

ВІСНИК

АКАДЕМІЇ
ПРАВОВИХ
НАУК
УКРАЇНИ

№ 3 (46)

Заснований у 1993 році



Харків
2006

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

Засновник — Президія Академії правових наук України

Видавець — Академія правових наук України

Редакційна колегія: *В. Я. Тацій* (головний редактор), *М. В. Цвік* (заступник головного редактора), *Ю. В. Баулін*, *Ю. П. Битяк*, *В. І. Борисов*, *М. В. Буроменський*, *Л. К. Воронова*, *Ю. М. Грошевий*, *І. М. Даньшин*, *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*, *М. Я. Сегай*, *М. М. Сібільов*, *В. Ф. Сіренко*, *О. В. Скрипнюк*, *І. В. Спасибо-Фатєєва*, *В. В. Сташис*, *В. П. Тихий*, *Ю. М. Тодика*, *М. Я. Швець*, *Ю. С. Шемичученко*, *В. Ю. Шепітько*.

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

© Академія правових наук

України, 2006

© «Право», 2006

ЗАГАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОЇ НАУКИ

О. Скрипнюк, академік АПрН України

Демократія як механізм державного управління

Зацікавлення демократією як механізмом державного управління, так би мовити, «демократичний мінімум»¹ з погляду державного управління, зумовлює визначення базових властивостей цього механізму, тобто як він організується, структурується та функціонує.

Досить часто однією з перших властивостей демократичного механізму державного управління називають наявність поділу владних функцій, який нерідко описується як принцип поділу державної влади. Фактично одним з перших, хто не просто звернув на нього увагу, а й виклав свої думки у вигляді систематизованої теорії², був Ш. Л. Монтеск'є, який писав: «Все загине, якщо три влади: влада творити закони, влада приводити до виконання постанови загальнодержавного характеру і влада судити злочини будуть поєднані в одній особі чи в одній установі»³. Тобто, сенс принципу поділу влади полягає у тому, що три основні групи повноважень, які виконує будь-яка держава, ніколи не мають поєднуватись чи в одному органі державної влади, чи в одній особі. Тому, як наголошував Ш. Л. Монтеск'є, першим кроком до деспотії та деспотичного державного управління (пізніше Х. Харт описуватиме це як патологію державно-правової системи⁴) завжди є намагання поєднати в одній особі чи в одному органі всі три гілки влади, а першою умовою політичної свободи є поділ цих гілок. Також поряд з Ш. Л. Монтеск'є в ході дослідження демократії як механізму державного управління слід назвати й уславлених американських авторів О. Гамільтона, Дж. Медісона та Дж. Джея, які продемонстрували механізми реалізації та забезпечення

¹ Див.: Дарендорф Р. Современный социальный конфликт. Очерк политики свободы. – М., 2002. – С. 99.

² Див.: Юридична енциклопедія / Голова редкол. Ю. С. Шемшученко. – К., 2001. – Т. 3. – С. 768.

³ Монтескье Ш. Л. О духе законов. – М., 1999. – С. 139.

⁴ Див.: Харт Х. Л. А. Концепція права. – К., 1998. – С. 119.

принципу поділу державної влади в умовах демократії¹. Нагадаємо, що для них поділ державної влади за умов демократії означає в першу чергу поділ повноважень, який включає в себе два важливі моменти: а) заборону установам однієї гілки влади виконувати повноваження, що належать установам інших гілок влади; б) заборону установам однієї гілки влади скасовувати рішення інших гілок влади².

Разом з тим розгляд цього принципу з точки зору механізмів демократичного державного управління змусить погодитись з думкою, що як такий він виступає не стільки запорукою успішності функціонування цього механізму, скільки запобіжним чинником, котрий упереджує будь-які недемократичні трансформації загальної системи державного управління. Зрозуміло, що зараз поняття «державне управління» застосовується в широкому значенні, коли воно тлумачиться як «вплив держави через систему її органів на суспільні відносини»³ або ж як «управління державними справами, яке здійснюється всіма органами держави і у всіх гілках влади»⁴.

Зазначений момент відіграє особливо важливу роль з огляду на те, що до сьогоднішнього дня не вщухають спори щодо того, чи справді принцип поділу державної влади може бути реалізований на практиці навіть у найбільш демократичній державі. Відомий вітчизняний правознавець Б. Кістяковський свого часу писав: «Як держава є чимось цілим, єдиним і неподільним, так само неподільною є і влада; влада належить державі в цілому, і в ній не декілька влад, а лише одна єдина влада. Тому поділ влади не може виступати гарантією політичної свободи, недоторканності особи, конституційного ладу та правового характеру державної влади. Ці гарантії ми повинні шукати в інших принципах і в інших основах сучасної конституційної держави»⁵. Схожі думки висловлював і М. Ковалевський⁶. Цієї ж позиції дотримувався Н. Палієнко, який вважав, що ефективно виконувати свої завдання може лише цілісна, єдина і неподільна державна

¹ Див.: *Бабенко К. А.* Проблеми взаємодії гілок державної влади в політико-правовій традиції класичного американського конституціоналізму // *Держава і право: Збірник наукових праць. Юридичні і політичні науки.* – К., 2002. – С. 133–139.

² Див.: *Федералист. Политические эссе А. Гамильтона, Дж. Мэдисона и Дж. Джея.* – М., 2000. – С. 332.

³ *Атаманчук Г. В.* Государственное управление: проблемы методологии правового исследования. – М., 1975. – С. 21.

⁴ *Данилькевич Н. И.* Административное право Украины. – Днепропетровск, 2001. – С. 20.

⁵ *Кістяковський Б. А.* Философия и социология права. – СПб., 1999. – С. 486.

⁶ Див.: *Ковалевский М. М.* Общее учение о государстве. – СПб., 1909. – С. 116–129.

влада, всі органи і частини якої діють узгоджено та без спорів¹. На відміну від них С. Дністрянський писав не лише про ефективність поділу державної влади, а й про необхідність застосування цього принципу в демократичній державі². Не вдаючись до аналізу висловлених з цього приводу поглядів, слід зазначити, що всі їх можна певною мірою примирити, якщо чітко визначити, в якому саме аспекті розглядати принцип поділу державної влади. Справді, якщо йдеться про процес її функціонування, то тоді, очевидно, ситуація співіснування трьох гілок влади, а іноді навіть більшої кількості гілок, оскільки поряд з трьома класичними часто називають ще такі, як контрольньо-наглядова, установча, президентська тощо, які є незалежними та самостійними, є абсурдною. В цьому плані державна влада завжди повинна діяти узгоджено, коли між її елементами спостерігаються взаємодія та співпраця. Водночас з погляду організації цієї державної влади не буде суперечливим визнати, що різні її установи мають виконувати різні функції. Причому основними трьома функціями є саме законодавство, виконавча та судова. Адже, як зазначав свого часу М. Сперанський, не можна заснувати правління на законі, якщо одна й та сама державна влада буде складати закони, виконувати їх та судити за їх невиконання³.

Іншими словами, характеризуючи роль принципу поділу державної влади для демократії з погляду її вивчення як механізму державного управління, слід зазначити, що цей принцип належить не стільки до групи функціональних принципів, тобто таких, які визначають порядок функціонування тих або інших елементів механізму державного управління, скільки до групи організаційних принципів, які визначають те, яким чином має бути впорядковано і побудовано цей механізм, аби він міг не тільки забезпечувати ефективне виконання функції державного управління, а й при цьому залишатися демократичним. В цьому сенсі поділ державної влади є не принципом функціонування демократичного механізму державного управління, а універсальним засобом обмеження державного деспотизму⁴. В цьому контексті варто згадати тезу В. Авер'янова, який зазначає, що сенс принципу поділу державної влади полягає насамперед у досягненні рівноваги між окремими гілками державної влади⁵.

¹ Див.: *Палиєнко Н. И.* Суверенитет. Историческое развитие идеи суверенитета и ее правовое значение. – Ярославль, 1903. – С. 491.

² Див.: *Дністрянський С.* Загальна наука права і політики. – Прага, 1923. – Т. 1. – С. 339.

³ Див.: *Сперанский М. М.* Руководство к познанию законов. – СПб., 2002. – С. 350.

⁴ Див.: *Мальцев В. А.* Основы политологии. – М., 1998. – С. 36.

⁵ Див.: *Авер'янов В.* Уряд у механізмі поділу влади: недосконалість вітчизняної конституційної моделі // *Право України.* – 2005. – № 4. – С. 10.

Тож, з огляду на загальні підстави для виділення принаймні двох типів принципів демократичного механізму державної влади (йдеться про організаційні та функціональні принципи) постає питання: що все ж таки являє собою демократія як механізм державного управління з точки зору її функціонування? На нашу думку, в цьому аспекті вона може бути описана як механізм забезпечення участі в управлінському процесі суспільства в цілому, котре шляхом у першу чергу політичної участі обирає для себе такі два важливі чинники: а) загальний напрям суспільного розвитку; б) тих, хто здійснюватиме політичне управління, тобто ту чи іншу політичну еліту, партію тощо. В цьому плані демократичний механізм є нічим іншим, як моделлю участі в процесі управління всіх тих (зараз ми не беремо до уваги конкретні форми цієї участі), на кого це управління (влада) поширюється. Інакше кажучи, саме застосування понять демократії та демократичного державного управління передбачає існування віри в те, що всі можливі зміни чи модифікації, які відрізняють одну модель демократії від іншої, спрямовані тільки на забезпечення посилення ролі суспільних інтересів у процесі застосування державної влади.

Ці інтереси можуть реалізовуватися завдяки різним механізмам, як то: пряма участь, представництво інтересів, делегування інтересів та ін. Але, як би там не було, для всіх демократій цей спільний інтерес є вищим за державу і виступає не стільки об'єктом реалізації державної влади, скільки принципом, який спрямовує й визначає діяльність усіх без винятку органів державної влади. Хоча, застосовуючи поняття «спільний інтерес», а також посилаючись на специфіку демократичного управління, слід все ж таки якимось конкретизувати ті фундаментальні ознаки, які характеризують цей процес. Зрозуміло, що оскільки будь-яка практика управління пов'язана з реалізацією влади, то базові властивості демократичного управління стосуються того, яким чином суспільство та окремі індивіди вступають у відносини з владою. В зв'язку з цим цікавий перелік таких властивостей пропонує К. Стром. Посилаючись на дослідження С. Ліпсета, він зазначає, що система демократичного управління стає можливою лише за умови забезпечення трьох вимог: а) осмислена та широка змагальність серед індивідів та їх груп (насамперед політичних партій) за можливість впливати на прийняття державних рішень; б) високий рівень впливу тих, хто бере участь у політичному житті на вибір політиків (і відповідно — на вибір того політичного курсу, який представляють ці політики); в) належний рівень забезпечення політичних і громадянських свобод¹. Отже, йдеться про те, що демократичне

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

державне управління постає як синтез двох принципів: змагальності та участі. Цей погляд також поділяють відомі західні вчені Ф. Шміттер, А. Пшеворський, Г. О'Доннелл, Л. Даймонд.

Причому обидва ці принципи органічно сполучаються в поєднанні процесів функціонування окремих органів державної влади (не вдаючись до детального аналізу структури органів державної влади, оскільки їх загальний перелік не викликає сумнівів у будь-якого з дослідників, а окремі спеціальні органи державної влади чи конкретні політико-правові інститути можуть варіюватись залежно від самої країни, її правових та політичних традицій, системи правління, державного устрою тощо), які завжди реалізують визначені пріоритетними цілі державного і суспільного розвитку та застосування інститутів безпосередньої демократії. Більше того, якщо проаналізувати такий специфічний інститут, як референдум, котрий визначають як «пріоритетну форму безпосередньої демократії, зміст якої полягає в прийнятті громадянами нормативних положень Конституції, законів та інших найважливіших рішень загальнодержавного та місцевого значення шляхом голосування»¹, то навіть він в умовах демократії виявляється інтегрованим у механізм державного управління, оскільки саме на його основі можуть вноситися зміни до конституції чи окремих законодавчих актів, прийматись керівні й імперативні рішення, що визначають порядок і пріоритетну чергу дій держави в цілому та її органів.

Однак чи є остаточною дана теза, чи може задовольнити нас відповідь, що фіксує як специфічні властивості демократичного механізму державного управління виключно функціональну ознаку забезпечення широкої народної участі в управлінському процесі та організаційну ознаку поділу державної влади? На нашу думку, відповідь на це питання має бути негативною. Це означає, що поряд із зазначеними потрібно окреслити й інші концептуальні аргументи, які дозволяють, з одного боку, наполягати на існуванні такого специфічного механізму державного управління як «демократичний механізм державного управління», а з другого — стверджувати, що й сама демократія в цілому може бути представлена як цілісний механізм державного управління.

Надійшла до редколегії 26. 06. 06

¹ Позгорілко В. Ф., Федоренко В. Л. Референдуми в Україні: історія та сучасність. – К., 2000. – С. 41.

С. Погребняк, доцент НЮА України

Втілення принципу рівності в юридичних актах

Принцип рівності — одна з фундаментальних конституційних вимог, що входить до концепції верховенства права¹, є важливою умовою існування правової держави². У такому статусі він без яких-небудь сумнівів визначає зміст юридичних актів, що виступають як безпосередня реальність права. Це зумовлює потребу загальнотеоретичного дослідження проблеми втілення принципу рівності в юридичних актах, розпочату в роботах М. Бондаря, Г. Гаджієва, Ф. Гаска, А. Зайця, Є. Заковряшиної, В. Нерсесянца, П. Рабіновича, Дж. Ролза, Н. Рулана, Ю. Тодики, К. Хессе, С. Шевчука та ін.

Для досягнення такої мети насамперед слід визначити сутність принципу рівності, його співвідношення з іншими загальноправовими принципами, проаналізувати його основні аспекти, дослідити їх прояв при прийнятті як нормативних, так і ненормативних актів. Крім того, уважного вивчення потребують проблеми забезпечення недискримінації і позитивної дискримінації, які часто-густо постають у зв'язку з необхідністю додержання принципу рівності при прийнятті юридичних актів.

Як відомо, цінність права полягає в триєдності свободи, рівності і справедливості³. Тому вимога рівності тісно пов'язана з ідеями справедливості і свободи. Так, сьогодні в юридичній науці загальновизнаною є теза, згідно з якою *відповідно до суті справедливості* відносини між людьми слід формувати *в сенсі рівності*⁴. До аналогічних висновків дійшов і Конституційний Суд України, який в рішенні від 2 листопада 2004 р. за № 15-рп/2004 у справі про призначення судом більш м'якого покарання підкреслив, що зазвичай справедливість розглядають як властивість права, виражену, зокрема, в рівному юридичному масшта-

¹ Див.: Шевчук С. Принцип рівності у європейському та порівняльному конституційному праві (до рішення Конституційного Суду України у справі про граничний вік кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу) // Вісник Академії правових наук України. — 2005. — № 4. — С. 124.

² Див.: Государственное право Германии / В 2 т.: Сокр. пер. с нем. семитомно изд. — М., 1994. — Т. 2. — С. 241.

³ Див.: Политико-правовые ценности: история и современность / Под ред. В. С. Нерсесянца. — М., 2000. — С. 12.

⁴ Див.: Радбрух Г. Философия права: Пер. с нем. — М., 2004. — С. 46.

бі поведінки, і відзначив, що у сфері реалізації права справедливості проявляється, зокрема, у рівності всіх перед законом¹. Однак концепція справедливості не обмежується вимогою рівності, яка утворює лише один з її аспектів — формальну (урівнюючу) справедливість.

Однією з провідних сучасних проблем є також дилема «свобода проти рівності»². Свобода і рівність можуть співіснувати як взаємодоповнюючі, так і конфліктуючі цінності. Характер стосунків між ними визначається насамперед тією концепцією рівності, яка реалізується в правовій політиці. Проте вихідним у цих стосунках має бути принцип «рівності в свободі». Ця вимога міри свободи, що однаково застосовується до кожного, може бути трансформована в такий логічний ланцюг: свобода (в правовому і соціальному сенсі) — право (як міра свободи) — рівноправність (рівна міра щодо кожного)³.

Слід зазначити, що конкретний зміст принципу рівності й до сьогодні залишається предметом наукових дискусій. Так, на думку авторів Короткого оксфордського політичного словника, ця нормативна вимога передбачає чотири основні аспекти, які суттєво відрізняються один від іншого, хоча і не є незалежними: [1] рівна повага в межах певної схеми процесу ухвалення постанов — вимога виявляти рівну повагу до думки кожного; [2] об'єктивне ставлення — вимога однакового розгляду однакових випадків; [3] рівність розподілу — вимога отримання кожним рівної частки певного блага; [4] рівність результату — вимога, згідно з якою індивіди після процедури розподілу повинні опинитися за однакових умов⁴. Зрозуміло, що складність загальної концепції рівності зумовлює об'єктивні труднощі з реалізацією цього принципу в сфері правового регулювання.

У сучасній літературі, як правило, вказують на *два основні шляхи досягнення рівності*: [1] забезпечення рівних можливостей; [2] забезпечення рівних результатів. У зв'язку з цим доцільно відзначити існування двох суттєвих аспектів рівності: рівність можливостей і рівність результатів.

Рівність можливостей — ідея, згідно з якою кожному індивіду повинні бути гарантовані однакові шанси досягти успіхів у житті⁵. Поняття

¹ Див.: Офіц. вісник України. – 2004. – № 45. – Ст. 2975.

² Див.: Джадда К., Берри Д. М., Голдман Д., Хула К. В. Трудным путем демократии: Процесс государственного управления в США: Пер. с англ. – М., 2006. – С. 49.

³ Див.: Бондарь Н. С. Власть и свобода на весах конституционного правосудия: защита прав человека Конституционным Судом Российской Федерации. – М., 2005. – С. 257.

⁴ Див.: Короткий оксфордський політичний словник / За ред. І. Макліна і А. Макмілана: Пер. з англ. – К., 2006. – С. 596.

⁵ Див.: Джадда К., Берри Д. М., Голдман Д., Хула К. В. Вказ. праця. – С. 46.

рівності можливостей уперше теоретично обґрунтовано в Платоновій «Державі», система освіти в якій будується на тому, аби дати однаково обдарованим і здібним дітям рівні шанси на здобуття нерівних позицій в суспільстві¹. Особливо активно ця ідея обговорювалась в епоху буржуазних революцій: вона виражалась фразою «la carrière ouverte aux talents» (франц. — кар'єра, відкрита талантам) і стосувалася штучних перешкод, яких вимагали усунути, скасувавши всі привілеї і надавши державне сприяння, аби забезпечити рівні можливості для всіх мати кращі умови². Отже, для цього виду рівності пріоритетними є індивідуальні досягнення, зумовлені лише здібностями особи, а не її походженням, національністю, кольором шкіри, релігією, статтю тощо, і забезпечення вільної конкуренції, коли всі перебувають в рівних умовах і грають за однаковими правилами.

Згодом люди почали усвідомлювати, що рівність можливостей призведе до неоднакових наслідків. У суспільстві стає зрозумілим, що немає більшої несправедливості, ніж поводитися однаково з тим, що фактично неоднакове. Наприклад, Анатоль Франс познуцався з «величної рівності закону, що забороняє як багатіям, так і бідним, спати під мостами, просити на вулицях і красти хліб»³. Унаслідок цього набуває популярності інша (егалітарна) концепція, яка, використовуючи гасло «справедлива частка для всіх», інтерпретує рівність як необхідність забезпечити рівність результатів шляхом справедливого розподілу.

Рівність результатів — ідея, зміст якої полягає в тому, що суспільство і держава повинні гарантувати рівність людей завдяки перерозподілу соціальних благ чи запровадженню так званої позитивної дискримінації. Цей вид рівності можливий лише за умови обмеження вільної конкуренції, що лежить в основі рівності можливостей⁴.

