труднощів, що виникають при кримінально-правовій боротьбі зі злочинами та пошкодженням державного або громадського майна. Вони, на думку дослідника, пов'язані головним чином із застарілим чинним законодавством у частині боротьби з такими злочинами, яке не повною мірою відповідає завданням, визначеним для судово-слідчих органів щодо подальшого зміцнення соціалістичної законності (див.: там само. – С. 90); Смирнов В. Г. Новый этап в развитии уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик / В. Г. Смирнов // Правоведение. – 1959. – № 2. – С. 65–77. У цій праці автор використовує термін «действенность закона», а також визначає критерій її оцінки. Так, він зазначає, що «практика применения закона – основной критерий его действительности, соответствия целям укрепления... законности» (див.: там само. – С. 70).

² Див., наприклад: Браинин Я. М. Уголовный закон и его применение : науч. изд. / Я. М. Браинин. – М., 1967. – 240 с.; Дурманов Н. Д. Советский уголовный закон / Н. Д. Дурманов. – М., 1967. – 318 с.

³ Слід уточнити, що термін «якість законодавства» зустрічається в юридичній літературі і раніше. Див., наприклад: Пиголкин А. С. Обнаружение и преодоление пробелов права / А. С. Пиголкин // Сов. государство и право, 1970. – № 3. – С. 49–57. Дослідник пов'язує якість законодавства з відбиттям громадської думки, а прогалини права – з діяльністю осіб та органів, які у своїй практичній діяльності зустрічаються з прикладами, коли необхідно вирішувати конкретні справи за наявності прогалин права (див.: там само. – С. 50).

⁴ Див.: Наумов А. В. Применение уголовно-правовых норм (По материалам следственной и прокурорско-судебной практики) / А. В. Наумов. – Волгоград, 1973. – 176 с.; Эффективность применения уголовного закона / отв. ред. Н. Ф. Кузнецова и И. Б. Михайловская. – М., 1973. – 208 с.

⁵ Див.: Сташис В. В. Уголовно-правовые проблемы борьбы с хозяйственными преступлениями в свете решения XXVII съезда КПСС / В. В. Сташис, В. Я. Таций // Проблемы соц. законности : Республик. межвед. науч. сб. – Харьков, 1987. – Вып. 20. – С. 96.

Різні аспекти якості й ефективності законодавства, зокрема, про кримінальну відповідальність, крім уже зазначених розглядалися в роботах багатьох правників¹. Проте й донині проблемою залишається встановлення сутності такого багатоаспектного, багатомірного явища, як якість законодавства, що забезпечує боротьбу зі злочинністю, та його стрижневого складника — законодавства України про кримінальну відповідальність і його кількісної визначеності.

Дослідження якості як філософської категорії дозволяє стверджувати, що *якість: 1) слід розглядати на чітко зафіксованих для дослідження рівнях; 2) є об'єктивною й визначеною характеристикою будь-якого явища; 3) виявляється в сукупності властивостей, притаманних тільки цьому явищу, при втраті або зміні яких останнє знищується або змінюється (перестає бути саме цим явищем);*

¹ Див.: Бажанов М. И. Проблемы совершенствования Общей части Уголовного кодекса / М. И. Бажанов // Вопросы государства и права развитого социалистического общества : тез. респ. науч. конф., Харьков, 24–26 сент. 1975 г. – Харьков, 1975. – С. 199–201; Баулін Ю. В. Кримінальне право України як публічна галузь права / Ю. В. Баулін // Вісн. Конституц. Суду України. – 2005. – № 2. – С. 83–85; Борисов В. І. Відповідність кримінального закону конституційним принципам здійснення правосуддя в Україні / В. І. Борисов // Питання боротьби зі злочинністю : зб. наук. пр. / редкол. В. І. Борисов та ін. – Х., 2010. – Вип. № 18. – С. 2–14; Глазырин В. В. Эффективность правоприменительных актов / В. В. Глазырин, В. И. Никитинский // Сов. государство и право. – 1984. – № 2. – С. 11–17; Кузнецова Н. Эффективность уголовно-правовых норм и язык закона / Н. Кузнецова // Соц. законность. – 1973. – № 9. – С. 29–32; Навроцький В. О. Теоретичні проблеми кримінально-правової кваліфікації / В. О. Навроцький. – К., 1999. – 464 с.; Наумов А. В. О понятии правоприменительной эффективности уголовного закона / А. В. Наумов, Ю. А. Красиков // Вестн. МГУ. Серия 11: Право. – 1981. – № 2. – С. 22–27; Никитинский В. И. Эффективность норм трудового права / В. И. Никитинский. – М., 1971. – 248 с.; Кузьмін Р. Ефективність правозастосування та підхід до її забезпечення / Р. Кузьмін, О. Юлдашев // Вісн. Акад. прокуратури України. – 2007 – № 3. – С. 11–17; Поленина С. В. Качество закона и эффективность законодательства / С. В. Поленина ; под ред. Я. А. Куник. – М., 1993. – 56 с.; Сташис В. Концептуальні положення і система чинного Кримінального кодексу України / В. Сташис, В. Тацій // Щорічник укр. права. – 2010. – № 2. – С. 172–182; Тацій В. Я. Проблеми наукового забезпечення законотворчості в умовах становлення національної системи України. Вибрані статті, виступи, інтерв'ю / В. Я. Тацій ; упоряд.: О. В. Петришин, Ю. Г. Барабаш, В. І. Борисов ; відп. за вип. О. В. Петришин. – Х., 2010. – С. 549–567; Фріс П. Л. До питання про ефективність кримінально-правової політики / П. Л. Фріс : матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 7–8 квіт. 2006 р. : у 2 ч. – Львів, 2006. – Ч. 1. – С. 294–299; Хавронюк М. І. Якість кримінального законодавства: як її досягти / М. І. Хавронюк // Теоретичні основи забезпечення якості законодавства та правозастосовчої практики у сфері боротьби зі злочинністю в Україні : матеріали наук. конф., м. Харків, 15.05.2009 р. – Х., 2009. – С. 42 та ін.

4) стає об'єктом (предметом) пізнання шляхом дослідження її властивостей.

До того ж якість: а) визначається шляхом здійснення порівняльного аналізу при зіставленні одного об'єкта (предмета) з іншими, а обраний рівень порівняльного аналізу може впливати на визначеність її властивостей; б) є багатогранною системою, до якої належать властивості явища в їх русі (функціонуванні), елементи і структура такої системи.

Щодо якості законодавства України про кримінальну відповідальність, тут особливу роль відіграють його властивості, що дозволяють виокремити його серед однорідних і різнорідних явищ. До них належать: а) завдання, які виконує це законодавство; б) предмет і метод правового регулювання, відображений у законодавстві; в) кримінально-правові засоби виконання завдання (перш за все шляхом визначення, які саме суспільно небезпечні діяння є злочинами (криміналізація) і які покарання (пеналізація) чи інші заходи кримінально-правового, медичного або виховного характеру застосовуються до осіб, які їх учинили); г) загальні правила, зокрема принципи кримінального права, встановлені або відображені в його нормах. Лише таке законодавство визначає діяння як злочин, види покарань, що можуть бути призначені судом за їх учинення, їх межі та інші питання, які притаманні тільки кримінальному праву і які відображаються в ньому. У цьому виявляється унікальність законодавства про кримінальну відповідальність, і тому саме така особливість складає його якість порівняно з будь-якими іншими явищами.

Для визначення якості законодавства про кримінальну відповідальність слід конкретизувати межу, що його виокремлює з маси явищ. Ця межа багатогранна, внутрішня або зовнішня, постійна чи змінна залежно від рівня її визначення й порівняння, а також часу здійснення аналізу. Це може бути розмежування різних галузей права, виокремлення інститутів кримінального права, які відображені в законодавстві про кримінальну відповідальність, різних видів злочинів тощо. Різні результати можуть бути отримані й залежно від часу здійснення такої аналітики.

Якість законодавства про кримінальну відповідальність вирізняється як властивостями, притаманними тільки такому законодавству, так і його структурою. Останнє прийнято розуміти як закон зв'язку елементів конкретного об'єкта, явища або процесу, єдність яких є

необхідною закономірністю, й обумовлює їх внутрішню організацію і якісну визначеність¹.

Якісне законодавство має бути потенційно спроможним виконати завдання, передбачене для нього законодавцем, тобто бути *ефективним*. Інакше його не можна вважати позитивним законодавством, властивості якого ми розглядаємо.

З урахуванням вищенаведеного можемо стверджувати, що *якість законодавства України про кримінальну відповідальність становить системну сукупність притаманних йому властивостей (ознак), які визначають і підкреслюють унікальність цього законодавства порівняно з будь-яким іншим, яке потенційно здатне забезпечити його ефективність як правового інструментарію в боротьбі зі злочинами та для їх попередження*.

Отже, за межею якості розглядуваного законодавства знаходяться властивості (ознаки), притаманні й іншим видам нормативно-правових актів, зокрема кодифікованим законам. Наприклад, законодавча техніка як властивість певного законодавства — це тільки така техніка, яка має особливості при її використанні в цьому законодавстві. Якщо ж це прийоми опису ознак діянь, якими оперують і в Кодексі України про адміністративні правопорушення, й у КК України, то такий різновид законодавчої техніки не можна відносити до якості названих кодифікованих актів. Такий вид є властивістю якості законів або якості законодавства взагалі. Абстрактне порівняння властивостей зазначених явищ дозволяє залишити тільки ті, що притаманні саме досліджуваному законодавству, й віднести їх до його якості.

Законодавство про кримінальну відповідальність як правовий інструментарій підтримання правопорядку в державі виконує завдання, передбачене ст. 1 КК України: правове забезпечення охорони прав та свобод людини і громадянина, власності, громадського порядку та громадської безпеки, довкілля, конституційного устрою України від злочинних посягань, забезпечення миру й безпеки людства, а також запобігання злочинам. У цьому завданні сфокусована сутність КК та його положень, приписів, які фактично виконують його. А це є ключовою властивістю якості законодавства, яку можна визначити як потенційну правову спроможність забезпечити ефективну охорону найважливіших соціальних цінностей від злочинних посягань.

¹ Див.: Зеленецкий В. С. Количественный подход к характеристике структурных элементов Особенной части Уголовного кодекса Украины / В. С. Зеленецкий. – Харьков, 2001. – С. 3.

Ознаки якості законодавства про кримінальну відповідальність можна поділити на *політичні, соціальні, юридичні¹, практиологічні й етичні*.

Дослідники справедливо стверджують, що суто якісний підхід до пізнання явищ, зокрема правових, яким є це законодавство, є одно-стороннім. Більш результативним є пізнання, коли вслід за якісним підходом застосовують категорію «кількість» і відповідний метод². Підтверджується правильність такого твердження тим, що кожний предмет пізнання має дві сторони — якісну й кількісну, які є нерозривними, єдиними. Кількість — це визначеність однокісних предметів, що розглядаються з боку інтенсивності або ступеня прояву будь-якої ознаки³.

Дослідження поняття якості законодавства про кримінальну відповідальність без кількості є обмеженим, неповним. Лише якісний підхід не дозволить охопити, сприйняти і проаналізувати всю унікальність законодавства про кримінальну відповідальність. Наприклад, це стосується змін правил обчислювання неоподаткованого мінімуму доходів громадян згідно із Законом України «Про податок з доходів фізичних осіб» і Податковим кодексом України, якими встановлюються нові, фактично різні за змістом і науковим підходом формули обчислювання цієї розрахункової одиниці залежно від розміру мінімальної заробітної плати на 1 січня відповідного року (у період з 1 січня 2004 р. по 31 грудня 2010 р.) й розміру прожиткового мінімуму для працездатної особи, що теж установлений законом на 1 січня відповідного року (починаючи з 1 січня 2011 р.). Отже, це стосується кількісних показників законодавства. Якщо не аналізувати їх, то важко зрозуміти наслідки для якості законодавства. Новели законодавця викликали збільшення так званого «порогу» криміналізації діянь з подальшою фактичною декриміналізацією певних діянь з урахуванням або розміру заподіяної ними майнової шкоди, або розміру доходу, незаконно отриманого особою. Вочевидь, це вже має вплив на якість кримінального законодавства.

¹ Див.: Демидова Л. М. Якість кримінального законодавства про заподіяння майнової шкоди: ознаки та критерії оцінки / Л. М. Демидова // Вісн. прокуратури. – 2011. – Вип. № 3. – С. 49–56.

² Див.: Тимофеев И. С. Методологическое значение категорий «качество» и «количество» / И. С. Тимофеев. – М., 1972. – С. 41.

³ Там само. – С. 21.

Як уже зазначалося, «зовнішнім моментом» якості є визначеність. Але ж «зовнішнім моментом» кількості є число. Синтез визначеності й числа дає нам іменоване число — якісну кількість¹. Повертаючись до законодавства України про кримінальну відповідальність, можемо констатувати, що якісною кількістю є, наприклад, сукупність злочинів, рецидив злочинів, організована група, злочинна організація тощо. Одночасно також слід указати на наявність кількісної якості, якою, приміром, є двічі внесення змін до ст. 127 КК «Катування», тричі — до статей 158 і 164, доповнення КК двома новими статтями — 232¹ і 232² та ін.

Інший рівень синтезу пов'язано з величиною, яку йменують «внутрішній момент» кількості. Величина дає кількісну визначеність конкретної властивості. Наприклад, значна шкода за ст. 232¹ КК з огляду на примітку до статті, конкретизується певними величинами неоподаткованого мінімуму доходів громадян. Це кількісна визначеність різновиду суспільно небезпечного наслідку як ознаки складу певного злочину.

Кількісний підхід до характеристики законодавства України про кримінальну відповідальність дозволяє з'ясувати статистичні дані про його Загальну й Особливу частини, зокрема щодо кількості розділів у кожній із них, статей, частин статей та ін.

Важливо звернути увагу на те, що чинний КК України надає різним видам кількісних показників злочинної діяльності особливого значення. Це знаходить свій прояв не тільки у змісті правової регламентації відповідних правових інститутів, а й у їх термінологічному визначенні. Так, у розд. VII Загальної частини Кодексу «Повторність, сукупність та рецидив злочинів» законодавець не тільки визначає кількісні показники у статтях 32–35, а й детально регламентує правові наслідки, що можуть настати для особи, яка учинила злочин з вказаних видів множинності злочинів. Стаття 35 КК так і називається — «Правові наслідки повторності, сукупності та рецидиву злочинів»².

Кількісний підхід до аналізу законодавства про кримінальну відповідальність дозволив виявити існуючі в ньому неточності, що ви-

¹ Див.: Тимофеев И. С. Методологическое значение категорий «качество» и «количество» / И. С. Тимофеев. – М., 1972. – С. 85.

² Див.: Зеленецкий В. С. Количественный подход к характеристике структурных элементов Особенной части Уголовного кодекса Украины / В. С. Зеленецкий. – Харьков, 2001. – С. 8, 9.

кликають наукові дискусії, зокрема щодо повторності різнорідних злочинів¹.

Кількісна визначеність простої і складної форм співучасті у злочині впливає зі ст. 28 КК України, проте аналіз, наприклад, ч. 4 цієї статті в чинній редакції викликає певні зауваження щодо обґрунтованості визначення мінімальної чисельності злочинної організації в 5 осіб, які мають ознаки суб'єкта злочину. Продовжуючи розгляд кількісних показників співучасті, слід указати, що й кількісна законодавча невизначеність мінімальної чисельності банди (ст. 257 КК) призводить до труднощів на практиці. Така ситуація пов'язана з тим, що конкретизація кількісного показника здійснюється поза Кодексом: вона впливає з абз. 1 п. 17 постанови Пленуму Верховного Суду України від 23 грудня 2005 р. № 13 «Про практику розгляду судами кримінальних справ про злочини, вчинені стійкими злочинними об'єднаннями»². Пленум указує, що бандою необхідно визнавати озброєну організовану групу або злочинну організацію. Інакше кажучи, з огляду на частини 3 і 4 ст. 28 КК мінімальна чисельність банди становить 3 особи. Проте закон не визначає такого кількісного показника банди.

Особливої уваги з точки зору кількісної визначеності структурних елементів КК потребують і кримінально-правові норми, що конкурують з іншими нормами. При цьому якісні аспекти цієї конкуренції доповнюють кількісні³.

Кількісна і якісна сторони будь-якого явища, зокрема законодавства про кримінальну відповідальність, є нерозривними, єдності яких притаманний особливий закономірний зв'язок, що йменується «універсальний закон діалектики» — «закон переходу кількісних змін у якісні», що діє необмежено в об'єктивному світі. Названий закон цікавить нас з точки зору впливу кількості на якість КК України й необхідності з'ясування того стану, за яким цей вплив розпочинає руйнування Кодексу. І навпаки, чи здійснюється вплив якості на кількість і який критичний стан при цьому може бути? Такий стан науковці називають «мірою».

¹ Див.: Зеленецький В. С. Количественный подход к характеристике структурных элементов Особенной части Уголовного кодекса Украины / В. С. Зеленецкий. – Харьков, 2001. – С. 14, 15.

² Збірник Постанов Пленуму Верхов. Суду України (1976–2006). – Х., 2006. – С. 644.

³ Див.: Зеленецький В. С. Количественный подход к характеристике структурных элементов Особенной части Уголовного кодекса Украины / В. С. Зеленецкий. – Харьков, 2001. – С. 19–22.

Під мірою в методологічному плані розуміється сфера кількісних значень інтенсивності будь-якої ознаки, у межах якої досліджувана якість не змінюється. Екстремальне значення кількісної характеристики, переходячи в яку якість змінюється, вчені називають «критичні точки». Перехід такої точки має назву *стрибок*¹.

Отже, при підготовці до внесення будь-яких змін до КК України завжди слід перевіряти законопроекти на їх негативний кількісно-якісний вплив, який може призвести до порушення міри в законодавстві про кримінальну відповідальність. КК в його ідеальному (або наближеному до такого) вигляді — це якісно-кількісна система, в якій, зокрема, має бути досягнута (зафіксована) й міра переходу кількості в якість.

Що стосується критеріїв оцінки законодавства про кримінальну відповідальність як якісно-кількісної системи, то до основних із них слід віднести: 1) *рівень забезпечення прав та свобод людини і громадянина*; 2) *відповідність Конституції України й положенням чинних міжнародних договорів, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, а також нормам міжнародного права*; 3) *ступінь наукової обґрунтованості* (змістовно-юридичний критерій); 4) *адекватність об'єктивним закономірностям і соціальним потребам* (соціально-правовий критерій); 5) *системність і узгодженість з іншими кримінально-правовими нормами і нормативно-правовими актами інших галузей права* (змістовно-юридичний критерій); 6) *формальну визначеність* (юридичний критерій щодо форми); 7) *структурованість КК й законів України про кримінальну відповідальність як його частини* (юридичний щодо форми і змістовно-юридичний критерій); 8) *термінологічно-мовну визначеність КК і логічність його змісту* (техніко-юридичний критерій); 9) *оцінку міри при фіксуванні переходу кількісної визначеності в якість* (змістовно-юридичний і техніко-юридичний критерій). У цьому переліку критеріїв взято до уваги й розробки науковців, які теж займаються дослідженням розглядуваної нами проблематики.

Критерії якісно-кількісної оцінки в цілому являють собою систему, що охоплює ще й такі критерії, як: 10) *ефективність законодавства про кримінальну відповідальність і його норм* (праксіологічний критерій); до наведеної системи належать також: 11) *етичні критерії*, що

¹ Див.: Тимофеев И. С. Методологическое значение категорий «качество» и «количество» / И. С. Тимофеев. – М., 1972. – С. 158.

допомагають оцінити відповідність КК України в цілому та його норм культурним і духовним цінностям, етичним традиціям, притаманним українському народові, якими передусім є справедливість, гуманізм і добро. На наше переконання, без глибокого віддзеркалення етичних норм і правил у КК неможливо забезпечити його належну системну якісно-кількісну визначеність. У своїй сукупності ці критерії сприяють здійсненню «діагностики» законодавства або проекту закону та встановити всі змістовні, техніко-юридичні та інші властивості якості такого законодавства, а також їх кількісну визначеність.

Демидова Л. Уголовный кодекс Украины как качественно-количественная система (системно-функциональный подход)

В статье рассматривается Уголовный кодекс Украины как качественно-количественная система, а также определяются критерии ее оценки.

Ключевые слова: Уголовный кодекс Украины, качественно-количественная система.

Demidowa L. Criminal Code of Ukraine as qualitatively-quantitative system (system-functional research)

Criminal Code of Ukraine as qualitatively-quantitative system is examined in a lecture, and also the criteria of its estimation are determined.

Keywords: Criminal Code of Ukraine, qualitatively-quantitative system.

УДК 343.33:355.216

С. Мохончук, кандидат юридичних наук,
доцент, Начальник Головного управління
юстиції у Харківській області

Юридичний склад найманства та його особливості в системі злочинів проти миру та безпеки людства

Суспільна і соціальна небезпека найманства полягає в тому, що всупереч існуючим принципам і нормам національного і міжнародного права існує особлива «каста» людей, для яких професією стає здійснення вбивств, завдання шкоди здоров'ю іншої людини або групи людей під час воєнних дій, збройних конфліктів, терористичних актів, знищення об'єктів економіки, культури, майна цивільного населення тощо.

Фактів участі найманців у збройних конфліктах і терористичних актах у сучасному світі безліч. Більше того, саме найманці стають сьогодні невід'ємним елементом і головною силою агресії, ще одного злочину, який карається у міжнародному праві та визнається злочином проти миру та безпеки людства. Саме тому дослідження юридичного складу найманства, його особливостей, специфічного трактування у національному правовому полі і міжнародно-правових нормах є надзвичайно важливим для сучасного розвитку науки кримінального права.

Слід зазначити, що кримінально-правові і кримінологічні аспекти боротьби з найманством у науці кримінального права почали більш активно досліджуватися з другої половини ХХ ст. Значний науковий внесок здійснено такими вченими, як: Р. А. Адельханян, І. М. Арцибасов, Ю. М. Астаф'єв, І. П. Бліщенко, Я. М. Брайнін, П. С. Дагель, О. Г. Кибальник, В. М. Кудрявцев, Н. Ф. Кузнєцова, А. В. Наумов, В. П. Панов, Ю. О. Решетов, А. Н. Трайнін та ін. Поняття та сутність найманства (із позицій як міжнародного, так і кримінального права) висвітлювалося у працях сучасних українських вчених, таких як: М. В. Буроменський, В. М. Киричко, О. В. Наден, О. О. Скрильник тощо. Але слід зазначити, що у вітчизняній науці кримінального права дослідженню найманства як злочину проти миру та безпеки людства приділено недостатньо уваги.

Довгий час найманство засуджувалося, але не вважалось злочином.

Проте у кримінально-правовій науці XVIII — початку ХХ ст. чітко простежується думка, яка і сьогодні є актуальною, що головною причиною, яка спонукає людську спільноту до боротьби з цим ганебним явищем, є те, що використання у воєнних діях найманців перетворює збройний конфлікт із війни як *ultima ratio* (останній довід) у війну як прояв *ultima rabies* (крайньої, негамовної ярості)¹ і її наслідки є набагато гіршими, а іноді й непоправними для держав і цивільного населення. Загальновідомо, що найманців не хвилює майбутнє землі, її надр, людей, які мешкають на цих територіях, а тому й засобами, що застосовуються ними, є знищення всього, що шкодить виконанню оплаченої замовником роботи. Саме це сьогодні дозволяє віднести ці злочини до групи найважчих із позицій кримінального закону — злочинів проти миру та безпеки людства.

Приводячи національне законодавство у відповідність до міжнародного, Україна ратифікувала Міжнародну конвенцію про боротьбу з вербуванням, використанням, фінансуванням і навчанням найманців 1989 р., яка набула чинності 20 січня 2001 р., і внесла відповідні зміни до Кримінального кодексу (надалі — КК) України. Так, чинний на той час КК України був доповнений ст. 63¹ «Найманство», яка містилась у розд. I Особливої частини «Злочини проти держави». Частина 1 цієї статті передбачала відповідальність за вербування, фінансування, матеріальне забезпечення, навчання найманців з метою використання у збройних конфліктах інших держав або в насильницьких діях, спрямованих на повалення державної влади або порушення територіальної цілісності, а так само використання найманців. Частина 2 встановлювала відповідальність за участь без дозволу відповідних органів державної влади у збройних конфліктах інших держав, з метою одержання матеріальної винагороди або іншої особистої вигоди².

Кримінальний кодекс України 2001 р. містить норму про відповідальність за найманство (ст. 447) у розд. XX «Злочини проти миру, безпеки людства і міжнародного правопорядку». Текст статті був частково змінений законодавцем. А саме у ч. 1 ст. 447 КК України після слів «а також використання найманців» було додано «у військо-

¹ Див.: Барчет В. Солдаты на продажу / В. Барчет, Д. Робек. – М. : Изд-во иностр. лит., 1979. – С. 205.

² Уголовный кодекс Украины с постановленными материалами (с изм. и доп. по сост. на 1 июня 1998 г.) / В. И. Тютюгин, А. И. Перепелица. – Харьков : Одиссей, 1998. – С. 66.

вих конфліктах або діях», а у ч. 2 ст. 447 КК на відміну від ст. 63¹ змінено формулювання мети злочину, а саме — виключено слова «або іншої особистої вигоди». Крім того, змінено строки покарання за цей злочин.

Безпосереднім об'єктом цього злочину, як вважають М. Г. Левандовська і А. І. Рарог, є суспільні відносини, які забезпечують дотримання принципів правового регулювання збройних конфліктів із метою їх максимально можливої гуманізації¹. О. Ю. Молибога висловлює думку, що у складі найманства мають місце два об'єкти кримінально-правової охорони: при вербуванні, навчанні, фінансуванні або іншому матеріальному забезпеченні найманця безпосереднім об'єктом є інтереси миру та безпеки людства, а при використанні або участі найманця у збройному конфлікті або воєнних діях безпосереднім об'єктом виступають регламентовані міжнародним правом правила, методи і засоби ведення воєнних дій, які за своїм змістом є спеціальним різновидом інтересів по забезпеченню миру і безпеки людства². В. М. Кудрявцев виділяє у складі найманства безпосередній і додатковий об'єкти. Безпосереднім об'єктом виступає мирне співіснування держав, а додатковим — порядок формування національних збройних сил³. К. Л. Осипов називає безпосереднім об'єктом злочину мирне співіснування держав, а також стабільність міжнародних відносин, але визначає такі додаткові (факультативні) об'єкти найманства, як: 1) регламентовані міжнародним правом засоби і методи ведення війни; 2) законні формування національних збройних сил; 3) суспільні відносини у сфері підприємницької, банківської і фінансової діяльності; 4) інтереси державних і недержавних організацій, де найманець служить за договором або контрактом; 5) інтереси неповнолітнього⁴.