Обидва ці аспекти рівності *проявляються у сфері правового регулювання*. Так, концепція рівності можливостей втілюється насамперед у *загальноправовому принципі рівності перед законом*⁵.

Рівність перед законом як принцип відомий ще у давньоримському праві: *Leges cum omnibus semper una atque iadem voce loquuntur* — закони звертаються до всіх одним і тим же голосом⁶. Вона вимагає засто-

¹ Див.: Енциклопедія політичної думки: Пер. з англ. — К., 2000. — С. 340.

² Див.: *Гаск Ф. А.* Конституція свободи: Пер. з англ. — Львів, 2002. — С. 98.

³ Там само. — С. 105, 241.

⁴ Див.: *Джадда К., Берри Д. М., Голдман Д., Хула К. В.* Вказ. праця. — С. 496.

⁵ *Бондарь Н. С.* Вказ. праця. — С. 250.

⁶ *Селіванов В. М.* Право і влада суверенної України: методологічні аспекти. — К., 2002. — С. 600.

сування права без винятків для будь-кого, незважаючи на особистість: унаслідок нормування прав кожний наділений рівною мірою правами й обов'язками, а державній владі заборонено використовувати чинне право в інтересах чи на шкоду окремій особі¹. Крім того, відповідно до цього принципу всі особи мають право на рівний захист за законом.

Те, що людей слід тлумачити однаково всупереч тому, що вони різні, є суттю вимог рівності перед законом. Безмежна різноманітність людської природи, широкий діапазон відмінностей в індивідуальних здібностях і можливостях є однією із найхарактерніших ознак людського роду². Проте спільні ознаки людей з погляду права є набагато важливіші, ніж очевидні розбіжності між ними³. Це і дає принципову можливість утвердження вимоги рівності перед законом.

Слід зазначити, що за останні роки розуміння принципу рівності перед законом суттєво змінилося. Раніше вважалося, що правова рівність повинна бути абстрагована від фактичних відмінностей суб'єктів і тому з необхідністю та за визначенням мала виключно *формальний характер*⁴. У сучасному суспільстві рівність стає більш складною: вона вже не може механічно виходити з тотожності осіб, а має будуватися з урахуванням відмінностей, що дозволяє іменувати її *диференційованою рівністю*⁵. На думку Таємної Ради Сполученого Королівства, вимога поводитися в однакових випадках однаковим чином і у відмінних випадках — відмінним чином є загальною аксіомою раціональної поведінки, однією з цеглин, на яких будується демократія⁶.

Тому сьогодні конституційне положення «всі рівні перед законом і судом» означає, що суб'єкти повинні перебувати в рівному стані *лише за рівних умов*⁷. Якщо умови не є рівними, законодавець зобов'язаний запроваджувати різний правовий статус, надаючи певні переваги більш слабким і залежним суб'єктам, аби не допустити недобросовісної конку-

¹ Хессе К. Основы конституционного права ФРГ: Пер. с нем. – М., 1981. – С. 214–215.

² Гаек Ф. А. Вказ. праця. – С. 92.

³ Енциклопедія політичної думки. – С. 340.

⁴ Политико-правовые ценности: история и современность. – С. 15.

⁵ Див.: Рулан Н. Историческое введение в право: Пер. с франц. – М., 2005. – С. 519, 526.

⁶ Цит. за: Шевчук С. Судовий захист прав людини: практика Європейського Суду з прав людини у контексті західної правової традиції. – К., 2006. – С. 668.

⁷ Цей аспект спеціально підкреслено в ст. 1 Конституції Нідерландів, згідно з якою ставлення до всіх людей має бути рівним за рівних обставин (див.: Хабриева Т. Я., Чиркин В. Е. Теория современной конституции. – М., 2005. – С. 149).

ренції і реально гарантувати принцип рівності¹. Завдяки цьому правова рівність у сучасному розумінні має яскраво виражений соціальний зміст і виступає необхідною умовою подолання несправедливих форм прояву фактичної (соціальної) нерівності². В іншому випадку (тобто при відмові врахувати суттєві відмінності) ми матимемо справу з суб'єктивізмом і свавіллям державної влади³.

Природно, що найважливішими в цьому випадку стають питання: що ж саме вважати однаковими обставинами і що саме не повинно регулюватися рівним чином? Вони зазвичай вирішуються так: наявність суттєвих загальних ознак дозволяє розглядати певні відносини як подібні, однакові, що вимагає рівного ставлення до них, а суттєві відмінності у відносинах відкривають шлях до їх різного регулювання. У той же час дрібні розбіжності не можуть бути причиною диференціації правового регулювання. Це у свою чергу зумовлює потребу в створенні еталону для порівняння, робить необхідним запровадження критеріїв, що дозволяють виокремлювати «суттєві» з правової точки зору загальні ознаки від «суттєвих» з тієї ж точки зору відмінностей⁴.

Вирішуючи таке завдання, слід брати до уваги те, що одна й та сама ознака може бути як суттєвою, так і несуттєвою — залежно від конкретних відносин, в яких вона присутня. Наприклад, ознака громадянства може бути суттєвою для сфери політичних прав і несуттєвою для прав громадянських. Тому права на участь громадян держави й іноземців у політичному житті регулюються по-різному, а їх громадянські права — однакові.

Слід погодитися з тим, що в самому принципі рівності в готовому вигляді відсутній тест, потрібний для правильного з'ясування загального і відмінного у відносинах, що порівнюються⁵. Тому закріплення ознак, які визнаються або не визнаються суттєвими для запровадження різного правового регулювання певних суспільних відносин, часто-густо відбувається в Конституції і поточному за-

¹ Див.: *Гаджиев Г. А.* Конституционные принципы рыночной экономики (развитие основ гражданского права в решениях Конституционного Суда Российской Федерации). – М., 2002. – С. 127–129.

² Див.: *Бондарь Н. С.* Вказ. праця. – С. 253.

³ Див.: *Засць А. П.* Правова держава в контексті новітнього українського досвіду. – К., 1999. – С. 55.

⁴ Див.: *Государственное право Германии.* – Т. 2. – С. 242.

⁵ Див.: Там само.

конодавстві¹. Крім того, для з'ясування змісту принципу рівності особливе значення мають рішення конституційних судів, які конкретизують загальні орієнтири розуміння принципу рівності, вироблені законодавцем, і контролюють законодавчі акти на їх відповідність конституційному принципу рівності.

Отже, сьогодні загальновизнаною є ідея, згідно з якою *в рівності можуть бути відмінності*. При цьому галузь відмінностей, що визнаються законом, має більш-менш відповідати реальному становищу в суспільстві, проте ця відповідність не може бути повною, оскільки за законодавцем залишається право намагатися тією чи іншою мірою змінити соціальну реальність на краще.

У сучасних правових системах розроблено певну кількість категорій, які складаються на підставі відмінностей між людьми, що мають соціальний, а не індивідуальний характер. Для особи, яка належить до тієї чи іншої категорії, факт належності зумовлює особливі правові наслідки порівняно з іншими особами: він визначає специфіку в характері й умовах реалізації прав і свобод, особливості закріплення обсягу відповідних прав, наявність додаткових пільг і гарантій. Ці особливості мають закріплюватись у так званих статутних законах, що регламентують правове становище окремих груп громадян².

Для України є характерними відмінності, викликані демографічними, соціальними і територіальними чинниками. Вони зумовлюють відмінності в правовому становищі таких груп, як жінки, молодь, пенсіонери, інваліди, багатодітні батьки, малозабезпечені, безробітні, державні службовці, громадяни, котрі перебувають на службі у військових формуваннях та правоохоронних органах держави, депутати, працівники, зайняті на важких і небезпечних роботах, ветерани війни, особи, які мають особливі заслуги перед Україною, особи, які перебувають у місцях позбавлення волі, особи, які проживають на території радіоактивного забруднення, в гірських районах, сільській місцевості тощо.

Проте дехто ставить до ідеї відмінностей у рівності з підозрою, припускаючи, що збільшення кількості відмінностей, подібно гангрені,

¹ Наприклад, з огляду на норми ст. 24 Конституції України рівного ставлення вимагають усі люди – незалежно від раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, мовних або інших ознак. Стаття 36 Конституції України закріплює рівні права всіх профспілок і всіх об'єднань громадян, а ст. 52 – рівність прав дітей незалежно від походження, а також від того, народжені вони у шлюбі чи поза ним. Отже, ці ознаки з погляду права не є суттєвими.

² Див.: Бондарь Н. С. Вказ. праця. – С. 282.

може роз'їсти принцип рівності. Такі хвилювання небезпідставні, оскільки часто-густо визнання відмінностей було маскою чи вектором нерівності (наприклад, як це було протягом століть у відносинах між статями)¹.

Тому принциповою для додержання вимоги рівності є *заборона дискримінації* — довільного встановлення відмінностей між особами, тобто відмінностей (розрізень, винятків, привілеїв тощо), які не мають розумного і об'єктивного виправдання. Дискримінація призводить до обмеження або унеможливлення у користуванні чи здійсненні прав і свобод усіма людьми на рівних підставах. Тому її заборона розглядається як один із шляхів забезпечення рівності всіх людей (див. преамбулу Протоколу № 12 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 2000 р.²).

Саме закріплення рівності перед законом разом із забороною дискримінації має на меті забезпечення універсального додержання принципу рівності, залишаючи одночасно належне поле розсуду органам державної влади в проведенні економічної, соціальної та іншої політики, що неминуче пов'язана із встановленням у законах певних розрізень³.

Для з'ясування сутності дискримінації принципове значення має практика Європейського Суду з прав людини та його попередника — Комісії з прав людини⁴. Ці органи в процесі розгляду справ, пов'язаних з порушенням ст. 14 «Заборона дискримінації» Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, *систематизували елементи, що утворюють дискримінацію*: [1] встановлені факти, які свідчать про різне ставлення; [2] ця відмінність у ставленні не виправдана легітимною метою, тобто відсутнє об'єктивне і розумне обґрунтування мети й результатів відповідного заходу; [3] відсутня розумна співмірність між засобами, що використовуються, і метою, яка досягається⁵.

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

¹ Див.: Рулан Н. Вказ. праця. – С. 557, 559.

² Див.: Офіц. вісник України. – 2006. – № 9. – Ст. 522.

³ Див.: Шевчук С. Судовий захист прав людини... – С. 667.

⁴ Див.: Практика Європейського Суду з прав людини у справах про дискримінацію ґрунтовно досліджена, наприклад, в таких роботах: *Заковряшина Е.* Принцип недискримінації в праві Совета Европы // Конституционное право: Восточноевропейское обозрение. – 2002. – № 2. – С. 113–134; *Шевчук С.* Судовий захист прав людини... – С. 661–686.

⁵ Див.: Eur. Commission H. R. Geillustreerde Pers N. V. v. the Netherlands, Report of 6 July 1976. DR. 1977. – No 8. – P. 5 (14–15).

1) *про наявність дійсної відмінності у ставленні за аналогічної ситуації.* Слід зазначити, що Судом не вироблено чітких загальних критеріїв для визначення того, чи є аналогічними ситуації, в яких перебувають заявник та інші особи. Це зумовлено насамперед складністю вироблення таких критеріїв. Подібна оцінка здійснюється лише для певної категорії справ¹;

2) *про виправданість відмінності у ставленні до осіб, що перебувають в аналогічних ситуаціях.* З огляду на практику Суду відмінність у ставленні повинна мати об'єктивне й розумне обґрунтування, тобто переслідувати легітимну мету. В загальному вигляді відмінність у ставленні держави зазвичай виправдовують публічним інтересом, і Суд в цілому приймає таке обґрунтування²;

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

Відповідь на ці три питання дозволяє виокремити розрізнення, які є правомірними, від тих, які є неприйнятними³, і, відтак, констатувати наявність чи відсутність дискримінації.

Цікавою в цьому аспекті є Директива Ради Європейського Союзу 2000/78/ЄС від 27 листопада 2000 р., яку було схвалено з метою боротьби

¹ Наприклад, були визнані такими, що перебувають в аналогічній ситуації: дружини і чоловіки іноземців, які постійно проживають у державі (щодо права на проживання в цій державі); працюючий чоловік і жінка (щодо оподаткування); політичні партії, котрі мають різне представництво в парламенті (щодо надання їм ефірного часу).

Водночас не перебувають в аналогічних ситуаціях: наймані робітники і підприємці; одружені і неодружені пари (щодо оподаткування); адвокати і представники інших вільних професій (щодо надання безкоштовних послуг); власники житлових і нежитлових приміщень (щодо користування своїм майном); військові і цивільні особи (щодо дисциплінарної відповідальності); члени парламенту і преса (щодо обговорення суспільно значущих питань) (докладніше про це див.: *Заковряшина Е.* Вказ. праця. – С. 117).

² Наприклад, правомірними (такими, що виправдовують різне ставлення) визнавалися такі цілі: захист здоров'я і прав дітей; заохочення зайнятості заміжніх жінок для досягнення реальної рівності статей; захист демократичних інститутів; забезпечення правової визначеності; підтримання військової дисципліни; захист внутрішнього ринку робочої сили; житлова політика влади, проведена в зв'язку з обмеженою пропозицією житла і для захисту інтересів незаможних; запобігання «профспілкової анархії»; підтримання спеціального правопорядку в межах Європейського Союзу тощо (докладніше про це див.: *Заковряшина Е.* Вказ. праця. – С. 117–118).

³ Див.: *Шевчук С.* Судовий захист прав людини ... – С. 662.

з дискримінацією за ознаками релігії або переконання, фізичних вад, віку або сексуальної орієнтації при працевлаштуванні та трудовій діяльності. Стаття 2 Директиви передбачає такі *форми забороненої дискримінації*:

– *пряма дискримінація*, яка має місце тоді, коли ставлення до особи є менш сприятливим, аніж те, яке має, мало або мало б місце щодо інших;

– *непряма дискримінація*, яка має місце тоді, якщо на перший погляд нейтральне законодавче положення, критерій або практика застосування ставить осіб, які сповідують певну релігію або переконання, осіб, які мають певну фізичну ваду чи є певного віку або певної сексуальної орієнтації, у несприятливе становище порівняно з іншими особами¹.

Досвід Європейського Суду з прав людини враховує при розгляді справ про порушення принципу рівності (зокрема, про виправданість встановлення відмінностей у ставленні), і Конституційний Суд України:

1) визнав обґрунтованими відмінності в соціальному захисті громадян, які перебувають на службі у військових формуваннях та правоохоронних органах держави, і звичайних громадян. Суд підкреслив, що перші утворюють окрему категорію громадян, які, виходячи з покладених на них функцій, потребують додаткових гарантій соціального захисту з боку держави (див. рішення від 6 липня 1999 р. за № 8-рп/99 у справі щодо права на пільги², від 20 березня 2002 р. за № 5-рп/2002 у справі щодо пільг, компенсацій і гарантій³, від 17 березня 2004 р. за № 7-рп/2004 у справі про соціальний захист військовослужбовців та працівників правоохоронних органів⁴);

2) Суд визнав можливим встановлення підвищеної недоторканності посадових осіб, констатує, що вона є гарантією більш високого рівня порівняно з недоторканністю, яка встановлюється для всіх осіб. Однак він зауважив, що як винятки із загального принципу рівності гарантії вищого рівня для посадових осіб мають за логікою визначатися виключно Конституцією (див. рішення від 23 грудня 1997 р. за № 7-зп у справі про Рахункову палату⁵). Враховуючи цю правову позицію, Суд визнав конституційність недоторканності суддів, підкресливши, що вона не є особистим привілеєм, а має публічно-правове призначення — забезпечити здійснення правосуддя неупередженим, безстороннім і справедливим

¹ Див.: Шевчук С. Принцип рівності у європейському та порівняльному конституційному праві... – С. 129.

² Див.: Офіц. вісник України. – 1999. – № 27. – Ст. 1342.

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

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

⁵ Див.: Там само. – 1998. – № 1. – Ст. 23.

судом (див. рішення від 1 грудня 2004 р. за № 19-рп/2004 у справі про незалежність суддів як складову їхнього статусу¹);

3) Суд констатував, що принцип рівності не виключає можливості законодавця при регулюванні трудових відносин встановлювати певні відмінності у правовому статусі осіб, які належать до різних за родом і умовами діяльності категорій, у тому числі вводити особливі правила, що стосуються підстав і умов заміщення окремих посад, якщо цього вимагає характер професійної діяльності. Однак мета встановлення певних відмінностей (вимог) у правовому статусі працівників повинна бути істотною, а самі відмінності (вимоги), що переслідують таку мету, мають відповідати конституційним положенням, бути об'єктивно виправданими, обґрунтованими та справедливими. Інакше встановлення обмежень на зайняття посади означало б дискримінацію (див. рішення від 7 липня 2004 р. за № 14-рп/2004 у справі про граничний вік кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу²);

4) Суд не визнав можливості створення нерівних умов щодо здійснення виборчого права для різних груп однієї категорії виборців. Так, на його думку, принцип рівності був порушений при виділенні з усієї категорії громадян, які не здатні пересуватися самостійно, лише інвалідів першої групи та надання їм переваги щодо голосування за межами виборчої дільниці. У той же час сама можливість голосування за межами приміщення для голосування для певної категорії громадян, які не здатні прибути в день голосування до виборчої дільниці, принцип рівності не порушує, оскільки ця відмінність обумовлена легітимною метою — необхідністю забезпечення реалізації виборчого права (див. рішення від 22 грудня 2004 р. за № 22-рп/2004 у справі про особливості застосування Закону України «Про вибори Президента України»³).

5) Суд визнав порушенням принципу рівності надання одній і тій же особі права бути включеною до списку кандидатів у народні депутати України для участі у виборах по багатомандатному загальнодержавному виборчому округу та одночасно бути висунутою також в одномандатному виборчому окрузі; встановлення неоднакового терміну для висування кандидатів і реєстрації списків кандидатів у народні депутати України у багатомандатному загальнодержавному виборчому окрузі і для реєстрації кандидатів у народні депутати України в одномандатних виборчих округах тощо (див. рішення від 26 лютого 1998 р. за № 1-рп/98 у справі про вибори народних депутатів України⁴).

¹ Див.: Офіц. вісник України. – 2004. – № 49. – Ст. 3220.

² Див.: Там само. – № 28. – Ч. 1. – Ст. 1909.

³ Див.: Там само. – № 52. – Ч. 1. – Ст. 3455.

⁴ Див.: Там само. – 1998. – № 23. – Ст. 850.

Заради забезпечення рівності можливостей і рівності результатів держава може вдаватися до так званої *позитивної дискримінації* (англ. — *positive discrimination*), або *політики позитивних дій* — юридичної розбіжності в підходах, котра реалізується як тимчасовий захід з метою створення сприятливих умов для певної категорії осіб на шкоду іншій категорії і в такий спосіб компенсує існуючу між ними фактичну нерівність. Позитивна дискримінація дозволяє перейти *від рівності в праві* (як вимоги юридичної недискримінації) *до рівності через право* (фактичної рівності).

Вважається, що ця політика в принципі не суперечить вимогам рівності і недискримінації. Як зазначається в преамбулі Протоколу № 12 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 2000 р., принцип недискримінації не стоїть на заваді державам-учасникам уживати заходів для сприяння повній та реальній рівності, якщо ці заходи є об'єктивно й обґрунтовано виправданими. Крім того, завжди підкреслюється, що позитивні дії мають тимчасовий характер: рівність у правах може бути порушена лише на час, потрібний для відновлення фактичної рівності. Однак позитивна дискримінація повинна а ргіогі підлягати суворому контролю з боку конституційних судів, оскільки існує небезпека її перетворення на «*дискримінацію навпаки*» (англ. — *reverse discrimination*), внаслідок якої постраждають усі, хто не належить до пільгових категорій¹.