Практичне значення виділення додаткових (факультативних) об'єктів кримінально-правової охорони полягає насамперед у тому, що вони можуть суттєво підвищувати суспільну небезпеку основного складу. Втім Ф. В. Короткий акцентує увагу на тому, що таке виокрем-

¹ Уголовное право Российской Федерации. Особенная часть : учеб. для студ. вузов / под ред. А. И. Рарога. – М. : ЭКСМО, 2009. – С. 626.

² Молибога О. Ю. Уголовная ответственность за наемничество : дис. ... канд. юрид. наук / О. Ю. Молибога. – Ставрополь, 2000. – С. 73–75.

³ Уголовное право России. Особенная часть : учеб. для вузов / под ред. В. Н. Кудрявцева и А. В. Наумова. – М. : ЮНИТИ-ДАНА, 2002. – С. 483.

⁴ Осипов К. Л. Ответственность за наемничество по российскому уголовному законодательству : дис. ... канд. юрид. наук / К. Л. Осипов. – Кисловодск, 2003. – С. 14–15.

лення додаткового об'єкта (об'єктів) не має практичного значення, тому що нічого не додає до суспільної небезпеки складу найманства¹.

Об'єктивна сторона найманства, передбаченого в ч. 1 ст. 447 КК України, виражається у вчиненні таких альтернативних дій: 1) вербування найманців; 2) фінансування найманців; 3) навчання найманців; 4) використання найманців у збройних конфліктах чи діях. Розглянемо їх трактування з позицій науки кримінального права.

Вербування найманців. У юридичній літературі існує чимало тлумачень цього терміна. Однак зміст цієї дії у різних авторів мало чим відрізняється один від одного. Так, автори науково-практичного коментаря Кримінального кодексу України за загальною редакцією В. Т. Маляренка, В. В. Сташиса, В. Я. Тація під вербуванням розуміють запрошення, умовляння й набір за наймом людей для вчинення зазначених у ст. 447 дій за матеріальну винагороду². Автори іншого науково-практичного коментаря під вербуванням розуміють безпосереднє наймання, тобто запрошування і набір добровольців для участі у збройних конфліктах інших держав або у насильницьких діях, спрямованих на повалення державної влади або порушення територіальної цілісності, а також створення із них певних груп, загонів, бандформувань тощо³. Інші вчені під вербуванням розуміють набір громадян третьої країни для участі у збройному конфлікті за певну винагороду, який може виражатись у записуванні бажуючих, агітації, направленні до місця навчання чи дислокації...⁴, діях, що спрямовані на укладення угоди про оплачувану участь особи (найманця) у збройному міждержавному конфлікті чи воєнних (бойових) діях, які починаються з пошуку кандидатів у найманці, психічного впливу на них будь-яким способом (вмовляння, шантаж, обіцянки і т. д.) з метою втягнення їх у збройний конфлікт⁵. Із моменту вчинення вказаних дій ці автори визнають вербування закінченим.

¹ Короткий Ф. В. Наемничество : уголовно-правовые и криминологические аспекты : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Ф. В. Короткий. – Екатеринбург, 2009. – С. 20.

² Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар / за заг. ред. В. Т. Маляренка, В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – 2-ге вид. переробл. та допов. – Х. : Одісей, 2004. – С. 1129.

³ Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. – 3-тє вид., переробл. та допов. – К. : Атіка, 2003. – С. 1012.

⁴ Научно-практический комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации : в 2 т. / под ред. П. Н. Панченко. – Т. 2. – Н. Новгород : НОМОС, 1996. – С. 420.

⁵ Там само. – С. 744.

Інші дослідники не погоджуються із таким тлумаченням. Так, вони вважають, що ці дії характеризуються підготовчим характером до власне актів вербування, і тому самі по собі мають розглядатись як готування до найманства, у випадку, якщо з причин, що не залежать від волі винної особи, «угоди» про участь потенційного найманця у збройних діях досягнуто не було¹. Дійсно, якщо ми розумієм під вербуванням угоду, то для того, щоб вважати її укладеною, необхідно встановити наявність будь-якої домовленості між сторонами незалежно від форми останньої (письмової, усної чи ін.). Як і будь-яка інша угода (кримінальна чи законна), вербування має вважатися закінченим із моменту укладення подібної угоди між сторонами — вербувальником і потенційним найманцем. При цьому за рамками вербування залишається «виконання зобов'язань» за угодою, тобто не має значення, отримав завербований найманець гроші чи взяв участь у збройному конфлікті.

Фінансування найманців. Як ознака об'єктивної сторони злочину воно виражається у забезпеченні найманців коштами, зокрема, для виплати матеріальної винагороди, закупівлі для них зброї, військової техніки чи іншого майна, використання під час злочинних дій², це забезпечення як окремих чи кожного із найманців, так і створених за їх участю груп, загонів тощо коштами в національній валюті України чи в іноземній валюті³, створення матеріальної бази для навчання, вербування і використання найманців у збройному конфлікті чи воєнних діях, відкриття рахунків у банках на осіб, які є найманцями, виплата їм грошової чи іншої винагороди, виділення засобів на утримання найманців⁴, виплата одноразової допомоги найманцям, можливо й родині, регулярної винагороди, компенсація витрат на транспорт, лікування і т. ін.⁵

Слід погодитись із А. Є. Беляєвим, що фінансування «зводиться до забезпечення найманців коштами. Їх забезпечення для розрахунків із

¹ Кибальник А. Г. Уголовная ответственность за наемничество / А. Г. Кибальник, О. Ю. Молибога, И. Г. Соломоненко. – Ставрополь, 2002. – С. 44.

² Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар / за заг. ред. В. Т. Маляренка, В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – 2-ге вид., переробл. та допов. – Х. : Одіссей, 2004. – С. 1129.

³ Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. – 3-те вид., переробл. та допов. – К. : Атіка, 2003. – С. 1012.

⁴ Научно-практический комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации : в 2 т. / под ред. П. Н. Панченко. – Т. 2. – Н. Новгород : НОМОС, 1996. – С. 744.

⁵ Уголовный кодекс Российской Федерации: Постатейный комментарий / науч. ред. Н. Ф. Кузнецова, Г. М. Миньковский. – М. : Зерцало, ТЕИС, 1997. – С. 745.

найманцями може бути постійним, епізодичним, разовим, а розрахунок — готівковим чи безготівковим»¹. Фінансування найманців є кримінально караним і у разі якщо отримувачем коштів буде не сам найманець, а, наприклад, посередник чи організатор, який у цьому випадку сам займається закупівлею всього необхідного для утримання і навчання найманця. У будь-якому випадку фінансування найманців передбачає, по-перше, наявність іншої сторони — отримувача грошових коштів, а по-друге — цільове призначення цих коштів, а саме утримання найманців.

Початком фінансування є момент, коли одна сторона передає чи перераховує іншій кошти. Стосовно моменту закінчення найманства у формі фінансування єдиної точки зору не існує. Так, деякі автори стверджують, що «фінансування найманця як злочинне діяння повинно вважатися закінченим в момент фактичного використання коштів за призначенням, а зовсім не в момент їх отримання самим найманцем»².

Уважаємо таку точку зору не зовсім правильною. Для настання кримінальної відповідальності за фінансування найманців не має значення, чи було використано кошти на утримання найманців. Достатнім є те, що вони перераховувались з такою метою. Тобто фінансування є закінченим злочином із моменту, коли інша сторона (найманець чи третя особа) отримала кошти. У разі якщо найманці не отримали грошових коштів, які їм було переведено, з причин, що не залежать від волі особи, яка здійснює фінансування, слід говорити про замах на фінансування найманців.

Підтримуємо і тих авторів, які висловлюють думку, що «передача (перерахування) грошей зовсім не означає обов'язковість їх отримання власне найманцями. Ці кошти можуть іти не лише на оплату діяльності найманців, а й на забезпечення матеріально-технічної бази їх діяльності, інші подібні цілі. У цьому випадку отримання грошей не передбачається найманцем. До того ж фінансування найманців може бути своєрідним проміжним етапом у забезпеченні його дій, наприклад у випадку, коли фінансується закупівля зброї і продовольства, як правило, одні особи перераховують гроші, і зовсім інші постачають названі предмети адресату»³.

¹ Коментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / отв. ред. В. И. Радченко. – М. : Проспект (ТК Велби), 2009. – С. 617.

² Кибальник А. Г. Уголовная ответственность за наемничество / А. Г. Кибальник, О. Ю. Молибога, И. Г. Соломоненко. – Ставрополь : Сервис-школа, 2002. – С. 53–54.

³ Див.: Кибальник А. Г. Уголовная ответственность за наемничество / А. Г. Кибальник, О. Ю. Молибога, И. Г. Соломоненко. – Ставрополь, 2002. – С. 53.

Навчання найманців є однією з форм найманства. Воно здійснюється з метою підготовки найманця до безпосередньої участі у збройних конфліктах. Великий енциклопедичний словник визначає навчання як «основний шлях здобуття освіти, процес оволодіння знаннями, вміннями і навиками під керівництвом вчителів, майстрів, наставників і т. ін.»¹ Усе це можна застосувати до навчання найманців з одним уточненням, що це навчання здійснюється у військовій сфері.

А. І. Рарог під навчанням розуміє діяльність з підготовки вже завербованого найманця (чи найманців) для участі у збройному конфлікті чи у воєнних діях². Н. Ф. Кузнецова вважає, що навчання (мається на увазі воєнне) — «передача необхідної освітньої інформації, тренування по володінню зброєю, веденню воєнних дій, елементам військової дисципліни»³. Як вважає В. П. Малков, навчання найманців — це «проведення з ними спеціальних занять з питань найбільш ефективного і доцільного застосування і використання зброї, бойових припасів, будови воєнної техніки, тактики ведення бою в тих чи інших умовах місцевості, часу доби і року»⁴.

Таким чином, навчання завербованого найманця — це передача йому знань, вмінь і навиків воєнного характеру, а також психологічний вплив на нього з метою його підготовки до безпосередньої участі до збройного конфлікту. Навчання як форму найманства слід вважати закінченим злочином із моменту вчинення першої дії, спрямованої на передачу найманцям знань, вмінь і навиків.

Останньою формою найманства, яка передбачена ч. 1 ст. 447 КК України, є *використання найманців у збройних конфліктах чи діях*. Використовувати означає «скористатися ким-небудь, чим-небудь; використати з користю, тобто з вигодою, в інтересах кого-небудь, відповідно до чийхось інтересів»⁵.

Під використанням найманця у збройному конфлікті чи діях науковці розуміють «безпосереднє застосування їх при виконанні бойових

¹ Большой энциклопедический словарь / гл. ред. А. М. Прохоров. – М., 1998. – С. 827–828.

² Словарь по уголовному праву / отв. ред. проф. А. В. Наумов. – М. : БЕК, 1997. – С. 211.

³ Уголовный кодекс Российской Федерации: Постатейный материал / науч. ред. Н. Ф. Кузнецова, Г. М. Миньковский. – М. : Зерцало, ТЕИС, 1997. – С. 745.

⁴ Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / под ред. Ю. И. Скуратова и В. М. Лебедева. – М. : ИНФРА-М-НОРМА, 2000. – С. 794.

⁵ Ожегов С. И. Толковый словарь русского языка: 41089 слов, статей / С. И. Ожегов, Н. Ю. Шведова. – М. : Азъ, 1992. – С. 227.

завдань під час військових конфліктів, а також для насильницьких дій (військових переворотів, захоплення важливих об'єктів чи заручників, вбивства політичних діячів, диверсій, актів тероризму тощо) на території інших держав»¹, «залучення до безпосередньої участі у збройному конфлікті іншої держави або в насильницьких діях, спрямованих на повалення державної влади чи порушення територіальної цілісності іншої держави»², «безпосередня участь найманця у виконанні бойових завдань»³, «направлення їх до місця ведення воєнних дій, віддання наказів про ведення цих дій, керівництво діями формувань, їх підрозділів чи окремих найманців»⁴, «керівництво ними у збройному конфлікті по вирішенню різноманітних завдань (бойові дії, насильницькі дії щодо військовополонених і населення, проведення терористичних і диверсійних акцій і т. ін.) чи у воєнних діях, пов'язаних із веденням агресивної війни»⁵.

Усі зазначені точки зору з приводу дій, які становлять використання найманців, є справедливими. Але, на нашу думку, перерахувати всі такі дії неможливо. Вважаємо за доцільне звернути увагу на те, для чого використовуються найманці. Обов'язковою ознакою об'єктивної сторони використання найманців є обстановка вчинення злочину — використання саме у збройному конфлікті чи діях. На обстановку вчинення злочину з використанням найманців звертає увагу і А. І. Парог⁶.

Слід відзначити, що Конвенція про боротьбу з вербуванням, використанням, фінансуванням і навчанням найманців від 4 грудня 1989 р. не передбачає участі найманців у збройних конфліктах, а у КК України про це зазначається. У даному випадку має місце вихід за межі міжнародної норми, що, у свою чергу, розширює засоби імплементації міжнародного договору на національному рівні порівняно із засобами

¹ Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. – 3-тє вид., переробл. та допов. – К. : Атіка, 2003. – С. 1012.

² Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар / за заг. ред. В. Т. Маляренка, В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – 2-ге вид., переробл. та допов. – Х. : Одісей, 2004. – С. 1129.

³ Уголовный кодекс Российской Федерации: Постатейный материал / науч. ред. Н. Ф. Кузнецова, Г. М. Миньковский. – М. : Зерцало, ТЕИС, 2009. – С. 745.

⁴ Научно-практический комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации : в 2 т. / под ред. П. Н. Панченко. – Т. 2. – Н. Новгород : НОМОС, 1996. – С. 420.

⁵ Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / отв. ред. В. И. Радченко. – М. : Проспект (ТК Велби), 1996. – С. 617.

⁶ Словарь по уголовному праву / отв. ред. проф. А. В. Наумов. – М. : БЕК, 1997. – С. 211.

імплементатії, передбаченими Конвенцією. Об'єктивна сторона злочину, передбаченого ч. 2 ст. 447 КК України, передбачає відповідальність за участь у збройних конфліктах інших держав. Тривалість участі найманця у збройному конфлікті чи діях не впливає на кваліфікацію вчиненого злочину, передбаченого ч. 2 ст. 447 КК України.

Суб'єктивна сторона найманства характеризується виною у формі прямого умислу. Форма і вид вини впливає із самої конструкції даного складу злочину. Це означає, що особа повинна усвідомлювати суспільну небезпечність дій по вербуванню, фінансуванню, матеріальному забезпеченню, навчанню найманців або їх використанню у військових конфліктах чи діях і бажати вчинення цих дій. Крім того, обов'язковою ознакою суб'єктивної сторони найманства, передбаченого ч. 1 ст. 447 КК України (крім використання найманців), є спеціальна мета, а саме — мета використання найманців у збройних конфліктах інших держав або насильницьких діях, спрямованих на повалення державної влади чи порушення територіальної цілісності. Для такої форми найманства, як використання найманців, наявність мети не є обов'язковою ознакою суб'єктивної сторони. Достатньо, щоб винна особа усвідомлювала, що вона використовує для вчинення злочину осіб, які відповідають ознакам найманців у військових конфліктах.

Суб'єктом найманства, передбаченого ч. 1 ст. 447 КК України, є загальний суб'єкт, тобто осудна особа, яка досягла 16-річного віку. Таку точку зору підтримує більшість авторів. Однак В. П. Малков вважає, що суб'єктом даного виду найманства є «уповноважені на це державними органами чи органами воєнного управління особи, які діють як на стороні вербуючої держави, так і за своєю ініціативою без відповідного доручення»¹. Уважаємо, що така точка зору не ґрунтується на законі, оскільки у статті не вказані ознаки спеціального суб'єкта. Міжнародно-правові документи прямо визначають, що вербувати, фінансувати, матеріально забезпечувати і використовувати найманця може будь-яка особа. Так, у ст. 23 проекту Кодексу про злочини проти миру і безпеки людства говориться про відповідальність будь-якої особи, яка вчинює ці дії. Суб'єктом злочину, передбаченого ч. 2 ст. 447 КК України, є тільки найманець, який є громадянином України.

Кінцевою метою будь-якого кримінологічного дослідження є виявлення недосконалостей у законодавчому регулюванні складу і від-

¹ Коментарій к Уголовному кодексу Российской Федерации / под ред. Ю. И. Скуратова и В. М. Лебедева. – М. : ИНФРА-М-НОРМА, 1996. – С. 795.

повідальності за найманство, кваліфікації злочину, а також пошук шляхів оптимізації боротьби з ним як у національній правоохоронній системі, так і на міжнародному рівні. У цьому зв'язку зазначимо, що у КК України мають місце певні недоліки у сфері побудови диспозицій і санкцій за найманство. У науці кримінального права більш глибокого дослідження потребують питання юридичної природи найманства, вироблення науково обґрунтованих норм відповідальності за найманство та його караність. Це дозволить виявити певні закономірності і на цих засадах доповнити загальне вчення про інститут найманства як науковий фундамент для формулювання рекомендацій законодавцю і для правозастосовної сфери.

Мохончук С. Юридический состав наемничества и его особенности в системе преступлений против мира и безопасности человечества

Дается характеристика наемничества как преступления против мира и безопасности человечества. Путем анализа элементов состава преступления акцентируется внимание на особенностях определения наемничества в Уголовном кодексе Украины.

Ключевые слова: наемничество, наемник, объективная сторона преступления, субъект преступления.

Mohonchuk S. The juridical component of the mercenary and its peculiarities in the system of the crimes against peace and security of mankind

The objective-subjective side of the mercenary activities as the crime against peace and security of mankind has been analyzed. The peculiarities of the mercenary activities definition in the Criminal Code of Ukraine have been given special attention.

Keywords: mercenary activities, mercenary, objective side of the crime, subject of the crime.

УДК 343.36

С. Мірошниченко, кандидат юридичних наук, прокурор Чернігівської області

Класифікація злочинів проти правосуддя

Різноманітність юридичної природи злочинів проти правосуддя потребує здійснення їх наукової класифікації з метою більш глибокого визначення основних напрямів протидії та запобігання. При цьому слід зазначити, що критерії (підстави) класифікації таких злочинів можуть бути найрізноманітнішими. У науковій і навчальній юридичній літературі пропонуються різні підстави для класифікації злочинів проти правосуддя. Вивчення літературних джерел і аналіз запропонованих дослідниками висновків дає підстави стверджувати, що переважна більшість класифікацій здійснюється за таким кримінально-правовим критерієм, як безпосередній об'єкт посягання.

Якщо виходити із визначеної законодавцем системи кримінально-правових норм і структурної побудови чинного Кримінального кодексу України, то найпоширенішою і одночасно, на наш погляд, найбільш прийнятною, залишається саме така класифікація злочинів проти правосуддя (тобто за їх безпосереднім об'єктом), оскільки вона найбільшою мірою відображає ті суспільні відносини, яким такими злочинами завдається шкода. За безпосереднім об'єктом злочини проти правосуддя пропонують класифікувати і російські вчені. Зокрема, М. Н. Голоднюк вважає за необхідне виокремити такі:

1. Злочини, що посягають на життя, здоров'я, честь і гідність осіб, які здійснюють правосуддя.
2. Злочини, що перешкоджають виконанню працівниками правоохоронних органів їх обов'язків по досягненню цілей та завдань правосуддя.
3. Злочини, вчинені у процесі здійснення правосуддя посадовими особами (суддею, прокурором, особою, що провадить дізнання та досудове слідство).
4. Злочини, що перешкоджають виконанню покарання або відшкодуванню шкоди, заподіяної злочином¹.

¹ Голоднюк М. Н. Преступления против правосудия / М. Н. Голоднюк // Курс уголовного права. Особенная часть : учеб. для вузов / под ред. проф. Г. И. Борзенкова и В. С. Комиссарова. – М., 2002. – Т. 5. – С. 145–147.

Інший російський вчений А. І. Чугаєв, виходячи з безпосереднього об'єкта, усі злочини проти правосуддя розподіляє на п'ять груп (видів):

- злочини, які посягають на відносини по реалізації конституційних принципів правосуддя;
- злочини, які посягають на діяльність органів правосуддя відповідно до його цілей і завдань;
- злочини, що порушують процесуальний порядок одержання доказів у справі;
- злочини, що посягають на діяльність органів правосуддя зі сучасного розкриття злочинів;
- злочини, які посягають на відносини з реалізації судового акта (статті 312–315 КК РФ)¹.

На думку А. С. Горелика, класифікація злочинів проти правосуддя також має ґрунтуватися на конкретних видах відносин, які забезпечують нормальну роботу органів правосуддя. Виходячи із цього, він пропонує таку класифікаційну систему злочинів проти правосуддя:

- 1) злочини у сфері забезпечення незалежності суддів і захисту їхньої особистої безпеки, честі й гідності;
- 2) злочини у сфері здійснення правосуддя посадовими особами органів правосуддя;
- 3) злочини у сфері виконання громадянських обов'язків;
- 4) злочини в сфері виконання вироків, рішень і інших актів органів правосуддя².

В. П. Малков вважає за необхідне всі злочини проти правосуддя об'єднувати в чотири групи за подібністю ознак об'єктивної сторони:

- 1) злочини, що посягають на самостійність судової влади, її авторитет і безпеку діяльності суддів та інших осіб, що сприяють здійсненню правосуддя;
- 2) злочини проти правосуддя, вчинені суддями й іншими посадовими особами органів досудового слідства і сторонами по цивільній або господарській справі;

¹ Чугаєв А. І. Преступление против правосудия / А. И. Чугаев // Уголовное право. Особенная часть : учебник / под ред. А. И. Рарога. – М., 1996. – С. 376; Він же. Преступление против правосудия / А. И. Чугаев // Российское уголовное право : в 2 т. Т. 2 : Особенная часть / под ред. А. И. Рарога. – М., 2001. – С. 708.

² Горелик А. С. Преступления против правосудия / А. С. Горелик // Уголовное право России. Часть Общая : учеб. для вузов / отв. ред. Л. Л. Крутиков. – М., 1999. – С. 679–680.

3) злочини, які посягають на встановлений Конституцією й процесуальним законом порядок одержання, використання і збереження доказової інформації;

4) злочини, які посягають на встановлений законом порядок виконання, що набрали законної сили, вироків, рішень судів і інших судових актів¹.

Разом з тим він визнає, що запропонована класифікація багато в чому має умовний характер і необхідна лише для більш логічного викладу матеріалів за темою «Злочини проти правосуддя».

Зовсім інші підходи для класифікації злочинних діянь у сфері правосуддя обрали російські вчені А. П. Кузнецов та С. В. Изосимов. Виходячи з підслідності, визначеної ст. 151 УПК РФ, вони пропонують класифікувати діяння глави 31 КК РФ «Злочини проти правосуддя» за ознаками суб'єкта розслідування:

1) злочини, за якими проводиться дізнання службою судових приставів Міністерства юстиції РФ (ч. 1 ст. 294, ст. 297, ч. 1 ст. 311, ст. 312, ст. 315 КК РФ);

2) злочини, за якими проводиться досудове слідство слідчими прокуратури (ч. 2 і ч. 3 ст. 294, ст. 295, ст. 296, статті 298–305 КК РФ);

3) злочини, за якими досудове слідство може проводитися слідчими органів внутрішніх справ (ст. 303, ч. 2 ст. 313 КК РФ);

4) злочини, за якими розслідування може проводитися слідчими органу, що виявив дані злочини (ст. 308, ст. 310 КК РФ);

5) злочини, попереднє слідство за якими провадиться слідчими того органу, до чиеї підслідності належить злочин, у зв'язку з яким порушена відповідна кримінальна справа (статті 306–310, ч. 2 ст. 311, ст. 316 КК РФ)².

На наш погляд, подібна класифікація є найменш прийнятною, оскільки не віддзеркалює сутності суспільних відносин, на які вчинюються злочинні посягання, не сприяє кримінологічному дослідженню злочинності у сфері правосуддя, як соціального явища і як наслідок — розробленню заходів протидії та їх запобіганню.

Злочини проти правосуддя в юридичній літературі класифікують також за ознаками суб'єкта їх вчинення. Різні автори пропонують кла-

¹ Малков В. П. Преступления против правосудия / В. П. Малков // Уголовное право России : учеб. для вузов : в 2 т. Т. 2 : Особенная часть / под ред. проф. А. Н. Игнатова и проф. Ю. А. Красикова. – М., 1998. – С. 679–680.

² Кузнецов А. П. Преступления против правосудия / А. П. Кузнецов, С. В. Изосимов // Дознание в случае судебных приставов : учеб. пособие. – М., 2002. – С. 265.

сифікувати їх за такою ознакою на дві¹, три², чотири³ або п'ять груп⁴. Найбільш логічною, на думку деяких вчених, є класифікація розглянутих злочинів на три групи⁵:

1. Злочини проти правосуддя, які вчинюються працівниками органів дізнання, слідства, прокурорами, суддями (посадовими особами) (статті 299–303, 305, 311 КК РФ).

2. Злочини проти правосуддя, вчинені особами, які залучаються до здійснення правосуддя (приватними і посадовими) (статті 294–298, 304, 306, 310, 312, 316 КК РФ).

3. Злочини проти правосуддя, які вчинені особами, стосовно яких виконується вирок або інший судовий акт (статті 313–315 КК РФ).

А. П. Кузнецов, виходячи із законодавчо встановленої структури Кримінального кодексу РФ, злочини проти правосуддя запропонував класифікувати також за трьома групами, однак, виходячи з об'єкта злочинного посягання:

1. Злочини, які посягають на авторитет судової влади (статті 297, 298 КК РФ).

2. Злочини, які посягають на діяльність зі здійснення завдань правосуддя (статті 299, 300, 304–306, 309, 312–316 КК РФ).

3. Злочини, які посягають на встановлений порядок судочинства⁶ (статті 294–296, 301–303, 307, 308, 310, 311 КК РФ).

С. А. Кузьмін вважає, що при аналізі складів злочинів, відповідальність за які передбачена розділом XVIII КК України, їх необхідно поділяти на такі дві самостійні групи: 1) злочини проти правосуддя, що

¹ Див.: Рашковская Ш. С. Общая характеристика преступлений против правосудия / Ш. С. Рашковская // Курс советского уголовного права / под ред. А. А. Пионтковского, П. С. Ромашкина, В. М. Чхиквадзе. – М., 1971. – Т. VI. – С. 99.

² Див.: Уголовное право. Часть Особенная / под ред. И. Я. Козаченко, З. А. Незнамовой. – М., 1997. – С. 619–620; Здравомыслов Б. В. Преступления против правосудия / Б. В. Здравомыслов // Уголовное право России. Особенная часть. – М., 1996. – С. 436–437; Ветров Н. И. Уголовное право. Особенная часть : учеб. для вузов / Н. И. Ветров. – М., 2000. – С. 410–411.

³ Уголовное право. Особенная часть / под ред. Н. А. Беляева, Д. П. Водяникова, В. В. Орехова. – СПб., 1995. – Ч. 2. – С. 47.

⁴ Уголовное право России. Особенная часть / под ред. А. И. Рарога. – М., 1996. – С. 376.

⁵ Уголовное право. Особенная часть : учебник / под ред. В. Н. Петрашева. – М. : Приор, 1999. – С. 493.