Перші приклади позитивної дискримінації з'явилися в США в 60-ті роки ХХ ст. (програма «Affirmative Action»²) і були спрямовані на поліпшення становища чорношкірого населення й інших меншин, на створення для них рівності можливостей з іншими членами суспільства, які не відчували безпосередньо або через своїх предків дискримінаційного ставлення. Пізніше (1974 р.) Верховний суд США визнав також конституційність компенсуючих заходів на користь жінок³.

Подібна політика реалізується і в інших країнах світу, завдяки чому ця проблема вийшла за межі національних кордонів і стала об'єктом регулювання з боку міжнародного права. Прикладами міжнародно-правових документів з цього питання є Міжнародна конвенція про ліквідацію всіх форм расової дискримінації від 7 березня 1966 р., Конвенція ООН про зниження будь-якої дискримінації щодо жінок від 18 грудня 1979 р.,

¹ Див.: Рулан Н. Вказ. праця. – С. 583.

² Дослівно – позитивні дії.

³ Докладніше про політику позитивної дискримінації в США див.: Джадда К., Берри Д. М., Голдман Д., Хула К. В. Вказ. праця. – С. 494–522.

Конвенція Міжнародної організації праці за № 156 про рівне ставлення і рівні можливості для трудящих чоловіків і жінок: трудящі із сімейними обов'язками від 23 червня 1981 р.

Конкретний зміст і спрямованість позитивних дій залежать насамперед від історичної і культурної специфіки тієї чи іншої держави¹. Так, в Україні політика позитивних дій реалізується насамперед для того, аби досягти гендерної рівності. Для досягнення цієї мети було прийнято Закон України від 8 вересня 2005 р. за № 2866-IV «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків»², яким передбачено дозвіл на застосування спеціальних тимчасових заходів, спрямованих на усунення дисбалансу між можливостями жінок і чоловіків реалізовувати рівні права, надані їм Конституцією і законами України. Наприклад, для усунення дисбалансу в підприємницькій діяльності допускається заохочення підприємницької діяльності жінок, надання їм пільгових кредитів, проведення бізнес-тренінгів (ст. 19); дозволяються позитивні дії, спрямовані на досягнення збалансованого співвідношення жінок і чоловіків у різних сферах трудової діяльності (в тому числі на державній службі та службі в органах місцевого самоврядування), а також серед різних категорій працівників (ст. ст. 16, 17).

Цікаво, що рівність людей незалежно від статі, проголошена в ч. 1 ст. 24 Конституції як загальне правило, не заважає диференціації у правовому регулюванні конкретних суспільних відносин на підставі належності особи до певної статі. Ця диференціація проводиться з розумним урахуванням об'єктивних відмінностей між статями і тому не вважається дискримінацією за ознакою статі. Наприклад, згідно з ст. 24 Конституції України правомірними визнаються спеціальні заходи щодо охорони праці і здоров'я жінок, пенсійні та інші пільги, створення умов, які надають жінкам можливість поєднувати працю з материнством. Ці заходи конкретизуються в поточному законодавстві, зокрема в Законі України «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків», який допускає спеціальний захист жінок під час вагітності, пологів та грудного вигодовування дитини, обов'язкову строкову військову службу для чоловіків, різницю в пенсійному віці для жінок і чоловіків, особливі вимоги щодо охорони праці жінок і чоловіків, пов'язані з охороною їх репродуктивного здоров'я. Такі заходи слід відрізнити від позитивних

¹ Невипадково, що найширша система позитивної дискримінації у світі існує в Індії, де вона намагається усунути наслідки багатокласового поділу суспільства на касту і тому охоплює всі аспекти життя (див.: Короткий оксфордський політичний словник. – С. 512).

² Див.: Офіц. вісник України. – 2005. – № 40. – Ст. 2536.

дій. Перші мають постійний характер і спрямовані на закріплення різних прав і обов'язків з огляду на суттєві об'єктивні відмінності між жінками і чоловіками, в той час як позитивні дії є тимчасовими і запроваджуються заради усунення дисбалансу між можливостями жінок і чоловіків.

Надійшла до редколегії 24. 07. 06

С. Шевчук, професор Міжнародного
Соломонового Університету (м. Київ)

Концепція самообмеження суду: доктрина «політичного питання», «політичної доцільності» та «поля розсуду держави»

Роль судів у сучасних демократіях є дуже важливою. Особливо це стосується конституційних та верховних судів, які розглядають питання, що мають величезне політичне значення. У процесі здійснення судочинства дуже важливо не переступити межу й, таким чином, не втрутитись у політичний процес. При цьому слід врахувати думку екс-голови Конституційного суду ФРН Ю. Лімбах, що для конституційних судів практично кожен розглядуване ними питання є політичним¹.

Для запобігання цим явищам у країнах західних демократій існує концепція «самообмеження суду» (наприклад, у ФРН) або її еквіваленти: доктрина «поля розсуду держави» (*margin of appreciation*), що використовується у діяльності Європейського Суду з прав людини, та доктрина «політичного питання», що сформульована Верховним судом США.

Зміст доктрини «політичного питання» полягає у тому, що суди не можуть вирішувати справи, в яких порушуються політичні питання, оскільки вони повинні вирішуватися політичними гілками влади (законодавчою та виконавчою). Наявність цієї доктрини підкреслює самообмеження суддів, які при здійсненні правосуддя не втручаються у політичну сферу, оскільки вони не обираються народом та не несуть відповідальності за свою діяльність перед виборцями. Доктрина «полі-

¹ Див.: Лімбах Ю. Федеральний Конституційний Суд як політичний фактор влади / (Пер. Німецького фонду міжнародного співробітництва). – Humboldt forum recht. – К., 1996. – С. 6.

тичного питання» виникла внаслідок необхідності встановлення правових стандартів відокремлення права від політики. У своїх рішеннях Верховний суд США визначив, що політичні питання можуть виникати у таких ситуаціях: 1) коли у тексті Конституції містяться повноваження щодо вирішення певних питань іншими гілками влади, крім судової; 2) коли для судів не існує чітко визначених правових стандартів для вирішення спору; 3) коли існуюча проблема повинна бути вирішеною політичним шляхом; 4) коли суди у своїх рішеннях втручаються у сферу компетенції інших державних органів й тим самим виказують до них неповагу; 5) коли існує необхідність додержання рішення, що прийняте іншим державним органом; 6) коли судове рішення може призвести до конфлікту між гілками влади¹.

У конституційному праві Японії вважається, що суди не можуть займатися правотворчістю та втручатися у діяльність уряду у таких важливих сферах життєдіяльності держави, як міжнародні відносини, національна безпека та поточна діяльність урядових структур². Суди Індії, якщо у процесі здійснення правосуддя виникають питання, котрі стосуються діяльності законодавчої та виконавчої гілок влади, перевіряють відповідність лише цілей цієї діяльності конституції, але не вдаються до докладного аналізу засобів і методів досягнення цих цілей³.

Голова Конституційного суду ФРН В. Зейдлер звертає увагу на те, що рішення Суду є остаточними, тому важлива роль тут належатиме доктрині самообмеження конституційного судді. Але покликання Конституційного суду як раз й полягає у захисті конституційних цінностей, й це може викликати необхідність втручання у сферу діяльності інших гілок влади, якщо ці цінності ними порушуються. Тобто, ця необхідність вимагає дещо більшого, аніж самообмеження суду. З іншого боку, це не є завданням суду формулювати політику замість законодавця та заміщати його рішення власними⁴.

Суддя Конституційного суду Російської Федерації Н. Вітрук зазначає з цього приводу: «Конституційний суд займається політикою, але лише у тому сенсі, що своїми рішеннями він проводить політику, яка вира-

¹ Див.: *Baker v. Carr*, 369 U. S. 186 (1962).

² Див.: *Kamata S. Adjudication and the Governing Process: Political Questions and Legislative Discretion.* – Law and Contemporary Affairs. – 1990 – № 52 – P. 82.

³ Див.: *Beatty D. Law and Politics//American Journal of Comparative Law.* – 1996. – № 44. – P. 134.

⁴ Див.: *Zeidler W. The Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany: decisions on the constitutionality of legal norms // Notre Dame Law Review.* – 1987. – N 62. – P. 522–523.

жається у конституції та законі про конституційний суд. Але не можна не враховувати, що конституційний суд, наприклад, має право тлумачити конституцію, що відкриває можливість правового вибору з урахуванням цілої низки чинників політичного, соціально-економічного та іншого порядку. Іншими словами, політика проникає у тканину тлумачення конституції, що надається конституційним судом»¹.

Застосовуючи зазначену доктрину, суди додержуються конституційного принципу поділу влади, надаючи її законодавчій та виконавчій гілкам певну свободу дій. Як тільки суд доходить висновку, що питання має політичний характер, це означає, що воно повинно бути вирішено іншими гілками влади. Як правило, політичним вважається питання, якщо воно є політично доцільним або ж відсутні певні нормативні стандарти його розгляду.

Вперше доктрина «політичного питання» була застосована Верховним судом США у 1849 р., коли повстанці — мешканці острова Роуд — звернулися до суду з проханням надати роз'яснення, котра з конфліктуючих сторін представляє республіканський уряд. Однак Суд визнав це питання політичним через «відсутність критерію, за яким суд міг би визначити, яка форма уряду є республіканською»².

В цілому Верховний суд США застосовує доктрину «політичного питання», аби запобігти прийняттю суперечливих рішень, які посилюють спори між Конгресом і Президентом США. Так, у 1967 р. він відмовився на підставі цієї доктрини розглядати справу про конституційність повноважень Конгресу США на проголошення війни у В'єтнамі³.

Слід мати на увазі, що майже кожне питання щодо застосування конституційних норм є по суті політичним питанням, бо воно стосується суспільно-політичного ладу, гарантованого Конституцією. Треба також зважити на особливість американської правової системи, яка була досліджена ще А. Токвілем, котрий розумів величезну політичну владу американських суддів, яку він вважав найбільш важливою політичною владою у США: підстави для наявності такої величезної влади «полягають в одному факті: американці дали своїм суддям повноваження засновувати свої рішення більше на Конституції, аніж на інших законах. Іншими словами, вони дозволили їм не застосовувати ті закони, які вони вважали неконституційними»⁴. Тому у США «дуже важко знайти політичне питання, яке раніше

¹ *Витрук Н. В.* Конституционное правосудие. Судебное конституционное право и процесс: Учеб. пособ. для вузов. – М., 1998. – С. 67.

² *Luther v. Borden* 7 How. 1 (1849).

³ Див.: *Mora v. McNamara* 389 US 934 (1967).

⁴ Див.: *Tocqueville A.* Democracy in America. – L., 1968. – P. 122.

або пізніше б не стало предметом розгляду в суді»¹. Найбільш відомим з цього приводу є категоричне твердження судді Д. Маршала у рішенні по справі Марбурі проти Медісона про те, що «покликання та обов'язок суддів казати, що є правом»². Отже, можна зробити висновок про те, що рішення Верховного суду США щодо застосування Конституції США справили величезний політичний та суспільний вплив.

Д. Маршал також запропонував ключові умови визначення політичного питання: «Предмети (розгляду. — *С. Ш.*) є політичними. Вони стосуються нації, а не індивідуальних прав...»³ Вони включають ті сфери, на які конституція покладає здійснення політичної діяльності: «Єдине призначення суду — вирішувати питання щодо прав індивідів, а не цікавитися, як виконавчі органи влади, їх посадові особи виконують посадові обов'язки, закріплені за ними»⁴. Професори В. Делінджер та Д. Пауел підсумували твердження Д. Маршала, в яких він формулює визначення політичного питання, та дійшли висновку про те, що до нього належить судження про те, у чому полягають національні інтереси та інтереси у захисті національної безпеки як протилежність питанням, що включають індивідуальні права⁵.

Деякі американські конституціоналісти, зокрема Л. Генкін, заперечують існування зазначеної доктрини, оскільки наука так й не визначила чітких критеріїв та обставин, за яких вона застосовується. Вони також підкреслюють значну політичну роль та вплив Верховного суду США при прийнятті будь-яких рішень щодо застосування Конституції. Крім того, зазначені вчені вважають, що «творче», або розширене, судове тлумачення Конституції США, що призводить до судової правотворчості, є символом заперечення цієї доктрини⁶.

В Україні тривалий час переважала офіційна думка, згідно з якою право завжди підпорядковується політиці, оскільки воно завжди розглядалось як інструмент оформлення і впровадження політики партії та покарання політичних опонентів. Ціннісний підхід до права повністю заперечувався, теж саме, як здатність права не тільки обмежити державну владу, а й захистити людину від свавілля державної влади, повністю

¹ Ibid., p. 184.

² 5 U. S. (1 Cranch) 137, 177 (1803).

³ *Tocqueville A.*, at 166.

⁴ Ibid., at 170.

⁵ Див.: *Dellinger W., Powell J. Marshall's: Questions, 2 Green Bag 2d 367, 372–74 (1999).*

Цит. за *Barkow R.* More supreme than court? The fall of the Political Question Doctrine and rise of judicial supremacy // *Columbia Law Review.* – 2002. – № 102. – P. 250.

⁶ Див.: *Henkin L.* Is there a political question doctrine? // *Yale Law Journal.* – 1976. – № 85. – P. 596.

заперечувався. У цьому якраз й полягав догмат марксистсько-ленінського вчення, про що писав автор марксистсько-ленінської теорії права Є. Пашуканіс: «Ми за те, щоб у праві перше місце посідала політика, аби політика переважала над правом, оскільки вона веде вперед»¹.

Про результат повного політичного впливу на радянську правоохоронну систему нагадує С. Алексєєв: «У 30-х і наступних роках юридичні органи багато в чому втратили свою правоохоронну природу, набули, здебільшого, карально-обвинувачувальної орієнтації. Тією чи іншою мірою це охопило не тільки слідчий і безпосередньо каральний апарат, а й органи прокуратури, суду, що потрапили у залежне, насамперед від партійного апарату, становище... не намагалися по-справжньому застосувати закон, ігнорували його сутність і гуманні норми, діяли за вказівками»².

За останні десятиліття радянської влади, на думку М. Козюбри, в теоретичній юриспруденції нерідко лунали слушні думки про те, що політика має перебувати та розвиватися у правовому руслі, здійснюватись правовими засобами, тобто бути правовою, що право, закони повинні вводити владу в жорсткі межі, створюючи правове поле для реалізації публічної політики держави, а правосуддя — відповідати своєму етимологічному змісту — бути «судом правим», а не знаряддям політики. Практичної реалізації ці думки майже не мали³.

Тільки зараз ситуація змінилась на краще, особливо після прийняття та реалізації Конституції України. Конституційний Суд України також почав формулювати основи доктрини «політичного питання» у рішенні по справі про вибори народних депутатів України від 26 лютого 1998 р. за № 1-рп/98 у п. 5 мотивувальній частині Рішення Суд окремо зазначив, що питання чотирьохвідсоткового бар'єру, який мають подолати політичні партії та виборчі блоки для одержання мандатів по загальному багатомандатному виборчому округу, «є питанням політичної доцільності, і воно має вирішуватися Верховною Радою України»⁴.

¹ Див.: Пашуканіс Є. Б. Положение на политическом правовом фронте // Сов. государство и революция права. – 1930. – № 11. – С. 48. (цит. за: Козюбра М. І. Право, політика, правосуддя: зарубіжний та вітчизняний досвід взаємовідносин // Наукові записки Національного Університету «Києво-Могилянська Академія». – 2005. – Т. 38. – Сер. Юрид. науки. – С. 3.

² Алексєєв С. С. Теория права. – М., 1994. – С. 211.

³ Див.: Козюбра М. І. Право, політика, правосуддя: зарубіжний та вітчизняний досвід взаємовідносин // Наукові записки Національного Університету «Києво-Могилянська Академія». – 2005. – Т. 38. – Сер. Юрид. науки. – С. 3.

⁴ Конституційний Суд України: Рішення. Висновки. 1997–2001 / Відп. ред. канд. юрид. наук П. Б. Євграфов. – К., 2001. – С. 128.

Конституційний Суд розвинув цю доктрину в ухвалі про припинення конституційного провадження щодо визнання неконституційними актів парламенту, прийнятих у приміщенні «Українського дому» 21 січня та 1 лютого 2000 р. (ухвала № 2-уп від 27. 06. 2000 р.). Суд визнав ці акти непідвідомчими для розгляду, оскільки це питання «має регламентне, процедурне, політико-моральне значення, а рішення, що прийняті в “Українському домі”, є, по суті, елементом політичного процесу». Тому Суд не перевіряє акти на предмет їх адекватності «суспільно-політичним реаліям та груповим і особистим інтересам народних депутатів України». З цього Суд робить висновок про те, що він не наділений повноваженнями вирішувати цю справу по суті, оскільки не має права втручатися у політичні та внутрішньоорганізаційні питання діяльності Верховної Ради України, вдосконалювати чинні нормативно-правові акти, заповнюючи наявні в них прогалини (п. 7 Ухвали).

П. Мартиненко дає таку характеристику цієї доктрини, що створена та розвинута Судом: «Конституційний Суд України, стежачи за дотриманням законодавцем конституційно визначених масштабів його дій, допускає й певні самообмеження своїх контрольних повноважень щодо таких дій, взявши на озброєння з лютого 1998 року доктрину „політичної доцільності”. Її суть можна викласти таким чином: не підлягають опротестуванню (а отже, і контролю) на відповідність Конституції України такі дії законодавця, які за визначенням Конституційного Суду України належать до питань „політичної доцільності” і мають вирішуватись законодавцем цілком самостійно»¹.

При аналізі цих позицій Конституційного Суду України можна дійти висновку про те, що зміст доктрини «політичного питання» («політичної доцільності») складається з таких елементів: 1) суд не втручається у політичний процес, тобто процес вироблення політики у Верховній Раді України; 2) він не розглядає внутрішньоорганізаційні питання діяльності Верховної Ради України, у тому числі відповідності будь-яких її актів Регламенту Верховної Ради України, не з'ясовує наявності правопорушень з боку народних депутатів України²; 3) не розглядає результати політичного процесу, якщо вони стосуються суто політичного вибору (наприклад, ставки податків або виборчий бар'єр); 4) суд не заповнює прогалини у чинних нормативно-правових актах.

¹ *Мартиненко П.* Конституційний Суд України: підсумки двох років діяльності// Політичний календар: Інформ.-аналіт. огляд. – 1999. – № 4. – С. 16.

² Див.: Ухвала Конституційного суду України від 13 липня 2000 р. за № 52-у про відмову у відкритті конституційного провадження у справі за конституційним поданням 74 народних депутатів України про визнання постанови Верховної Ради України «Про відсторонення від ведення пленарних засідань 20 та 21 січня 2000 року Голови Верховної Ради України О. М. Ткаченка та першого заступника Голови Верховної Ради України А. І. Мартинюка» від 21 січня 2001 року неконституційною.

Слід також мати на увазі, що не тільки рішення Конституційного Суду, а й судів загальної юрисдикції набувають політичного забарвлення. Насамперед, на думку М. Козюбри, це стосується справ, що становлять предмет адміністративної юстиції. Особливо політизованими серед них виявляються справи щодо заборони діяльності об'єднань громадян, додержання виборчого законодавства тощо. Рішення судів у справах такого роду набувають політичного значення oprіч волі їх авторів, помітно впливаючи на політичний процес навіть в умовах його більш-менш спокійного розвитку¹.

Еквівалентом доктрини «політичного питання» у німецькому конституційному праві є доктрина «самообмеження суду», яку також неможливо чітко визначити. Як вважає німецький конституціоналіст Е. Бенда, конституційний суд не може обмежувати свої повноваження та функції, а повинен виконувати свої завдання. З іншого боку, він не може їх розширювати, враховуючи принцип поділу влади². На думку німецьких науковців, принцип поділу влади також забороняє суддям здійснювати тлумачення конституції, яке необмежене певними стандартами та нормами. Другий Сенат Конституційного Суду ФРН зробив спробу дати визначення доктрини «самообмеження суду». Він вважає, що принцип «розумного самообмеження» не є обмеженням компетенції Суду або скороченням його повноважень, а означає його відмову від «здійснення політики» та «спрямований на те, щоб тримати відкритим гарантоване Конституцією для інших конституційних органів поле вільної політичної організації»³.

У рішенні по справі *Калкар I*, що виникла внаслідок розгляду скарги громадянина, в якій він висловив протест проти побудови атомної станції, Конституційний Суд ФРН відмовився від розгляду питання про конституційність окремих положень Закону ФРН «Про атом». Сутність спору полягала в тому, наскільки повно законодавець урегулював процедуру одержання дозволу на будівництво атомних станцій та визначив межі припустимого ризику від їх діяльності. При цьому він зазначив, що це відноситься в першу чергу до політичної відповідальності законодавця та уряду приймати рішення, які вони вважають за доцільні. При такому стані речей не є завданням суддів заступати політичні органи та надавати таку оцінку, оскільки у цьому випадку не вистачає правових критеріїв⁴.

¹ Див.: *Козюбра М.* Вказ. праця. – С. 5.

² Див.: *Benda E.* Constitutional Jurisdiction in West Germany// *Columbia Journal of Transnational Law.* – 1981. – № 19. – Р. 11.

³ *Kalkar I Case 49 BverfGE 89(1978)* (цит. за: *Kommers D.* *The Constitutional Jurisprudence of The Federal Republic of Germany (Second Edition).* – Duke Univ. Press, 1997. – Р. 139–144.

⁴ Див.: *Kalkar I case 49 BverfGE 89 (1978).*

Доктрина «поля розсуду держави», що використовується Європейським Судом з прав людини для обґрунтування відмови у розгляді деяких питань по суті, нагадує також доктрину «політичного питання», але вже в аспекті діяльності міжнародних юрисдикційних органів. Вона полягає у тому, що державі, яка ратифікувала Конвенцію про захист прав людини та основних свобод 1950 р., належить певний рівень дискреції (вільного розсуду) щодо реалізації права, яке гарантовано Конвенцією, законодавчою, виконавчою та судовою гілками влади. Певною мірою держава перебуває у кращій ситуації, ніж Європейський Суд з прав людини щодо регулювання питань реалізації цих прав та свобод. Цей термін походить з французької мови («marge d'appréciation»), який позначає рівень дискреції, котрий суди можуть виправдати у діяльності органів виконавчої влади¹.

Європейський Суд використовує доктрину «поля розсуду держави» при тлумаченні деяких положень Конвенції, яка застосовується при визначенні обсягу дискреційних повноважень, котрі Суд надає національним органам влади, аби виконати свої конвенційні зобов'язання². Ця доктрина також визначається як «простір для маневру»³, «сфера дихання»⁴ або як «доктрина самообмеження»⁵, «розподільча лінія, на якій міжнародний наглядовий орган дозволяє вільний вибір Державі-члену у прийнятті та виконанні законів»⁶. Ця доктрина не закріплена прямо у тексті Конвенції, навіть у документах, у яких відображений процес її обговорення та прийняття («підготовчі матеріали»)⁷, її «відкрив» Суд у процесі творчого тлумачення Конвенції.

¹ Див.: *Macdonald R.* The Margin of Appreciation in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights/ International Law at the Time of Its Codification (A. Giuffrè ed., 1987). – P. 187.

² Див.: *Brauch J.* The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law//Columbia Law Review. – Winter 2004/2005. – № 11. – P. 115.

³ Див.: *Greer S.* The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion Under the European Convention on Human Rights (Council of Eur., Human Rights Files No. 17, 2000). – P. 5.

⁴ Див.: *Yourow H.* The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence// Connecticut Journal of International Law. – 1987. – № 3. – P. 118.

⁵ Див.: *O'Donnell T.* The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights//Human Rights Quarterly. – Fall 1982. – № 4. – P. 477.

⁶ Див.: *Yourow H.* The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence (1996). – P. 13.

⁷ Див.: *Greer S.* – P. 5.

Вперше це сталося у 1958 р. при вирішенні справи *Греція проти Сполученого Королівства*¹, яка стосувалась претензій Греції щодо того, як Велика Британія управляє островом Кіпр. Велика Британія побудувала свій захист на ст. 15 Конвенції, яка дозволяє відступ від зобов'язань по Конвенції у разі надзвичайних ситуацій. Коли заява розглядалась у Комісії, вона у своєму звіті зазначила таке: «Уряд має бути спроможним здійснювати певний рівень дискреції при оцінці межі вирішення ситуації, що вимагатиме крайня необхідність»².

Доктрина «поля розсуду держави» одержала подальший розвиток у справі *Гендісайд проти Сполученого Королівства*, яка стосувалася припустимості кримінального покарання за написання та поширення довідника непристойного змісту у співвідношенні з ч. 2 ст. 10 Конвенції, яка допускає такого роду обмеження свободи вираження поглядів, якщо це необхідно для захисту моралі. У мотивувальній частині рішення по справі Суд окремо зазначив: «З причини їх прямого та тривалого контакту з життєвими силами в їх країнах, державні органи знаходяться, в принципі, у кращій ситуації, ніж міжнародний суддя, для формування судження щодо точного змісту цих вимог (моралі) так само, як й щодо “необхідності” “обмеження” або “покарання” для їх задоволення. Разом з цим, Стаття 10(2) (Конвенції. — С. Ш.) не надає державам необмежені повноваження щодо їх розсуду. Суд, який є відповідальним по здійсненню нагляду за зусиллями держави, разом з Комісією уповноважений прийняти остаточне рішення щодо того, чи “обмеження” або “покарання” знаходяться у гармонії зі свободою вираження поглядів, яка захищається Статтею 10. Внутрішнє “поле розсуду держави” знаходиться у тісному зв'язку з європейським наглядом»³.

Доктрина «поля розсуду держави» застосовується Судом у різних ситуаціях по-різному, тобто не можна виявити чіткі стандарти або критерії її застосування. Крім того, вона виправдовує наявність певного рівня судової дискреції. В ній відображено субсидіарну роль Конвенції у питаннях захисту прав і свобод, зміщено акцент на відповідну державну діяльність щодо їх захисту, оскільки державні органи перебувають у кращій ситуації. При цьому слід також брати до уваги міжнародні зобов'язання держав, що ратифікували Конвенцію, щодо забезпечення належного рівня захисту прав людини.

¹ Див.: *Greece v. United Kingdom*, 1958-1959 Y. B. Eur. Conv. on H. R. (Eur. Comm'n on H. R.). – P. 174.

² Див.: *Ibid.* – P. 176.

³ Див.: *Handyside v. U. K.* 1 E. H. R. R. 737 (1976). – Para 48–49.

Ю. Шайні відокремлює два важливі елементи цієї доктрини: 1) повагу з боку суддів. Міжнародні суди мають поважати національні органи влади та їх діяльність стосовно імплементації міжнародних зобов'язань, що здійснюється з певним ступенем дискреції. Тому вони не повинні підмінити ці органи влади та утримуватись там, де можливо, від перегляду їх рішень, виявляючи при цьому прагнення до самообмеження; 2) нормативну гнучкість. Норми міжнародного права, застосування яких регулює ця доктрина, є оціночними або нечіткими, мінімально регулюють поведінку суб'єктів права та залишають значну «сферу законності», в якій держави є вільні для прийняття рішень¹.

Основними чинниками, що лежать в основі створення та застосування доктрини «поля розсуду держави», є: 1) ідея легітимності національних парламентів та урядів, які у першу чергу повинні вирішувати питання захисту прав людини, а не міжнародний юрисдикційний орган; 2) високий рівень експертизи для оцінювання та належного розв'язання проблем державними органами, перевага національних інституцій у вирішенні складних або специфічних питань, які знаходяться у кращій ситуації, ніж Європейський Суд; 3) рішення Європейського Суду з прав людини по конкретній справі може порушити баланс конкуруючих інтересів, що склався у країні; 4) визнання культурної, етнічної та іншої різниці між країнами-членами Ради Європи; 5) залежність рівня європейського консенсусу щодо змісту питань, які розглядаються, чим більше цей рівень, тим більша ймовірність того, що ці питання будуть розглянуті Європейським Судом, а не передані на розгляд національним органам влади; 6) який результат передбачається при балансуванні змісту національного інтересу з природою індивідуального права (наприклад, інтерес держави у захисті національної безпеки має бути збалансований із захистом права на повагу до приватного життя², й залежно від такого балансування може бути визнано можливість застосування цієї доктрини до дій держави, але при цьому слід мати на увазі, що держава-відповідач не може посилається на цю доктрину та виправдовувати перевагу інтересу національної безпеки, якщо при цьому порушуються найбільш фундаментальні права, як, наприклад, у випадку заборони катувань згідно з ст. 3 Конвенції³).

Застосування цієї доктрини визнається й у діяльності інших міжнародних юрисдикційних органів, зокрема Європейського Суду

¹ Див.: *Shany Y. Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?* // *European Journal of International Law*. – 2005. – N. 116. – P. 909.

² Див.: *Leander v Sweden*, 9 EHRR (1987) 433. – Para. 59.

³ Див.: *Chahal v UK*, 23 EHRR (1997) 413, at 457.

Справедливості. Наприклад, у рішенні по справі *Лейфер* він визнав, що Держава-член ЄС має дискрецію у встановленні винятків для законодавства Співтовариства з питань безпеки, яке у цілому забороняє запровадження односторонніх санкцій щодо третіх держав¹: «Залежно від обставин, компетентні органи національної влади мають певну ступінь дискреції у запровадженні заходів, які вони вважають за потрібне для того, аби гарантувати громадську безпеку у Державі-члені у значенні, зазначеному вище»².

Про наявність дискреційних повноважень у Держави-члена ЄС Суд звернув увагу в рішенні по справі *Сердар*, що стосувалась застосування європейського гендерного законодавства, які регламентують службу у військових підрозділах: «Компетентні органи влади мають право надати винятки щодо цього питання у світлі суспільного розвитку та без порушення принципу пропорційності, та дійти висновку, що спеціальні умови для розгортання штурмових підрозділів, з яких складаються Королівська морська піхота... виправдовують їх укомплектування лише чоловіками»³. Доктрина «поля розсуду держави» визнана Європейським Судом й у низці інших справ, що становлять його прецедентну практику⁴.

Дослідники нараховують три види норм, на підставі яких ґрунтується доктрина поля розсуду держави у міжнародному праві: 1) норми-стандарти; 2) дискреційні норми; 3) норми, що орієнтуються на результат⁵.

1. Норми-стандарти існують у будь-якій правовій системі та у міжнародному праві, й основна відмінність від звичайних норм полягає у тому, що вони мають «оціночний характер», тобто містять такі поняття, як «розумний», «пропорційний», «необхідний», «добросовісний» та ін., стандарт застосування яких має бути сформульований судовою владою у процесі вирішення конкретної справи⁶. Вони приймаються законодавцем у разі

¹ Case C-83/94, Germany v Leifer [1995] ECR I-3231.

² Leifer, at 3250.

³ Див.: Case C-273/97, Sirdar v Army Bd [1999] ECR 7403. – Para. 27.

⁴ Див.: Case C-368/95, Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH v Heinrich Bauer Verlag [1997] ECR I-3689, at 3716; Case C-260/89, Elliniki Radiophonia Tileorassi AE (ERT) v Dimotiki Etairia Pliroforissis (DEP) [1991] ECR I-2925, at 2960; Case C-186/01, Dory v Bundesrepublik Deutschland [2003] ECR I-2479, at para. 36; Case C-285/98, Kreil v Bundesrepublik Deutschland [2000] ECR I-69, at 105; Case 131/79, R v Secretary of State for Home Affairs, ex parte Santillo [1980] ECR 1585, at 1600–1611; Case 34/79, R v Henn [1979] ECR 3795, at 3818–3814.

⁵ Див.: *Shany Y.* – P. 914–917.

⁶ Див.: *Kaplow R.* Rules Versus Standards: An Economic Analysis// Duke Law Journal. – 1992. – № 42. – P. 568–570; *Sullivan S.* The Justices of Rules and Standards// 106 Harvard Law Review. – 1992. – № 22. – P. 57–59.

його неспроможності повністю передбачити наслідки реалізації законів, у тому числі й прогнозувати правовідносини у майбутньому. Тобто, норми-стандарти є своєрідними посередниками між правом і реаліями життя та надають необхідну гнучкість праву. У деяких випадках такі норми приймаються як наслідок певного політичного вибору¹ (наприклад, бажанням уникнути відповідальності або зробити політику більш гнучкою, особливо міжнародну політику, коли міжнародні договори дуже важко змінити). Такі норми порушують принцип правової визначеності, оскільки їх застосування та зміст, який визначається судами шляхом здійснення правотворчості, залежатиме від конкретних обставин при правозастосуванні.

2. Дискреційні норми визначають умови їх застосування при реалізації дискреційних повноважень відповідними державами та надають можливість вибору при цій реалізації. Так, Конвенція ООН «Про право морів» уповноважує прибережні держави, на їх вибір, задовольняти або відмовляти у проведенні морських дослідницьких проектів у їх виключній національній економічній зоні², або дипломатичне право уповноважує держави чи відхиляти без пояснень вірчі грамоти іноземного дипломата або оголошувати його персоною *non grata*³.

3. Норми, що орієнтуються на результат, уповноважують держави здійснювати широкі дискреційні повноваження з метою досягнення результату, який вони передбачають, але засоби його досягнення та порядок їх імплементації покладаються на вільний розсуд держави. Найбільш типовим прикладом акта, який містить такі норми, є директиви ЄС. Деякі положення міжнародних договорів у сфері екологічного права встановлюють максимальні квоти щодо викидів різноманітних шкідливих речовин та матеріалів, але передбачають, що відповідна держава сама визначає, в який спосіб досягти необхідної мети⁴. У таких випадках реалізації норм, що орієнтуються на результат, йдеться про «імплементаційну дискрецію» держави, тобто надання їй певного поля розсуду щодо досягнення результату, який передбачається цими нормами.

Підставами для запровадження доктрини «політичного питання» та «поля розсуду держави» можуть бути не тільки міркування політичної

¹ Див.: *Kennedy D. Form and Substance in Private Law Adjudication*//Harvard Law Review. – 1976. – № 89. – P. 1702–1706.

² Див.: UN Convention on the Law of the Sea, December 10, 1982, U. N. A/CONF. 62/122, 21 ILM 1261, Art. 246(5).

³ Див.: Vienna Convention on Diplomatic Relations, April 18, 1961, 23 U. S. T. 3227, T. I. A. S. No. 7502, 500 U. N. T. S. 95, Art. 9.

⁴ Див.: Kyoto Protocol to the Framework Convention on Climate Change, 10 Dec. 1997, 37 ILM (1998) 22, Art. 3(1).

доцільності та більш кращої спроможності національних органів держави у вирішенні суперечливих питань, а й пряме нормативне уповноваження на таку передачу «інституційної відповідальності» за здійснення правосуддя від міжнародних юрисдикційних органів національним органам. І якщо у разі здійснення правосуддя в межах національних юрисдикцій про це не можна вести мову (немає, на кого перекладати відповідальність), оскільки суди повинні здійснювати правосуддя, а не відмовляти у ньому на підставі неоднозначності норм або наявності прогалин у законодавстві, то на міжнародному рівні це трапляється часто.

Надійшла до редколегії 10. 07. 06

ПИТАННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА

М. Цвік, академік АПрН України,
Н. Жук, кандидат юридичних наук

Динаміка президентської влади в Україні

В юридичній літературі визнається, що загальні процеси демократизації державного і суспільного життя в сучасну епоху знаходять свій вираз поряд з іншими чинниками у створенні більш демократичних форм управління. При цьому у порівнянні парламентської і президентської форм правління превалює погляд, що парламентська система більш сприяє стабільній демократії, ніж президентська¹.

Ці процеси мають суттєві відмінності у різних країнах. Наочною ілюстрацією цього є становище, що склалося в Європі після Другої світової війни і розпаду СРСР. Країни, що були тоталітарними відносно нетривалий час, (Німеччина, Австрія, Італія, Іспанія, Угорщина, Чехословаччина), достатньо швидко повернулися до старих парламентських і президентських демократичних форм. В країнах, що входили до складу колишнього СРСР, навпаки, розвиток демократичних процесів відбувався і продовжує відбуватися протягом тривалого часу. Під впливом інерції орієнтації на одноособисту, часто — авторитарну владу, що історично склалася, сформувалася відповідна ментальність. Це позначилось і на формуванні форми правління, зокрема президентської влади, яка найбільш відображала ідею її концентрації.

У більшості пострадянських країн орієнтація була взята на проведення першості влади президента. Цьому неабиякою мірою сприяв при розробленні відповідного законодавства досвід французької політичної форми, що була встановлена де Голлем задля посилення позицій особистої президентської влади. В Україні надання пріоритету президентській владі було пов'язано також з історичними традиціями Гетьманату, влади російського імператора, генсека тощо, які високою мірою характеризувалися концентрацією влади. Відчувався й вплив першого в історії

¹ Див.: *Хуан Х. Лінь*. Президентська система і парламентаризм. Демократія (антологія). – К., 2005. – С. 203; *Скот Майверінг*. Президентська система, багатопартійні системи і демократія: складне рівняння. – Там само. – С. 357 та ін.

Україні прецеденту президентства М. Грушевського у 1918 р. Наявність цих традицій і відповідних проблем демократичної перебудови призвели до суперечливого розвитку державності на пострадянському просторі, в тому числі в Україні. Тут формуються так звані змішані, або «гібридні»¹, форми правління. Розвиток парламентських форм сполучається з перевагою президентських засад.

В історії незалежної України статус президента багаторазово змінювався. Успадковану від СРСР малозмістовну характеристику Президента, як «глави держави і вищої службової особи»², було уточнено в 1992 р. у поправці до Конституції УРСР 1978 р., де він характеризується, як «глава держави і глава виконавчої влади» (ст. 114¹). Таке формулювання формально надавало Україні статусу президентської республіки. Поширення повноважень президентської влади на виконавчу діяльність виправдовувалося характерними для перехідного періоду умовами об'єктивної необхідності підвищення концентрації й централізації влади, збереження певного рівня її авторитаризму задля підтримання належної організованості і дисципліни в умовах становлення незалежної Української держави.

Ця ж формула, викликана тими ж умовами, збереглася й у Конституційному Договорі 1995 р. між Верховною Радою України і Президентом України (ст. 19). Цей Договір відображає тенденцію подальшого розширення повноважень Президента і навіть фіксує його право видавати укази з питань економічної реформи, не врегульованих чинним законодавством України, які діють до прийняття відповідного закону (ч. 2 ст. 25). В світлі цих положень Договору державна форма правління в Україні максимально наблизилася до президентської форми.

Подальша еволюція президентства в Україні відзначається певним звуженням реального здійснення Президентом виконавчих повноважень, хоча в цілому і в цей період мало місце «домінування прав і інтересів інституту президентства»³. З прийняттям Конституції 1996 р. президентсько-парламентська форма правління стала закономірним і суттєвим кроком на шляху подальшої демократизації державного управління в Україні. Разом з тим вона законсервувала на деякий час надмірні президентські повноваження у виконавчій сфері. Домінування Президента в

¹ Див.: Чиркин В. Е. Основы сравнительного правоведения. – М., 1999. – С. 131.

² Закон Української РСР від 5 липня 1991 р. «Про заснування поста Президента Української РСР і внесення змін і доповнень до Конституції (Основного Закону) Української РСР» // Відомості Верховної Ради Української РСР. – 1991. – № 33. – Ст. 445.

³ Мороз О. Закласти основи взаємодії між гілками влади // Голос України. – 2006. – 6 вер.