⁶ Кузнецов А. П. Преступления против правосудия: понятие, система, общая характеристика [Электронный ресурс] / А. П. Кузнецов. – Режим доступа: <http://www.alldocs.ru/zakons/index.php?from=11001>

вчинені службовими особами — представниками органів влади; 2) злочини проти правосуддя, вчинені іншими особами¹.

В. В. Мульченко виділяє п'ять груп злочинів проти правосуддя, які посягають на: відносини, що забезпечують реалізацію конституційних принципів діяльності органів розслідування, прокуратури і суду; особисту безпеку учасників судочинства; можливість отримання достовірних доказів і правдивих висновків по справі; своєчасне припинення і розкриття злочинів; виконання вироків, ухвал, постанов і призначеного покарання².

У перших підручниках з кримінології класифікація злочинів збігалася з класифікацією їх в Особливій частині кримінального права. Подальший розвиток кримінологічної науки засвідчив недостатність такого підходу до вирішення кримінологічних завдань. Класифікації злочинів, запозичених із кримінального права, не можуть задовольнити кримінологію, яка розглядає злочинність у соціально-правовому аспекті. Класифікації злочинів за ступенем їх суспільної небезпеки, об'єктом посягань, хоча і містять значну кримінологічну інформацію, не дозволяють глибше пізнати причини вчинення злочинів, мотивацію поведінки, особливості особи злочинця, ситуації вчинення злочину і т. ін. Утім та обставина, що кримінологічні класифікації і типології не збігаються із кримінально-правовими, не виключають можливості використання кримінально-правових ознак, оскільки правову сторону злочинності визначає все-таки кримінальний закон. Кримінально-правові класифікації — це підґрунтя, точка відліку для кримінологічних типологій та класифікацій, які мають забезпечити потреби запобіжної діяльності. З огляду на таке ми не можемо погодитися з висловленою в літературі думкою, що класифікації, які містяться у Кримінальному кодексі, для вивчення причин злочинності взагалі нічого не дають, оскільки не ураховують (не охоплюють) обставини, фактори, ознаки, які належали б до причин злочинності³.

Передумовою успішного кримінологічного аналізу злочинів, як уже зазначалося, є їх класифікація за певними критеріями. Це дає можли-

¹ Кузьмін С. А. Іноземець як спеціальний суб'єкт злочинів проти правосуддя / С. Кузьмін // Вісн. прокуратури. – 2009. – № 5. – С. 61.

² Мульченко В. В. Система преступлений против правосудия в новом Уголовном кодексе Украины / В. В. Мульченко // Новый Кримінальний кодекс України. Питання застосування і вивчення: матеріали міжнар. наук.-практ. конф. [Харків] 25–26 жовтня 2011 р. / редкол.: В. В. Сташис (голов. ред.) та ін. – К.; Х.: Юрінком Інтер, 2002. – С. 207–209.

³ Див.: Скоморохов Р. В. К вопросу об основании криминалогической классификации / Р. В. Скоморохов // Государство и право. – 2010. – № 4. – С. 39–47.

вість розглянути їх у групах, об'єднаних за спорідненими ознаками. Важливість класифікації злочинів у кримінології визначається передусім необхідністю розроблення ефективних заходів протидії та запобігання злочинним посяганням. Вона допомагає виявляти закономірності, співвідносити між собою розрізнені групи та види злочинів, визначити їх місце у загальній структурі злочинності¹.

Однак наведені класифікації (більшою чи меншою мірою) мають ряд недоліків. Обумовлюються вони насамперед недотриманням єдності підстав класифікації, а також тим, що безпосередній об'єкт злочинного посягання, як критерій класифікації, у дійсності підміняється іншим.

Установлення співвідношення кримінологічної і кримінально-правової класифікації та їх критеріїв було і залишається основним питанням цієї проблеми.

У основі кримінально-правової класифікації злочинів у Загальній частині Кримінального кодексу України лежать суспільна небезпека діяння, ступінь тяжкості, а в Особливій — об'єкт злочинного посягання, тобто певна група суспільних відносин². Виходячи із цих критеріїв, злочини поділяються на певні групи. Чинний Кримінальний кодекс України (ст. 12) передбачає класифікацію кримінально караних діянь за ступенем тяжкості, відповідно до якого злочини поділяються на: злочини невеликої тяжкості; злочини середньої тяжкості; тяжкі злочини; особливо тяжкі злочини.

Зміст цієї норми дає підстави для однозначного висновку, що законодавець в основу такої класифікації поклав матеріальний критерій, що відображає внутрішню соціальну сутність злочинів — ступінь їх тяжкості і, як наслідок, небезпечності для суспільних відносин, що охороняються кримінальним законом. Ступінь суспільної небезпечності як ознака тяжкості злочину складається із сукупності його об'єктивних та суб'єктивних ознак: важливості об'єкта, характеру діяння, способів його вчинення, тяжкості наслідків, форм і видів вини, мотивів і мети тощо. Однак поряд із матеріальним критерієм законодавець у ст. 12 КК України передбачив і формальний — певний вид і розмір покарання. Саме через це класифікація злочинів за ступенем тяжкості є суттєвою, універсальною, такою, що визначає зміст і структуру інститутів кримінального права.

¹ Див.: Алтухов С. А. Преступления сотрудников милиции / С. А. Алтухов. – СПб., 2001. – С. 16; Криминология / под ред. В. Н. Кудрявцева, В. Е. Эминова. – М., 2002. – С. 308.

² Див.: Кривоченко Л. Н. Классификация преступлений / Л. Н. Кривоченко. – Харьков, 1983.

Для класифікації злочинів за ступенем тяжкості у Кримінальному кодексі України визначено такі категорії: злочином невеликої тяжкості є злочин, за який передбачено покарання у виді позбавлення волі на строк не більше двох років, або інше, більш м'яке покарання; злочином середньої тяжкості є злочин, за який передбачено покарання у виді позбавлення волі на строк не більше п'яти років; тяжким є злочин, за який передбачено покарання у виді позбавлення волі на строк не більше десяти років; особливо тяжким злочином є злочин, за який передбачено покарання у виді позбавлення волі на строк понад десять років або довічного позбавлення волі. Разом з тим майже у всіх складах злочинів передбачено альтернативні санкції. Тому, виходячи із максимального розміру санкції, класифікацію досліджуваних складів злочинів нами проведено за запропонованими законодавцем ознаками.

Усього у 30 статтях, які містяться у розділі XVIII «Злочини проти правосуддя», КК України, передбачено 56 складів злочинів.

До злочинів невеликої тяжкості (усього 19 складів, або 34 %) належать такі, що передбачені: ч. 1 ст. 371, ч. 1 ст. 374, ч. 1 ст. 376, ч. 1 ст. 381, ч. 1 ст. 382, ч. 1 ст. 383, ч. 1 ст. 384, ч. 1 ст. 385, ч. 1 ст. 386, ч. 1, ч. 2 ст. 387, ч. 1 ст. 388, ч. 1, ч. 2 ст. 389, ч. 1 ст. 390, ст. 394, ст. 395, ч. 1, ч. 2 ст. 397 КК України. До злочинів середньої тяжкості (усього 21 склад, або 37,5 %) належать такі, що передбачені: ч. 2 ст. 371, ч. 1 ст. 372, ч. 1 ст. 373, ч. 1 ст. 375, ч. 1 ст. 377, ч. 1 ст. 378, ст. 380, ч. 2 ст. 381, ч. 2 ст. 382, ч. 2 ст. 383, ч. 2 ст. 384, ч. 2 ст. 388, ч. 1, ч. 3 ст. 390, ст. 391, ч. 1 ст. 393, ч. 1 ст. 396, ч. 1, ч. 2 ст. 398, ч. 1 ст. 399 КК України. До тяжких (усього 10 складів, або 17,8 %) належать злочини, відповідальність за які передбачена ч. 3 ст. 371, ч. 2 ст. 372, ч. 2 ст. 373, ч. 2 ст. 374, ч. 2 ст. 375, ч. 2 ст. 377, ч. 3 ст. 382, ст. 392, ч. 2 ст. 393, ч. 2 ст. 399 КК України. Особливо тяжкими злочинами проти правосуддя (усього 6 складів, або 10,7 %) законодавець визначив злочини, відповідальність за які встановлена ч. 3 ст. 377, ч. 2 ст. 378, ст. 379, ч. 3 ст. 398, ч. 3 ст. 399, ст. 400 КК України.

Наведена класифікація, на наш погляд, є достатньо інформативною і дозволяє дійти висновку, що злочини проти правосуддя, за чинним кримінальним законом, є переважно злочинами невеликої і середньої тяжкості. Їх питома вага у загальній кількості злочинів цієї категорії становить 71,5 %, а тяжких і особливо тяжких — 28,5 %. Зазначене є підставою для цілком ймовірного припущення, що при реформуванні кримінального закону злочини проти правосуддя невеликої тяжкості можуть бути віднесені до кримінальних проступків, за вчинення яких будуть застосовуватися не покарання, а стягнення.

Як уже зазначалося, домінуючою у наукових колах є класифікація злочинів проти правосуддя за окремими елементами їх складу. Така підстава класифікації дає можливість визначити основні напрями і об'єкти запобіжної діяльності. Під ними, зазвичай, розуміють об'єкт, яким охоплюється певне коло тотожних або однорідних суспільних відносин (цінностей, благ), що охороняються єдиним комплексом взаємопов'язаних кримінально-правових норм¹. Однак переважна більшість злочинів проти правосуддя є дво- або навіть поліоб'єктними² (ст. 377 КК), оскільки, окрім правосуддя, їх вчинення пов'язане з посяганням на життя, здоров'я, честь, гідність, безпеку, власність, недоторканність суб'єктів правосудницької діяльності. Це так звані видові (групові) об'єкти, які відображають ту чи іншу специфіку захисту інтересів правосуддя. Виокремлення видових об'єктів має суттєве значення для формування державної політики щодо охорони від злочинних посягань певних суспільних відносин у сфері правосуддя. Правильне встановлення видового об'єкта цих злочинів є також визначальним і для їх відокремлення від інших злочинів проти життя, здоров'я особи, проти авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування та об'єднань громадян у сфері службової діяльності тощо³. І особливе значення така класифікація має для розроблення заходів протидії та запобігання злочинам проти правосуддя. Виходячи з їх видових об'єктів, усі злочини, передбачені у розділі XVIII «Злочини проти правосуддя», розподіляють на такі групи⁴.

1. Злочини, які посягають на конституційні засади діяльності органів досудового дізнання, слідства, прокуратури та суду. До них належать: завідомо незаконні затримання, привід, арешт або тримання під вартою (ст. 371 КК); притягнення завідомо невинного до кримінальної відповідальності (ст. 372 КК); примушування давати показання (ст. 373 КК); порушення права на захист (ст. 374 КК); постановлен-

¹ Див.: Тацій В. Я. Объект и предмет преступления в советском уголовном праве / В. Я. Тацій. – Харьков : Вища школа, 1988. – С. 85.

² Див.: Осадчий В. І. Проблеми кримінально-правового захисту правоохоронної діяльності : монографія / В. І. Осадчий. – К. : НВТ «Правник» ; НАВСУ, 1999. – С. 44.

³ Див.: Борисов В. І. Відповідність кримінального закону конституційним принципам здійснення правосуддя в Україні / В. І. Борисов // Питання боротьби зі злочинністю : зб. наук. пр. / редкол.: В. І. Борисов та ін. – Х. : Право, 2009. – Вип. 18. – С. 4.

⁴ Див.: Кримінальне право України: Особлива частина : підручник / Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, В. І. Тютюгін та ін. ; за ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – 4-те вид., переробл. і доповн. – Х. : Право, 2010. – С. 506–507; Злочини проти правосуддя : навч. посіб. / за заг. ред. проф. В. І. Борисова, проф. В. І. Тютюгіна. – Х. : Нац. ун-т «Юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого», 2011. – С. 8–10.

ня суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови (ст. 375 КК); втручання в діяльність судових органів (ст. 376 КК); незаконне втручання в роботу автоматизованої системи документообігу суду; перешкоджання з'явленню свідка, потерпілого, експерта, примушування їх до відмови від давання показань чи висновку (ст. 386 КК); втручання в діяльність захисника чи представника особи (ст. 397 КК).

2. Злочини, які посягають на життя, здоров'я, особисту безпеку, власність суддів та інших учасників судочинства. До цієї групи входять: посягання на життя судді, народного засідателя чи присяжного у зв'язку з їх діяльністю, пов'язаною із здійсненням правосуддя (ст. 379 КК); посягання на життя захисника чи представника особи у зв'язку з діяльністю, пов'язаною з наданням правової допомоги (ст. 400 КК); погроза або насильство щодо судді, народного засідателя чи присяжного (ст. 377 КК); погроза або насильство щодо захисника чи представника особи (ст. 398 КК); умисне знищення або пошкодження майна судді, народного засідателя чи присяжного (ст. 378 КК); умисне знищення або пошкодження майна захисника чи представника особи (ст. 399 КК).

3. Злочини, які посягають на відносини, що забезпечують одержання достовірних доказів та істинних висновків у справі. Сюди слід включити завідомо неправдиве повідомлення про вчинення злочину (ст. 383 КК); завідомо неправдиве показання (ст. 384 КК); відмова свідка від давання показань або відмова експерта чи перекладача від виконання покладених на них обов'язків (ст. 385 КК).

4. Злочини, які посягають на відносини, що забезпечують своєчасне розкриття та припинення злочинних посягань. До цієї групи входять: невжиття заходів безпеки щодо осіб, взятих під захист (ст. 380 КК); розголошення відомостей про заходи безпеки щодо особи, взятої під захист (ст. 381 КК); розголошення даних досудового слідства або дізнання (ст. 387 КК); приховування злочину (ст. 396 КК).

5. Злочини, які посягають на відносини, що забезпечують належне виконання рішень, вироків, ухвал, постанов суду і призначеного покарання. Це невиконання судового рішення (ст. 382 КК); незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, або яке описане чи підлягає конфіскації (ст. 388 КК); ухилення від покарання, не пов'язаного з позбавленням волі (ст. 389 КК); ухилення від відбування покарання у виді обмеження волі та у виді позбавлення волі (ст. 390 КК); злісна непокоря вимогам адміністрації виправної установи (ст. 391 КК); дії, що

дезорганізують роботу виправних установ (ст. 392 КК); втеча з місця позбавлення волі, або з-під варти (ст. 393 КК); втеча із спеціалізованого лікувального закладу (ст. 394 КК); порушення правил адміністративного нагляду (ст. 395 КК).

Така кримінально-правова класифікація, на нашу думку, найбільш придатна для визначення основних напрямів протидії і розробки спеціально-кримінологічних заходів запобігання злочинам проти правосуддя. Поділяючи такі погляди провідних вчених, разом з тим зазначимо, що наша позиція обумовлюється тим правовим полем, яке на сьогодні виписано чинним Кримінальним кодексом України, а саме — наявністю зосереджених у спеціальній главі (XVIII) 30 статей. Про певну штучність об'єднання і подальшу недоцільність визначення окремих злочинів, як злочинів саме проти правосуддя, вже наводилося достатньо, на наш погляд, аргументів¹.

У контексті нашого дослідження злочинності у сфері правосуддя як соціального явища, урахувавши, що для аналізу причин і умов вчинення конкретних посягань, а тим більше для розробки (і удосконалення наявних) заходів запобігання і протидії такі розбіжності не впливають, запропоновані правовою наукою видові об'єкти можуть бути сприйняті.

Мирошніченко С. Классификация преступлений против правосудия

Статья посвящена определению различных критериев классификации преступлений против правосудия и анализу их особенностей.

Ключевые слова: преступление, правосудие, виды преступлений.

Miroshnichenko S. Classification of crimes against justice

Article is devoted to definition of various criteria of classification of crimes against justice and to the analysis of their features.

Keywords: crime, justice, types of crimes.

¹ Преступления против правосудия как объект криминалистического исследования // Весн. Акад. Ген. прокуратуры Рос. Федерации. – 2009. – № 3 (11). – С. 54–60.

УДК 343.1(477)](094.4)

І. Тітко, кандидат юридичних наук, асистент кафедри правосуддя Полтавського юридичного інституту Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Кримінально-процесуальний кодекс України про міжнародне співробітництво: недоліки нормативної регламентації

До недавнього часу Кримінально-процесуальний кодекс України (далі — КПК) взагалі не містив положень, які б регулювали міжнародне співробітництво, і це питання вирішувалось на підставі міждержавних угод.

За останні два роки в цьому напрямі відбулися кардинальні зміни: у травні 2010 р. КПК було доповнено гл. 37 (яка спрямована на регламентацію порядку здійснення екстрадиції) і буквально через рік — у червні 2011 р. — Україна ратифікувала Другий додатковий протокол до Європейської конвенції про взаємну допомогу у кримінальних справах¹ (далі — Другий протокол), у зв'язку з чим було прийнято відповідний Закон, яким вносились зміни до деяких нормативних актів, включаючи й КПК². Як результат, КПК поповнився двома новими спеціальними главами (гл. 38 «Міжнародна правова допомога у кримінальних справах» і гл. 39 «Переїняття кримінального переслідування») та рядом окремих статей, присвячених міжнародному співробітництву.

Поряд із цим нововведення в КПК у зв'язку з перенесенням норм міжнародного права до сфери права національного, на жаль, характеризуються значною кількістю недоліків. Умовно всі ці недоліки можна звести до двох видів. По-перше, у ряді випадків норми КПК неповно або неточно регламентують питання міжнародного співробітництва, і як результат для з'ясування дійсного змісту норми правозастосувач

¹ Другий додатковий протокол до Європейської конвенції про взаємну допомогу у кримінальних справах від 8 листопада 2001 р. [Електронний ресурс] // Правові системи НаУ. – Режим доступу: www.nau.kiev.ua.

² Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з ратифікацією Другого додаткового протоколу до Європейської конвенції про взаємну допомогу у кримінальних справах : Закон України від 16 червня 2011 р. № 3529-VI // Офіц. вісн. України – 2011. – № 52. – Ст. 2065.

змушений звертатися до положень міжнародного права. По-друге, доволі часто мають місце протиріччя між положеннями КПК і міжнародних договорів.

Висвітлення та аналіз подібних недоліків і є метою цієї статті.

1. Викликає сумніви припис, яким було доповнено ст. 67 КПК: «Суд, прокурор, слідчий або особа, яка провадить дізнання, не оцінює порядку збирання та подання доказів компетентним органом іноземної держави при виконанні запиту (доручення) про міжнародну правову допомогу, розслідуванні кримінальної справи, переданої в Україну в порядку перейняття кримінального переслідування, або в ході діяльності міжнародної слідчої групи». Цілком зрозуміло, що наші правоохоронні органи не вправі давати юридичну оцінку діям суб'єктів іноземної держави, які здійснювали збирання доказової інформації. Але позбавлення правоохоронних органів та суду права всебічно оцінювати докази, на підставі яких вони зобов'язані винести власне рішення, є нонсенсом. За такого підходу суддя зобов'язаний послатися на доказ, навіть якщо для нього очевидним є факт незаконності отримання доказової інформації в рамках надання міжнародно-правової допомоги. Убачається, що подібний підхід не відповідає положенню Конституції України, згідно з яким обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом (ч. 3 ст. 62). Крім того, нововведений припис ст. 67 КПК іде в розріз із судовою практикою застосування вказаного конституційного положення. Пленумом Верховного Суду України абсолютно правильно вказувалось, що якщо буде встановлено, що ті чи інші докази одержані незаконно, суди повинні визнавати їх недопустимими і не враховувати при обґрунтуванні обвинувачення у вирoku¹.

Окрім указаного, розглядувані положення ч. 2 ст. 67 КПК не узгоджуються з нормою, викладеною у ч. 3 ст. 65 КПК, відповідно до якої «фактичні дані, одержані на території іноземної держави її компетентними органами при виконанні запиту (доручення) про міжнародну правову допомогу, розслідуванні кримінальної справи, переданої в Україну в порядку перейняття кримінального переслідування, або в ході діяльності міжнародної слідчої групи, використовуються органом дізнання, слідчим і судом як докази, одержані відповідно до вимог

¹ Про посилення судового захисту прав та свобод людини і громадянина : постановою Пленуму Верховного Суду України від 30 травня 1997 р. № 7 // Вісн. Верхов. Суду України. – 1997. – № 2. – С. 3–4.

цього Кодексу». Тобто використання доказів, отриманих у ході міжнародної допомоги (у тому числі й їх оцінка), відповідно до наведеного положення не передбачає ніяких особливостей, пов'язаних із «закордонним» походженням доказової інформації.

2. Вищезазначеним Законом¹ КПК було доповнено ст. 85³ «Застосування телефонної конференції та відеоконференції при проведенні слідчої дії». Передусім слід вказати на внутрішню суперечливість самої статті: у ч. 1 вказано, що застосування відео- і телефонної конференцій можливе при проведенні слідчих чи інших процесуальних дій. Але при цьому у подальших частинах ст. 85³ йдеться лише про слідчі дії, перелік яких є вичерпним. Ніякі «інші процесуальні дії» не згадуються.

Окрім цього, доповнюючи КПК ст. 85³ у зв'язку з ратифікацією Другого протоколу, наш законодавець чомусь доволі далеко відійшов від положень указанного міжнародного договору:

а) ч. 3 ст. 85³ передбачає, що відеоконференція може застосуватися не лише під час допиту, а й при: 1) проведенні очної ставки; 2) пред'явленні для впізнання; 3) відтворенні обстановки і обставин події. Це не відповідає положенням статті 9 Другого протоколу, згідно з якими відеоконференція може застосовуватись лише під час допиту²;

б) ця стаття не закріплює гарантій законності проведення відеоконференції, які передбачені міжнародними документами (у тому числі й Другим протоколом). Йдеться про обов'язкову присутність представника судового органу і при необхідності перекладача, які відповідають за забезпечення впізнання особи та дотримання законодавства при проведенні процесуальної дії.

¹ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з ратифікацією Другого додаткового протоколу до Європейської конвенції про взаємну допомогу у кримінальних справах : Закон України від 16 червня 2011 р. № 3529-VI // Офіц. вісн. України. – 2011. – № 52. – Ст. 2065.

² Хоча на вказану невідповідність можна поглянути й під іншим кутом зору: такі положення хоч і були внесені до КПК у зв'язку з ратифікацією Другого протоколу, проте стосуються міжнародного співробітництва в цілому: як у рамках Другого протоколу, так і при співпраці з державами, з якими Україну пов'язують інші міжнародні договори. Останні ж у ряді випадків інакше регулюють питання стосовно слідчих дій, при проведенні яких може застосовуватися відеоконференція, і відповідно не заходять у протиріччя з КПК (наприклад, відповідно до ст. 105 Кишинівської конвенції передбачено, що «компетентні установи юстиції Сторін при наданні правової допомоги мають право застосовувати засоби відеозв'язку. Використання таких засобів здійснюється відповідно до внутрішнього законодавства сторін»).

Зазначеними недоліками ст. 85³ КПК можна було б знехтувати, враховуючи пріоритет міжнародних договорів. Але, незважаючи на той факт, що вказані зміни до КПК були внесені у зв'язку з ратифікацією міжнародного договору, сама ст. 85³ не містить вказівки на застосування даних положень лише в рамках міжнародного співробітництва. Відповідно дія цієї статті поширюється на всі випадки провадження у кримінальних справах: і міжнародну співпрацю, й внутрішньодержавне провадження. І якщо при міжнародній співпраці недоліки нашого законодавства нівелюються за рахунок положень міжнародних договорів, то при застосуванні даної статті в межах України діє лише КПК, і міжнародні договори не застосовуються.

Як позитивний момент у цьому аспекті слід зазначити більш виважений і послідовний підхід розробників проекту КПК¹ до нормативної регламентації вказаних питань. Так, указаний законопроект містить ст. 567 «Допит за запитом компетентного органу іноземної держави шляхом проведення відео- або телефонної конференції». Отже, йдеться лише про допит, що цілком відповідає Другому протоколу. До того ж положеннями цієї статті передбачено, що допит із використанням засобів відео- або телефонного зв'язку проводиться у присутності слідчого судді.

3. Ще однією новацією у КПК стали статті 119¹ і 119², якими передбачено порядок створення й діяльності міжнародної слідчої групи. Стосовно положень даних нормативних приписів також слід висловити ряд зауважень.

Частиною 1 ст. 119¹ передбачено, що міжнародна слідча група може бути створена для проведення розслідування *на території України* (курсив мій. — Авт.). У той же час ч. 2 цієї статті вже передбачає, що міжнародна слідча група може створюватись для проведення процесуальних дій *на території України та інших держав* (курсив мій. — Авт.).

Таким чином, між першою і другою частинами норми існує очевидна внутрішня неузгодженість. Для вирішення даної суперечності, як це не парадоксально, змушені звертатися до тексту Другого протоколу, у зв'язку з ратифікацією якого й з'явилась вказана норма. Стаття 20 Другого протоколу абсолютно чітко і зрозуміло встановлює, що міжнародна слідча група створюється на території держави однієї

¹ Кримінальний процесуальний кодекс України [Електронний ресурс] : проект Закону України від 13 січня 2012 р., реєстр. № 9700, внес. Президентом України. – Режим доступу: <http://w1.c1.rada.gov.ua> – Заголовок з екрана.

зі Сторін, проте це не виключає проведення нею своєї діяльності на території інших держав — засновників групи.

Недосконалою є й ст. 119² КПК, яка регламентує порядок діяльності міжнародної слідчої групи. Так, відповідно до ч. 1 цієї статті проведення слідчих та інших процесуальних дій міжнародною слідчою групою не потребує звернення до компетентних органів іноземної держави із запитом (дорученням) про міжнародну правову допомогу.

Проте це положення прямо суперечить пунктам 7 та 8 ст. 20 Другого протоколу, де передбачено таке:

– коли для спільної слідчої групи необхідним є здійснення слідчих заходів на території однієї зі Сторін, що створили групу, члени групи, відряджені цією Стороною, звертаються до власних компетентних органів з проханням про здійснення таких заходів (п. 7);

– коли спільній слідчій групі необхідна допомога Сторони, яка не є однією з тих, що створили групу, або третьої держави, компетентні органи держави, на території якої діє група, звертаються з проханням про надання допомоги до компетентних органів такої держави згідно з відповідними договорами (п. 8).

Тобто положення ст. 119², відповідно до якого проведення дій міжнародною слідчою групою *не потребує звернення до компетентних органів іноземної держави із запитом (дорученням) про міжнародну правову допомогу*, не відповідає положенням Другого протоколу.

У світлі законотворчих тенденцій, знову ж таки, цікавим буде відслідкувати регламентацію даного питання за проектом КПК¹. Так, відповідно до ст. 571 Проекту, для проведення досудового розслідування обставин кримінальних правопорушень, вчинених на територіях декількох держав, або якщо порушуються інтереси цих держав, можуть створюватися спільні слідчі групи... (ч. 1). Слідчі (розшукові) та інші процесуальні дії виконуються членами спільної слідчої групи тієї держави, на території якої вони проводяться (ч. 4).