системі влади стало основою її організації й функціонування. Президент виконував керівну роль у визначенні структури і напрямів урядової діяльності; реформуванні органів виконавчої влади; скасуванні урядових актів та ін. Залишення за главою держави широких повноважень щодо виконавчої влади певною мірою сприяло збереженню авторитарних тенденцій.

Здійснюючи свої функції, Президент водночас формально перебував поза гілками влади. Проблеми, що звідси виникають, можна було розв'язати в два способи. Перший — в разі залишення класичної трьох-гілкової структури влади за Президентом зберігалися б повноваження в основному церемоніального характеру, внаслідок чого змішана форма правління перетворювалася на парламентарну. У разі конституційного закріплення за Президентом статусу глави виконавчої влади змішана форма правління перетворювалася б на президентську.

Але не сталося ні того, ні іншого. Багато питань щодо місця і ролі Президента в системі поділу влади, засобів забезпечення його самостійності та характеру взаємовідносин з іншими гілками влади в новому тексті Конституції так і лишилися остаточно не визначеними. Реформа запровадила парламентсько-президентську (знову таки змішану) форму правління, не розв'язавши проблему суперечності між проголошеним у Конституції принципом поділу влади і конституційними умовами його фактичного втілення.

Між тим теоретична безвихідь, що створилася між фактичним і юридичним у цьому питанні, має і може бути подолана. На наш погляд, це повинно відбуватися шляхом надання Президенту доктринального й **офіційного статусу окремої гілки влади** поряд із законодавчою, виконавчою і судовою. Подібні пропозиції лунали ще в умовах дії попередньої редакції Конституції України¹. Загалом, тенденція формування у державах зі змішаною формою правління особливого інституту президентської влади відзначається багатьма вченими — вітчизняними, російськими, вірменськими тощо². Однак при цьому вони здебільшого негативно оцінюють подібні теоретичні конструкції³, або обходять питання про природу президентської гілки влади з погляду її місця в системі поділу влади мовчанням, або ж доволі туманно характеризують

¹ Див.: Бурчак Ф. Г. Президент України. – К., 1997. – С. 15.

² Див.: Тодька Ю. Н. Президент України: конституційно-правовий статус: Монографія. – Х., 1999. – С. 36-37; Чиркин В. Е. Президентская власть // Государство и право. – 1997. – № 5. – С. 15; Арутюнян А. Ш. Власть Президента Республики Армения. – Ереван, 1996. – С. 23–25.

³ Див.: Шаповал В. М. Конституція і виконавча влада. – К., 2004. – С. 11–12.

Президента як ключову складову конституційно встановленої системи виконавчої влади¹.

Визнання Президента окремою гілкою влади зазвичай веде до уточнення функціональної спрямованості, відповідних повноважень і всієї його роботи. Йдеться не просто про формальний і реальний зсув повноважень влади від Президента до Кабінету Міністрів. Згідно з новою редакцією Конституції по-новому мають бути вирішені питання про природу президентської влади, її місце і роль у системі поділу влади у відповідності з тим новим етапом розвитку демократії, на якому ми перебуваємо. Таке рішення реально відобразить результати демократичних перетворень після подій на Майдані і переростання української державності з президентсько-парламентської у парламентсько-президентську республіку.

Конституційна реформа внесла істотні зміни в систему поділу влади в Україні. Ця система ускладнилася, відбулися зміни в системі стримувань і противаг між окремими гілками влади, з'явилися нові стримування усередині окремих гілок. Ускладнено структуру державної влади, усередині її з'явилися нові суб'єкти — правляча багатопартійна коаліція і опозиція. Важливою за своїм значенням є поява (побудова) нових стримувань між правлячою коаліцією і урядом, а також усередині коаліції між її учасниками, між коаліцією і опозицією. За рахунок появи нових установчих і контрольних повноважень посилилася роль як законодавчої і виконавчої, так і президентської влади. Створились умови для подальшої демократизації державної влади.

По-перше, з'явилися можливості переглянути основні пріоритети в роботі Президента. Позбавившись від нетипових для нього виконавчих і, частково, установчих функцій, Президент повинен переорієнтувати свою увагу в іншому напрямі. Іншими словами, змінюється основна функціональна спрямованість його діяльності. Визначення Президента «гарантом державного суверенітету... Конституції України» (ч. 2 ст. 102 Конституції) мала на меті підкреслити особливу роль і спрямованість діяльності глави держави у механізмі здійснення влади. Особливістю президентської влади є те, що вона наділена більшими, ніж інші гілки, об'єднуючими систему влади можливостями. Про це свідчить покладання на неї, поряд з традиційними президентськими повноваженнями, також формування і керівництва центральними органами, широкої компетенції в галузях безпеки, оборони, зовнішніх справ, формування судів

¹ Див.: Державна виконавча влада в Україні: формування та функціонування / Наук. ред. Нижник Н. Р. – К., 2000. – Ч. 1. – С. 48.

і додержання законності. Це створює великі позитивні можливості узагальнюючого аналізу дій усіх гілок влади Президентом, виявлення причин їх конфліктів і суперечностей, невикористаних ними наявних можливостей, бажаних наслідків, удосконалення їх роботи.

По-друге, здійснені усередині державної влади зміни дозволяють сподіватися на підвищення значущості ряду конституційних стримувань, що їх надано іншим гілкам влади стосовно Президента, а так само стримувань у руках Президента стосовно інших гілок. Так, вивільнення Прем'єр-міністра та більшості членів уряду від організаційної та функціональної залежності від Президента (зокрема, в частині вирішення питання про їх відставку) сприяє набуттю інститутом контрасигнування актів Президента (п. 31 ст. 106 Конституції) значення реального стримування його нормотворчої діяльності, в тому числі у межах діяльності Ради національної безпеки і оборони України (ст. 107 Конституції). Так само відокремлення Президента від виконавчої влади забезпечить його позиції належну об'єктивність щодо оцінки конституційності чи неконституційності у разі спорів між гілками влади, недодержанні окремими державними, у тому числі виконавчими, органами влади положень Конституції.

Усе це дає підстави підійти до проблеми місця президентської влади в системі поділу влади з позиції аналізу її **відповідності вимогам, що висуваються до традиційних гілок влади**. Адже основний зміст принципу поділу влади полягає, з одного боку, в реалізації ідеї незалежності окремих видів державних органів (так званих гілок влади) один від одного, чіткого розмежування їх функцій, повноважень і правових форм діяльності, а з другого — в їх взаємовпливі, взаємостримуванні, взаєморівноваженні, взаємоконтролі та взаємоспівробітництві. При цьому слід виходити з наявності конституційних ознак гілки влади, а саме — її відокремленості та уособленості, самостійності, складної структури, наявності тільки їй властивого головного і певного числа допоміжних напрямів її діяльності, пов'язаності з іншими гілками влади системою стримувань і противаг.

Усі ці ознаки притаманні й сучасній президентській владі. Втративши властиві їй у минулому ознаки поєднання рис різних гілок, президентська влада, як і інші гілки, стала організаційно відокремленою (Президент не знаходиться усередині будь-якої з інших гілок влади), зберігаючи водночас власні засоби формування (обирається громадянами України на основі загального, рівного і *безпосередньо прямого* виборчого права) і методи діяльності. Останнє виявляється у тому числі в праві Президента видавати укази і розпорядження, які є обов'язковими до виконання на території України. Президент має спеціальний консти-

туційний статус і чітко визначену сферу головного функціонального призначення (гарантування державного суверенітету, територіальної цілісності, додержання Конституції України, прав і свобод людини і громадянина), яка існує поряд з іншими напрямками її діяльності (в тому числі у сфері здійснення установчої влади, виконавчих повноважень тощо).

За останньою редакцією Конституції відносини президентської влади з іншими гілками влади засновані на відсутності пріоритету жодної з них. Володіючи власним оригінальним правовим статусом, Президент не керує жодною з інших гілок та не підкоряється жодній з них. Їх взаємовідносини засновані на підтриманні балансу між ними шляхом взаємного впливу, взаємодії, урівноваження, співробітництва. Президент, як і інші гілки влади, має власні повноваження, у межах яких є самостійним і незалежним, наділяється правом впливу на сферу діяльності інших гілок заради недопущення зловживання і свавілля з боку жодної з них. У руках Президента зосереджені важливі стримування і протидія, якими його влада пов'язана з законодавчою, виконавчою і судовою гілками влади і без яких уся система поділу влади була б неспроможною. Тим самим Президент є стабілізуючим, урівноважуючим чинником, на забезпечення чого й спрямований поділ влади. Отже, побудувати систему поділу влади без згадки про Президента, як це має місце в ст. 6 Конституції України, неможливо, з чого випливає необхідність нової редакції цієї статті.

Маємо визнати, що визначений у ч. 2 ст. 102 Конституції статус Президента вимагає свого тлумачення. Йдеться, по-перше, про потребу виокремлення з перелічених у цій статті напрямів діяльності Президента найбільш узагальнюючого, такого, який міг би бути покладений в основу формули визначення статусу Президента України. Найбільш доречною, на нашу думку, є формула **«Президент — гарант Конституції»**, що цілком відповідає статусу Президента як глави держави і гілки влади. Конституційний обов'язок Президента гарантувати державний суверенітет, територіальну цілісність України, додержання прав і свобод людини і громадянина, про що йдеться у зазначеній статті, цілком укладається у межі здійснення ним функції гаранта Конституції. Адже Конституція не тільки визначає розуміння змісту цінностей, гарантування яких покладається на Президента, а й містить конкретні засоби забезпечення їх додержання. Додамо, що здійснення Президентом функції гаранта Конституції є доцільним саме в умовах парламентсько-президентської форми правління.

Серед основних напрямів дій Президента як гаранта Конституції, на наш погляд, можна виділити такі: узагальнення подій, що відбуваються у державі і суспільстві; попередження конфліктів і зіткнень між гілками влади; сприяння узгодженню позицій різних гілок влади, тобто забезпечення їх нормального функціонування, узгодженої взаємодії. Останнє, зазвичай, асоціюється із статусом так званого президента-арбітра. Однак формула «президент-арбітр» хоча і доволі поширена у державах із змішаною формою правління, однак не є найвлучнішою з ряду причин. В умовах, коли Президент стає арбітром, спостерігається видозміна всієї системи поділу влади, тобто остання виходить за межі взаємного стримування між гілками влади внаслідок можливості втручання посередника, який до того ж може бути зацікавлений у певному рішенні. Конституцією України обгрунтовано не сприйнято ідею надання Президенту права арбітражу, що пропонувалося одним із офіційних її проектів — від 24 лютого 1996 р.¹

Спеціального розгляду потребує питання про **сутність та зміст функції гарантування Конституції**. Однозначної відповіді на нього, попри широку поширеність у світовій практиці формули «президент — гарант Конституції» (міститься у конституціях більшості держав: колишніх республік СРСР, Польщі, Румунії, Туреччини, Франції та ін.), не дає ані теорія, ані практика.

Слід ураховувати, що охорона перелічених у ч. 2 ст. 102 Конституції цінностей не покладається виключно на Президента. У протилежному разі Президент міг би претендувати на домінуюче відносно традиційних гілок влади становище, що несумісно із принципом поділу влади. Виконання відповідних завдань є у певному обсязі функцією майже усіх центральних і місцевих органів влади. Так, «забезпечення державного суверенітету... виконання Конституції» є однією з функцій Кабінету Міністрів України (п. 1 ст. 116 Конституції). Гарантією забезпечення територіальної цілісності України виступає конституційна заборона вирішення питання про зміну території України в інший спосіб, аніж через всеукраїнський референдум (ст. 73). Особливе місце в механізмі гарантування Конституції посідає Конституційний Суд України — єдиний спеціальний орган конституційної юрисдикції (ч. 1 ст. 147 Конституції). Інша річ, що кожна з гілок влади діє у цих напрямках своїми специфічними методами, притаманними лише їй.

У літературі превалює розуміння функції гаранта Конституції як здійснення Президентом так званого «неспеціалізованого конституцій-

¹ Див.: Конституція незалежної України: У 3 кн. / Під заг. ред. Головатого С. / – К., 1997. – Кн. 2. – Ч. 3. – С. 124.

ного контролю»¹ (останній забезпечується, зазвичай, правом Президента промульгації законів і правом накладання вето на закони; правом зупиняти дію актів уряду, інших органів влади з мотивів їх невідповідності Конституції; правом звернення до Конституційного Суду з питанням про конституційність законів, актів уряду, інших органів влади, міжнародних договорів тощо). Такий підхід втілено у більшості демократичних конституцій, у тому числі Конституції України. Однак функція гаранта Конституції є набагато ширшою, аніж механічне виконання Президентом повноважень у межах здійснення ним неспеціалізованого конституційного контролю, хоча останній, звісно, нею охоплюється.

Статус Президента як гаранта Конституції не може розумітися всеохоптно або спрощено. Цей статус не може створювати для Президента можливості розширено (виправдовуючись потребою захисту Конституції) тлумачити обсяг своїх повноважень, втручаючись у сферу компетенції інших органів і порушуючи принцип поділу влади. Не можна погодитись із розумінням функції гаранта Конституції як «широкого права Президента діяти на свій розсуд, виходячи не лише з букви, а й з духу Конституції і законів, надолужуючи прогалини в правовій системі і реагуючи на не передбачувані Конституцією життєві ситуації»² (такий підхід є характерним, зокрема, для російської та американської шкіл конституціоналістів). За логікою, це передбачає визнання наявності в Конституції конструкції так званих «прихованих повноважень» Президента. Однак визнання факту присутності в Конституції подібної конструкції є постійним джерелом спокуси для кожної з гілок влади скористатися «прихованою» у ній перевагою і «перекроїти» систему поділу влади на свою користь. Конституція має однозначно виключати можливість широкого розуміння сфери компетенції Президента. Оптимально це відображено у п. 31 ст. 106 Конституції України, якою передбачено, що «Президент здійснює інші повноваження, визначені Конституцією».

Президент в змозі за власною ініціативою використовувати належні йому конституційні засоби стримування неконституційних, на його думку, посягань окремих гілок влади. Разом із тим гарантування додержання Конституції передбачає висококваліфікаційне тлумачення її положень. Таке тлумачення, що надається Президентом, має офіційний характер і спирається на високий авторитет президентської влади, який забезпечує переконливість відповідного розуміння окремих конститу-

¹ Чиркин В. Е. Конституционное право: Россия и зарубежный опыт. – М., 1998. – С. 66–71.

² Баглай Б. Н., Габричидзе Б. Н. Конституционное право Российской Федерации. – М., 1996. – С. 335.

ційних положень. У той же час тлумачення Конституції, що виходить від Президента, не має загальнообов'язкового й остаточного характеру. Остаточне тлумачення Конституції належить виключно Конституційному Суду.

Не відзначається раціональністю ідея включення у розуміння функції гаранта Конституції права Президента «приймати укази на захист прав і свобод окремих категорій громадян»¹ у разі відсутності відповідних законів. Поширення інституту делегованого законодавства, як свідчить світова практика, сприяє порушенню належної рівноваги (тобто належного співвідношення) між гілками влади: у цьому разі відчутним стає послаблення законодавчої влади парламенту. Отже, наділення Президента правом законотворчості не може вважатися оптимальним засобом гарантування Конституції. Водночас бездіяльність парламенту (наприклад, неприйняття ним у встановлений або розумний строк законів, передбачених Конституцією) стає на заваді послідовного розвитку положень Конституції і тому є антиконституційною. За таких обставин Президент як гарант Конституції має бути наділений можливістю вжити відповідних заходів (попередження або реагування), спрямованих на усунення перешкод на шляху необхідного законодавчого забезпечення конституційних норм, наприклад, шляхом звернення до Конституційного Суду з питанням щодо неконституційності бездіяльності (неналежної діяльності) парламенту в певних випадках.

Наріжним вбачається питання щодо форм і методів здійснення Президентом функції гаранта Конституції.

Наявність головної функціональної спрямованості президентської влади означає, що робота по забезпеченню додержання Конституції повинна посідати провідне місце в діяльності Президента порівняно з допоміжною для нього виконавчою і установчою діяльністю, а також з його в основному церемоніальними функціями як глави держави. Визнання функції гарантування Конституції сферою основної спрямованості діяльності Президента є головною передумовою того, що решта його повноважень мають додатковий характер.

Президент як гарант Конституції повинен всебічно сприяти реалізації усіма гілками влади свого основного функціонального призначення. Парламенту — у реалізації представництва народу, здійсненні законодавчої та установчої влади, контролі за виконавчою гілкою влади. Уряду — у здійсненні виконавчої та розпорядчої діяльності. Суду — у

¹ Баглай Б. Н., Габричидзе Б. Н. Конституционное право Российской федерации. — С. 335.

відправленні правосуддя, в тому числі, конституційного. Функція гарантування Конституції передбачає, що Президент, не втручаючись у функціональну діяльність кожної з трьох конституційних гілок влади, має водночас право консультувати їх, надавати свої поради, висувати пропозиції.

Відповідно і роль Президента як гаранта Конституції слід розуміти не як необхідність виконання ним спеціальних повноважень контрольного характеру, а як можливість проявлення ним ініціативи у зв'язку з тими або іншими політичними подіями. Йдеться про те, що Президенту як вищій посадовій особі у державі має бути доступним спілкування з усіма іншими гілками влади з широкого кола питань. Це вимагає, з одного боку, посилення поінформованості Президента, а з другого — розширення можливостей Президента щодо висловлення власних поглядів стосовно певних подій.

Безумовно, заслуговує на підтримку проведення Президентом «круглих столів», форумів, з'їздів за участю представників усіх гілок влади, провладних та опозиційних політичних сил тощо. Водночас навряд чи доцільно захоплюватися створенням подібних структур. Однозначно має бути вирішено й питання щодо правових форм участі Президента у реалізації державної діяльності. Воля Президента має бути оформлена виключно у спосіб і форму, передбачені Конституцією. Не може вважатися оптимальною практика підміни принципів юридичних документів політичними.

Актуальним є й уточнення повноважень Президента, у першу чергу з метою передбачення особливих його прав як гаранта Конституції. В нагоді може статися позитивний зарубіжний досвід. На увагу заслуговує, наприклад, американський досвід функціонування інституту послань Президента до парламенту (останні традиційно розглядаються як орієнтир у діяльності Конгресу США¹). Оптимально, коли у посланнях Президента формулюються не тільки пріоритети зовнішньої та внутрішньої політики, а й зауваження, рекомендації та побажання стосовно діяльності інших гілок влади, їх взаємодії та співробітництва тощо. Заслуговує на увагу й поширена в останні роки в Росії практика надання Президентом своїх висновків на проекти законів, що знаходяться у парламенті в процесі обговорення², і можливості використання Президентом відповідних узгоджувальних процедур для вирішення суперечностей між органами державної влади.

¹ Див.: Государственный строй США / Отв. ред. А. С. Никифоров. – М., 1976. – С. 260.

² Чиркин В. Е. Конституционное право. – С. 71.

Не можна оминати увагою **перспективи розвитку президентської влади** в Україні. У сучасній Україні збереження за Президентом дискреційних повноважень та вагомих засобів впливу на законодавчу, виконавчу і судову гілки влади в умовах суттєвого поглиблення парламентарних засад здійснення влади дозволяє сподіватися на можливість збереження і забезпечення основних вимог поділу влади: її багатополосності, деконцентрації, збалансування і самообмеження, а так само й на можливість підтримання соціальної рівноваги як необхідної передумови розвитку громадянського суспільства.

В результаті конституційної реформи Президент отримав наочну перевагу перед усіма іншими гілками влади, у тому числі перед Верховною Радою України. Йдеться про те, що на відміну від парламентських виборів, коли за пропорційною виборчою системою народ голосує за партії, на президентських виборах народ обирає конкретну особу, суб'єкта конституційного права — Президента. На нашу думку, в парламентсько-президентських системах слід вживати усі можливі заходи задля зменшення концентрації влади в руках правлячої партії (коаліції), у тому числі за рахунок збереження права вибору глави держави за корпусом виборців, а не за парламентською більшістю, як це пропонується деякими політичними силами в Україні.