4. Окрім вказаних недоліків, слід також звернути увагу на ще одну, як вбачається, технічну помилку. Згідно із Законом, яким було внесено зміни до КПК², коректив зазнали положення статей 349

¹ Кримінальний процесуальний кодекс України [Електронний ресурс] : проект Закону України від 13 січня 2012 р., реєстр. № 9700, внес. Президентом України. – Режим доступу: <http://w1.c1.rada.gov.ua> – Заголовок з екрана.

² Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з ратифікацією Другого додаткового протоколу до Європейської конвенції про взаємну допомогу у кримінальних справах : Закон України від 16 червня 2011 р. № 3529-VI // Офіц. вісн. України. – 2011. – № 52. – Ст. 2065.

КПК «Порядок і строки апеляційного оскарження» і 382 КПК «Порядок перевірки ухвал суду і постанов судді». Зміни полягали у доповненні вказаних статей посиланням на ст. 478 КПК, як на таку, що містить положення про порядок апеляційного оскарження рішень, що приймаються в рамках міжнародного співробітництва. Але ст. 478 КПК стосується тимчасової передачі особи і не має жодної згадки про апеляційне оскарження. Натомість у КПК існує ст. 480, яка саме і присвячена оскарженню дій органу дізнання, слідчого, прокурора при наданні міжнародної правової допомоги, і передбачає можливість звернення до суду, у тому числі в порядку апеляційного оскарження. Убачається, що саме на дану норму мають посилатися статті 349 і 382 КПК.

5. Окремі зауваження слід також висловити стосовно деяких статей гл. 38 КПК «Міжнародно-правова допомога у кримінальних справах». Передусім сумнівною видається логіка розміщення гл. 38 у структурі КПК. Убачається, що при визначенні порядку розташування глав у розділі 9 «Міжнародне співробітництво у кримінальних справах» законодавець керувався критерієм хронології прийняття окремих глав. Відтак спочатку йде прийнята у 2010 р. гл. 37 «Видача особи (екстрадиція)», а далі — внесена у 2011 р. гл. 38 «Міжнародна правова допомога у кримінальних справах». Поряд із цим поняття «міжнародна правова допомога» і «екстрадиція» співвідносяться як родові і видові: екстрадиція є лише одним із багатьох видів міжнародно-правової допомоги у кримінальних справах. Тож логічним було б спочатку розташувати гл. 38 «Міжнародна правова допомога у кримінальних справах», яка є загальною, а далі — глави, присвячені регламентації окремих видів міжнародного співробітництва. У цьому аспекті знову ж таки слід підтримати розробників проекту КПК, де глави, присвячені міжнародній співпраці, розташовані у такій послідовності: гл. 42 «Загальні засади міжнародного співробітництва», гл. 43 «Міжнародна правова допомога при проведенні процесуальних дій», гл. 44 «Видача осіб, які вчинили кримінальне правопорушення (екстрадиція)», гл. 45 «Кримінальне провадження у порядку перейняття», гл. 46 «Визнання та виконання вироків судів іноземних держав та передача засуджених осіб»¹.

¹ Кримінальний процесуальний кодекс України [Електронний ресурс] : проект Закону України від 13 січня 2012 р., реєстр. № 9700, внес. Президентом України. – Режим доступу: <http://w1.c1.rada.gov.ua> – Заголовок з екрана.

6. Щодо аналізу окремих статей п. 38 КПК, то доречно звернути увагу на положення ст. 478 «Тимчасова передача», де йдеться про можливість передачі особи, яка тримається під вартою або відбуває покарання у виді позбавлення волі на території однієї держави, на територію іншої держави для дачі показань або участі у слідчих чи інших процесуальних діях. Детальне ознайомлення із вказаною статтею КПК дає можливість виявити її невідповідність міжнародним договорам.

Так, ч. 1 зазначеної статті передбачає, що тимчасова передача особи здійснюється *для дачі показань або участі у слідчих чи інших процесуальних діях* (курсив мій. — Авт.). Проте відповідно до ст. 11 Європейської Конвенції про взаємну допомогу у кримінальних справах¹ тимчасова передача здійснюється лише *з метою дачі показань*² (курсив мій. — Авт.).

Крім цього у ст. 478 КПК вказано, що для тимчасової передачі особи уповноважені державні органи готують для звернення до запитуваної сторони не запит (доручення) як у всіх інших випадках, а чомусь «прохання». Очевидною є термінологічна неточність, оскільки, ведучи мову про прохання, ця стаття відсилає до положень, які стосуються порядку оформлення запиту (доручення) на міжнародно-правову допомогу.

Ще одне зауваження стосовно ст. 478 КПК полягає у тому, що нею не передбачені підстави, за яких Україна може відмовити у тимчасовій передачі особи. Указаний факт слід розглядати як чергову прогалину національного законодавства, для усунення якої необхідно звертатися до міжнародних договорів. Зокрема, відповідно до положень ст. 11 Європейської конвенції про взаємну допомогу у кримінальних справах у передачі може бути відмовлено, якщо: 1) особа, яку тримають під вартою, не погоджується на передачу; 2) її присутність необхідна в ході кримінального провадження, що здійснюється на території запитуваної Сторони; 3) передача може призвести до продовження строку тримання особи під вартою; 4) існують інші першочергові підстави для того, щоб не передавати особу на територію запитуючої Сторони³.

¹ Європейська конвенція про взаємну правову допомогу у кримінальних справах від 20 квітн. 1959 р. // Офіц. вісн. України. – 2004. – № 26. – Ст. 1735.

² Дана стаття діє в редакції Другого протоколу.

³ Європейська конвенція про взаємну правову допомогу у кримінальних справах від 20 квітн. 1959 р. // Офіц. вісн. України. – 2004. – № 26. – Ст. 1735.

7. Деякі критичні зауваження хотілося б також висловити стосовно приписів ст. 479 КПК «Виклик особи, яка перебуває за межами України».

Перш ніж перейти до аналізу положень даної статті, слід вказати, зокрема, таке. Чинні міжнародні договори України про правову допомогу в кримінальних справах передбачають можливість виклику свідка, потерпілого, цивільного позивача, цивільного відповідача та їх представників, а також експертів до компетентних установ іноземної держави для провадження допиту або участі в інших процесуальних діях. Особливістю процесуального статусу осіб, які з'являються до правоохоронних органів іноземної держави за їх викликом, є те, що вони наділені певним імунітетом від кримінального переслідування. Так, відповідно до ч. 1 ст. 9 Мінської конвенції¹, ч. 1 ст. 9 Кишинівської конвенції²; ч. 1 ст. 12 Європейської конвенції³ вказані особи, незалежно від їх громадянства, не можуть бути притягнуті до адміністративної або кримінальної відповідальності, взяті під варту або піддані покаранню за діяння, вчинене *до моменту перетину державного кордону* (курсив мій. — Авт.).

Указану міжнародну гарантію спробували перенести в національне законодавство. У результаті ми отримали ч. 2 ст. 479 КПК. Утім це положення є черговим прикладом недосконалості законопроектної роботи: за рахунок неправильного порядку слів спотворюється зміст самої норми. У частині 2 ст. 479 КПК вказано: «Викликана особа *до перетину державного кордону України (при в'їзді в Україну)* не може бути притягнута до кримінальної відповідальності, затримана або взята під варту, до неї не можуть бути застосовані інші запобіжні заходи *у зв'язку з вчиненням будь-якого злочину*». Положення, що виділені курсивом, становлять єдиний логіко-граматичний блок, але, будучи розірваними, кардинально змінюють зміст норми. Буквальне розуміння ч. 2 ст. 479 КПК є таким: особу, яку викликали, не можна притягти до відповідальності або застосувати до неї заходи кримінально-процесуального примусу до того

¹ Конвенція про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах від 22 січня 1993 р. // Офіц. вісн. України. – 2005. – № 44. – Ст. 2824.

² Конвенція про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах від 7 жовтня 2002 р. // Правові системи НаУ. – Режим доступу: www.nau.kiev.ua.

³ Європейська конвенція про взаємну правову допомогу у кримінальних справах від 20 квітн. 1959 р. // Офіц. вісн. України. – 2004. – № 26. – Ст. 1735.

моменту, коли вона перетне державний кордон України при в'їзді. Проте вказана норма мала б звучати так: «Викликана особа не може бути притягнута до кримінальної відповідальності, затримана або взята під варту, до неї не можуть бути застосовані інші запобіжні заходи у зв'язку з вчиненням будь-якого злочину до перетину державного кордону України (при в'їзді в Україну)». Тобто, не змінивши нічого, окрім порядку слів, отримуємо абсолютно логічну норму, яка відповідає міжнародним стандартам. Але чомусь наш законодавець цьому уваги не приділив.

Будучи послідовними, наведемо формулювання даного положення з проекту КПК. Відповідно до ст. 565 «Свідок, потерпілий, його представник, які перебувають за межами території України, можуть бути викликані або добровільно прибути до слідчого, прокурора, суду для проведення процесуальних дій на території України. Зазначені особи, незалежно від їх громадянства, які прибули за викликом, не можуть бути притягнуті до кримінальної відповідальності, затримані або триматися під вартою, до них не можуть бути застосовані інші заходи забезпечення кримінального провадження та обмеження їх особистої свободи як з приводу кримінального правопорушення, яке є предметом цього кримінального провадження, так і за будь-яке інше кримінальне правопорушення, вчинене до перетинання державного кордону України»¹.

У рамках цієї статті доречно озвучити ще один нюанс, спрямований вже не на критику, а на тлумачення положень ст. 479 КПК з урахуванням міжнародних норм.

Імунітет від кримінального переслідування, про який йшлося вище, має часові обмеження, тобто втрачає силу, якщо особа не залишила територію запитуючої Сторони зі спливом певного строку.

Момент початку такого строку і в КПК (ч. 4 ст. 479), й практично в усіх міжнародних договорах визначено однаково, а саме: такий строк починає відраховуватися з дня, коли викликаній особі було письмово повідомлено, що її присутність більше не є необхідною на території запитуючої держави. Але слід звернути увагу, що різною є тривалість самого строку. Відповідно до положень КПК (ч. 4 ст. 479) та більшості міжнародних угод (ч. 3 ст. 12 Європейської конвенції про взаємну

¹ Кримінальний процесуальний кодекс України [Електронний ресурс] : проект Закону України від 13 січня 2012 р., реєстр. № 9700, внес. Президентом України. – Режим доступу: <http://w1.c1.rada.gov.ua> – Заголовок з екрана.

допомогу у кримінальних справах¹; ч. 2 ст. 9 Мінської конвенції²; ч. 2 ст. 9 Кишинівської конвенції³; ч. 4 ст. 12 Договору між Україною та Республікою Грузія⁴; ч. 4 ст. 12 Договору між Україною та Естонською Республікою⁵; ч. 4 ст. 12 Договору між Україною і Литовською Республікою⁶ і т. д.) цей строк становить 15 діб. Проте згідно з окремими міжнародними договорами вказаний строк може бути різним. Так, відповідно до ст. 18 Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності⁷ цей строк також становить 15 діб, але може бути змінений за погодженням між Державами-учасницями. Згідно з договором про правову допомогу між Україною і Канадою вказаний імунітет гарантується протягом 30 днів⁸. Відповідно до ст. 8 Договору між Україною і Республікою Молдова⁹, ст. 8 Договору між Україною і Республікою Польща¹⁰ особа позбавляється зазначених гарантій, якщо вона не залишить територію запитуючої Сторони зі спливом 7 днів.

Тобто залежно від того, у рамках якого міжнародного договору буде відбуватися співробітництво, указаний строк може як збігатися із встановленим у КПК, так і відрізнятись від нього.

¹ Європейська конвенція про взаємну правову допомогу у кримінальних справах від 20 квітн. 1959 р. // Офіц. вісн. України. – 2004. – № 26. – Ст. 1735.

² Конвенція про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах від 22 січня 1993 р. // Офіц. вісн. України. – 2005. – № 44. – Ст. 2824.

³ Конвенція про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах від 7 жовтня 2002 р. // Правові системи НаУ. – Режим доступу: www.nau.kiev.ua.

⁴ Договір між Україною та Республікою Грузія про правову допомогу та правові відносини у цивільних та кримінальних справах від 9 січня 1995 р. // Офіц. вісн. України. – 2006. – № 47. – Ст. 3172.

⁵ Договір між Україною та Естонською Республікою про правову допомогу та правові відносини у цивільних та кримінальних справах від 15 лютого 1995 р. // Офіц. вісн. України. – 2006. – № 47. – Ст. 3173.

⁶ Договір між Україною і Литовською Республікою про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах від 7 липня 1993 р. // Офіц. вісн. України. – 2006. – № 47. – Ст. 3170.

⁷ Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності від 15 листопада 2000 р. // Офіц. вісн. України. – 2006. – № 47. – Ст. 1056.

⁸ Договір між Україною та Канадою про взаємодопомогу у кримінальних справах від 23 вересня 1996 р. // Офіц. вісн. України. – 2006. – № 47. – Ст. 3175.

⁹ Договір між Україною і Республікою Молдова про правову допомогу та правові відносини у цивільних і кримінальних справах від 13 грудня 1993 р. // Офіц. вісн. України. – 2006. – № 47. – Ст. 3171.

¹⁰ Договір між Україною і Республікою Польща про правову допомогу та правові відносини у цивільних і кримінальних справах від 24 травня 1993 р. // Офіц. вісн. України. – 2006. – № 47. – Ст. 3169.

Тітко І. Уголовно-процесуальний кодекс України о международном сотрудничестве: недостатки нормативной регламентации

В статье рассматриваются проблемные вопросы международной помощи по уголовным делам. Автор предлагает свое видение решения существующих в законодательстве проблем.

Ключевые слова: международно-правовая помощь, уголовный процесс, международные отношения, сотрудничество.

Titko I. The Criminal Procedure Code of Ukraine on international cooperation: the defects of normative regulation

The article deals with the problematic issues of international assistance in criminal cases. The author offers his vision of solving the existing problems in the legislation.

Keywords: international legal assistance, criminal procedure, international relations and cooperation.

УДК 342.534.2+343.985.5

О. Тугарова, кандидат юридичних наук;
О. Чередник, кандидат юридичних наук

Імунітети в оперативно-розшуковій діяльності

Однією з найактуальніших проблем діяльності правоохоронних органів у демократичних державах є пошук найбільш оптимального рівня обмежень гарантованих Конституцією України прав і свобод особи з метою запобігання вчиненню злочинів та забезпечення безпеки окремих громадян і суспільства в цілому. Оперативно-розшукова діяльність є одним із тих видів державної діяльності, де ризик порушення прав і свобод людини доволі великий. Тому питання правової регламентації гарантій законності під час здійснення оперативно-розшукової діяльності завжди викликають неабиякий інтерес із боку як науковців, так і юристів-практиків.

Прийнятий 18 лютого 1992 р. Закон України «Про оперативно-розшукову діяльність» (надалі — Закон про ОРД)¹ уперше в історії вітчизняної юриспруденції на законодавчому рівні визначив завдання і підстави проведення оперативно-розшукової діяльності, окреслив коло прав та обов'язків підрозділів, уповноважених на здійснення оперативно-розшукової діяльності. Суттєвим надбанням стало нормативне закріплення принципів та гарантій законності під час здійснення ОРД, що сприяло і продовжує сприяти забезпеченню захисту від зловживань з боку оперативних підрозділів, уповноважених на здійснення ОРД, та безпідставного обмеження прав та свобод людини і громадянина.

Незважаючи на те, що норми Закону про ОРД застосовуються на практиці упродовж двадцяти років, серед вітчизняних учених він і сьогодні залишається каталізатором наукової активності. Проблемним питанням законності здійснення оперативно-розшукової діяльності, забезпечення прав і свобод людини під час проведення оперативно-розшукових заходів, можливості й доцільності використання отриманих результатів у кримінальному судочинстві присвячували свої роботи В. О. Глушков, Ю. М. Грошевий, В. С. Зеленецький, В. К. Лисиченко, Є. Д. Лук'янчиков, М. М. Михеєнко, В. Т. Нор, Д. П. Письменний,

¹ Про оперативно-розшукову діяльність [Електронний ресурс] : Проект Закону України / В. Д. Швець, Г. Г. Москаль, В. Л. Сівкович, В. А. Бевз, В. М. Грицак, В. С. Малишев. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?pf3511=31841.

М. А. Погорецький, С. М. Стахівський, В. Т. Тертишник, Л. Д. Удалова, М. Є. Шумило та інші видатні вітчизняні науковці. Вони сформулювали низку важливих положень, які продуктивно використовуються у процесі виявлення, розкриття і розслідування злочинів протягом тривалого часу. Втім окремі питання, пов'язані із забезпеченням законності здійснення оперативно-розшукової діяльності, не повною мірою знайшли своє відображення у роботах вітчизняних вчених. До таких питань, насамперед, слід віднести проблему імунітету в оперативно-розшуковій діяльності.

Аналіз нормативно-правових актів, якими регламентуються питання боротьби зі злочинністю, свідчить, що термін «імунітет» (лат. *immunitas (immunitatis)* — звільнення від чого-небудь, недоторканність, незалежність) не має законодавчого закріплення, однак він доволі часто зустрічається в юридичній літературі і тривалий час використовується науковцями та практиками. Так, у міжнародному праві імунітетом називають непідсудність іноземної держави судам іншої держави, а також винятки із юрисдикції акредитуваної держави щодо представництв та громадян, які виконують особливі обов'язки від імені іноземних держав (*acta jure imperi*)¹. У науці кримінального права під імунітетом розуміють сукупність правил, якими врегульовано виключний порядок настання кримінальної відповідальності чітко визначеного законом кола осіб: дипломатів, суддів, депутатів тощо². Використання поняття імунітету відбувається і в межах кримінального судочинства. Кримінально-процесуальний імунітет розуміють у двох значеннях: по-перше, як звільнення окремих осіб від виконання певних процесуальних обов'язків; по-друге, як встановлення для деяких категорій осіб особливих гарантій обґрунтованості застосування заходів процесуального примусу або притягнення до відповідальності³. Також у юридичній науці залежно від джерела походження виділяють імунітети міжнародні та національні, за сферою здійснення — матеріально-правові і процесуально-правові, за суб'єктом — імунітет держави, міжнародної

¹ Див.: Волкотруб С. Г. Імунітет і проблеми його захисту у кримінальному судочинстві: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09 / Волкотруб Сергій Григорович. – Х., 2002. – 192 с.

² Див.: Кибальник А. Г. Иммунитет в уголовном праве [Електронний ресурс]: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 «Уголовное право, криминология, уголовно-исполнительное право» / А. Г. Кибальник. – М., 1999. – Режим доступа: <http://dissertation2.narod.ru/avtoreferats/sent11.htm>.

³ Див.: Даев В. Г. Иммунитеты в уголовно-процессуальной деятельности / В. Г. Даев // Правоведение. – 1992. – № 3. – С. 18–24.

організації, спеціальної місії, особи тощо. Таким чином, слід визнати, що в сучасній юриспруденції правові імунітети є доволі різноманітними, проте спільним для всіх вищевказаних трактувань є положення про виняткове право конкретного суб'єкта не підкорятися деяким загальним правилам, визначеним у законі, і бути звільненим від виконання певного обов'язку чи покарання.

Чинний Закон України про ОРД не використовує терміна «імунітет», проте саме цей термін найбільш точно підходить для означення сукупності правових норм, якими врегульовано обов'язок надання допомоги оперативним підрозділам у вирішенні завдань оперативно-розшукової діяльності. Відповідно до частини першої статті 11 Закону про ОРД органи державної влади, підприємства, установи, організації незалежно від форми власності зобов'язані сприяти оперативним підрозділам у вирішенні завдань оперативно-розшукової діяльності. Частина друга вказаної статті також передбачає можливість залучення до оперативного співробітництва окремих фізичних осіб, з якими укладається угода про надання допомоги оперативним підрозділам у виконанні завдань оперативно-розшукової діяльності, встановлюється обов'язок зберігати таємницю, що стала їм відома, а також визначено, що розголошення цієї таємниці тягне за собою відповідальність за чинним законодавством, крім випадків розголошення інформації про незаконні дії, що порушують права людини.

Наведені нормативні приписи надають можливість констатувати, що сприяння оперативним підрозділам у здійсненні оперативно-розшукової діяльності є обов'язком для органів державної влади, підприємств, установ, організацій і правом для окремих фізичних дієздатних осіб, відмова від якого не є підставою для настання юридично небажаних наслідків для цієї особи. У цьому контексті можна стверджувати про існування ще одного виду правового імунітету — імунітету від залучення до виконання завдань ОРД. Звичайно, зазначений імунітет має *відносний характер*, оскільки від нього може відмовитись сам власник імунітету, надавши добровільну допомогу оперативним підрозділам. Проте залучення такої особи до сфери оперативно-розшукової діяльності не може звільнити її від виконання покладених певних обов'язків, у тому числі збереження таємниці, що стала відома особі у процесі надання добровільної допомоги.

Нормативні приписи частини четвертої статті 11 Закону про ОРД в імперативній формі встановлюють заборону залучати до виконання оперативно-розшукових завдань медичних працівників, священнослу-

жителів, адвокатів, якщо особа, щодо якої вони мають здійснювати оперативно-розшукові заходи, є їх пацієнтом або клієнтом. Аналогічні приписи містяться і в Проекті нового Закону України про ОРД, нормами якої встановлюється заборона залучати до виконання оперативно-розшукових завдань медичних працівників, священнослужителів, адвокатів, якщо особа, щодо якої вони мають здійснювати оперативно-розшукові заходи, є їхнім пацієнтом, прихожанином чи клієнтом¹. Зазначена заборона має **виключний характер** і означає таке позбавлення від обов'язку, від якого навіть за наявності бажання самого суб'єкта відмовитись не можна. У зв'язку з цим логічно говорити про існування не лише відносного, а й виключного імунітету — імунітету спеціального суб'єкта від залучення до виконання завдань оперативно-розшукової діяльності (медичного працівника, священнослужителя, адвоката).

У сучасному оперативно-розшуковому законодавстві багатьох країн пострадянського простору по-різному визначається коло суб'єктів, які наділені виключним імунітетом від залучення до виконання завдань ОРД. Так, норми статті 18 Закону Російської Федерації «Про оперативно-розшукову діяльність» забороняють «використовувати конфіденційне сприяння по контракту депутатів, суддів, прокурорів, адвокатів, священнослужителів і повноважних представників офіційно зареєстрованих релігійних об'єднань»; статті 18 Закону про ОРД Республіки Беларусь — «депутатів Палати представників Національного Зібрання Республіки Беларусь, членів Ради Республіки Національного Зібрання Республіки Беларусь, депутатів місцевих Рад депутатів, суддів, прокурорських працівників, адвокатів, священнослужителів і повноважних представників офіційно зареєстрованих релігійних організацій»; статті 16 відповідного Закону Грузії — «членів Парламенту Грузії, членів Конституційного Суду і Верховного Суду Грузії, Народного захисника, суддів, прокурора, адвоката, слідчого»; статті 16 Закону про ОРД Республіки Молдова — «депутатів, суддів та прокурорів».

Разом з тим відповідні норми оперативно-розшукового законодавства деяких країн взагалі не обмежують кола осіб, яких забороняється залучати до проведення оперативно-розшукової діяльності. Так, Закон про ОРД Азербайджанської Республіки, встановлюючи обов'язок по-

¹ Про оперативно-розшукову діяльність [Електронний ресурс] : Проект Закону України / В. Д. Швець, Г. Г. Москаль, В. Л. Сівкович, В. А. Бевз, В. М. Грицак, В. С. Малишев. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?pf3511=31841.

садових осіб, державних органів та органів місцевого самоврядування надавати допомогу суб'єктам оперативно-розшукової діяльності, наділяє відносним імунітетом громадян і будь-яких фізичних осіб. Нормативні приписи частини другої статті 9 вказаного Закону визначають, що «кожна особа на території Азербайджану має право надавати допомогу суб'єктам оперативно-розшукової діяльності у здійсненні ними повноважень. Ніхто у примусовому порядку не може бути залученим до участі в проведенні оперативно-розшукової діяльності». Аналогічні приписи містяться в законодавстві Республіки Казахстан¹.

Таким чином, проведений порівняльний аналіз вітчизняного і зарубіжного законодавства, нормами якого врегульовано загальні засади сприяння здійсненню оперативно-розшукової діяльності, свідчить про неоднакові підходи у визначенні кола суб'єктів виключного імунітету від залучення до виконання завдань ОРД. Кожна держава з урахуванням рівня правосвідомості суспільства, стану довіри до відповідних державних органів та органів поліції, власних історичних, наукових та законодавчих традицій є самостійною і компетентною у виборі таких осіб. Утім позитивним вбачається той факт, що позиція вітчизняного і зарубіжного законодавця з приводу можливості наділення виключним імунітетом окремих категорій осіб — медичних працівників, адвокатів, священнослужителів — залишається єдиною і принциповою. Професійна діяльність таких осіб, пов'язана із збереженням конфіденційної інформації і її розкриттям стороннім особам, у тому числі й оперативним працівникам, може призвести до певних негативних наслідків для особи, якою цю інформацію було довірено вищезгаданим суб'єктам. Водночас постійний розвиток вітчизняного законодавства, а також проголошений Україною перспективний рух у напрямі подальшої демократизації суспільства, посилення захисту прав і свобод людини відповідно до вимог міжнародних правових актів і зобов'язань нашої держави перед світовим співтовариством свідчить про те, що коло суб'єктів, зазначене у частині четвертій статті 11 Закону України про ОРД, є неповним і потребує розширення.

Із моменту прийняття Закону України про ОРД істотних змін і доповнень зазнали нормативно-правові акти, які регламентують предмет і межі конфіденційної інформації. Суттєво змінилося і коло суб'єктів, які є носіями зазначеної інформації. Так, відповідно до

¹ Оперативно-розшукова діяльність та додержання таємниці в країнах СНД : збірник законів про оперативно-розшукову діяльність та державну таємницю / уклад.: Кириченко О. В. та ін. – К. : Центр навч. л-ри, 2008. – 464 с.

Закону України «Про банки і банківську діяльність»¹ (надалі — Закон про банки) до числа конфіденційної інформації віднесено відомості щодо діяльності та фінансового стану клієнта, яка стала відомою банку у процесі обслуговування клієнта та взаємовідносин з ним або із третіми особами при наданні послуг банку й розголошення якої може заподіяти матеріальний чи моральний збиток клієнтові. Зазначена інформація є предметом банківської таємниці, а її отримання без дозволу особи органами, уповноваженими на здійснення ОРД, може відбуватися виключно у порядку, встановленому Законом про банки (ст. 62 Закону).

Прийняття нового Закону України «Про судоустрій і статус суддів»² також розширило перелік відомостей, які за своїм правовим режимом належать до конфіденційної інформації, тобто інформації з обмеженим доступом. Нормативні приписи статей 54 і 83 указанного Закону зобов'язують відповідних суб'єктів здійснення судочинства (професійних суддів, народних засідателів та присяжних) не розголошувати відомості, які становлять таємницю, що охороняється законом, у тому числі таємницю нарадчої кімнати і закритого засідання. Розголошення такої таємниці стороннім особам може не лише завдати шкоди особі, яка звернулася до суду за захистом своїх прав чи інтересів, а й стати підставою для притягнення вказаних суб'єктів до дисциплінарної відповідальності.