Тільки незалежний від парламенту у виборчому плані Президент може стати реальною противогаю так званому «режиму партій» (закономірного наслідку переходу України до пропорційної виборчої системи), владі крупного капіталу, які за умов сучасного парламентаризму нерідко «вбачають у парламенті основне знаряддя своєї політики»¹. Як гарант Конституції Президент покликаний оцінювати стан справ в тій або іншій галузі та ухвалювати передбачувані Конституцією та законами і характерні для поділу влади заходи. Він зобов'язаний правильно оцінювати відповідні рішення інших гілок влади і правильно на них реагувати, якщо ці рішення (наприклад, про підвищення загороджувального бар'єру проходження партій у парламент) мають вирішальне для держави і суспільства значення.

Логічним і необхідним кроком на шляху вдосконалення правового статусу президентської влади в Україні повинно стати проголошення принципу безпартійності Президента. І це має принципове значення. Належна ефективність діяльності Президента як гаранта Конституції може бути досягнута лише за умови його безпартійності, яка була невід'ємним атрибутом президентської влади в Україні за часів президентства Л. Кравчука і Л. Кучми. Адже глава держави уособлює держа-

¹ Ковлер А. И. Политическая система Пятой республики во Франции: конституционные нормы и политическая практика // Политические партии и государственный механизм капиталистических стран. – Свердловск, 1982. – С. 69.

ву і народ в цілому, а партійність Президента — це завжди можливість домінуючого впливу однієї або декількох партій на зміст його діяльності. Однак ніщо не має заважати Президенту неупереджено здійснювати свої повноваження. В умовах дії нової редакції Конституції, коли можливість належності Президента і Прем'єр-міністра до протилежних політичних сил є реальністю, потреба у позапартійності Президента відчувається особливо гостро. У противному разі неминучою є небезпечність превалювання під час ухвалення Президентом державних рішень вузькопартійних інтересів над загальнодержавними. Останнє, наприклад, можна було спостерігати у 2006 р. в ході дискусій щодо тексту Універсалу національної єдності, під час вирішення питання про внесення кандидатури В. Януковича на посаду Прем'єр-міністра України тощо.

Ініціювання Президентом змін до Конституції, а згодом й підписання ним Закону «Про внесення змін до Конституції України» по праву можна вважати наймасштабнішим за всю історію незалежності України, безпрецедентним на пострадянському просторі прикладом здатності президентської влади до самообмеження в ім'я зміцнення демократії, хоча і не без сторонньої допомоги. Позбавлений ряду важливих повноважень у сфері виконавчої влади, яка становила серцевину його діяльності, Президент має не тільки змиритися з новим співвідношенням гілок влади, а й «знайти себе». І наше завдання — допомогти йому адаптуватися до нових умов реалізації поділу влади.

Звісно, ще зарано говорити про завершення системи президентської влади. Вона знаходиться у своєму розвитку, очікує на встановлення певних зв'язків із органами свого представництва на місцях, додаткове розвантаження Президента від повноважень у сфері виконавчої влади. Мають відбутися відміна призначення Президентом голів місцевих державних адміністрацій, зменшення впливу на місцеву владу, законодавче врегулювання статусу апарату Президента тощо. Відчувається потреба й у реформуванні інституту імпичменту Президента, в тому числі, з метою наближення цього інституту до демократичних стандартів, підвищення гарантій політико-правової й етичної відповідальності Президента України (пригадаємо непоодинокі випадки порушення Президентом конституційних приписів, зокрема щодо процедури підписання законів). Це буде пов'язане з другим етапом реформи, прийняттям Закону «Про Президента України» тощо.

Є потреба більш детально сформулювати і законодавчо закріпити повноваження Президента як гаранта додержання Конституції, забезпечити його подальшу інтеграцію як нової гілки в системі поділу влади. Це дозволить реалізувати його велику потенцію в сфері дії принципу поділу влади.

Надійшла до редколегії 09. 10. 06

І. Набока, молодший науковий співробітник НДІ державного будівництва та місцевого самоврядування АПрН України

Діяльність постійних комісій (комітетів) органів місцевого управління європейських країн: загальна характеристика

В законодавчому регулюванні діяльності органів місцевого самоврядування та практиці роботи зарубіжних держав, в тому числі країн СНД, накопичено багатий досвід, котрий становить безсумнівний інтерес для України стосовно дослідження міста і ролі постійних комісій (комітетів) як допоміжних підрозділів представницьких органів місцевої влади.

У багатьох країнах розроблено й прийнято нові закони, які визначають правове становище, функції та повноваження органів місцевого самоврядування. Ці питання були предметом розгляду багатьох як іноземних (Г. Барабашов, А. Денісов, А. Нікітін, М. Постовий, О. Рой, Є. Уткін, А. Черкасов, К. Шеремет), так і вітчизняних дослідників (М. Воронов, П. Любченко, О. Ярошук).

На наш погляд, цікавим є досвід становлення, розвитку та функціонування місцевого самоврядування у Російській Федерації, США, Великій Британії, Франції, ФРН, Польщі та інших країнах, який може бути запозичений (певною мірою) місцевими органами влади нашої країни.

Метою цієї статті є порівняльний аналіз діяльності постійних комісій (комітетів), органів місцевого управління в Україні та інших країнах світу.

Закони — статuti муніципальних утворень і регламенти представницьких органів окремих суб'єктів Російської Федерації про місцеве самоврядування — передбачають створення різних структур у їх складі. Серед них важливе місце посідають комісії та комітети, які утворюються для попереднього обговорення питань, запланованих до внесення на розгляд представницького органу.

Постійні комісії представницького органу місцевого самоврядування у Російській Федерації виступають основними постійно діючими робочими службами, головна функція яких — підготовча частина з

розроблення рішень представницького органу за окремими напрямками його діяльності¹. Відповідно до наданих ним повноважень вони беруть участь у розробленні програм економічного і соціального розвитку, бюджету муніципального утворення, рішень ради з інших питань; готують за дорученням ради, її голови або за власною ініціативою матеріали з питань, що стосуються сфери діяльності комісій (комітетів), проекти рішень по них, надають висновки, вносять свої пропозиції, контролюють у межах компетенції ради дотримання чинного законодавства і виконання рішень ради адміністрацій муніципального утворення, підприємствами, установами, організаціями і громадськими об'єднаннями на території муніципального утворення незалежно від підпорядкованості і форм власності, заслуховують з цих питань доповіді і повідомлення — відповідних керівників; виконують доручення ради і його голови; проводять перевірки, депутатські слухання². Наведений перелік питань, що стосуються до компетенції постійних комісій представницьких органів місцевого самоврядування, не є вичерпним. Статутами муніципальних утворень на комісії і комітети можуть бути покладено й інші функції.

Закон Російської Федерації від 28 серпня 1995 р. № 154 — ФЗ «Про загальні принципи організації місцевого самоврядування в Російській Федерації» не містить положень про постійні комісії (комітети). Зараз правове становище комісій і комітетів місцевих представницьких органів у Російській Федерації визначається законодавчими актами її суб'єктів. Так, у Положенні про постійні комітети Читинської обласної думи III скликання від 5 грудня 2000 р. основною їх метою вважається «своєчасна підготовка питань, які належать до відання обласної думи, для розгляду і прийняття їх на засіданнях обласної думи, сприяння втіленню в життя федеральних законів та інших нормативних правових актів Російської Федерації, законів областей і постанов обласної думи і контроль за їх виконанням»³.

Закони про місцеве самоврядування Владимирської, Костромської, Омської областей, Краснодарського краю містять окремі статті про комісії, комітети представницького органу, в яких визначено порядок їх утворення і компетенція. Найбільш послідовним, на погляд М. Посто-

¹ Див.: Муниципальное право: Учебник для вузов / Под ред. А. М. Никитина. — М., 2000. — С. 219.

² Положение о постоянной комиссии Законодательного Собрания Красноярского края по социальной защите, делам ветеранов и инвалидов от 1 февраля 2002 г. / <http://www.legis.krsn.ru/sessionsinfo/>; Положение о постоянных комитетах Читинской областной Думы III созыва от 5 декабря 2000 г. / www.oblduma.chita.ru/.

³ www.oblduma.chita.ru/.

вого, є підхід з цього питання в законі «Про місцеве самоврядування у Володимирській області». Стаття 14 цього закону передбачає, що Рада обирає з числа депутатів на строк своїх повноважень постійні, а також тимчасові комісії (комітети) для попереднього розгляду питань, що належать до компетенції Ради, а також для сприяння в реалізації її рішень, здійснення в межах компетенції Ради контролю діяльності місцевої адміністрації, підприємств, установ, організацій¹.

Разом з тим у законах багатьох суб'єктів Російської Федерації про місцеве самоврядування і відповідно в статутах муніципальних утворень цих суб'єктів відсутні норми про комісії і комітети представницьких органів, регламенти роботи представницьких органів не завжди містять такі норми. Ця прогалина у законодавстві, на нашу думку, може негативно позначитися на організації роботи представницьких органів і кожного депутата окремо, адже комісія — орган, який організує та забезпечує стабільну планову роботу Ради.

Комісії утворюються за найважливішими сферами і галузями народного господарства. Так, кількість депутатів Московської міської думи становить 35 депутатів, які входять до складу 10 проблемних комісій: з економічної політики, організації влади і розвитку самоврядування, соціальної політики, бюджетно-фінансової, законності і безпеки, підприємництва, житлової політики і комунальної реформи, екологічної політики, організації роботи Думи, нормативної бази міської інфраструктури².

За підсумками розглянутих на засіданнях комісій питань складаються матеріали і проекти рішень. Після обговорення питання, комісія, комітет простою більшістю депутатів приймає рішення, яке має рекомендаційний характер.

Таким чином, одним із чинників ефективності роботи представницьких органів Російської Федерації є якісна робота постійних комісій, комітетів, які входять до їх складу.

Англосаксонська модель місцевого управління (Австралія, Велика Британія, Канада, США) характеризується відсутністю повноважних представників центральної влади на місцях, які опікують місцеві представницькі органи. В цій статті вона розглядається на прикладі Великої Британії. Муніципальні ради занадто великі для того, аби працювати постійно, тому вони делегують частину своїх функцій комісіям (комітетам). Останні — майже єдиний канал зв'язку муніципальних рад з депар-

¹ Див.: *Постовой Н. В.* Муниципальное право России. – М., 1998. – С. 223.

² Див.: *Уткин Э. А., Денисов А. Ф.* Государственное и региональное управление. – М., 2002. – С. 94.

таментами та іншими адміністративними органами муніципалітету. Крім того, вони — обов'язкова інстанція на шляху справ, що надходять на розгляд муніципальних рад. У комітетах протікає основна частина муніципальної діяльності, пов'язана з прийняттям рішень і контролем¹.

У Великій Британії комітети керують багатьма напрямками муніципальної діяльності, фактично грають роль виконавчих органів, оскільки рада делегує їм багато своїх повноважень. Комісії повинні інформувати муніципалітет про всі проблеми своєї діяльності, навіть у тих випадках, коли рада делегує їм деякі повноваження з управління. Однак законодавство забороняє делегувати комісіям правомочності, які стосуються таких, наприклад, питань, як фінансові позики або визначення рівня місцевих податків. З цих питань комісії можуть надавати муніципальній раді необхідні консультації, контролювати фінансову діяльність посадових осіб, відділів ради, що відають відповідними питаннями компетенції місцевого органу управління².

Комітети (комісії) відають різними соціальними службами, освітою, фінансами, штатом тощо. Їх кількість, персональний склад, повноваження визначені нормами регламенту кожної ради. Такі регламенти закріплюють структуру, повноваження і процедуру діяльності ради та її структурних підрозділів, кворум сесії, порядок контрактів тощо.

У межах своєї компетенції місцеві представницькі органи утворюють комісії (комітети), які можуть бути постійними і тимчасовими, обов'язковими і факультативними, галузевими, функціональними і територіальними.

Окремі комісії мають розгалужену систему підкомітетів (комітети з освіти у Великій Британії), які більш докладно розглядають конкретні проблеми, аналізують їх окремі аспекти.

У більшість комітетів муніципальні ради обирають, крім своїх членів, інших осіб, кількість яких не перевищує однієї третини складу комітету. Дві третини складу комітету (комісії) — це радники, а одна третина — наймані радою експерти і місцеві службовці. При формуванні комісії враховуються професійна придатність особи, досвід її діяльності в різних службах, береться до уваги здатність тих чи інших осіб представляти різні інтереси — церкви, вчительських союзів, комерційних кіл тощо.

¹ Див.: *Барабашев Г. В.* Муниципальные органы современного капиталистического государства. — М., 1971. — С. 39.

² Див.: *Местные органы в политической системе капитализма.* — М., 1985. — С. 77.

Конституція Франції 1958 р. лише побіжно згадує про місцеве самоврядування. В її ст. 72 встановлено: «Територіальними колективами Республіки є комуни, департаменти, регіони, колективи з особливим статусом і заморські колективи». Кожен з рівнів не підпорядковується вищому, всі вони відповідають тільки перед населенням і законом. Самоврядування реалізується в основному через представницькі органи: у комунах — це муніципальні ради, у департаментах — генеральні ради, у регіонах — асамблеї, ради і соціально-економічні комітети. Таким чином, виділено базовий рівень місцевого самоврядування та рівень, де воно формується згідно із законом.

На сьогодні законодавство Франції повністю регулює всі питання, що стосуються організації та діяльності місцевого самоврядування на всіх рівнях адміністративно-територіального устрою. Всі ці закони об'єднані в Адміністративний кодекс, який фактично є «конституцією» місцевого самоврядування у Франції¹.

На департаментському рівні існують представницький орган — генеральна рада, яку очолює президент, і постійна комісія, яка здійснює поточну роботу ради в перервах між сесіями; рада і президент делегують членам комісії низку своїх повноважень. Як і у випадках з іншими рівнями влади, делегування не може стосуватися основних повноважень (пов'язаних із принциповими рішеннями, бюджетом тощо).

Незважаючи на порівняно недавнє створення регіонів, останні набувають усе більшого значення в системі управління і самоврядування. Органами управління на рівні регіону є регіональна рада, її президент, постійна комісія. Після виборів президента регіональна рада проводить вибори постійної комісії (закон від 6 лютого 1992 р.); цей орган працює в перервах між сесіями ради. Рада і президент можуть делегувати комісії (раді) чи її окремим членам (президент) низку своїх повноважень. Вибори комісії проводяться за пропорційною системою, на основі списків. Одночасно проводяться і вибори заступників президента, що входять до складу постійної комісії. Комісія володіє деякими власними повноваженнями, зокрема правом позачергового скликання регіональної ради².

Вищі органи комуни — муніципальні ради — можуть створювати комітети для розроблення проектів консультацій у певних сферах діяльності. До складу останніх обираються представники підприємців, проф-

¹ Див.: *Иценко О.* Місьцеве самоврядування: світовий досвід та особливості української моделі. Інститут законодавчих передбачень і правової експертизи. – К., 2003. – С. 21.

² Див.: *Евдокимов В. Б., Старцев Я. Ю.* Местные органы власти зарубежных стран: правовые аспекты. – М., 2001. – С. 140.

спілок, різних громадських організацій, приватні особи, діяльність яких сприяє розвитку даної території. Соціально-економічні комітети, будучи консультативними органами, діють паралельно з регіональними радами і державними органами управління¹.

Сполучною ланкою між муніципальними радами і населенням є муніципальні комісії, які утворюються по галузях комунального управління (фінансам, культурі, спорту тощо)².

В Німеччині значна частина рішень готується дорадчими комісіями або консультативними комітетами, які утворюються представницьким органом. Ці комісії мають подвійне підпорядкування: з одного боку, вони підпорядковуються представницькому органу, а з другого — їх діяльність «координується» відповідними органами адміністрації і земель.

За свідченням фахівців міжнародного інституту з проблем права і управління, найбільш поширеними є дорадчі комісії (комітети). Так, § 41 Конституції землі Баден-Вюртемберг закріплює утворення консультативних комітетів для попереднього обговорення окремих питань, виснесених на розгляд муніципальною радою³.

Комітети обираються з числа радників, але муніципальна рада може запрошувати до участі у роботі як членів комітету, так і жителів — фахівців, «компетентних громадян», які працюють на загальних засадах і кількість яких не повинна перевищувати половини від загального числа членів комітету. При формуванні складу комісії в більшості земель виходять із пропорційного представництва партійних фракцій.

Стаття 114 Конституції Італії закріплює трирівневу систему місцевого управління: в областях, провінціях та громадах. В області — це автономні структури із самостійною відповідальністю та функціями, провінції та громади — одиниці місцевого управління в межах територіального розподілу держави та областей.

На думку В. Євдокімова та Я. Старцева, провінції нагадують французькі департаменти за своїм місцем і територіальному управлінні⁴. Для рад всіх областей характерна єдина структура: раду очолює голова,

¹ Див.: *Ермошенко Н. Н.* Опыт самоуправления территорий за рубежом. — К., 1992. — С. 13.

² Див.: *Местные органы в политической системе капитализма / АН СССР- Ин-т государства и права* — М., 1985. — С. 125.

³ Див.: *Местное самоуправление в Германии (на примере положения об общинах земли Баден-Вюртемберг)*: Пер. с нем. Рихард Кунце; *Положение об общинах земли Баден-Вюртемберг*. Кельн. — М., 1996. — Вып. 19. — С. 107–109.

⁴ Див.: *Евдокимов В. Б., Старцев Я. Ю.* Местные органы власти зарубежных стран: правовые аспекты. — М., 2001. — С. 162.

якому підлегло бюро президії. До складу останньої входять два віцепреголови, два секретарі, квестори; у раді функціонують постійні і спеціальні комісії, роботою яких керує голова ради.

Згідно з ст. 121 Конституції Італії органами області є обласна рада, джунта, її голова¹. Відповідно до статутів областей в обласній раді утворюються партійні групи радників, які підкоряються партійній дисципліні і впливають на діяльність ради, голови і членів обласної джунти. З урахуванням кількісного складу партійних груп в обласній раді формуються постійні комісії з представників різних партій. Комісії проводять попередній розгляд питань, розв'язуваних радою. Рекомендації комісії передаються в бюро президії, після чого рішення виносяться на обговорення ради його головою. Кількість постійних комісій устанавлюється з урахуванням інтересів кожної області. Так, в області Валле Д'аоста відповідно до внутрішнього регламенту ради створюється сім постійних комісій (сільського господарства, промисловості і торгівлі, громадських робіт, освіти, охорони здоров'я і соціальної допомоги, туризму, охорони пам'яток старовини і мистецтва)².

Поряд з постійними комісіями в обласних радах створюються спеціальні комісії для розгляду питань, що вимагають особливого вивчення, консультативні комісії з призначень на різні посади тощо. В більшості областей члени обласних джунт виключаються зі складу комісії обласної ради після їх обрання до складу джунт, однак у деяких випадках вони допускаються на засідання комісій без права голосу (в областях Пьемонт, Лаціо, Валле Д'Аоста).

Статус місцевого самоврядування в Польщі закріплено у 5 розділі Конституції. Територіальний поділ ґрунтується на дворівневій структурі: 49 воеводств та 2900 муніципалітетів. Воеводства як місце зосередження центральної і місцевої влади у межах конкретної території не є частиною формальної структури місцевого самоврядування, однак відіграють провідну роль у відносинах між центральною та місцевою владами.

Як і в інших державах, у Польщі, до основних сфер діяльності муніципалітетів належать освіта, культура, охорона здоров'я та соціальне забезпечення, будівництво й управління муніципальним житловим фондом, місцевий правопорядок та ін. Керівництво муніципалітетами здійснюють ради, виконавчою владою є муніципальні адміністрації, які очолюються мерами.