Закон України «Про нотаріат»³ також визначив один із видів конфіденційної інформації — нотаріальну таємницю, предметом якої є сукупність відомостей, отриманих під час вчинення нотаріальної дії або звернення до нотаріуса заінтересованої особи, у тому числі про особу, її майно, особисті майнові та немайнові права і обов'язки тощо. Положення частини другої статті 8 вказаного Закону в імперативній формі зобов'язали нотаріуса зберігати нотаріальну таємницю, навіть якщо його діяльність обмежується наданням правової допомоги чи ознайомленням із документами і нотаріальна дія або дія, яка прирівнюється до нотаріальної, не вчинилась. Законом також було визначено, що особи, винні у порушенні нотаріальної таємниці, несуть відпові-

¹ Про банки і банківську діяльність : Закон України від 07.12.2000 р. № 2121-III // Відом. Верхов. Ради України. – 2001. – № 5. – Ст. 30.

² Про судоустрій та статус суддів : Закон України від 07.07.2010 р. № 2453-VI // Відом. Верхов. Ради України. – 2010. – № 41. – Ст. 529.

³ Про нотаріат : Закон України від 02.09.1993 р. № 3425-XII // Відом. Верхов. Ради України. – 1993. – № 39. – Ст. 383.

дальність (ст. 8 Закону). Така відповідальність може мати доволі несприятливі наслідки для нотаріуса, оскільки відшкодування шкоди, завданої неправомірними діями нотаріуса, відбувається за його власний рахунок. Обов'язок зберігати в таємниці відомості, які стали відомі в процесі здійснення професійної діяльності, покладається і на інших осіб, коло яких визначено законодавством, — психологів, журналістів тощо. Відповідно розголошення інформації, яка стала відома вищезазначеним особам під час виконання професійних обов'язків, може призвести до негативних наслідків як для особи, якою ця інформація була довірена, так і для суб'єктів зберігання даної інформації. У зв'язку з вищевикладеним цілком логічно постають такі запитання: у яких межах оперативні співробітники можуть здійснювати оперативно-розшукові заходи стосовно суб'єктів зберігання конфіденційної інформації і які із зазначених осіб можуть бути наділені виключним імунітетом від залучення до виконання завдань ОРД?

Аналіз законодавчих актів та матеріалів правозастосовної практики дає підстави констатувати наявність у нормативно-правовій базі в частині можливості залучення окремих осіб до виконання завдань ОРД нечітко визначених, колізійних положень і прогалин, що негативно впливає на забезпечення конституційних прав і свобод людини і громадянина. Так, нормативні приписи частини другої статті 32 Конституції України не допускають збирання, зберігання, використання та поширення конфіденційної інформації про особу без її згоди, крім випадків, визначених законом, і лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини¹. Виконання завдань оперативно-розшукової діяльності, відповідно до статті 1 Закону України про ОРД, також спрямовано на забезпечення інтересів безпеки громадян, суспільства і держави. Наведене дає підстави констатувати, що отримання оперативними підрозділами конфіденційної інформації від суб'єктів, яким таку інформацію було довірено у зв'язку з виконанням професійної діяльності, є цілком правомірним і зорієнтовано на боротьбу зі злочинністю, а отже, й на інтереси національної безпеки, економічного добробуту та прав людини.

Разом з тим положення окремих законодавчих актів, якими регламентується діяльність осіб, пов'язаних зі збереженням професійної таємниці, по-іншому вирішують проблему можливості збирання і отримання оперативними підрозділами відомостей, які за своїм пра-

¹ Конституція України : Закон від 28.06.1996 р. № 254к/96 // Відом. Верхов. Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

вовим режимом належать до конфіденційної інформації, доступ до якої може відбуватися за згодою особи, що довірила цю інформацію відповідним суб'єктам. Так, стаття 62 Закону про банки визначає, що розкриття банківської таємниці відбувається виключно у передбаченому Законом порядку: з дозволу власника, за рішенням суду, на письмову вимогу органів прокуратури України, Служби безпеки України, Міністерства внутрішніх справ України, Антимонопольного комітету України, органів Державної податкової служби України, центрального органу виконавчої влади із спеціальним статусом з питань фінансового моніторингу, органів Державної виконавчої служби України. Відповідно коло оперативних підрозділів, які за Законом про ОРД вправі знайомитися з документами та іншими відомостями, що становлять банківську таємницю, звужується законодавцем до органів Міністерства внутрішніх справ, Державної податкової служби та Служби безпеки України. Таке положення закріплено і в нормативних приписах статті 62 Закону про банки, згідно з якою виключно органи Міністерства внутрішніх справ і Служби безпеки України мають право за письмовою вимогою отримати інформацію стосовно операцій за рахунками конкретної юридичної або фізичної особи, а органи Державної податкової служби України — інформацію щодо наявності банківських рахунків. Водночас нормативні приписи Закону України «Про нотаріат» взагалі не передбачають можливості використання оперативними підрозділами допомоги нотаріусів. Норми статті 5 вказаного Закону визначають, що надання нотаріусом документів, інформації і пояснень з питань нотаріальних дій може відбуватися тільки на вимогу Мін'юсту України та його територіальних органів при здійсненні ними контрольних повноважень за організацією діяльності та виконанням нотаріусами правил нотаріального діловодства. Що стосується оперативних підрозділів, які згідно з оперативно-розшуковим законодавством наділені повноваженнями опитувати осіб, ознайомлюватися з певними документами та даними, Закон «Про нотаріат» виключає можливість здійснення таких дій. Крім того, нормативними приписами статті 8 вказаного Закону в імперативній формі закріплено положення, що вилучення (виїмка) реєстрів нотаріальних дій та документів, що передані нотаріусу на зберігання, а також печатки нотаріуса не допускається. Такі реєстри нотаріальних дій, документи чи печатка можуть бути надані суду за мотивованою постановою суду тільки для огляду і повинні бути повернуті судом негайно після огляду.

Колізійні положення існують і в тих Законах, якими визначаються гарантії діяльності суб'єктів виключного імунітету від виконання обов'язку сприяти здійсненню оперативно-розшукової діяльності. Так, стаття 10 Закону України «Про адвокатуру»¹ однією з гарантій адвокатської діяльності називає заборону будь-якого втручання в адвокатську діяльність, у тому числі вимагання від адвоката, його помічника, посадових осіб і технічних працівників адвокатських об'єднань відомостей, що становлять адвокатську таємницю. Предметом зазначеної таємниці є широке коло питань: питання, з яких громадянин або юридична особа зверталися до адвоката, суть консультацій, порад, роз'яснень та інших відомостей, одержаних адвокатом при здійсненні своїх професійних обов'язків. Крім того, Законом визначено, що документи, пов'язані з виконанням адвокатом доручення, не підлягають оглядові, розголошенню чи вилученню без його згоди. До числа гарантій адвокатської діяльності також віднесено заборону на прослуховування телефонних розмов адвоката у зв'язку з оперативно-розшуковою діяльністю без санкції Генерального прокурора України, його заступників, прокурорів Республіки Крим, області, міста Києва.

Не вдаючись до детального аналізу щодо законності наділення прокурора виключною функцією судової влади, слід звернути увагу на позиції вітчизняного законодавця щодо меж здійснення відповідними підрозділами оперативно-розшукових заходів стосовно адвоката. З одного боку, Закон гарантує збереження адвокатської таємниці, дотримання якої є необхідною передумовою довірчих відносин між адвокатом і клієнтом, без яких неможливе належне надання юридичної допомоги, а з другого — припускає можливість прослуховування відповідними органами приватних розмов адвоката. Цікавою щодо цього є позиція деяких російських вчених, які, засвідчуючи існування в адвоката абсолютного імунітету від проведення оперативно-розшукових заходів, визнають цілковито законним прослуховування його телефонних розмов, а також розмов адвоката з його клієнтом. При цьому російські науковці посилаються на відповідне рішення Конституційного Суду РФ, в якому зазначається, що «здійснення негласних оперативно-розшукових заходів із забезпеченням вимог конспірації і засекречування відомостей в оперативно-розшуковій діяльності само по собі не порушує прав і свобод громадянина», і далі — «злочинне діяння не належить до сфери приватного життя особи, відомості про яке забо-

¹ Про адвокатуру : Закон України від 19.12.1992 р. № 2887-ХІІ // Відом. Верхов. Ради України. – 1993. – № 9. – Ст. 62.

роняється збирати, зберігати, використовувати і розповсюджувати без її згоди, через що проведення таких оперативно-розшукових заходів не може розглядатися як порушення конституційних прав»¹.

З огляду на нормативні приписи вітчизняного законодавства, навряд чи можна погодитися із вказаною позицією російських колег і аналогічно визнавати законними результати здійснення зазначених оперативно-розшукових заходів стосовно адвокатів. По-перше, забезпечення таємного режиму зберігання інформації, отриманої в ході здійснення ОРД, а також суворо цільовий характер її використання не може виправдати обмеження (порушення) дії принципу конфіденційності діяльності адвоката, закріпленого в нормах ст. 4 Закону України «Про адвокатуру». Адже особа, яка звернулася за правовою допомогою, має бути впевнена у нерозголошенні даних про неї, її близьких родичів, у неї мають бути гарантії збереження таємниці тих розмов, що велися з адвокатом, суті правових консультацій тощо. По-друге, вбачається, що при визначенні пріоритету між двома важливими завданнями оперативно-розшукової діяльності, а саме: пошуку і фіксації інформації про протиправні діяння і забезпеченням прав і свобод конкретної особи необхідно віддавати перевагу останнім. Таке твердження ґрунтується на положеннях статті 3 Конституції України, згідно з якою людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави². Відповідно права і свободи кожної особи, а також гарантії їх забезпечення повинні набувати пріоритетного і визначального значення для держави, у тому числі й для тих органів, які наділені державою обов'язком здійснення оперативно-розшукових заходів.

Ураховуючи проголошений Україною пріоритет щодо прав і свобод людини, а також сучасну тенденцію до наближення оперативно-розшукової до кримінально-процесуальної діяльності вбачається, що питання імунітету в сфері ОРД необхідно розглядати в контексті питання імунітетів у кримінальному процесі. Відповідно імунітет в оперативно-розшуковій діяльності слід розуміти у двох значеннях:

¹ Гармаев Ю. П. Конфиденциальность свидания адвоката с клиентом: каковы её пределы? / Ю. П. Гармаев, В. С. Раднаев // Журн. рос. права. – 2001. – № 6.

² Конституція України : Закон від 28.06.1996 р. № 254к/96 // Відом. Верхов. Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

по-перше, як звільнення від залучення до виконання завдань ОРД окремих осіб, професійна діяльність яких пов'язана зі збереженням конфіденційної інформації, а саме: медичних працівників, священнослужителів, адвокатів, нотаріусів, професійних суддів, народних засідателів, присяжних; по-друге, як встановлення додаткових гарантій законності застосування оперативно-розшукових заходів щодо вказаних категорій осіб. Такі гарантії можуть охоплювати заборону втручання у приватне спілкування вказаних осіб, витребування документів або ознайомлення з ними виключно за дозволом суду тощо. Законодавче визначення системи зазначених гарантій має стати пріоритетним завданням на сьогоднішньому етапі розвитку вітчизняної науки і практики і необхідною передумовою для реформування системи кримінальної юстиції у напрямі подальшої демократизації українського суспільства, а також посилення захисту прав і свобод людини та громадянина.

Тугарова О., Чередник О. Иммуниеты в оперативно-розыскной деятельности

В настоящей статье на основании анализа действующего законодательства делается вывод о существовании иммунитета в оперативно-розыскной деятельности, выделяются его виды и основания для расширения круга его субъектов.

Ключевые слова: иммунитет, оперативно-розыскная деятельность, профессиональная тайна, уголовный процесс.

Tugarova O., Cherednik O. The immunity in the operational investigation

In this article subject to the analysis of the applicable law the conclusion on the existence of the immunity in the operational investigative activity is made, its kinds and grounds for extending the circle of its subjects are pointed out.

Keywords: the immunity, operational investigative activity, professional secret, criminal process.

НА ПОЧАТКУ ТВОРЧОГО ШЛЯХУ

УДК 340.11

Ю. Андрущакевич, здобувач кафедри теорії та історії держави та права Київського університету права НАН України

Сутність конкретизації сучасного права

Досвід сучасного етапу пізнання в галузі загальної теорії держави і права свідчить про своєрідний двоєдиний процес: з одного боку, відбувається «адаптація» філософського знання до державно-правової сфери, «філософізація» державно-правового знання, а з другого — саме ця сфера частіше породжує такі рівні осмислення державно-правової реальності, які сягають висот філософського узагальнення. Обидві ці тенденції впливають на розвиток загальної теорії держави і права. Більше того, конкретні науки, як свідчить досвід¹, можуть аналізувати і досліджувати такі категорії, які досягають філософського рівня. Звідси й необхідність дослідження сутності правоконкретизації за допомогою двох підходів: філософського та спеціально-юридичного. Слід зазначити, що більшість учених радянської та пострадянської доби, які досліджували конкретизацію, небезпідставно вказували на той факт, що вивчення конкретизації належить у теоретичній науці до однієї з найбільш недосліджених категорій. Тут усе береться під сумнів, починаючи від того, чи можливо взагалі виокремити конкретизацію як самостійну категорію і закінчуючи питаннями про поняття та сутність конкретизації права.

Окремі аспекти означеної проблеми були предметом дослідження таких учених, як Д. А. Керимов, В. В. Агутов, М. А. Розов, І. М. Волошко та ін. Однак комплексний аналіз питань, пов'язаних із дослідженням особливостей конкретизації, з точки зору її сутності ще не здійснювався, що й обумовило важливість та актуальність обраної теми.

¹ Див.: Керимов Д. А. *Методология права (предмет, функции, проблемы философии права)*. – 2-е изд. – М. : Аванта+, 2001. – С. 23.

Метою цієї публікації є дослідження інституту конкретизації як важливого аспекту правової реальності з точки зору його сутності. Саме це обумовлює постановку завдання — визначення особливостей конкретизації, що характеризують її як самостійну категорію.

Філософська категорія «конкретизація» визначається науковцями як зворотний процес абстрагування, що нерозривно із ним пов'язаний. Конкретизація є поверненням думки від загального і абстрактного до конкретного з метою розкриття змісту¹.

Складність та дискусійність дослідження конкретизації, на думку В. М. Протасова, пояснюється не лише складністю предмета дослідження, а й недосконалістю методологічних підходів, відставанням у розвитку категоріального апарату. Вдосконалення понятійного апарату юридичної науки постійно має перебувати у сфері уваги вчених як особлива теоретико-правова база². Підтвердженням цьому є різноманітність оцінок філософської категорії «конкретизація» у дослідженні конкретизації права — від повного заперечення до абсолютизації.

У загальній формі конкретизація як сходження від абстрактного до конкретного у філософії визначається як метод розвитку науково-теоретичного знання від неповного, одностороннього знання до більш повного, всебічного до цілісного відтворення в поняттях об'єктивної дійсності. У такому розширеному формулюванні визнання конкретизації як сходження від абстрактного до конкретного можливо розглядати як загальну гносеологічну характеристику спрямованості процесу розвитку науково-теоретичного знання, оскільки істотним параметром цього процесу є рух від менш змістовного, абстрактного знання до знання більш точного, більш змістовного. У вузькому філософсько-методологічному значенні метод сходження від абстрактного до конкретного виступає як певний спосіб побудови складно організованої теоретичної системи, а точніше, як спосіб розвитку наукового знання від вихідної ідеалізованої моделі об'єкта, що відтворює його абстрактні сутнісні характеристики, до теоретично-цілісного, системного відображення цього об'єкта. При цьому в отриманому теоретично конкретному знанні виявляються відтвореними його внутрішня диференційованість і різноманіття його конкретних емпіричних проявів, сторін, зв'язків та відносин. Тому принцип схо-

¹ Див.: Керимов Д. А. Методология права (предмет, функции, проблемы философии права). – 2-е изд. – М. : Аванта+, 2001. – С. 125.

² Див.: Протасов В. Н. Что и как регулирует право : учеб. пособие / В. Н. Протасов. – М. : Юрист, 1995. – С. 53.

дження від абстрактного до конкретного призначений «бути методом побудови наукової теорії»¹.

Реальний зміст конкретизації права включає в себе сукупність логічних операцій із належними їй логічними правилами, за допомогою яких в їх поєднанні (взаємозв'язку) або окремо здійснюється конкретизація правової норми. На підставі наведеного конкретизація норм права має перш за все логічну природу, а отже, й логічну нормативність, що відображається в її співвідношенні з виробленими у логіці логічними правилами та логічною якістю, що відтворюється в її змісті.

Конкретизація як будь-який пізнавальний акт являє собою, по-перше, визначений процес мислення, націлений на перетворення понять у родові відносини; по-друге, результат цього процесу, що виявляється у діалектико-матеріалістичному розумінні співвідношення загального, особливого та одиничного, а також співвідношенні абстрактного та конкретного та надає можливість аналізувати конкретизацію як процес переведення понять із високого рівня загальності та абстрактності на більш низький рівень; як їх рух від меншої конкретності до більшої, результатом якого виступає найбільш конкретне поняття.

Як об'єктивна конкретність у юридичній науці можуть виступати право в цілому, юридична норма та інші явища правової дійсності. Наприклад, у процесі пізнання норми права (її змісту, форми, структури, призначення) складаються знання (уявлення) про неї. Якщо таке поняття відтворює юридичну норму у формі єдності «багатьох визначень», які фіксують важливі межі та ознаки норми, то його зміст є повністю конкретним.

Конкретизація норм права є багатоаспектним, загальноправовим феноменом, який охоплює своїм впливом різні сфери права (нормотворчу, правозастосовну та правоінтерпретаційну) та має ряд специфічних ознак. Об'єктом конкретизації виступає норма права, хоча безпосереднім об'єктом конкретизації вона є лише за умови, якщо в процесі практичного застосування вона вирізняється своєю невизначеністю, тобто викликає труднощі у застосуванні через різного роду дефекти. Указана невизначеність полягає в багатозначному абстрактно-загальному характері норми, змістовно-смісловій невизначеності, нечіткості норми, особливо щодо оціночних понять, наявності регулятивно-змістовних прогалів, уміщених у нормі права.

¹ Див.: Алексеев П. В. Теория познания и диалектика / П. В. Алексеев. – М. : Высш. шк., 1991. – С. 337.

Таким чином, об'єктом конкретизації виступає правозастосовна невідзначеність змісту норми законів та інших нормативно-правових актів, яка втілюється у вищевказаних конкретизовано-деталізованих об'єктах — багатозначних абстрактно-загальних нормативних положеннях, прогалинах, оціночних поняттях, а також у суперечностях, у системному аналізі змісту законів та інших нормативно-правових актів.

Предметом цієї процедури є окрема ознака або елемент структури норми права. Об'єкт та предмет конкретизації права визначають її смислове значення, призначення та її природу. Однак при цьому слід звернути увагу на такі уточнення.

По-перше, хибною є думка про те, що об'єктом конкретизації є дефектна або помилкова норма права. Це може бути «дієздатне» правило, яке:

а) втратило з будь-яких причин актуальність або виявилось невідповідним соціальним реаліям через повільність правотворчої процедури;

б) вступило в конфлікт з іншим (більш новим) правилом, а тому є недоцільним у сучасних суспільних умовах;

в) не забезпечило або вичерпало ресурси для реалізації (матеріальні, фінансові);

г) виявилось недіючим у зв'язку з імплементацією норми міжнародного права;

д) припинено у зв'язку із своєю бездіяльністю і у зв'язку з реорганізаційними або реформаційними процесами.

Ураховуючи вищевикладене, хибно тлумачити конкретизацію як виключно засіб удосконалення норми права. У окремих моментах це дійсно так, але для загального визначення конкретизації буде неточним.

По-друге, предметом конкретизації є не вся сукупність ознак та елементів норми права, а лише окремі з них. Конкретизація націлена на техніко-юридичну корекцію (уточнення) змісту (розширення або звуження), а не форми правової норми. У останньому випадку відбувається прийняття нової норми, яка змінює попередню.

У вузькому розумінні існує три основних засоби, що використовуються при здійсненні конкретизації: зміна, доповнення та виключення, які застосовуються до окремого елемента норми, а не до норми в цілому. Наприклад, коло суб'єктів, реалізуючи правову норму, може завдяки конкретизації зменшуватися, збільшуватися або обмежуватися.

По-третє, дуже важко погодитись із тими авторами, які відносять конкретизацію виключно до другорядних або виробничих засобів¹.

Дійсно, конкретизація норми права — це процес, у якому присутня вихідна норма, що конкретизується, та інструментальна конкретизуюча норма. Однак необхідність конкретизації норм права часто виникає одночасно з прийняттям вихідної норми. Прикладами служать нормативно-правові акти, які мають у своїй структурі розділи, присвячені загальним положенням та конкретним інститутам. Таку структуру має Конституція України. У розділі 1 статті 8 Конституції України передбачено правило, згідно з яким державна влада в Україні здійснюється органами законодавчої, виконавчої та судової влади... Конкретизація даної норми здійснюється в розділі 4 «Верховна Рада України», у розділі 5 «Президент України», розділі 6 «Кабінет Міністрів України. Інші органи виконавчої влади», у розділі 8 «Правосуддя»².

Конкретизація норм права невіддільна від правосвідомості. Це результат розумового процесу, який спирається не тільки на об'єктивні обставини та фактори, а й ті, що детермінуються сукупністю уявлень у суспільстві про справедливість, рівність, сумлінність. Динамічність чи статичність моральних та загальнолюдських установок надає відчуття дії на правоконкретизуючу діяльність³.

Конкретизація є засобом досягнення завершеності правового регулювання, яке означає, що всі основні елементи визначені та формально зафіксовані. Синонімічний ряд поняття «конкретизація» йде від прикметника «конкретний» та включає в себе такі синоніми, як «дійсний, завершений, прямий, істинний, законний, реальний, предметний, очевидний»⁴.

Слід розглядати юридичну (судову) практику як форму конкретизації юридичних норм. Необхідність юридичної (судової) практики як специфічного різновиду правової реальності викликана головним чином високою нормативністю, властивою праву, і виникає звідси з неминучістю конкретизації нормативних приписів у процесі їх застосування⁵.

¹ Див.: Сирых В. М. Метод правовой науки / В. М. Сирых. – М., 1980. – С. 77.

² Конституція України. – К. : Право, 2011. – С. 40–52.

³ Див.: Волошко І. М. Конкретизація абстракцій / І. М. Волошко // Філософські проблеми сучасного природознавства. – К., 1975. – Вип. 38. – С. 19–21.

⁴ Див.: Недбайло П. Є. До питання про деталізацію і конкретизацію соціалістичних правових норм / П. Є. Недбайло // Питання теорії і практики радянського права. – М., 1958. – Вип. 4. – С. 32.

⁵ Див.: Милорава Н. П. Роль категории конкретности в процессе познания : автореф. дис. ... д-ра филос. наук / Н. П. Милорава. – Тбилиси, 1974. – С. 113.

Діалектична єдність нормативності й необхідності конкретизації нормативних приписів має характер об'єктивної закономірності. У процедурному аспекті конкретизація має на меті досягнення такої детальності викладення норми права, яка дозволяє констатувати її змістовно граничний або достатньо вичерпний, максимально логічний та точно викладений зміст. При цьому матеріальна мета конкретизації полягає у позитивній невизначеності, абстрактності норми права, що є об'єктивною ознакою правового розвитку за рядом чинників:

по-перше, у тих випадках, коли на одному правотворчому рівні неможливо передбачити специфіку реалізації норми права, пристосовуючись до конкретної території або кола осіб;

по-друге, з метою поширення єдиного загальнодержавного підходу, що дозволяє уніфікувати вирішення типових соціальних завдань;

по-третє, важливим чинником виступає повільність реагування правотворчого механізму на динаміку суспільних процесів. У зв'язку з цим до конкретизації закладаються стратегічні орієнтири (цілі, завдання, виконавці) з можливістю їх наступного оперативного підкріплення за поточними напрямками. Відбувається свого роду резервування можливого правового регулювання;

по-четверте, вимога законності включає наявність чітких критеріїв її встановлення та дотримання. Однак закріпити весь перелік таких вимог (прав, обов'язків, повноважень) в умовах постійної зміни обставин практично неможливо, тому в багатьох випадках такі переліки залишаються відкритими. Разом з тим конкретизація має на увазі й вирішення проблеми негативної невизначеності, яка виникає в результаті помилкової правотворчої діяльності або умисного зловживання правом.

Не завжди можливо в нормах права повністю передбачити всі сторони тих чи інших відносин. Іноді це навіть небажано, оскільки закон повинен абстрагуватися від індивідуальності. Розпорядження правової норми у більшості випадків містять типові ознаки суспільних відносин, які відображають їх властивості, беруть та узагальнюють головне, основне, абстрагуючись від несуттєвого, нетипового. Тому законодавець викладає юридичні норми найчастіше в загальній формі, надаючи тим самим компетентним органам влади повноваження конкретизувати їх.

Конкретизація застосовується і тоді, коли норми містять оціночні поняття. Оскільки вони є продуктом складної взаємодії конкретних суспільних відносин та юридичних норм, фактичною та нормативною

основою процесу застосування права, конкретизація знімає протиріччя між загальним правовим розпорядженням та специфічністю випадку, на який розрахована норма. Без сумніву ми можемо сказати, що конкретизація є об'єктивно необхідною ланкою юридичного впливу на суспільні відносини.

Отже, підсумовуючи сутнісні характеристики конкретизації, можна визначити такі аспекти (причини) необхідності конкретизації норм права, яка виникає через:

- 1) неможливість передбачення обставин, за яких буде застосовуватись законодавство;
- 2) відсутність перетворення закону, коли змінилися передбачені обставини або виникли нові;
- 3) існування різноманітних актів, що вирішують аналогічні питання способом, несумісним з даним законом;
- 4) зміни, що недостатньо пов'язані з положеннями законів, до яких вони внесені;
- 5) факт, що закон, як правило, має загальну форму і приймається у специфічних обставинах.

Таким чином, конкретизація правової норми або ж стосується деталей, яких загальна норма не передбачає, або ж логічно завершує початкову норму, оскільки її реалізація ускладнена без її конкретизації.

Сутність конкретизації в сучасному визначенні поняття конкретизації правових норм надає можливість зробити такі висновки:

– вихідні теоретичні конструкції конкретизації становлять основу сутності конкретизації як процесу сходження від абстрактного до конкретного та задають різні теоретичні моделі реальності;

– популярність у сучасній науці системно-структурного підходу до аналізу сутності конкретизації пояснюється прагненням з його допомогою побудувати вихідну теоретичну модель конкретизації, яка може мати різну формалізованість уявлення. Наприклад, може містити (чи не містити) опис, володіти (чи не володіти) наочністю подання тощо. Але основна, визначальна ознака вихідної моделі полягає в тому, що вона являє собою певну чітко взаємозалежну систему елементів із визначеною структурою, що відображає внутрішні, істотні відносини дійсності. Цей структурний зв'язок елементів і містить вихідний концептуальний зміст теорії, що відрізняє її від подібних схем, які виникають на емпіричній стадії науки, де відсутній розгорнутий і диференційований понятійний зміст;

– конкретизація, як абсолютизація принципу сходження від абстрактного до конкретного здійснюється лише тому, що саме цей процес дає кінцевий результат — конкретне знання;

– сутність конкретизації як сходження від абстрактного до конкретного відтворюється завдяки дослідженню суперечностей предмета та його внутрішньої динамічної структури.

Андрушакевич Ю. Сущность конкретизации современного права

Исследуется сущность правоконкретизации как важного аспекта правовой реальности; даются критерии необходимости конкретизации норм права; конкретизация права исследуется как многоаспектная категория, которая зависит от системы факторов и условий.

Ключевые слова: конкретизация, сущность, права.

Andruschakevich J. Essence of specification of a modern law

In this article investigate the essence of concretization, is analysed as an important aspect of legal reality; the criteria of necessity of specification of norm of right are determined; a specification right is probed as a multidimensional category which depends on the system of factors and terms.

Keywords: concretization, essence of concretization, law.

УДК 340.1

В. Павловська-Кравчук, здобувач кафедри теорії держави та права Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Український правовий менталітет: особливості становлення та розвитку

Актуальність обраної теми обумовлена необхідністю подальшого реформування сучасної української державності з урахуванням національних особливостей. За умов процесу реформування суспільно-політичного устрою необхідно знайти оптимальний шлях подальшого розвитку правової системи України. Вибір цього шляху має враховувати правовий менталітет. Усвідомлення того, що відбувається у правовому житті, крізь «призму» правового менталітету, дозволить найбільш всебічно проаналізувати й виявити існуючі закономірності української державно-правової дійсності.

На сьогодні категорія «менталітет» широко використовується як у науковому середовищі, так і в публіцистиці. При цьому існує тенденція «містифікувати» менталітет, інтерпретувати його як щось, чия природа перебуває поза межами наукового дослідження. Однак вже існує певний досвід використання правового менталітету в наукових дослідженнях, що дозволяє запропонувати його теоретико-методологічну модель. Під правовим менталітетом розуміються історично сформовані специфічні, найбільш типові й стійкі для певної соціальної або національно-етнічної спільності, системи світоглядних уявлень, оцінювань і реагувань на об'єкти державно-правової дійсності.

Унаслідок того, що упродовж майже всієї історії Україна перебувала у складі інших держав і лише незначні проміжки часу виборювала право на самостійне і суверенне існування, вітчизняна правова культура об'єктивно не мала умов для того, щоб у ній виключно природним шляхом з'явилися самобутні власні правові форми, процедури і відносини. Як наслідок, поряд із останніми широко використовувалися запозичені — візантійські, німецькі, литовські, шведські та інші норми і процедури. З огляду на це неможливо дослідити становлення вітчизняної правової культури, не аналізуючи вплив інших правових культур на цей процес¹.

¹ Правова культура в умовах становлення громадянського суспільства : монографія / за ред. проф. Ю. П. Битяка та доц. І. В. Яковюка. – Х. : Право, 2007. – С. 6.

Порівнюючи руську (українську), литовську та польську правові системи, І. Кокорудз (професор цісарсько-королівської академічної гімназії у Львові) сформулював перелік ознак, за якими перша система відрізняється від інших. Правова система, заснована на традиціях Руської Правди, характеризується такими ознаками: національна самобутність і неповторність, народність, домінування принципу соціальної справедливості над формальною справедливістю, техніко-юридична досконалість за зовнішньої простоти термінологічного та поняттєвого апарату, національна мова правотворчості тощо¹.

П. Чубинський, ставлячи питання про історичну наступність юридичних звичаїв, дійшов висновку про те, що в основі «народних звичаїв Малоросії» лежать, по суті, постанови давнього руського права, а саме Руської Правди. Тобто положення Руської Правди були надзвичайно близькі «народному духу», внаслідок чого легко та надовго увійшли у правовий побут народу².

Характеризуючи давньоруське право, І. Кокорудз виокремлює такі основні ознаки:

- демократичність (як умовна рівність усіх верств населення);
- справедливість та розумність;
- соціальність та гендерна рівність;
- значний вплив християнської культури;
- самостійність та незалежність від інших правових традицій;
- національна мова правотворчості як характеристики доступності права³.

Безумовно, становлення правової системи і правової культури в Давній Русі відбувалося за загальними законами, які властиві праву і правовій культурі будь-якого народу. Проте цей процес набув і своїх особливостей. Вихідні засади правових уявлень про справедливе і правильне сягали своїм корінням, як і в інших народів, у міфологію, за допомогою якої відбувалося усвідомлення самого себе, навколишнього природного середовища і соціальної дійсності, правил та звичаїв життя.

¹ Див.: Лобода Ю. П. Правова традиція українського народу (Феномен та об'єкт загальнотеоретичного дискурсу) / Ю. П. Лобода. – Львів : Світ, 2009. – С. 77.

² Чубинський П. Очеркъ народныхъ юридическихъ обычаевъ и понятій въ Малороссіи / П. Чубинський. – СПб. : Тип. Майкова, 1869. – С. 40.

³ Див.: Лобода Ю. П. Правова традиція українського народу (Феномен та об'єкт загальнотеоретичного дискурсу) / Ю. П. Лобода. – Львів : Світ, 2009. – С. 140–141.

Через правові тексти та судові рішення в правову культуру проникли найбільш сталі міфологічні образи та уявлення про гармонію, порядок, його порушення та відновлення, про норми і наслідки їх порушення тощо. Особливістю русичів, пише В. А. Медведєв¹, було визначення картини світу з використанням мовних конструкцій. При цьому формувалася певний тип світосприйняття, який негайно через фольклорні та міфологічні тексти опосередковувався в національній свідомості і потім перетворювався на культурно-правову традицію, формуючи правові орієнтації руського народу. Поступово утверджуючись у суспільній свідомості, ці традиції виступають як засоби соціального регулювання юридично значущої поведінки людей і, у свою чергу, впливають на правосвідомість суспільства в цілому, перетворюючись на невід'ємну складову національної правової культури. Разом із тим слід визнати, що вже на етапі формування своєї державності Давня Русь активно починала переймати цінності та традиції європейських народів, які перебували на більш високому щаблі розвитку, тим самим збагачуючи свою правову культуру.

Община відома як універсальна форма організації аграрних суспільств, через яку пройшли всі народи світу. Специфікою давньоруської общини завжди вважалося надзвичайно повільне звільнення від родових, патріархальних пережитків. Сильна селянська община істотно гальмувала становлення й розвиток індивідуального начала у духовному і господарському житті і, навпаки, сприяла поглинанню індивіда общиною, заперечувала будь-яке особисте право, оскільки захисту підлягали лише колективні, общинні інтереси. Більше того, зазначає В. А. Медведєв, навіть у цьому разі захищати інтереси, яким завдано шкоди, можна було лише з общиною і від імені общини. Приватних інтересів, які б не збігалися з інтересами общини, ніби і не існувало, а тому індивідуальним челобитним, які б йшли у розріз із порядком, установленим в общині, протистояли традиції². За цих умов слід погодитися, що перешкоди, які чинила община формуванню приватного інтересу і приватній власності, заважали формуванню індивіда як особистості, яка наділена правами і обов'язками, володіє приватною власністю, відчуває відповідальність перед собою і суспіль-

¹ Медведєв В. А. Правовая культура российского общества (особенности и тенденции развития) / В. А. Медведєв. – Казань : Феникс, 2004. – С. 78.

² Там само. – С. 76.

ством за своє самостійне існування, є носієм почуття права, а відтак і правової культури. Тому цілком виправданим є висновок М. А. Бердяєва про те, що саме з російським колективізмом пов'язане негативне ставлення до права, змішування права з мораллю¹.

Проте важко погодитись із позицією Ю. М. Оборотова, що спроби приєднати Україну до західного досвіду, використовуючи «наздоганяючу модель модернізації», апріорі приречені на провал, з огляду на антиіндивідуалістичну спрямованість нашого соціального розвитку, менталітет, традиції, цінності та нормативи, що визначили специфічне ставлення до права, його ролі в житті особи та суспільства². Уважаємо, що, навпаки, українській ментальності притаманні індивідуалізм та відповідні ліберальні цінності. Обґрунтуємо свою позицію.

Так, можна погодитись із Ф. А. Хайєком у тому, що сучасне західне суспільство пов'язується з індивідуалізмом та протиставляється його соціалізму й іншим формам колективізму. При цьому загальна риса колективістських систем, що протистоять індивідуалізму, полягає в організації виробничих сил суспільства для виконання визначеного суспільного завдання, відмовляючись визнавати будь-які сфери автономії індивіда³. Як зазначає Ю. М. Оборотов, показовим є розрив між цінностями свободи і демократії, які зберігаються в особливостях вітчизняного менталітету. Якщо для західного суспільства свобода не отожднюється з демократією та цінується значно вище, то тут свобода розглядається як не обмежена соціальними нормами та законами, і така, що не передбачає її включення у певний суспільний порядок⁴. Звідси, на його думку, причина того, що на українському ґрунті неможливий такий важливий компонент західної культури, як повага до закону та визнаних у суспільстві соціальних норм.

Беззаперечним є той факт, що тривалий час у своєму розвитку, у радянський період, українській суспільній свідомості насаджувався принцип колективізму, на рівні ментальності здійснювались спроби по викоріненню будь-яких проявів індивідуалізму. Проте

¹ Див.: Медведев В. А. Правовая культура российского общества (особенности и тенденции развития) / В. А. Медведев. – Казань : Феникс, 2004. – С. 74.

² Див.: Оборотов Ю. Н. Традиции и новации в правовом развитии : монография / Ю. Н. Оборотов. – Одесса : Юрид. лит., 2001. – С. 113.

³ Хайек Ф. А. Дорога к рабству / Ф. А. Хайек // Вопр. философии. – 1990. – № 10. – С. 143.

⁴ Оборотов Ю. Н. Традиции и новации в правовом развитии : монография / Ю. Н. Оборотов. – Одесса : Юрид. лит., 2001. – С. 50.

вважаємо такий процес штучним і таким, що спрямований проти існуючої природи речей. І тому заходи щодо «колективізації» суспільної свідомості були спрямовані саме на пристосування української громади до способу мислення, характерного для сусідньої російської ментальності.

На нашу думку, дуже індикативним підтвердженням цієї тези є правові відносини власності, зокрема на землю, що склалися на українських землях та відображають саме ментальне, смислове сприйняття права українцями і близькість саме приватноправових, ліберальних цінностей. Так, право приватної власності було недоторканим, а «спільне володіння в Малоросії є винятковим... навіть ліси та луги, які перебували у спільному користуванні, селяни ділили між собою»¹.

Дослідники правових звичаїв українців відзначають, що їх особливістю є те, що «малороси вважають єдиним джерелом багатства землеробську працю... Працю народ вважає взагалі єдино справедливим способом набуття права власності»². Такий підхід до взаємозв'язку особистої праці та власності кореспондується, зокрема, з думками засновника класичного лібералізму Дж. Локка. Так, на його думку, у природному стані, до виникнення суспільства, індивід може використовувати все, що його оточує. Але коли індивід працює з природним об'єктом (наприклад, побудова човна з дерева), він вкладає дещо своє, власне у цей об'єкт. Індивід стає зацікавленим у цьому об'єкті, який перетворюється у його власність³. Тому саме у земельних правовідносинах багато в чому виявляються особливості правової ментальності українського народу.

Антиколективістська спрямованість також виявляється і в тому, що сільська культура є дуже раціональною, базується на принципі господарської доцільності. При подвірному землеволодінні яскравіше, ніж при зрівняльному общинному, виявляються результати особистої ініціативи та підприємливості селянина, його здатності виживати в різних умовах і адаптуватися до політичних, економічних та природно-кліматичних умов. Певною мірою така індивідуалістична раціональність української правової ментальності перекликається з баченням права

¹ Див.: Чубинський П. Очеркъ народныхъ юридическихъ обычаевъ и понятій въ Малороссіи / П. Чубинський. – СПб. : Тип. Майкова, 1869. – С. 28.

² Там само. – С. 7.

³ Див.: Скирбекк Г. История философии : учеб. пособ. для студ. высш. учеб. зав. / Г. Скирбекк, Н. Гилье : пер. с англ. В. И. Кузнецова ; под ред. С. Б. Крымского. – М. : Гуманит. изд. центр ВЛАДОС, 2001. – С. 356.

(та власності як ланки на шляху його становлення), запропонованим класиком німецької правової думки Г. В. Ф. Гегелем. Він зазначає, що «розумність власності полягає не у задоволенні потреб, а у тому, що знімається гола суб'єктивність особи. Лише у власності особа виступає як розум. Особа має право вміщати свою волю у кожен річ, яка завдяки цьому стає моєю, одержує мою волю як свою субстанційну мету... це абсолютне право кожної людини на привласнення всіх речей. У тому, що особа вміщує свою волю у річ, полягає поняття власності, все інше — лише його реалізація. Внутрішній акт моєї волі, який говорить, що дещо є моїм, має бути визнаним й іншими»¹.

Можна погодитись з М. Гримичем у тому, що «для того щоб зрозуміти принципи уявлень про власність, треба шукати принципово інакший, аніж у офіційному праві, ненормативний підхід. І саме народна юридична термінологія дає змогу це зробити»². Таким ненормативним підходом для дослідження правової ментальності може стати герменевтика. Герменевтична онтологія як обґрунтування права виходить із того, що людина несе у собі передбуття, структури якого визначають справедливість буття-у-світі, а також що буття реалізовано у мові, яка існує безвідносно до суб'єкта. Мова — загальнозначущий онтологічний масштаб справедливості. Право, що не збігається із законом, суб'єкт формулює в індивідуальному рішенні, але артикулює його у мові, в якій вже визначені структури справедливості, а тому суб'єктивне рішення може бути інтерсуб'єктивно доведеним. Через говоріння справедливість переноситься з буття у конкретне існуюче, у правовідносини³. Таким чином, правова герменевтика, як метод, що працює у мовному полі, дозволяє охопити саме ментальний зміст права, властивих українській правосвідомості.

У зв'язку з цим є цікавим запропонований розгляд правосвідомості українського народу у схожій герменевтичній площині. Так, зокрема, у свідомості XIX ст. не існувало відмінностей між поняттями власність — «володіння» — «користування» — «розпорядження майном». Тому у слов'янських мовах існує спеціальний займенник, що позначає власницьку приналежність, — «свій». Як вказує М. Гримич, селянська

¹ Гегель Г. В. Ф. Философия права / Г. В. Ф. Гегель : пер. с нем. ; ред. и сост. Д. А. Керимов и В. С. Нерсисянц. – М. : Мысль, 1990. – С. 101, 103.

² Гримич М. В. Інститут власності у звичаєво-правовій культурі українців XIX – початку XX ст. / М. В. Гримич. – К. : Основа, 2004. – С. 106.

³ Див.: Максимов С. И. Правовая реальность: опыт философского осмысления : монография / С. И. Максимов. – Харьков : Право, 2002. – С. 129.

логіка проста та лаконічна: з погляду народної правосвідомості, за приналежністю є: «своє», «чуже» і «спільне»... При цьому займенник «моє» не вживається, оскільки він означає індивідуальну власність, відмінну від сімейної, що була провідною у народному середовищі. «Сімейне майно для селянина було “своїм” (у значенні сімейної власності), а не “моїм” (тобто власністю домогосподаря) і не “нашим”, бо “наше” може бути як сімейне, так і громадське»¹. Отже, вже на дорефлексивному, ментальному рівні існувало багато в чому індивідуалістичне, власницьке сприйняття українцями реальності. Тому, вважаємо, здійснення правових, економічних перетворень у країні на західний лад, з превалюванням індивідуалістичних, ліберальних цінностей, рецепція правових інститутів не є спробами насадження чогось нового та чужого, а може сприйматися виключно як повернення вітчизняної суспільно-правової думки, під дією право-ментальних установок, до логіко-історичного шляху розвитку.

Дослідники особливостей українського правового менталітету окрім індивідуалізму відзначали²:

1) недбале і негативне ставлення до права і закону, яке одночасно поєднується з правовим ідеалізмом, з вірою в те, що експансія юридичних норм у сфері правового регулювання обов'язково приведе до якісного покращення життя. Обидві форми деформації правосвідомості суттєво гальмують розвиток правової культури, права, праворозуміння, законності й правопорядку;

2) українській правовій ментальності притаманний етатизм, що також ускладнює правовий прогрес;

3) сучасна правова ментальність перебуває у стані «ревізії» юридичних цінностей, норм, інститутів, які не відповідають потребам сучасної практики, що посилює традиційну для української ментальності психологічну амбівалентність;

4) психологічна картина української правової ментальності є багатогранною і поліаспектною. Для неї характерні ірраціональність, алогічність, імпульсивність, наївна ідеалістичність, терпимість, прагнення до справедливості і тісний зв'язок з релігійними цінностями;

¹ Гримич М. В. Інститут власності у звичаєво-правовій культурі українців ХІХ – початку ХХ ст. / М. В. Гримич. – К. : Основа, 2004. – С. 19.

² Див.: Дзьобань О. П. Українська національна правова ментальність: специфіка філософсько-правової рефлексії / О. П. Дзьобань // Методологічні проблеми правової науки : матеріали Міжнар. наук. конф., Харків, 13–14 грудня 2002 р. – Х. : Право, 2003. – С. 132–133.

5) українська ментальність не може бути поза простором правової культури, однак водночас вона дистанціюється від неї, від її загально-людських цінностей;

6) сучасній українській правовій ментальності властиві не лише політична демагогія і популізм, а й еклектичність уявлень, ідеологічна сумбурність, непостійність і непослідовність поглядів.

Указані характеристики свідчать про те, що українська правова ментальність є складним феноменом, у якому поєднуються як позитивні, так і негативні явища і тенденції, і який визначає окремі тенденції в розвитку вітчизняної правової культури.

Відомий у минулому український суспільствознавець Д. Чижевський виділяє такі риси українського національного характеру¹:

1) «емоціоналізм» — означає перевагу емоційно-почуттєвого елемента над раціональним (пріоритет «серця» над «головою»), що виявляється і в артистизмі української натури, і в емоційно наповненому ставленні до життя, і в ліричному сприйнятті зовнішнього світу. Є очевидним, що ця риса значною мірою ускладнює формування правосвідомості, оскільки праву ближче тембр логічних міркувань. Проте вона ж веде до акценту на «внутрішньому», до розвитку здатності до самообмеження, моральної автономії як «клітинки правосвідомості»;

2) «індивідуалізм і прагнення до свободи» — є вираженням вольового моменту. Але при зближенні свободи з рівністю «волю до свободи» веде не тільки до неприйняття деспотизму (вимога обмежень влади є відмітною рисою правосвідомості), а й до негативного ставлення до твердої влади взагалі, що межує з анархізмом (це робить правосвідомість майже неможливою). Прагнення до індивідуальної свободи найбільшою мірою відповідає ідеї права, тим більше, що з цією рисою пов'язується «почуття власної гідності і повага до чужої». Таким чином, для української правосвідомості характерне визнання великої цінності суб'єктивного права, безпосередньо не пов'язаного з владою. Прагнення віддалятися від влади існує як стійка тенденція;

3) «неспокійність і рухливість» — слідом за Д. Чижевським може розглядатися як похідний результат взаємодії (синтезу) перших двох: емоціоналізму, з його прагненням до нових форм, та індивідуалізму, що не хоче мати ніяких стійких основ поза індивідом і не може від-

¹ Чижевський Д. Нариси з історії філософії на Україні / Д. Чижевський. – К.: «Орій» при УКСП «Кобза», 1992. – С. 17–20.

шукати їх у собі самому. В основі негативних проявів цієї риси («пихатості», «тенденції до взаємної боротьби, руйнування власних і чужих життєвих форм» тощо) лежить невитриманість волі, якою керують почуття, а не розум, їй не вистачає стриманості й цілеспрямованості. Підвищена емоційність призводить до нестабільності, непослідовності вчинків, до недостатньої цілеспрямованості у виконанні щоденної роботи із самотворення себе в історії.

Усе це дає авторам підручника «Філософія права» підставу стверджувати, що український національний характер є амбівалентним стосовно ідеї права: відсутні як фатальна їх несумісність, так і схильність українського народу до ствердження права. Це пов'язане з тим, що автономна особистість ще не відкрита в собі кожним і не визнана в інших усіма як базис правового життя¹.

На думку А. Алюшина, слов'янська правова традиція з точки зору правової поступовості має три характерні ознаки²:

1) кожен наступний правовий стан має свій початок у неправовому стані, походить із руйнування колишньої законності та йому передуює перерва у правовій поступовості;

2) незважаючи на те, що у момент зміни колишній правовий стан оголошувався неспроможним, ціла низка елементів легітимації колишньої системи спадкувалася новою системою;

3) особливою рисою правової традиції є те, що їй не властиві ідеї природного права та права справедливості. Загальним розумінням права є позитивістське праворозуміння як про систему формалізованих писаних законів.

Таким чином, українській національній правосвідомості властиві унікальні, притаманні лише їй ментальні характеристики, урахування яких є необхідною умовою успішного проведення реформ у державно-правовій сфері. До головних особливостей українського правового менталітету належать: індивідуалізм та відповідність ліберальним цінностям; амбівалентним стосовно ідеї права; недбале і негативне ставлення до права і закону, яке одночасно поєднується з правовим ідеалізмом; етатизм; транзитивність, що виявляється у стані «ревізії» юридичних цінностей, норм, інститутів; ірраціональ-

¹ Філософія права : навч. посіб. / О. Г. Данильян, Л. Д. Байрачна, С. І. Максимов та ін. ; за заг. ред. О. Г. Данильяна. – К. : Юрінком Інтер, 2002. – С. 243.

² Алюшин А. Перерывы правовой постепенности в традициях Российской государственности / А. Алюшин // Конституционное право: Восточно-европ. обозрение. – 1995. – № 4/1996. – № 1. – С. 114.

ність, алогічність, імпульсивність, наївна ідеалістичність, терпимість, прагнення до справедливості і тісний зв'язок із релігійними цінностями; еkleктичність уявлень, ідеологічна сумбурність, непостійність і непослідовність поглядів.

Павловская-Кравчук В. Украинский правовой менталитет: особенности становления и развития

Статья посвящена исследованию правового менталитета как особого феномена правовой реальности, его природы и особенностей функционирования.

Ключевые слова: правовой менталитет, правовое сознание, правовая традиция, правовая культура.

Pavlovska-Kravchuk V. Legal mentality: the concept, characteristics and influence on law-making processes

The article is devoted to research of legal mentality as a special phenomenon of legal reality, its nature and the functioning of legal system.

Keywords: legal mentality, legal consciousness, legal culture, legal tradition.

УДК 347

Б. Карнаух, аспірант кафедри цивільного права № 1 Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Сутність і явище цивільно-правової відповідальності

Вивчення приватноправової відповідальності є одним із основних напрямів цивілістичних досліджень. Вагу цієї проблеми в науці цивільного права можна порівняти зі значенням «граничних» питань у філософії. Тож закономірно, що науковий інтерес до проблеми цивільної відповідальності не згасає. Мета цієї статті — дослідити цивільно-правову відповідальність крізь призму діалектичної пари сутність — явище.

Категорії сутність і явище позначають різні ступені пізнання предмета. Якщо сутність — це внутрішньоглибинна природа речі, її іманентна ідея, то явище — це зовнішній вираз цієї ідеї, її втілення; це те, що з'являється безпосередньо, на доказ існування чогось іншого¹. У природничих науках, що вивчають реальність *дійсного*, пізнання починається з дослідження явища, через яке згодом досягається схована в ньому сутність. Та правнича наука вивчає реальність *належного*², де сутність *a priori* має творити явище. З огляду на це ми почнемо саме із сутності.

¹ Див.: Философский энциклопедический словарь / [ред.-сост. Е. Ф. Губский, Г. В. Кораблева, В. А. Лутченко]. – М. : ИНФРА-М, 2009. – С. 445, 553.

² Розрізнення реальності дійсного (суцього) і реальності належного, а також наук, що їх вивчають, має важливе значення для багатьох подальших міркувань цього дослідження. Тому маємо зробити стосовно цього коротке зауваження. Візьмемо два схожих висловлювання: А. «якщо іде дощ, то хідники мокрі»; В. «якщо іде дощ, то слід узяти парасольку». Висловлювання А *описує* дійсність, і тому є дескриптивним (описовим). Висловлювання В *приписує* дещо як належне, і тому зветься прескриптивним (приписовим). Отже, висловлювання А стосується реальності дійсного (онтологічної реальності), а висловлювання В – реальності належного (деонтичної реальності). Відповідно до цього існує: логіка дескриптивних висловлювань та логіка прескриптивних висловлювань. Утім у буденній мові ця різниця є малопомітною. Обидва наведені висловлювання подібні за синтаксичною структурою: в обох використано складний сполучник «якщо... то». Така неточність повсякденної мови часом збиває дослідників з пантелику. Так, приміром, Б. І. Пугінський критикує тричленну структуру правової норми, помилково вважаючи її імплікативною (див.: Пугинский Б. И. Проблемы ответственности в частном праве / Б. И. Пугинский // Вестн. Моск. ун-та. Серия 11. Право. – 2010. – № 4. – С. 12–14).

Сутність цивільно-правової відповідальності. На наш погляд, цивільно-правова відповідальність має три рівні (ступені) сутності, що разом постають як ієрархія функціональних ідей, які втілює відповідний правовий інститут. Зрозуміти, що таке багаторівнева сутність, доволі просто, якщо згадати давню притчу про мудреця, який, запитавши трьох каменярів на будівництві, що ті робили, почув три різні відповіді. Так, перший відповів, що робить кладку, другий — що заробляє на життя, а третій — що будує школу. Жоден із них не помилився й не злукавив, бо кожен указав на різні шаблі сутності тієї роботи, яку вони виконували.

У цивілістиці першим запропонував виділяти три сутності цивільно-правової відповідальності В. Д. Примак. На його думку, «належить визначити, чим є відповідальність: 1) з погляду правопорядку; 2) з погляду кредитора; 3) з огляду на становище боржника. Лише на підставі узагальнення отриманих результатів і зіставлення виявлених “сутностей”, — уважає вчений, — можна буде виділити те загальноістотне, що становить справжню суть цивільної відповідальності...»¹.