¹ Див.: Конституции зарубежных стран / Сост. Дубровин В. Н. – М., 2001. – С. 87.

² Див.: Местные органы в политической системе капитализма. – М., 1985. – С. 155.

Стаття 28 Закону Республіки Польща від 5 червня 1998 р. «Про самоврядування воєводств»¹, ст. 21 Закону від 8 березня 1990 р. «Про гмінне самоврядування»², та ст. 17 Закону від 5 червня 1998 р. «Про повітове самоврядування»³ закріплюють право рад утворювати зі свого складу постійні і тимчасові комісії відповідно до своїх завдань, визначати предмет їх діяльності, персональний склад. Постійні комісії місцевих органів підпорядковуються відповідно раді повіту, воєводства, гміни щодо всієї своєї діяльності, подають на їх розгляд плани та звіти про свою роботу.

Закони Польщі про самоврядування дозволяють радам вводити до складу своїх комісій поряд з депутатами осіб, які не є депутатами, за умови, що їх кількість не перевищуватиме половину складу комісії. Склад, порядок внутрішньої організації, порядок роботи комісій визначаються статутом органу самоврядування. У складі постійних комісій можуть створюватися підкомісії. Так, комісія комунального господарства і будівництва Краківської ради має підкомісії: комунального господарства, будівництва, міського транспорту. Підкомісії очолюються одним із членів постійної комісії. За завданням комісії або за власною ініціативою вони вивчають стан справ на окремих ділянках роботи, вносять свої пропозиції по усуненню виявлених недоліків і подальшому поліпшенню роботи підвідомчих раді підприємств та установ.

Таким чином, як висновок, слід зазначити, що наявність комісій (комітетів) у представницьких органах влади іноземних держав свідчить про необхідність їх існування та функціонування. Аналіз їх діяльності є важливим для формування і розвитку місцевого самоврядування в Україні.

Надійшла до редколегії 20. 07. 06

Т. Шахматова, старший науковий співробітник Інституту державного будівництва та місцевого самоврядування АПРН України

Органи місцевої влади у світлі другого етапу конституційної реформи

Україна зараз перебуває на порозі другого етапу конституційної реформи, розпочатої прийняттям 8 грудня 2004 р. Закону України «Про

¹ Узагальнення польського досвіду місцевого самоврядування та перспективи напрямки розвитку самоврядування в Україні. – К., 2001. – С. 100.

² Там само. – Ст. 126.

³ Там само. – Ст. 157.

внесення змін до Конституції України» № 2222- IV¹, відповідно до якого повинна здійснюватися реформа вищих органів державної влади. Цей Закон мав два варіанти набуття чинності: з 1 вересня 2005 р. або з 1 січня 2006 р. Конкретний строк залежав від того, прийме чи ні Верховна Рада України IV скликання до 1 вересня 2005 р. ще один Закон про внесення змін до Конституції України. Як відомо, зазначений Закон не тільки до 1 вересня 2005 р., а й взагалі до сьогодні ще не прийнято. Йдеться про прийняття Закону про внесення змін до Конституції України щодо удосконалення системи місцевого самоврядування (реєстраційний номер законопроекту 3207-1)², долю якого скоріш за все вирішуватиме Верховна Рада України вже нового скликання.

Відкладення прийняття цього законопроекту, як видається, надає можливість скористатися повною мірою тим, аби запобігти запропонованому ним занадто радикальному, на наш погляд, і вельми безсистемному руйнуванню чинної системи місцевої влади.

В постанові Верховної Ради України від 8 грудня 2004 р. про попереднє схвалення цього законопроекту³ зазначено, що внесення запропонованих ним змін до Конституції України викликано необхідністю вдосконалення системи місцевого самоврядування в Україні. І саме на цьому зосереджена увага його авторів. Головною новелою, яку вони пропонують, є відновлення для обласних і районних рад права утворювати власні виконавчі органи влади. При цьому без будь-яких пояснень та обґрунтувань пропонується ліквідувати районні державні адміністрації, а до ст. ст. 118, 119 Конституції України, які визначають правовий статус місцевих державних адміністрацій, вносяться лише окремі зміни, з яких не можна з'ясувати, якою ж буде їх компетенція та як вони здійснюватимуть державну владу на регіональному рівні. Так, серед основних напрямів їх діяльності, закріплених у ст. 119 Конституції, ці зміни обмежують випадками, визначеними законом, тільки такий напрям, як підготовка та виконання ними місцевих бюджетів, а також виключають із зазначеного переліку напрямів реалізацію ними делегованих відповідними радами повноважень.

Такий підхід до реформування системи місцевої влади видається малоприсадибним для застосування. Дійсно, чинна система не спрацьовує так, як потрібно населенню та державі. Вона виявилась неспроможною результативно й ефективно впливати на процеси соціально-економічно-

¹ Див.: Офіц. вісник України. – 2004. – №. 49 – Ст. 3201.

² Див.: http://gska2.rada.gov.ua:7777/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=15410

³ Див.: Голос України, – 2005. – 13 січ. – № 5.

го і культурного розвитку територій, забезпечувати якісний рівень надання управлінських послуг населенню тощо.

Але при цьому не можна ігнорувати той факт, що на регіональному рівні управління існують два центри публічної влади, які вже тривалий час одночасно функціонують в районах та областях, а саме: місцеві державні адміністрації та органи місцевого самоврядування. Вони діють в регіонах як «сполучені посудини» у фізиці, тобто якщо в одного владних повноважень прибавляється, то у іншого їх обсяг неодмінно має зменшуватися і навпаки. Отже, й питання реформування системи місцевої влади слід розглядати тільки стосовно обох названих інституцій влади й обов'язково комплексно, тобто реформуванню одночасно слід піддавати не тільки систему органів місцевого самоврядування, а й місцеві державні адміністрації.

Зауваження до зазначеного законопроекту з цього приводу висловив В. Журавський, який, зокрема, звернув увагу на те, що, надаючи районним та обласним радам право утворювати власні виконавчі органи, він «в той же час не передбачає відповідної зміни обсягу повноважень місцевих державних адміністрацій, які в умовах дії чинної Конституції фактично виконують не лише функції місцевих органів виконавчої влади, а і функції виконавчих органів відповідних рад¹».

Не заперечуючи проти необхідності внесення змін в організації системи місцевої влади, яка дійсно не спрацьовує так, як потрібно населенню та державі, вважаю за неможливе розпочинати їх до того, як буде чітко з'ясоване, яких недоліків в організації цієї влади слід позбавитись, якої мети треба досягти у разі застосування цих змін та в який спосіб це доцільно зробити, і головне — чи не призведе це до погіршення стану справ у державі. Без з'ясування за допомогою науковців і практиків цих обставин є реальний ризик стати заручниками чиїхось політичних амбіцій і потім тривалий час і зі значними витратами та збитками усувати шкідливі наслідки поспішних рішень.

Ураховуючи масштабність запропонованих змін, доречним є застосування до цієї ситуації ще одного висловлення В. Журавського, яке стосувалось інформаційної кампанії за негайне проведення в Україні реформи територіального устрою. Відомий вчений, посилаючись на міжнародний досвід проведення подібних реформ, звернув увагу на те, що зміни такого масштабу в будь-якій країні проводяться дуже рідко і, як правило, лише після тривалого і ретельного вивчення питання².

¹ Журавський В. Питання реформи місцевого самоврядування в Україні // Право України. – 2005. – № 11. – С. 25.

² Див.: Журавський В. Щодо реформи адміністративно-територіального устрою України // Там само. – № 8. – С. 16.

Спробуємо з'ясувати, які ж чинники насправді заважають ефективній організації територіальної системи влади в Україні і, зокрема, такому її елементу, як місцеве самоврядування, та чи дійсно корінь зла міститься в існуванні місцевих державних адміністрацій.

Утворення місцевих державних адміністрацій як органів державної виконавчої влади в областях, районах, містах Києві та Севастополі не було випадковим кроком з боку держави. Вони існують уже друге десятиріччя і за цей час посіли притаманне саме їм місце у структурі виконавчої влади. В цілому їм вдалося забезпечити певний лад у районах та областях, «приземлити» державну виконавчу владу, зробити її більш оперативною і наближеною до населення¹. До речі, саме з їх утворення відповідно до Закону України «Про Представника Президента України» й розпочався в Україні процес «роздержавлення» місцевих рад народних депутатів, які становили політичну основу колишньої Радянської України. Цей Закон відокремив місцеві державні адміністрації як органи виконавчої влади від органів місцевого та регіонального самоврядування як самостійної форми реалізації публічної влади.

Як відомо, згідно з Конституцією колишньої Української РСР місцеві ради народних депутатів взагалі визнавались органами державної влади в областях, районах, містах, районах у містах, селищах і селах України (ст. 124), а їх виконавчі комітети були безпосередньо підзвітними як раді, що їх обрала, так і вищому виконавчому і розпорядчому органу. На практиці це означало, що вони фактично діяли як елементи жорстко централізованої системи органів державної влади.

Закон «Про Представника Президента України» розпочав, з одного боку, процес створення єдиної системи державної виконавчої влади на місцях на чолі з Президентом України, а з другого — став по суті одним з перших реальних кроків перетворення радянської системи органів влади, побудованій на принципі так званого демократичного централізму з його жорсткою централізацією влади у країні та майже прямим державним управлінням на місцях, на демократичну модель побудови місцевої влади з притаманним їй повноцінним місцевим самоврядуванням.

У подальшому система місцевих державних адміністрацій на чолі з їх головами довела свою життєздатність і була закріплена Конституцією України 1996 р.

Зазначені органи виконавчої влади мали стати органами влади нового типу, здатними комплексно регулювати економічні, соціальні та

¹ Див.: *Крылов Ю., Баймуратов М.* Особенности становления международной правосубъектности местных органов власти Украины // Юрид. вестник. – 1996. – № 3. – С. 63.

інші процеси на регіональному рівні. Разом з тим неможна не погодитись з висновками багатьох вчених і практиків про те, що працювати місцеві державні адміністрації стали далеко не так, як потрібно державі і суспільству. Так, у чому ж справа, чи було помилкою взагалі створення цих органів влади або були та продовжують існувати якісь об'єктивні та суб'єктивні чинники, які негативно позначились на їх діяльності та дещо спотворили призначену їм роль органів державної влади, покликаних забезпечити виконання на відповідній території Конституції та законів України, актів Президента України, Кабінету Міністрів України, інших органів виконавчої влади; законність і правопорядок; додержання прав і свобод громадян. Адже в останньому разі доцільно для покращення стану справ замість руйнування цього конституційного інституту влади просто відкоригувати його діяльність шляхом запровадження додаткових організаційних заходів та внесення змін і доповнень до чинного законодавства, не чіпаючи при цьому Конституцію України.

Зрозуміло, що запровадження цієї нової для українського законодавства інституції вимагало її глибокого наукового дослідження. Проблеми правового статусу місцевих державних адміністрацій та окремі аспекти їх діяльності досліджувалися в працях В. Авер'янова, Ю. Битяка, В. Богущького, О. Батанова, В. Величка, В. Гарашука, І. Голосніченко, Ю. Делія, І. Коліушка, Н. Нижник, В. Серьогіна, В. Симоненка, О. Ярмиша, деяких інших відомих учених-правників. Різних питань діяльності зазначених місцевих органів виконавчої влади стосується значна кількість статей наукових збірників «Державна виконавча влада в Україні: формування та функціонування», «Правові проблеми реформування регіональної влади».

Разом з тим слід зазначити, що далеко не завжди науковцям вдавалось оперативно розібратися в проблемах, які постійно виникали в діяльності місцевих державних адміністрацій, та підготувати конкретні пропозиції щодо усунення недоліків, прорахунків та обставин, які їх породжували або їм сприяли.

Однією з причин ускладнення вирішення питань організації діяльності місцевих органів виконавчої влади стало те, що процес їх утворення збігся в часі з перебудовою інститутів влади, що залишилися у спадок від радянських часів, зокрема органів місцевого самоврядування. Негативним чинником стало запізніле законодавче регулювання повноважень, організації та порядку діяльності місцевих державних адміністрацій. Конституція України передбачає визначення виключно законами організації і діяльності будь-яких органів виконавчої влади, але Закон України

«Про місцеві державні адміністрації» прийнято майже через три роки після її прийняття, а саме — 9 квітня 1999 р.

До того ж окремі позиції цього Закону не були узгоджені із Законом «Про місцеве самоврядування в Україні», і ці суперечності залишаються й до сьогодні. Передусім це стосується того, як вирішені в цих нормативних актах питання розмежування повноважень місцевих державних адміністрацій та органів місцевого самоврядування. Так, деякі повноваження місцевих державних адміністрацій в Законі «Про місцеві державні адміністрації» визначені як власні, а в Законі «Про місцеве самоврядування в Україні» — як повноваження, делеговані ним відповідно обласними чи районними радами.

Наприклад, це такі повноваження, як організація охорони, реставрації та використання пам'яток архітектури і містобудування, палацово-паркових, паркових та історико-культурних ландшафтів; внесення пропозицій відповідним органам місцевого самоврядування щодо організації територій та об'єктів природно-заповідного фонду місцевого значення; інформування населення про екологічно небезпечні аварії та ситуації, стан довкілля, а також про заходи, що вживаються до його поліпшення, та деякі інші.

На налагодження та вдосконалення діяльності місцевих державних адміністрацій могла б суттєво вплинути здійснювана в Україні адміністративна реформа, Концепція якої розроблена Державною комісією з проведення в Україні адміністративної реформи і схвалена Указом Президента України від 22 липня 1998 р. Але реального оновлення владних відносин у державі на місцевому рівні так й не відбулося, проблеми функціонування системи територіальної організації влади протягом тривалого часу залишались без належного вирішення, адже переважна більшість зусиль під час проведення адміністративної реформи була зосереджена на реформуванні центральних органів виконавчої влади.

На негативний характер такого підходу неодноразово звертав увагу відомий вчений-правник В. Авер'янов, який, зокрема, відмітив, що «запроваджені на цей час ідеї і положення Концепції адміністративної реформи в Україні стосуються перш за все “верхніх ешелонів” системи органів виконавчої влади»¹.

Практичний досвід, наукові дослідження, обговорення на наукових конференціях та семінарах, присвячених організації регіональної влади, свідчать про те, що не само по собі існування місцевих державних ад-

¹ *Авер'янов В.* Система органів виконавчої влади: проблеми реформування у світлі конституційних вимог // *Право України.* –2003. – № 9. – С. 24.

міністрацій є шкідливим, а те, як вони працюють. І тут слід визнати, що їм, дійсно, не вдалося повністю позбавитися недоліків, що були притаманні ще місцевим виконавчим органам влади, які існували у соціалістичний період розвитку України. Це, зокрема, дублювання ними функцій інших органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування; розпорошування зусиль на розв'язання проблем та питань, вирішення яких не є обов'язками, повноваженнями цих органів влади; надмірне розростання і бюрократизація управлінського апарату, поширеність корупційних проявів та правопорушень, пов'язаних із корупцією, тощо.

В той же час перелічені недоліки і прорахунки в своїй більшості притаманні будь-якій владі, незалежно від її юридичної природи. Ось чому з великою долею вірогідності можна припустити, що вони скоріш за все перейдуть до виконавчих органів обласних та районних рад одночасно з обсягом функцій і повноважень, які зараз виконують відповідно обласні та районні державні адміністрації.

Реально ж запобігти цим недолікам чи суттєво скоротити їх могло б, наприклад, чітке розмежування повноважень органів самоврядування і місцевих органів виконавчої влади та усунення дублювання їх функцій у законах, які регламентують їх діяльність. Позитивних зрушень у діяльності місцевих державних адміністрацій можна очікувати у разі застосування дієвого контролю з боку обласних та районних рад, яким чинне законодавство надає досить широкі контрольні повноваження стосовно місцевих державних адміністрацій щодо виконання ними делегованих повноважень і рішень рад з цих питань, а вони нерідко уникають від виконання цих функцій або здійснюють їх формально, не вживаючи передбачених законодавством заходів щодо скасування незаконних рішень, відставки голів місцевих державних адміністрацій, які зловживають своїми повноваженнями чи неналежно їх виконують, та ін.

На ефективності місцевого самоврядування на районному й обласному рівнях, за оцінками вчених та практиків, значно більше, ніж відсутність виконавчих комітетів в обласних та районних радах, впливає недостатність джерел фінансування самоврядування і, як наслідок, коштів для його здійснення, наявність значних проблем у сфері управління комунальною власністю¹. Зрозуміло, що створення виконкомів цих рад само по собі зазначені проблеми не вирішить. А ось законодавче

¹ Див.: Матеріали до парламентських слухань «Регіональна політика та місцеве самоврядування в Україні: законодавчі аспекти». – К., 2003. – С. 31–32; *Калиновський Б.* Державні гарантії здійснення конституційних принципів місцевого самоврядування в Україні // *Право України.* – 2005. – № 9. – С. 18; *Журавський В.* Питання реформи місцевого самоврядування в Україні. – Там само. – № 11. – С. 26.

закріплення гарантій самостійності місцевих бюджетів та прийняття Закону України про правовий режим майна спільної власності територіальних громад, про необхідність скорішого прийняття якого йшлося ще в Прикінцевих та перехідних положеннях Закону України від 21 травня 1997 р. «Про місцеве самоврядування в Україні», безумовно, допомогло б у їх вирішенні.

Що стосується місцевих державних адміністрацій, то наявність суттєвих недоліків у їх роботі потребує невідкладного втручання держави щодо їх реформування, оскільки цей інститут публічної влади далеко ще не використав усі надані йому законодавством можливості. В той же час не можна ігнорувати те, що скасування інституту місцевих державних адміністрацій, принаймні на районному рівні, з одного боку, створює ризик повторного «одержавлення» органів місцевого самоврядування, як то вже було в історії нашої держави і визнано негативним явищем для держави, що проголосила себе демократичною, соціальною та правовою, а з другого — може призвести до ліквідації вертикалі управління, а тому і керованості на місцевому рівні.

Отже, принаймні на сьогодні нагальною потребою є не розбалансування системи взаємовідносин між державною владою та місцевим самоврядуванням у зв'язку з різким креном у бік останнього, а розумне поєднання можливостей цих органів публічної влади, з чітким розмежуванням повноважень, функцій і відповідальності за їх виконання.

Надійшла до редколегії 20. 06. 06

ПИТАННЯ ІСТОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

М. Страхів, член-кореспондент АПрН
України

Основні риси зовнішньої політики Української козацької держави Богдана Хмельницького (1648–1657 рр.)

У січні 1648 р. український народ розпочав Визвольну війну проти Речі Посполитої. У цій війні він виявив відчайдушну хоробрість і незламну мужність, пізнав радість перемог і гіркоту невдач, його полководці вражали своїми військовими й організаторськими здібностями.

Талановитим полководцем, видатним політиком був перш за все гетьман Богдан Хмельницький, який очолив національно-визвольну боротьбу українського народу. За часів війни він виявив свій талант стратега та організатора, здатного знаходити вихід з надзвичайно складних ситуацій. Адже завдання перед гетьманом стояло дуже важке. Б. Хмельницький командував військом, котре складалося з різноманітних за своєю якістю елементів, серед яких були і вишколені на польський кшталт реєстрові козаки, і запорожці, що використовували свою особливу тактику ведення військових дій, і погано навчені і озброєні повстанці, серед яких переважало українське селянство, і, нарешті, татарські орди з їх власною командою, які виявили себе дуже ненадійним союзником. У той же час Річ Посполита не тільки мала власні добре озброєні військові сили, а й гроші, аби користуватися найманним військом. Тому Б. Хмельницькому протистояла зразкова польська армія, підсилена німецькими вояками, прославленими на всю Європу¹.