Погоджуючись у цілому з плідністю ідеї про полі-сутність цивільної відповідальності, ми, однак, уважаємо за необхідне запропонувати дещо інше бачення кожної із сутностей та їх взаємозв'язку. По-перше, видається, що сутність — це не те, що бачиться у правовому феномені «з погляду» когось, а деяка функціональна ідея, закладена в цьому феномені, що досягається нами як результат певної глибини його науково-теоретичного пізнання. По-друге, ми наполягаємо на тому, що сутності мають бути не рівнозначними, а ієрархічно упорядкованими так, що вища підпорядковувала б собі нижчу. Далі ми пояснимо це твердження, та насамперед слід вказати, яким ми бачимо зміст кожного зі шаблів сутності.

Відповідаючи на запитання: «Що таке цивільно-правова відповідальність?» — у дусі першого каменяра із притчі, можемо сказати, що цивільно-правова відповідальність — це *перекладення негативних наслідків* із плечей того, хто їх зазнав, на плечі когось іншого (як правило, того, чия поведінка стала причиною їх виникнення). Найбільш влучно, щоправда, стосовно деліктної відповідальності, висловилися Дж. Коулмен (J. Coleman) і Г. Мендлоу (G. Mendlow). «Деліктний позов, — стверджують вони, — дає змогу потерпілому від певної шкоди

¹ Примак В. Суть і «сутності» цивільно-правової відповідальності / Володимир Примак // Юрид. Україна. – 2003. – № 3. – С. 40.

зробити його проблемою проблемою когось іншого»¹. Ураховавши, що з точки зору економічної теорії будь-які «негативні наслідки» чи то «проблеми» є насамперед втратами, або ж витратами, ми отримаємо, що цивільно-правова відповідальність — *це спосіб перерозподілу витрат*². У цьому полягає перший, найбільш прагматичний рівень її сутності, і вихідний постулат теорії економічного аналізу права.

Вище — сутність другого рівня: відповідальність, яку ми до цього визначили як перерозподіл витрат, водночас є *мірою відплати для правопорушника*, що сприймається ним як покарання. У науковій літературі нерідко трапляються спроби заперечити існування такої ідеї в інституті цивільної відповідальності й твердити, що приватноправова відповідальність — це винятково компенсація і жодною мірою не відплата³. Утім, на наш погляд, така позиція є недостатньо зваженою. Якщо пристати на те, що відповідальність — це лише компенсація, а не відплата, то взагалі незрозумілим виявляється, чому ця компенсація провадиться за рахунок *винуватця*, а не когось іншого (наприклад того, хто перебуває в більш вигідному для цього становищі). Визнаючи, що у праві відшкодування збитків «йдеться насамперед про компенсаційну справедливість»⁴, не слід залишати поза увагою і що «необхідність відшкодувати завдані збитки завжди буде суб'єктивно відчуватися правопорушником, як певна кара для нього...»⁵. Та навіть більше: справа не лише у психологічному переживанні відповідальності, а перш за все в її службовій ролі стосовно регулятивних відносин. Як відзначають автори колективної монографії, присвяченої цивільній відповідальності, остання є засобом спонукання, стимулювання боржника добровільно виконати свій обов'язок, а тому її відносять до належного виконання основного регулятивного обов'язку як засіб до мети⁶. Спроби не зважити на це служили б добрим виправданням для

¹ Coleman J. Theories of Tort Law [Electronic resource] / J. Coleman, G. Mendlow // Stanford encyclopedia of philosophy. – Regime of access: <http://plato.stanford.edu/entries/tort-theories/>

² Там само.

³ Див.: Собчак А. А. О некоторых спорных вопросах общей теории правовой ответственности / А. А. Собчак // Правоведение. – 1968. – № 1. – С. 50.

⁴ Див.: Циппеліус Р. Філософія права / Райнгольд Циппеліус : [пер. з нім.] ; за ред. Є. М. Причепія. – К. : Тандем, 2000. – С. 229.

⁵ Див.: Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права / И. А. Покровский. – [5-е изд., стереот.]. – М. : Статут, 2009. – С. 274. – (Классика российской цивилистики).

⁶ Юридична відповідальність (цивілістичні аспекти) / [А. М. Савицька, В. В. Луць, З. В. Ромовська та ін.] ; за ред. Н. І. Титової. – Львів : Вища шк., 1975. – С. 5–6.

багатого римлянина, який простував вулицями міста, роздаючи ляпаси перехожим, попередньо наказавши своєму рабові слідувати за ним і нехайно сплачувати динари як компенсацію потерпілим.

На найвищому, третьому, рівні своєї сутності цивільно-правова відповідальність постає як інституціоналізоване втілення базових загальноправових ідей: справедливості, доцільності, визначеності. Тому слід коротко схарактеризувати, як ці ідеї виявляють себе в інституті цивільної відповідальності.

Із часів Арістотеля розрізняють два види справедливості: справедливість, що зрівнює (*justicia commutativa*), — вона означає абсолютну рівність дії і протидії, наприклад, товару й ціни; та справедливість, що розподіляє (*justicia distributiva*), — її зміст найпростіше виразити формулою *suum cuique*, тобто «кожному своє», бо «для нерівних рівне стало б нерівним»⁷. Остання виявляє себе через ідею відповідальності-відплати, адже в такому розрізі винуватець шкоди отримує «своє», коли сплачує завдані збитки. Перша виявляється через вимогу еквівалентності розміру відшкодування завданим збиткам. Утім, на наш погляд, найбільший інтерес у зв'язку з питанням справедливості становить проблема, на яку зауважує Г. Радбрух (G. Radbruch) у своїй «Філософії права». На думку мислителя, справедливість містить непереборну суперечність: з одного боку, рівність є її сутністю, загальність є її формою, а з другого — тільки їй притаманне прагнення справедливо оцінити окремий, неповторний випадок й окрему, неповторну людину в їх своєрідності. Утім вимога конкретної справедливості ніколи не може бути повністю виконана. Індивідуалізована справедливість є суперечністю в собі, справедливість вимагає загальних норм, але їх загальність має ступені, спеціалізації — це також іще форми загального. Поступово вона наближається до індивідуалізації, ніколи не досягаючи її повністю⁸. Чому це важливо? — Бо вістря антиномії, про яку писав Г. Радбрух, є вина як умова відповідальності. Саме в понятті вини — намагання права конкретизувати справедливість стосовно кожного випадку, намагання врахувати все, що важить. У понятті вини — безкінечне прагнення до асимптоти індивідуалізованої, конкретної справедливості. У тому, як ми його визначаємо, — рівень цієї індивідуалізації. І головне питання: яким він має бути, цей

⁷ Див.: Спиркин А. Г. Философия : учебник / А. Г. Спиркин. – М. : Юрайт ; ИД Юрайт, 2010. – С. 714.

⁸ Радбрух Г. Философия права / Густав Радбрух ; [пер. з нім. Є. Причепія, В. Приходько]. – К. : Тандем, 2006. – С. 156–157.

рівень, у царині приватного права? Вина — це свого роду мірка, з якою суд підходить до відповідача, визначаючи, чи слід перекласти на нього збитки, яких зазнав позивач, чи залишити їх там, де вони первісно виникли. Наскільки ця мірка має бути допасованою до конкретної особи, до якої міри вона має враховувати індивідуальні особливості цієї останньої? — У цьому квінтесенція проблеми вини в праві загалом і в цивільному праві зокрема.

Наступна загальноправова ідея, що її втілює цивільна відповідальність на найвищому рівні своєї сутності, — доцільність. На нашу думку, ідея доцільності виявляє себе насамперед у *тому*, що заведено називати «відповідальністю без вини». Справді, важко назвати *справедливим* у власному розумінні цього слова покладання відповідальності на водія, який не порушив Правил дорожнього руху. Доречнішим у цьому разі було б говорити саме про *доцільність*¹.

Третьою загальноправовою ідеєю є визначеність. Хоча вона дещо по-різному тлумачиться представниками англо-американської та континентальної юриспруденції², все ж можна виокремити спільне для обох праворозумінь ядро значення цього принципу. Визначеність полягає насамперед у тому, що право як таке є намаганням людини подолати непередбачуваність життя, протистояти випадковостям і примхам долі, зробити плин свого буття впорядкованим, визначеним, передбачуваним. Ідея правової визначеності покликана до життя фундаментальною психологічною потребою людини, яку А. Г. Маслоу (А. Н. Maslow) називає потребою в безпеці. Зміст цієї потреби, як стверджує психолог, у тому, що людина прагне до порядку, впорядкованості, структури, закону; вона воліє бачити довколишній світ передбачуваним, розміреним, організованим, стабільним, таким, у якому діють раз і назавжди встановлені правила, де немає місця небезпечним несподіванкам, безпорядку й хаосу. І право як нормативність і порядок втамовує цю потребу, зокрема й через інститут цивільної відповідальності. Для потерпілого визначеність, що постає через інститут цивільної відповідальності, — це спроба протистояти

¹ Детальний аналіз економічної доцільності принципу відповідальності без вини наведено у праці Г.-Б. Шефера й А. Шоненбергера (див.: Schäfer H.-B. Strict Liability versus Negligence [Electronic resource] / H.-B. Schäfer, A. Schönenberger // Encyclopedia of law and economics. – Regime of access: <http://encyclo.findlaw.com/3100book.pdf>).

² Просторий аналіз того, що вкладають у поняття правової визначеності мислителі англо-американської та континентальної правових традицій, див.: Леони Б. Свобода и закон / Бруно Леони ; [пер. с англ. В. Кошкина] ; под ред. А. Куряева. – М. : ИРИСЭН, 2008. – С. 88–115.

прикрим випадковостям долі: закон ніби страхує людину на випадок завдання шкоди, даючи тим самим почуття впевненості й безпеки. Для заподіювача шкоди визначеність полягає у можливості знати наперед правову оцінку тієї чи іншої моделі поведінки, кваліфікацію її як правомірної чи протиправної. Як пише про це Б. Леоні (B. Leoni), загальні нормативні положення забезпечують громадянам можливість планувати свою поведінку з точки зору її правових наслідків¹. Для дослідження проблеми вини в цивільному праві виняткову важливість має імплікація, яку робить із принципу визначеності Ф. А. Хайек (F. A. Hayek): «як правило, ті обставини, які знаходяться поза межами поля зору індивіда, не мають бути підставою для застосування до нього примусу»².

Розглянувши зміст усіх трьох рівнів сутності цивільної відповідальності, слід тепер коротко описати їх ранжування, тобто ієрархічну впорядкованість між собою. З точки зору відповідальності як перерозподілу, не має значення, звідки й куди перерозподіляти витрати, головне, щоб відбувалося перенесення як таке, подібно до того, як першому каменяреві з притчі було байдуже, що будувати: школу чи в'язницю, головним для нього було «робити кладку». Це означає, що на першому рівні сутності невизначеним є критерій, за яким відбувається перерозподіл. Тому перший рівень сутності потребує обмеження своєї дії ідеєю другого рівня, згідно з якою остаточною «адресатом» збитків, що виникли, має бути їх винуватець. Покладання негативних наслідків на того, з чієї вини вони виникли, є загальним правилом. Але іноді більш доцільним є застосування відповідальності незалежно від вини — у такому разі «до гри вступає» третій, найвищий, рівень сутності, на якому відповідальність — це втілення стрижневих ідей права: справедливості, доцільності, визначеності. Лише упорядкована єдність названих трьох рівнів дає змогу узріти багатогранну сутність того, що ми звикли називати цивільною відповідальністю.

Явище цивільно-правової відповідальності. У юридичній науці визначити поняття — означає дати розгорнуту характеристику *явища*, яке є зовнішньо-юридичним утіленням тієї чи іншої сутності. До цього ми досліджували цивільну відповідальність як ідею, як сутність. Тепер, аби дати визначення цивільної відповідальності, належить

¹ Леоні Б. Свобода и закон / Бруно Леоні ; [пер. с англ. В. Кошкина] ; под ред. А. Куряева. – М. : ИРИСЭН, 2008. – С. 90.

² Цит. за: Леоні Б. Свобода и закон / Бруно Леоні ; [пер. с англ. В. Кошкина] ; под ред. А. Куряева. – М. : ИРИСЭН, 2008. – С. 90.

сказати, у чому ця сутність опредмечується, втілюється, або, мовою Арістотеля, у якій «матерії» виявляє себе ця «форма».

Вище ми визначали, що цивільна відповідальність — це насамперед перерозподіл втрат, що виникає як реакція на факт порушення права. Але цей перерозподіл не є *наслідком* правопорушення у природничо-науковому розумінні цього слова, як падіння підкинутого догори м'ячика є наслідком дії закону тяжіння. Одне слово, він не відбувається автоматично. «Проблема» потерпілого не стає *автоматично* «проблемою» когось іншого. Перерозподіл-відповідальність здійснюється через виникнення *прав та обов'язків*, які обумовлені фактом правопорушення. Інакше кажучи, перерозподіл відбувається тому, що з фактом правопорушення в однієї особи (потерпілого) виникають певні права, а в іншій (правопорушника) — обов'язки. Суб'єктивні права та юридичні обов'язки є модусами існування права як особливої деонтичної реальності: усе правове уречевлюється у правах та обов'язках. Із модальностей дозволеного (суб'єктивне право) та належного (юридичний обов'язок) сплетена вся матерія права. І в цій правовій матерії втілюється цивільно-правова відповідальність. Право й обов'язок є корелятами, що мають сенс лише співвідносячись одне з одним й утворюючи тим самим цілісність правовідносин. Подібно до того, як протилежно заряджені протони й електрони вкупі утворюють цілісність атома, так і протилежні за модальністю права та обов'язки в єдності становлять атомарний для юридичної матерії правовий зв'язок — правовідносини.

Зі сказаного слід зробити висновок, що в цивільному праві обов'язки того, хто порушив право, й права потерпілого, що виникають із цього факту, нерозривно пов'язані: у своїй цілокупності вони конституують особливе зобов'язальне правовідношення відповідальності.

Визначальною ознакою правовідносин цивільної відповідальності як таких є їх зміст. Однак перш ніж перейти до аналізу цього змісту, слід визначити родову характеристику правовідносин цивільної відповідальності. Вона, як ми вважаємо, в тому, що правовідносини цивільної відповідальності є *охоронними* правовідносинами. Позаяк поділ правовідносин на регулятивні й охоронні подекуди викликає заперечення дослідників, вважаємо за доцільне коротко зупинитися на цьому питанні й обстояти висловлену тезу.

Критерієм розподілу правовідносин на два види є здатність до примусового здійснення: *регулятивні* права та обов'язки не можуть бути здійснені примусово, тоді як *охоронні* — забезпечені можливістю при-

мусової реалізації. Учені, які заперечують проти такої класифікації, аргументують свою позицію головно тим, що право на захист через застосування примусу є однією із правомочностей, що входить до структури *будь-якого* суб'єктивного права¹. Такий аргумент заслуговує критичного ставлення, що зручно зілюструвати на прикладі.

Припустімо, що особа А (позикодавець) й особа Б (позичальник) уклали між собою договір позики на суму 1000 грн, не встановивши в договорі строк повернення позики. Відповідно до ст. 1049 ЦК України, у такому разі позика має бути повернена позичальником протягом тридцяти днів від дня пред'явлення позикодавцем вимоги про це. Звідси слідує, що з моменту пред'явлення позикодавцем вимоги про повернення позики у позичальника виникає обов'язок її повернути. Однак реалізувати цей обов'язок у *примусовому порядку* до спливу тридцятиденного строку позикодавцеві не вдасться: нотаріус відмовить у вчиненні виконавчого напису, незважаючи на те, що договір було посвідчено нотаріально; заяву про видачу судового наказу буде повернено; у задоволенні позову — відмовлено. Інакше кажучи, право позикодавця вимагати повернення позики не забезпечено можливістю примусової реалізації доти, доки не відбулося його порушення, яке можна констатувати лише в разі, коли кошти не буде повернено зі спливом указанного строку. Це означає, що до цього право позикодавця є регулятивним. І лише факт порушення суб'єктивного цивільного права викликає до життя охоронні правовідносини, забезпечені можливістю примусової реалізації шляхом застосування управненою особою юрисдикційної форми захисту. Інакше кажучи, регулятивні права та обов'язки містять можливість примусового здійснення не реально, а лише *ex hypotesi* в разі порушення, як це показано в наведеному прикладі. Реально така можливість виникає лише з фактом порушення суб'єктивного права, що й знаменує собою початок охоронних правовідносин.

Загалом, видається, що причиною непорозумінь стосовно вказаної класифікації є деяка термінологічна плутанина. Річ у тім, що терміносполука «охоронні правовідносини» не зовсім вдало відображає зміст того, що нею позначають. Це стає наочним, якщо порівняти поняття

¹ Див.: Тархов В. А. Ответственность по советскому гражданскому праву / В. А. Тархов. – Саратов : СГУ, 1973. – С. 18; Братусь С. Н. Юридическая ответственность и законность / С. Н. Братусь. – М. : Юрид. лит., 1976. – С. 104–107; Смирнов В. Т. Общее учение о деликтных обязательствах в советском гражданском праве : учеб. пособие / В. Т. Смирнов, А. А. Собчак. – Л. : ЛГУ, 1983. – С. 26.

«охорона» і «захист». Охорона, висловлюючись метафорично, — це коли охоронець у магазині, сидячи на посту зі сканвордом, «відлякує» потенційних зловмисників лише своєю присутністю; а захист — це активна протидія правопорушенню або спробам його вчинити. Як писав про це В. О. Тархов, охорона кожного права існує постійно й має на меті забезпечити його здійснення, не допустити порушення, а необхідність вдатися до захисту виникає лише за умови порушення чи загрози порушення суб'єктивного права¹. Отже, те, що заведено називати «охоронними правовідносинами», насправді пов'язано із захистом, а те, що називають «регулятивним», — охороняється. Тому, на наш погляд, термінологічно вдалішим було б класифікувати правовідносини на *регулятивні* (які охороняються) та *захисні*².

Останнім і найбільш важливим кроком у алгоритмі реконструкції визначення цивільної відповідальності є встановлення *змісту* правовідносин відповідальності. Саме зміст є визначальною, конститутивною ознакою правовідносин відповідальності як таких. Змістом правовідносин, як відомо, є права та обов'язки їх учасників. Отже, питання в тому, якими є права й обов'язки учасників цивільно-правових відносин відповідальності, або, іншими словами, які права та обов'язки свідчать про те, що перед нами відносини цивільної відповідальності.

Вирішуючи це питання, слід насамперед виходити з того, що зміст правовідносин цивільної відповідальності зумовлено *сутністю* цивільної відповідальності, яка була розкрита нами вище. Аби виявити цей зміст, його специфіку, дослідники послуговуються методом зіставлення, порівнюючи відповідальність із невідповідальністю в контексті якогось родового поняття. Як родове поняття, або контраст, обираються різні категорії: санкція³, заходи примусового впливу⁴, засоби

¹ Цит. за: Кархалев Д. Н. Охранительное гражданское правоотношение / Д. Н. Кархалев. – М. : Статут, 2009. – С. 10.

² Схожої точки зору дотримувався С. А. Муромцев, який пропонував розрізняти правовідносини на ті, що захищаються («защищаемые»), і ті, що захищають («защищающие») (див.: Муромцев С. А. Избранные труды по римскому и гражданскому праву / С. А. Муромцев. – М. : ЮрИнфоР-Пресс, 2004. – С. 566–592; Крашенинников Е. А. Учение Муромцева о защищаемых и защищающих отношениях / Е. А. Крашенинников // Вопросы теории охранительных правоотношений. – Ярославль, 1991. – С. 39–45).

³ Див.: Иоффе О. С. Ответственность по советскому гражданскому праву / О. С. Иоффе. – Л. : Изд-во Ленингр. гос. ун-та, 1955. – С. 97.

⁴ Див.: Кархалев Д. Н. Охранительное гражданское правоотношение / Д. Н. Кархалев. – М. : Статут, 2009. – С. 49–79.

захисту цивільних прав¹ тощо. Ми ствердили, що цивільна відповідальність утілюється в охоронних правовідносинах. Отже, логічним буде з'ясувати, чи всі охоронні правовідносини є відносинами відповідальності, а якщо ні, то які видові ознаки вирізняють відповідальність із-поміж інших охоронних правовідносин.

Для цього повернімося до прикладу з договором позики. Уявімо, що позикодавець А пред'явив вимогу про повернення позики та сплату належних за договором процентів. Тридцять днів минуло, але позичальник В гроші не повернув і проценти не сплатив. Від цієї миті між сторонами виникли охоронні правовідносини, і тепер право позикодавця вимагати належної йому суми забезпечено можливістю застосування юрисдикційної форми захисту: нотаріус за його заявою вчинить виконавчий напис, суд видасть судовий наказ, а позов буде задоволено. Але чи є ці нові, забезпечені можливістю застосування примусу, правовідносини відносинами відповідальності?

Видається, що ні. Адже хоча вони й мають нову якість — забезпеченість, однак *змістово* ці охоронні правовідносини тотожні попереднім регулятивним. Обов'язок повернути позику й сплатити проценти виник не з факту правопорушення, а раніше — з факту укладення договору, себто з моменту передання грошей позичальникові, позаяк договір позики є реальним. Цей обов'язок не є новим, він не обумовлений фактом правопорушення. Тому й не випадає в такому разі говорити про відповідальність. Подальше стягнення у примусовому порядку буде не перенесенням втрат, а виконанням обіцяного за домовленістю.

Звідси слідує два важливі висновки. По-перше, не всі охоронні правовідносини є відносинами відповідальності; по-друге, відповідальністю є лише такі охоронні правовідносини, змістом яких є нові (порівняно з попередніми регулятивними) права та обов'язки, виникнення яких обумовлено фактом правопорушення.

Подальше уточнення поняття цивільної відповідальності полягатиме в з'ясуванні того, а чи всі охоронні правовідносини, змістом яких є нові, тобто обумовлені фактом правопорушення, права та обов'язки, слід уважати відносинами відповідальності. Дослідимо це на прикладі із судової практики.

У цивільній справі за № 6-2635св08 відповідач, почавши будівництво гаража, самочинно звів його фундамент на відстані, меншій, ніж це дозволено будівельними нормами й правилами, від сусіднього бу-

¹ Див.: Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав / В. П. Грибанов. – М. : Статут, 2001. – С. 299–316. – (Классика российской цивилистики).

динку. Власник сусіднього будинку подав позов про усунення перешкод у користуванні власністю, в якому просив зобов'язати відповідача знести самочинно споруджений об'єкт. Суди першої та апеляційної інстанцій у задоволенні позову відмовили, пославшись на те, що звернутися з позовом про знесення самочинного будівництва можуть лише відповідні органи державної влади чи місцевого самоврядування. Однак Верховний Суд України не погодився з таким висновком, аргументуючи свою позицію положеннями ст. 391 ЦК України, й ухвалою від 25.11.2009 р. попередні рішення скасував, а справу направив на новий розгляд до суду першої інстанції.

Для того щоб з'ясувати, чи маємо в цьому випадку справу з відносинами відповідальності, необхідно анатомувати правовідносини, що склалися між сторонами спору. Відповідно до ст. 391 ЦК України, на необхідність застосування якої зауважив Верховний Суд, власник майна має право вимагати усунення перешкод у здійсненні ним права користування та розпоряджання своїм майном. Створення таких перешкод є порушенням права власності. Почавши зведення гаража на відстані, ближчій, ніж це дозволено, відповідач тим самим порушив суб'єктивне право власника сусідньої земельної ділянки. Від цієї миті в позивача виникло право вимагати усунення створених перешкод. Це право й кореспондуючий йому обов'язок, який виникне в разі пред'явлення вимоги, є *охоронними*, адже вони забезпечені можливістю примусової реалізації, є *новими*, адже їх виникнення було обумовлено фактом порушення права, але не є відповідальністю, адже відповідальність — це завжди *обтяження* для порушника. Відповідальність — це позбавлення того, що мав, а не того, що намагався здобути через правопорушення. Так само як не є заходом відповідальності повернення викраденого гаманця потерпілому, так і не буде відповідальністю знесення споруди, будувати яку особа не мала права. Позбавлення того, на що особа не має права, не є відповідальністю. У такому позбавленні немає обтяження. Як пишуть про це дослідники, відповідальністю слід уважати лише таке відновлення майнової сфери потерпілого, що провадиться за рахунок майна правопорушника, яке належить йому на законних підставах¹. За такими ж міркуваннями не є заходами відповідальності двостороння реституція унаслідок недійсності правочину (ч. 1 ст. 216 ЦК) та повернення безпідставно набутого майна (ст. 1212 ЦК).

¹ Юридична відповідальність (цивілістичні аспекти) / [А. М. Савицька, В. В. Луць, З. В. Ромовська та ін.] ; за ред. Н. І. Титової. – Львів : Вища шк., 1975. – С. 12.

Отже, ми виокремили ще одну ознаку цивільної відповідальності, яка полягає в тому, що цивільна відповідальність завжди пов'язана з *обтяженням*, тобто є позбавленням того, чим особа правомірно володіє, а не того, що вона намагалася здобути через правопорушення. Таке обтяження має місце, наприклад, при відшкодуванні майнової й моральної шкоди (статті 22, 23, 1166, 1167 ЦК) та сплаті неустойки (п. 3 ч. 1 ст. 611, § 2 Глави 49 ЦК). Тож тепер ми можемо твердити, що відносинами відповідальності є не всі охоронні правовідносини, змістом яких є нові, обумовлені правопорушенням права та обов'язки сторін, а лише ті з них, де на порушника покладається майнове обтяження.

До цього слід додати, що загалом обтяження-відповідальність, як зауважив О. С. Иоффе¹, може бути покладено на порушника у такі способи: 1) *шляхом заміни невиконаного обов'язку новим*, як це буває при протиправному заподіянні шкоди, коли новий обов'язок (відшкодувати шкоду) заміщує невиконаний (не завдавати шкоди); 2) *шляхом приєднання до невиконаного обов'язку нового, додаткового*, як це буває при порушенні договірних зобов'язань, коли обов'язок сплатити неустойку додається до обов'язку виконати зобов'язання в натурі за правилом ст. 622 ЦК; 3) *шляхом позбавлення права*, як це буває при порушенні договірного зобов'язання, забезпеченого заставою, коли заставодавець втрачає право на предмет застави (статті 572, 589–591 ЦК).

Таким чином, послідовно відсікаючи зайве, ми нарешті знайшли шукане поняття цивільно-правової відповідальності. У розгорнутому вигляді його можна сформулювати так:

явище цивільно-правової відповідальності — це охоронні (тобто забезпечені можливістю примусової реалізації через застосування юрисдикційної форми захисту) правовідносини, які:

1) виникають із факту порушення суб'єктивного цивільного права;
2) мають своїм змістом нові, обумовлені правопорушенням, права та обов'язки потерпілого й порушника;

3) пов'язані з покладанням на порушника певного обтяження (тобто з позбавленням того, чим він правомірно володіє, а не того, що намагався здобути через правопорушення) шляхом: а) заміни невиконаного обов'язку новим; б) приєднання до невиконаного обов'язку нового, додаткового; в) позбавлення права.

¹ Иоффе О. С. Ответственность по советскому гражданскому праву / О. С. Иоффе. – Л. : Изд-во Ленингр. гос. ун-та, 1955. – С. 14.

Ціною за точність ознак у цьому визначенні є його громіздкість. Утім, якщо згорнути елементи пояснення, отримаємо лаконічну формулу, за якою *цивільно-правова відповідальність* — це охоронні правовідносини, змістом яких є нові, обумовлені фактом правопорушення, права та обов'язки потерпілого й порушника, пов'язані з покладанням на порушника майнового обтяження.

Карнаух Б. Сущность и явление гражданско-правовой ответственности

Статья посвящена анализу гражданско-правовой ответственности через призму диалектической оппозиции сущность — явление. Вначале исследуется поли-сущность гражданской ответственности, под которой автор понимает иерархично-упорядоченную систему функциональных идей, воплощенных в соответствующем правовом институте. Затем изучаются охранительные правоотношения — как явление, в котором эта сущность опредмечена.

Ключевые слова: гражданско-правовая ответственность, охранительные правоотношения.

Karnaukh B. The substance and phenomenon of civil liability

The article is dedicated to the analysis of civil — law liability in the light of substance-phenomenon opposition. At the outset the poly-substance of civil liability, which the author treats as a multilevel system of functional ideas, is examined. Further, the defensive legal relation is investigated as a phenomenon in which that substance is embodied.

Keywords: civil-law liability, defensive legal relation.

НАУКОВЕ ПОВІДОМЛЕННЯ

Конкурс на присудження Премії імені Ярослава Мудрого

Оголошується конкурс на присудження запровадженої спільним рішенням президії Національної академії правових наук України та вченою радою Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого» Премії імені Ярослава Мудрого, метою якої є 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 правозастосовній 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, Конституційним Судом України, Вищим господарським судом України, Вищим адміністративним судом України, колегіями Генеральної прокуратури України, колегіями центральних правозастосовних 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 Національної академії правових наук України і вченої ради Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого».

Особам, яким присуджується Премія, видається диплом Лауреата, пам'ятний нагрудний знак — медаль і грошова винагорода. Лауреатом Премії за кожною номінацією особа може бути лише один раз.

У конкурсі на присудження Премії імені Ярослава Мудрого можуть брати участь: автори монографій, підручників, навчальних посібників, науково-практичних коментарів чинного законодавства, юридичних енциклопедій, 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 правозастосовній діяльності.

У конкурсі з першої та четвертої номінації можуть брати участь як одна особа, так і група 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, а також такі документи: а) рішення колективного органу про висунення кандидатур (кандидатів) на присудження Премії; б) перелік наукових праць авторів (осіб); в) розгорнута довідка, яка містить інформацію про особу та її видатні заслуги 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 30.09.2012 р.
на адресу: 61024, м. Харків, вул. Пушкінська, 77.
Тел. для довідок: 704-93-20, факс: 704-11-35**

НАШІ ЮВІЛЯРИ



Виповнилося 85 років з дня народження відомого українського правознавця, провідного фахівця в галузі аграрного, земельного та адміністративного права, члена-кореспондента НАН України, академіка Національної академії правових наук України, доктора юридичних наук, професора **Віталія Івановича Семчика**.

В. І. Семчик народився 19 липня 1927 р. у с. Байківка Калинівського району Вінницької області. Сімнадцятирічним юнаком у 1944 р. був мобілізований до Радянської Армії. Був на строковій службі до 1951 р. Учасник бойових дій Великої Вітчизняної війни. Після демобілізації у 1959 р. закінчив юридичний факультет Київського державного університету імені Тараса Шевченка, аспірантуру при КДУ імені Тараса Шевченка (заочно) у 1974 р. У 1975 р. за дисертацію на тему «Правове становище спеціалістів колгоспу» В. І. Семчику присуджено науковий ступінь кандидата юридичних наук, а в 1986 р. за дисертацію на тему «Проблеми організаційно-правового забезпечення раціонального використання майна сільськогосподарських підприємств в умовах АПК» — науковий ступінь доктора юридичних наук за спеціальністю «Державне право і управління; адміністративне право». У 1997 р. присвоєно вчене звання професора за спеціальністю «Аграрне і земельне право».

У 1993 р. В. І. Семчика обрано членом-кореспондентом НАН України за спеціальністю «Підприємницьке право», а також академіком Національної академії правових наук України. З 1996 р. — голова спеціалізованої вченої ради із захисту докторських дисертацій Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України (за спеціальностями трьох блоків: земельного, цивільного і кримінального права).

В. І. Семчик — член багатьох вчених рад та редакційних колегій наукових видань, зокрема, шеститомного видання «Юридична енциклопедія» видавництва «Українська енциклопедія» імені М. П. Бажана.

Науковець одним з перших опрацював правові проблеми розвитку аграрного і кооперативного права, права власності на землю, майнових відносин в АПК. Він є автором понад 300 наукових праць, серед них:

«Аграрне законодавство України: проблеми ефективності» (К., 1998), «Проблеми права власності та господарювання у сільському господарстві» (К., 2001). За редакцією В. І. Семчика колективами авторів видано підручники: «Кооперативне право» (К., 1996); «Земельне право» (К., 2001).

В. І. Семчику у 1995 р. присвоєно почесне звання «Заслужений діяч науки і техніки України», в 2001 р. він отримав Почесну грамоту Кабінету Міністрів України. Віталій Іванович у 1999 р. був відзначений Президентом України і нагороджений орденом Богдана Хмельницького III ступеня, орденами УПЦ «Різдво Христове 2000» II ступеня (2001), «Святого рівноапостольного князя Володимира» III ступеня (2001), орденом Ярослава Мудрого (2007), а також 12 медалями, у тому числі «За победу над Германией в Великой Отечественной войне 1941–1945 годов» (1945), «Ветеран труда» (1984); відзнакою Президента України «Захиснику Вітчизни» (1999).

Активна життєва позиція, талант науковця, глибока людська порядність, відповідальність за доручену справу, доброта — це лише деякі риси, що характеризують В. І. Семчика.

Президія Національної академії правових наук України, редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» щиро вітають **Віталія Івановича Семчика** з ювілеєм і бажають йому міцного здоров'я, благополуччя, творчої наснаги і подальших успіхів.



Виповнилося 80 років відомому українському вченому в галузі конституційного права та проблем організації і діяльності правоохоронних органів, суду і прокуратури, доктору юридичних наук, професору, члену-кореспонденту НАПрН України **Геннадію Олександровичу Мурашину**, який народився 29 червня 1932 р. у м. Ленінграді (нині — Санкт-Петербург). У 1955 р. закінчив юридичний факультет Львівського університету (нині — Львівський національний університет ім. Івана Франка). З 1955 по 1962 р. працював у партійних органах. З 1962 по 1967 р. — прокурор Ленінського району м. Києва і водночас аспірант Київського державного університету (нині — Київський національний університет ім. Тараса Шевченка) на кафедрі теорії держави і права. З 1968 р. працює в Секторі держави і права (нині — Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України) на посадах наукового пра-

цівника, заступника директора з наукової роботи, завідувача відділу конституційного права і місцевого самоврядування, сьогодні — провідний науковий співробітник відділу конституційного права і місцевого самоврядування інституту.

У 1973 р. захистив кандидатську дисертацію на тему «Органи прокуратури у механізмі Радянської держави» (спеціальність 12.00.01). Має вчене звання старшого наукового співробітника. У 1993 р. був обраний членом-кореспондентом Академії правових наук України (нині — Національна академія правових наук України), у 2006 р. — дійсним членом (академіком) Міжнародної академії інформатизації.

Г. О. Мурашин опублікував понад 250 праць. Серед них: «Конституційне право України: Академічний курс» (у співавт., 2007), «Законодавча діяльність в Україні: стан, пріоритети, шляхи вдосконалення» (у співавт., 2007), «Конституційно-правовий статус прокуратури України та проблеми його вдосконалення» (2008), «Прокуратура України в системі міжнародного співробітництва», «Референдумні акти як акти безпосереднього народовладдя» (2010). Є відповідальним редактором низки наукових видань.

Брав участь у підготовці Декларації про державний суверенітет України, проектів Конституції України, законів «Про Конституційний Суд України», «Про судоустрій», «Про прокуратуру України» та ін.

Г. О. Мурашин — незалежний експерт Міжнародної європейської організації з вивчення економічних, політичних та інших питань у країнах СНД (INTAS, м. Брюссель, Бельгія). Активно співпрацює зі структурами Міжпарламентської асамблеї СНД, бере участь у засіданнях її комітетів, конференціях, друкується у періодичних виданнях Асамблеї.

Учасник Великої Вітчизняної війни. Заслужений юрист України (1993), відзначений вищою нагородою Спільноти юристів «Видатний юрист України» (2007). Нагороджений орденом Богдана Хмельницького III ступеня (2000), 11 медалями, Почесний працівник Прокуратури України (2002). Має орден «За заслуги» III ступеня (2007) та інші вітчизняні і зарубіжні нагороди та відзнаки.

Президія Національної академії правових наук України, редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» щиро вітають **Геннадія Олександровича Мурашина** з ювілеєм і бажають йому міцного здоров'я, благополуччя, творчої наснаги і подальших успіхів.



Виповнилося 75 років з дня народження доктора юридичних наук, професора, академіка Національної академії правових наук України, Заслуженого юриста України **Олександра Марковича Бандурки**, який народився 24 квітня 1937 р. у с. Калинівка тепер Городищенського району Черкаської області.

У 1958 р. О. М. Бандурка закінчив обліково-економічний факультет Харківського інженерно-економічного інституту, у 1964 р. закінчив Харківський юридичний інститут (нині — Національний університет «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»), а в 1980 р. закінчив Академію МВС СРСР у Москві. З 1959 р. — на службі в МВС України, де працював слідчим, старшим оперуповноваженим, заступником начальника відділу міліції, начальником відділу міліції, заступником начальника відділу карного розшуку, начальником відділу карного розшуку, начальником Управління карного розшуку, заступником начальника Управління внутрішніх справ, начальником Управління позавідомчої охорони у Дніпропетровській, Полтавській, Житомирській областях. У 1984–1994 рр. очолював Управління внутрішніх справ Харківської області. З 1994 по 2003 р. — ректор Національного університету внутрішніх справ МВС України (нині — Харківський національний університет внутрішніх справ МВС України). Народний депутат України I–IV скликань. Нині — Голова Науково-консультативної ради Комітету Верховної Ради України з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності.

У 1994 р. захистив дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук на тему «Заходи адміністративного припинення в діяльності міліції» (спеціальність 12.00.07), у 1996 р. — дисертацію на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук на тему «Основи управління в органах внутрішніх справ України: теорія, досвід, шляхи вдосконалення» (спеціальність 12.00.07). Вчене звання професора присвоєно у 1994 р. Науковий ступінь доктора юридичних наук присуджено у 1996 р. Обраний дійсним членом (академіком) Академії правових наук України (нині — Національна академія правових наук України) у 2000 р.

Напрями наукових досліджень — теорія управління; адміністративне право і процес; фінансове право; конституційне право; кримінальне право та кримінологія, кримінально-виконавче право; опера-

тивно-розшукова діяльність; соціальна психологія, психологія особистості, соціологія та психологія управління.

Широкого визнання одержали наукові праці О. М. Бандурки, кількість яких перевищує 300 найменувань, які широко відомі не лише в Україні та країнах СНД, а й у дальньому зарубіжжі: «Психологія управління» (у співавт., 2007), «Безопасность детей» (2008), «Ваша безопасность» (2008), «Адміністративна діяльність органів внутрішніх справ» (у співавт., 2009). Брав участь у розробленні та прийнятті Декларації про державний суверенітет України, Акта проголошення незалежності України, Конституції України та інших законопроектів та нормативних актів.

Заслужений юрист України (1993), Заслужений працівник МВС СРСР (1978), нагороджений понад 20 державними нагородами, у тому числі орденом князя Ярослава Мудрого V ступеня (1999), повний кавалер ордена «За заслуги» (1997, 2002, 2004), нагороджений Почесною грамотою Кабінету Міністрів України (2002), Почесною грамотою Верховної Ради України (2001), Почесною відзнакою МВС України «Хрест Слави» (1997) тощо.

Президія Національної академії правових наук України та редколегія журналу «Вісник Академії правових наук України» щиро вітають **Олександра Марковича Бандурку** із ювілеєм та бажають йому міцного здоров'я, бадьорості, життєрадісності, подальшої плідної праці, благополуччя та творчого натхнення.

Свій ювілей відзначає український правознавець, провідний фахівець у галузі екологічного права — доктор юридичних наук, професор, академік Національної академії правових наук України **Наталія Рафаелівна Малишева**, яка народилася 25 квітня 1952 р. у м. Києві.

Н. Р. Малишева у 1974 р. закінчила Київський державний університет ім. Т. Г. Шевченка (нині — Київський національний університет імені Тараса Шевченка). Відтоді працює в Інституті держави і права ім. В. М. Корецького НАН України на посадах стажиста-дослідника, молодшого наукового співробітника (з 1975 р.), старшого наукового співробітника (з 1984 р.), провідного наукового співробітника (з 1995 р.). Одночасно з 1998 р. — заступник директора Міжнародного центру космічного права цього інституту. Професор екологічного права Київського університету права НАН України та його Рівненського відділення.

У 1981 р. захистила дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук на тему «Охорона навколишнього середовища від шумового впливу (правові та організаційні питання)» (спеціальність 12.00.02), у 1996 р. — дисертацію на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук на тему «Гармонізація екологічного законодавства в Європі» (спеціальність 12.00.06). Науковий ступінь доктора юридичних наук присуджено у 1996 р. Вчене звання професора присвоєно у 2001 р. У 2000 р. обрана членом-кореспондентом, а у 2008 р. — дійсним членом (академіком) Академії правових наук України (нині — Національна академія правових наук України). Член-кореспондент Міжнародної академії астронавтики.

Напрями наукової діяльності — національне та міжнародне екологічне право, національне та міжнародне космічне право, європейське право. Опублікувала понад 350 наукових праць, серед яких: «Судовий захист екологічних прав громадян: Довідник» (у співавт., 2001), «Земельне право» (2001), «Екологічне право України» (2001), «Правові засади впровадження в Україні Конвенції про біорізноманіття» (2003), «Заповідна справа в Україні» (2003), «Екологічне право України: Академічний курс» (2005, 2008).

Брала участь у розробленні проектів законів України «Про охорону навколишнього природного середовища», «Про охорону атмосферного повітря», «Про природно-заповідний фонд України», «Про відходи», «Про мисливське господарство та полювання», «Про питну воду», «Про питне водопостачання», «Про екологічний аудит», Водного кодексу України та ін.

Заслужений юрист України (1992). Лауреат Державної премії в галузі науки і техніки (2005). Нагороджена Почесною грамотою Верховної Ради України (2009), Премією АН України імені Д. З. Мануїльського (1991), першою премією Спілки юристів України в номінації «Краща монографічна робота з правових дисциплін» (2002). Почесний професор факультету права Університету м. Пуатьє (Франція).

Принциповість і порядність, широка ерудованість і сумлінне ставлення до своїх обов'язків, відданість справі здобули Н. Р. Малишевій авторитет і повагу широкої юридичної громадськості.

Президія Національної академії правових наук України і редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» щиро вітають **Наталію Рафаелівну Малишеву** з ювілеєм і бажають їй міцного здоров'я, благополуччя, творчої наснаги та подальших успіхів.



Виповнилося 60 років від дня народження відомого вченого нашої країни в галузі кримінального права і кримінології — доктора юридичних наук, професора, члена-кореспондента Національної академії правових наук України **Валентина Васильовича Коваленка**.

В. В. Коваленко народився 15 травня 1952 р. у с. Гольма Балтського району Одеської області. Трудову діяльність розпочав у органах внутрішніх справ. У 1976 р. закінчив Львівську спеціальну школу з підготовки керівного складу МВС СРСР (нині — Львівський університет внутрішніх справ) за кваліфікацією юрист. У 1980 р. закінчив Київську вищу школу МВС СРСР ім. Ф. Е. Дзержинського (нині — Київський національний університет внутрішніх справ) за кваліфікацією юрист. З 1988 по 1999 р. займав посади, пов'язані з навчально-методичною, науково-педагогічною та управлінською діяльністю: ад'юнкт кафедри кримінології, викладач, старший викладач, доцент, начальник докторантури та ад'юнктури, проректор по роботі з особовим складом Київського інституту внутрішніх справ при Національній академії внутрішніх справ. З 1999 по 2005 р. відряджений із Міністерства внутрішніх справ у розпорядження державних органів: Координаційного комітету по боротьбі з корупцією і організованою злочинністю при Президентові України для роботи у Міжвідомчому науково-дослідному центрі з проблем боротьби з організованою злочинністю, злочинністю проти особи та держави, де працює на посаді начальника відділу; Адміністрації Президента України — працює на посадах: керівника Головного контрольного управління; заступника Глави Адміністрації Президента України — керівника Головного управління з питань судової реформи, діяльності військових формувань та правоохоронних органів.

У 1991 р. захистив дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук на тему «Класифікація покарань осіб, вперше засуджених до позбавлення волі» (спеціальність 12.00.08). Вчене звання доцента присвоєно у 1997 р. У 2004 р. захистив дисертацію на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук на тему «Організація профілактики економічної злочинності в Україні» (спеціальність 12.00.07). Вчене звання професора присвоєно у 2007 р. Обраний членом-кореспондентом Академії правових наук України у 2009 р. Нагороджений численними державними та відомчими нагородами. Заслужений юрист України (2004), має звання генерал-лейтенанта міліції.

Напрями наукової діяльності — проблеми існування злочинності, правові аспекти протидії злочинності (у тому числі й організованої) у

сфері економіки, а також питань діяльності правоохоронних органів щодо протидії злочинності, тероризму та нейтралізації терористів. Опублікував понад 70 наукових праць. Найбільш значущими є монографії: «Недержавне судочинство в Україні» (2006); «Основи державного управління» (2009); Виправно-трудоий кодекс України (2007); підручник «Психологія та педагогіка» (2007); навчальний посібник «Неурядові громадські організації в Україні» (2007).

Брав участь у підготовці Закону України «Про боротьбу з тероризмом».

Принциповість і порядність, широка ерудованість і професіоналізм, високі людські якості, сумлінне ставлення до своїх обов'язків здобули В. В. Коваленку заслужену повагу його колег і учнів.

Президія Національної академії правових наук України і редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» щиро вітають **Валентина Васильовича Коваленка** з його славним ювілеєм і бажають йому міцного здоров'я, благополуччя, творчої наснаги, подальших успіхів у роботі.



Свій ювілей відзначає український науковець — доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України **Віктор Миколайович Єрмолаєв**.

В. М. Єрмолаєв народився 7 липня 1957 р. у с. Довгалівка Балаклійського району Харківської області. Після закінчення середньої школи працював слюсарем на Савинському цукровому заводі. У 1975–1977 рр. проходив військову службу. У 1979 р. вступив до Харківського юридичного інституту (нині — Національний університет «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»), який закінчив із відзнакою у 1983 р. та був зарахований стажистом-дослідником кафедри історії держави і права, а у 1985 р. прийнятий до аспірантури. 1988 р. захистив кандидатську дисертацію на тему «Державна діяльність Ф. Е. Дзержинського на Україні». Вчене звання доцента присвоєне в 1988 р. Із 2004 по 2006 р. — докторант юридичної академії. У 2006 р. захистив дисертацію на тему «Вищі представницькі органи влади в Україні (історико-правове дослідження)» на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук. У 2007 р. присвоєно вчене звання професора.

З 1988 по 1993 р. працював асистентом, старшим викладачем, доцентом, заступником декана факультету підготовки кадрів для Міністерства внутрішніх справ України Харківського юридичного інституту.

У 1993–2004 рр. — декан факультету підготовки кадрів для Міністерства юстиції та судової адміністрації України юридичної академії. З вересня 2006 р. — директор Інституту підвищення кваліфікації юридичних кадрів Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого».

Головні напрями наукових досліджень В. М. Єрмолаєва — актуальні проблеми історії представницьких органів державної влади та управління і правової системи України, проблеми українського державотворення. Оpubлікував близько ста наукових праць: «Місьцеве самоврядування в Україні» (у співавт., 1998); «Органи влади і управління Української держави (друга половина XVII–XVIII ст.)» (у співавт., 2002); «Історія держави і права України»: у 2 т. (у співавт., 2003); Юридична енциклопедія: у 6 т. (у співавт., 1998–2004); «Вищі представницькі органи влади в Україні (історико-правове дослідження)» (2005); «Конституційно-правове регулювання та стан виборів в Україні» (у співавт., 2005); «Історія вищих представницьких органів влади в Україні» (2007); «Правова система України: історія, стан та перспективи»: у 5 т. Т. 1: «Методологічні та історико-теоретичні проблеми формування і розвитку правової системи України» (у співавт., 2008); «Правовая система Украины: история, состояние и перспективы»: в 5 т. Т. 1: «Методологические и историко-теоретические проблемы формирования и развития правовой системы Украины» (у співавт., 2010); «Конституція України: науково-практичний коментар» (2011).

Член двох спеціалізованих рад із захисту дисертацій при Національному університеті «Юридична академія України ім. Ярослава Мудрого». Член Експертної ради з права Державної акредитаційної комісії України. У 1998–2002 рр. та 2002–2006 рр. — депутат Харківської обласної ради, Голова постійної комісії з гуманітарних питань, член президії обласної ради, член редакційної колегії науково-практичного фахового видання «Право України».

У 2002 р. нагороджений Подякою Кабінету Міністрів України, у 2003 р. почесним Знаком Міністерства освіти і науки України «Відмінник освіти України». 2004 року нагороджений Почесною Грамотою Верховної Ради України. Заслужений діяч науки і техніки України (2008).

В. М. Єрмолаєв у 2010 р. обраний членом-кореспондентом Національної академії правових наук України.

Президія Національної академії правових наук України та редакційна колегія журналу «Вісник академії правових наук України» вітають шановного **Віктора Миколайовича Єрмолаєва** з 55-річним ювілеєм, бажають йому успіхів у науковій та педагогічній діяльності, міцного здоров'я та усяких життєвих гараздів на радість колегам, родині, онукам.

ЗМІСТ

ЗАГАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОЇ НАУКИ

Рабінович П., Луців О. Верховенство права: сучасні вітчизняні підходи до інтерпретації	3
Євграфова Є. Питання соціальної природи і об'єктивності права	17
Христова Г. Позитивні зобов'язання держави у сфері прав людини як новий напрямок дослідження у вітчизняній теоретичній юриспруденції.....	30
Вовк Д. Правова традиція: розуміння у контексті співвідношення з правовою системою і правовою культурою.....	42
Барабаш О. Протестантизм у становленні західної традиції права.....	53

ПИТАННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА

Гультай М. Класичні моделі конституційної скарги на прикладі Австрії та Іспанії.....	62
--	----

ПИТАННЯ ІСТОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Гончаренко В. Конституція Української РСР 1937 р.....	75
Козаченко А. Роль земського самоврядування у процесі проведення Столипінської аграрної реформи та після її згорання (1906–1916 рр.).....	84

ПИТАННЯ ІСТОРІЇ ВЧЕНЬ ПРО ДЕРЖАВУ І ПРАВО

Демиденко Г. Чому стратили Сократа? (Деякі уроки кризи реальної демократії).....	94
Дашковська О. Ідея взаємної відповідальності держави й особи в європейській політико-правовій думці	105

ПРОБЛЕМИ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА І ПРОЦЕСУ

Сліпченко С. Зображення як об'єкт цивільного права	114
Ільків Н. Оформлення права приватної власності на земельну ділянку: новели законодавства	122
Сібільова С. Свобода заповіту за чинним цивільним законодавством України	131
Яковлев С. Сутність касаційного провадження та предметні повноваження суду касаційної інстанції.....	141

ПРОБЛЕМИ ГОСПОДАРСЬКОГО ПРАВА

Мілаш В. До питання про правову характеристику маркетингових послуг в інноваційній сфері.....	151
---	-----

ПИТАННЯ ТРУДОВОГО ПРАВА

- Вапнярчук Н.** До питання про розірвання трудового договору за ініціативою роботодавця (п. 2 ст. 40 КЗпП України) 159
- Лагутіна І.** Особисті немайнові трудові права домашніх працівників 167

ПИТАННЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО ТА ФІНАНСОВОГО ПРАВА

- Коваленко Л.** Етапи становлення інформаційного права в Україні 175
- Жернаков М.** До питання про визначення публічно-правового спору (податково-правовий аспект) 183

ПИТАННЯ СУДОУСТРОЮ

- Москвич Л.** Концепція оцінки ефективності судової системи 190
- Городовенко В.** Змагальність як вихідний принцип судової влади 202

ПИТАННЯ БОРОТЬБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ

- Демидова Л.** Кримінальний кодекс України як якісно-кількісна система (системно-функціональний підхід) 216
- Мохончук С.** Юридичний склад найманства та його особливості в системі злочинів проти миру та безпеки людства 227
- Мірошниченко С.** Класифікація злочинів проти правосуддя 237
- Тітко І.** Кримінально-процесуальний кодекс України про міжнародне співробітництво: недоліки нормативної регламентації 247
- Тугарова О., Чередник О.** Імунітети в оперативно-розшуковій діяльності 258

НА ПОЧАТКУ ТВОРЧОГО ШЛЯХУ

- Андрущакевич Ю.** Сутність конкретизації сучасного права 269
- Павловська-Кравчук В.** Український правовий менталітет: особливості становлення та розвитку 277
- Карнаух Б.** Сутність і явище цивільно-правової відповідальності 287

НАУКОВЕ ЖИТТЯ

- Конкурс на присудження Премії імені Ярослава Мудрого 300

НАШІ ЮВІЛЯРИ

- Семчик В. І.** 302
- Мурашин Г. О.** 303
- Бандурка О. М.** 305
- Малишева Н. Р.** 306
- Коваленко В. В.** 308
- Єрмолаєв В. М.** 309

Збірник наукових праць
Вісник
Академії правових наук
України

№ 2 (69)

Відповідальний за випуск
О. В. Петришин

Редактор *С. Пашинська*
Коректори: *Н. Шестьора, О. Нещеретна*
Комп'ютерна верстка *О. Лагози*
Дизайн *В. Зеленька*

Підписано до друку з оригінал-макета 10.07.2012 р.
Формат 60×90 ¹/₁₆. Папір офсетний. Гарнітура Times.
Ум. друк. арк. 19,5. Обл.-вид. арк. 18. Вид. № 748.
Тираж 400 прим.

Видавництво «Право» Національної академії правових наук України
та Національного університету «Юридична академія України
імені Ярослава Мудрого»

Україна, 61002, Харків, вул. Чернишевська, 80а
Тел./факс (057) 716-45-53

Сайт: www.pravo-izdat.com.ua

E-mail для авторів: proizvodstvo@pravo-izdat.com.ua

E-mail для замовлень: sales@pravo-izdat.com.ua

Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до державного реєстру видавців, виготівників і розповсюджувачів
видавничої продукції — серія ДК № 4219 від 01.12.2011 р.

Надруковано в друкарні СПДФО Білетченко
Тел. (057) 758-35-98