Б. Хмельницький добре розумів, що одержати перемогу в боротьбі з такою державою, як Річ Посполита, наодинці просто неможливо. Вихід він вбачав у пошуках сильного і вірного союзника, у напруженій дипломатичній роботі². Через це його військова діяльність була тісно

¹ Див.: *Полонська-Василенко Н.* Історія України: У 2 т. – К., 1955. – Т. 2. – С. 17, 33.

² Див.: *Голобуцький В.* Дипломатическая история освободительной войны украинского народа 1648–1654 гг. – К., 1962, – С. 218.

пов'язана з дипломатичною, яка іноді набувала першорядного значення. Українська козацька держава розвивала добрі зв'язки з оточуючими її державами, зокрема з супротивниками Речі Посполитої. Б. Хмельницький виявляв надзвичайну енергію та гнучкість, укладаючи союзи, створюючи коаліції, які могли б забезпечити незалежність Українській державі. Йому вдалося укласти військовий союз з Кримським ханством. Вів Б. Хмельницький перемовини і з Туреччиною про можливу участь цієї країни у війні проти Речі Посполитої. Султан пропонував перейти в його підданство, але Б. Хмельницький не погодився з цим. Прагнучи ізолювати Річчю Посполиту, він налагоджував відносини з Валахією, Молдавією, Семиградям (Трансільванією), Швецією. Активно велися перемовини про співробітництво з Московським царством. Було встановлено дипломатичні зв'язки з Австрією, Англією, Венецією, Персією¹. Це свідчить про те, що іноземні держави за тих часів приймали Україну як рівного і гідного партнера. Вони визнавали Україну за рівноправного суб'єкта міжнародних відносин і міжнародного права, що являло найважливішу ознаку держави, ставало реалізацією її суверенітету.

Значною мірою це відбувалося завдяки глибокому розумінню Б. Хмельницьким складної, а іноді й трагічної геополітичної ситуації, що склалася на той час навколо України, урахуванню можливостей Українського народу в боротьбі за визволення і розбудову вільної держави. Географічне розташування України відносно Польщі, Литви, Австрії Франції та інших європейських держав, з одного боку, і Туреччиною, Кримом, Персією — з другого, а також наявність таких північних сусідів, як Москва і Швеція, визначали її особливе геополітичне становище. Україна ставала тим місцем, де перетиналися інтереси різних держав, розгорталася напружена дипломатична боротьба. Україна, отже, опинилася у центрі важливих військових подій та дипломатичного протистояння. До Б. Хмельницького до Чигирини направлялися численні дипломатичні посольства. З невеликого козацького містечка Чигирин перетворився на осередок східної та південно-східної Європи, де зустрічалися дипломати різних держав². Чигирин ставав центром політичного життя Європи. Невипадково в орбіту українського протиборства з Річчю Посполитою опинилися втягнутими багато з європейських країн³.

¹ Див.: Історія держави і права України: Підручник. — У 2 т. /За ред. В. Я. Тація, А. Й. Рогожина. — К., 2000. — Т. 1. — С. 216; *Голобуцкий В. А.* Запорожское козачество. — К., 1957. — С. 282–283.

² Див.: *Полонська-Василенко Н.* Вказ. праця. — С. 32.

³ Див.: *Дынгес А. А.* От Переяславля до Кардиссы: испытание на прочность русско-украинского союза // Міжнародна наукова конференція «340 років Переяславської Ради». — Донецьк, 1994. — Вип. 1. — С. 13.

Українська козацька держава вела боротьбу з сильним, досвідченим супротивником, який розв'язав справжню дипломатичну війну. Річ Посполита всіляко намагалася роз'єднати визвольний рух, відколоти козацьку старшину і реєстрове козацтво від селянства. Польська дипломатія підбурювала Туреччину проти козаків, втягувала Москву у війну проти Хмельницького. У 1650 р. польський король Ян-Казимир у зверненні до австрійського імператора Фердинанда III писав, що Б. Хмельницький загрожує усьому католицькому світу¹.

Не все гаразд було і в козацькому таборі. Виникали розбіжності серед української старшини, деякі представники якої, в тому числі військовий писар Виговський, виступали за примирення з Польщею. Поляки намагалися будь-якими заходами посіяти недовіру до Б. Хмельницького, підірвати його авторитет серед населення. Ян-Казимир у своєму листі до київського митрополита С. Косіва доручив останньому поширювати серед Українського народу чутки, що Б. Хмельницький «побусурманився у поганську віру» і тепер хоче віддати увесь Український народ «у турецьку та кримську неволю». І Косів розсилав повсюди «листи», де закликав населення України повставати проти Б. Хмельницького².

Подолати такі труднощі Б. Хмельницькому вдалося завдяки своєму дипломатичному хисту. Він зумів дезорієнтувати і польського короля, і кримського хана. У протиборстві різних держав і політичних сил гетьману вдавалося знаходити оптимальні рішення, укладати необхідні союзи, визначати вірні зовнішньополітичні спрямування.

Дипломатична діяльність Української козацької держави мала свою специфіку.

Зовнішню політику України визначав особисто гетьман. «Хмельницький, — писав І. Крип'якевич, — довів гетьманську владу до верхів могутності»³. Як незалежний володар він тримав у своїх руках зносини з іншими державами, вів дипломатичні переговори, майстерно використовуючи суперечні інтереси різних країн для зміцнення міжнародного становища України. І лише в крайньому разі найбільш важливі питання зовнішньої політики вирішував на старшинських радах⁴.

¹ Див.: *Голобуцкий В.* Дипломатическая история освободительной войны украинского народа 1648-1654 гг. — С. 218.

² Див.: Там само. — С. 258, 274.

³ Див.: *Крип'якевич І. П.* Історія України. — Львів; 1992. — С. 198.

⁴ Див.: *Холдер С., Дынгес А. А.* О шведской альтернативе Переяславской Раде в 1648–1660 гг. // Міжнародна наукова конференція «340 років Переяславської Ради». — С. 20.

Найближчим дорадником гетьмана у закордонних справах був генеральний писар Іван Виговський, який брав участь у багатьох посольствах і виявив себе талановитим дипломатом¹.

Україна встановлювала і розвивала добрі зв'язки з сусідніми державами, зокрема супротивниками Речі Посполитої. Б. Хмельницький вів переговори з багатьма сторонами, посилював суперечності між сусідами, шукав забезпечення самостійності під гарантією всіх держав, що мали інтереси на Сході². Однак основну увагу він приділяв створенню союзів і коаліції окремих держав, намагався створити міцний і широкий за своїм складом союз, де Україна зможе відігравати вирішальну роль, виявляючи при цьому надзвичайну енергію та гнучкість³.

Б. Хмельницький дуже продумано провадив зовнішню політику. Він вів переговори з усіма сторонами, посилював суперечності сусідів, провадив в разі необхідності інтенсивну дипломатичну підготовку, вдавався до запобіжних заходів⁴. Гетьман не ухилявся перед політичними інтригами, в той же час не підтримував всеціло ні одну із сторін. Оцінюючи дипломатичні дії Б. Хмельницького, М. Грушевський писав: «Взагалі він хитрував старим козацьким звичаєм, і силкуючись залучити якнайбільше сусідів до своєї боротьби з Польщею, кожному говорив те, що йому було б приємно почути, аби тільки зтягнути»⁵.

Національно-визвольна боротьба Українського народу відбувалася у надзвичайно складних умовах. Українські землі, що перебували під владою Б. Хмельницького, оточували з усіх боків або відкриті вороги (Річ Посполита), або союзники, готові на зраду (Кримське ханство), або ненадійні «нейтральні» країни (Молдавія, Волощина та ін.). За таких умов дипломатична діяльність набиравала особливого значення. Головним завданням для гетьмана ставав пошук надійного союзника, а звідси — і визначення головного напрямку зовнішньої політики.

Першим таким зовнішньополітичним напрямом став для Б. Хмельницького намір одержати допомогу і військову підтримку від Кримського хана. Але спроба виявилася невдалою, бо татари неодноразово зраджували гетьмана. Так було під Зборовом 1649 р., коли Іслам-Гірей, одержавши від поляків 30 000 талерів, за спиною у козаків уклав мир з польським королем, і у 1651 р. під Берестечком і, нарешті, під Жванцем у 1653 р., коли кримський хан домовився з польським королем і уклав з

¹ Див.: Велика історія України від найдавніших часів: У 2 т. – К., 1993. – Т. II. – С. 65.

² Див.: Крип'якевич І. П. Історія України. – С. 190, 201.

³ Див.: Грушевський М. Ілюстрована історія України. – К., 1992. – С. 228.

⁴ Див.: Історія України: Курс лекцій у 2 книгах. – Кн. I. – С. 223, 229.

⁵ Див.: Грушевський М. Вказ. праця. – С. 289.

ним Жванецький договір, за яким одержав право протягом 40 днів брати «ясир» на Волині¹. Слід підкреслити, що двічі – під Зборовом і під Жванцем – польський король Ян-Казимир був у безвихідній ситуації, з якої його врятували татари.

Все це остаточно переконало Б. Хмельницького в тому, що на допомогу татар не варто було розраховувати, що Кримське ханство не допустить існування незалежної Української держави².

Невдачі з Кримським ханством змінили зовнішньополітичні наміри Б. Хмельницького. Тоді він обрав балканський вектор своєї політики. Виник план українсько-валахської угоди, навколо якої міг утворитися союз східних країн. Початок майбутнього союзу повинно було скріпити одруження сина Б. Хмельницького Тимоша з дочкою господаря Молдавії Василя Лупула Роксандою. Після перемоги Тимоша у 1651 р. над польським військом під Батогом справили у серпні 1652 р. весілля Тимоша і Роксанди. Батогська перемога і одруження Тимоша стали дипломатичною перемогою Б. Хмельницького, яка забезпечувала його просування на Балкани і можливість у перспективі включення до союзу Литви. Річ Посполита після цих подій втратила досить сильного союзника.

У 1653 р. на Лупула напали семигородський князь Ю. Ракоці і волоський господар. Тимош відправився на допомогу Лупулу, однак загинув під час облоги Сучави. Катастрофа балканської політики заподіяла страшний удар дипломатичній політиці Б. Хмельницького, який збирався посадити на молдавський престол Тимоша і тим самим забезпечити надійний західний кордон³.

Значною дипломатичною акцією Б. Хмельницького були відносини з Семигородським князем Ю. Ракоці як союзником у боротьбі проти Речі Посполитої. Однак дипломатичні переговори не дали бажаного результату. Гетьман іншого і не чекав. Він вів переговори з Ракоці лише заради того, аби показати полякам, що у нього може бути і такий союзник, як Семигородське князівство⁴.

Ще одним важливим напрямом зовнішньої політики Б. Хмельницького були зв'язки з Туреччиною, яка була зацікавлена у дружніх стосунках з Україною. Султан навіть пропонував Б. Хмельницькому віддати себе разом з народом «у протекцію Турецьку». Однак козаки відповіли, що «під його рукою бути не бажають»⁵.

¹ Див.: *Замлинский В. А.* Богдан Хмельницкий. – М., 1989. – С. 258.

² Див.: *Крип'якевич І. П.* Вказ. праця. – С. 188.

³ Див.: *Полонська-Василенко Н.* Вказ. праця. – С. 21.

⁴ Див.: *Замлинский В. А.* Вказ. праця. – С. 200; *Голобуцкий В.* Дипломатическая история... – С. 175.

⁵ Див.: *Замлинский В. А.* Вказ. праця. – С. 269.

Складними і напруженими були відносини з Москвою. Починаючи з 1648 р., гетьман час від часу звертався до Москви з проханням допомоги в боротьбі з Річчю Посполитою. Певна допомога надавалась, але на більш тісний союз Москва не йшла¹. І лише «по довгих ваганнях, — писав М. Грушевський, — московське правительство рішилося прийняти Україну під царську руку й розпочати з Польщею війну»². Відбулося це тільки після рішення Земського Собору 1 жовтня 1653 р., а остаточно союз з Москвою було схвалено 8 січня 1654 р. Переяславською Радою. Своє юридичне оформлення він одержав у Березневих статтях 1654 р.³

Головні наслідки Переяславської угоди були такими.

По-перше, вона не вирішувала долю України в цілому, а торкалася лише території, яка перебувала під владою Б. Хмельницького, тобто приблизно 20 відсотків українських земель.

По-друге, московський цар приймав під свою високу руку не окрему державу чи країну, а «гетьмана Богдана Хмельницького і все Військо Запорозьке з містами і землями».

По-третє, договір 1654 р. був двостороннім і рівноправним. Тому українська державність, що зароджувалась, зберігала незалежність у своєму внутрішньому житті. У Жалуваній грамоті царя Олексія Михайловича від 27 березня 1654 р. було сказано: «Богдану Хмельницкому, гетману Войска Запорожского, и всему нашему царского величества Войску Запорожскому быти под нашою царского величества высокою рукою по своим прежним правам и привилиям и по всем статьям, которые писаны выше сего»⁴.

Після Переяславської угоди українська державність зберігає свою незалежність і у зовнішньополітичній сфері. Якраз у цей період спостерігається активізація української дипломатії. Березневі статті і Жалувана грамота Олексія Михайловича Війську Запорозькому дозволяли вести під контролем Москви дипломатичні стосунки. Обмеження було встановлено лише відносно Туреччини й Польщі. Б. Хмельницький повністю використав таку можливість. Він намагався створити коаліцію у складі Швеції, Бранденбурга, Семигородського князівства, Молдавії, Волощини, Литви та України⁵.

¹ Див.: *Полонська-Василенко Н.* Вказ. праця. — С. 22.

² Див.: *Грушевський М.* Вказ. праця. — С. 292.

³ Див.: *Воссоединение Украины с Россией. Документы и материалы: В 3 т. — М., 1953. — Т. 3. — С. 551–555.*

⁴ Там само. — С. 569.

⁵ Див.: *Полонська-Василенко Н.* Вказ. праця. — С. 31.

Відносини зі Швецією взагалі стають у цей час найбільш важливим напрямом дипломатичних відносин Б. Хмельницького¹. Швеція намагалась утвердити своє панування на Балтиці шляхом військового вторгнення у землі Яна-Казимира. Б. Хмельницький вирішив підтримати шведську експансію не тільки заради визволення українців від Польщі, а й також для того, аби «розв'язати собі руки в відносинах з Московією»². У липні 1655 р. шведський король Карл X у союзі з Семигородським князівством розпочав похід через Прусію на Варшаву і Краків. Б. Хмельницький приєднався до нього³. Становище Польщі було критичним. Врятувала її дипломатія. Польща звернулася до Москви з пропозицією сепаратного перемир'я, яке і було підписане у 1656 р. у Вільні без представників Б. Хмельницького, чим Москва порушила Переяславські угоди. Б. Хмельницький не погодився з припиненням війни проти Польщі. Однак вторгнення Данії в Швецію змусило Карла X вивести значну частину своїх військ з території Речі Посполитої. Потрібен був пошук нових політичних комбінацій. Однак 6 серпня 1657 р. гетьмана не стало.

Таким чином, як свідчить історія Визвольної війни Українського народу, активна зовнішня політика, яку провадив Б. Хмельницький, була суттєвою передумовою успіхів і перемог українського війська. Вона допомагала зміцненню міжнародного становища України, зростанню її ролі як суб'єкта відносин у Східній і Південно-Східній Європі, включала в орбіту українського протиборства з Річчю Посполитою політиків і дипломатів від Стамбула до Стокгольма.

Надійшла до редколегії 07. 08. 06

В. Рум'янцев, член-кореспондент АПрН
України

Державно-правові аспекти програмних документів Кирило-Мефодіївського товариства (до 160-річчя Кирило-Мефодіївського товариства)

Кирило-Мефодіївське товариство (1846–1847 рр.) стало першою в Україні нелегальною політичною організацією, яка ставила за мету

¹ Див.: Федорук Я. О. Зовнішня політика Б. Хмельницького 1654–1657 рр. // Міжнарод. наук. конф. «340 років Переяславської Ради». – С. 49.

² Див.: Грушевський М. Вказ. праця. – С. 297.

³ Див.: Федорук Я. О. – Вказ. праця. – С. 50.

національне та соціальне визволення українського народу, возз'єднання його в єдиній соборній державі з одночасним створенням федерації добросусідських слов'янських країн. Висуваючи такі завдання, Кирило-Мефодіївське товариство не могло оминати державно-правових проблем побудови майбутніх слов'янських держав, зокрема української, а також слов'янської федерації в цілому.

У витоків товариства стояв професор Київського університету, магістр історії М. Костомаров. У Києві на початку 1846 р. він зближується з передовими, прогресивно мислячими представниками української інтелігенції: М. Гулаком, чиновником канцелярії генерал-губернатора, правознавцем, вчителями П. Кулішем і Д. Пильниковим, студентами Київського університету В. Білозерським, О. Навроцьким, І. Посадою, Г. Андрузьким, О. Марковичем, О. Тригубом, поетом і художником Т. Шевченком¹. Вони були добре обізнані з кращими європейськими та світовими моделями соціально-політичного устрою розвинутих країн, знали реальний стан речей в російському політичному устрої. Тому не випадково, що саме в їхньому середовищі зароджуються ідеї знищення кріпацтва та повалення самодержавства, створення незалежних слов'янських держав з республіканською формою правління та об'єднання цих держав на принципах рівності у єдину слов'янську федерацію. Реалізувати ці завдання мало створене тоді ж Кирило-Мефодіївське товариство.

За великим рахунком ідеї кирило-мефодіївців лежали в площині панславізму, оскільки зводилися до визволення й об'єднання слов'янських народів. Але засоби досягнення цієї мети суттєво відрізнялися від програмних положень останніх. Основний постулат панславістів зводився до необхідності звільнення слов'ян від іноземного поневолення та об'єднання їх під началом Російської імперії. Натомість погляди Кирило-Мефодіївського товариства полягали у духовному і політичному об'єднанні слов'ян, при цьому кожний народ мав одержати власну незалежну державу, рівні права і свободи для громадян. «Кожне слов'янське плем'я повинно мати свою самостійність... — йшлося в Статуті товариства, — правління народне і дотримуватись повної рівності співгромадян за їх народженням, християнським віросповіданням і станом»².

Зважаючи на нетривалий період існування Кирило-Мефодіївського товариства, його програмні положення, особливо державно-правові, були викладені в різних джерелах, зокрема, «Книгах буття українського

¹ Див.: *Сергієчко П. П.* Соборна Україна: від ідеї до життя. – К., 1993. – С. 23–24.

² *Костомаров М. І.* Закон Божий (Книги буття українського народу). – К., 1991. – С. 34. (тут і далі назви і цитати із джерел подаються мовою оригіналу. – *В. Р.*)

народу», «Статуті Слов'янського товариства св. Кирила і Мефодія», «Поясненні В. М. Білозерського до Статуту Кирило-Мефодіївського братства», відозвах братства «Брати українці!» та «Братья великороссияне и поляки». Розумінню державно-правової ідеології товариства допомагають різні проекти, листи, записки, художні та публіцистичні твори його членів, а також матеріали слідства.

І хоча ідеї товариства, зокрема державно-правові, як згадував М. Костомаров, перебували на початковому етапі формування і знаходилися у «младенческому» стані, проте вони «глубоко оставались во всех нас как заветные в жизни»¹.

Як видно з усіх цих матеріалів, ідеологія Кирило-Мефодіївського товариства сформувалася насамперед під впливом тодішньої кріпосницької дійсності, російського визвольного руху, зокрема «Товариства об'єднаних слов'ян», під впливом руху слов'янських народів за визволення з-під влади Туреччини й Австрії, ідей польського визвольного руху, а також під впливом передової західноєвропейської громадської думки, утопічного і християнського соціалізму.

У програмних документах Кирило-Мефодіївського товариства йшлося по суті про три блоки державно-правових проблем: по-перше, про права і свободи слов'янських народів, зокрема народу України; по-друге, про майбутній державний устрій деяких слов'янських народів і слов'янської федерації загалом; по-третє, про форму їх правління.

При визначенні проблеми прав і свобод людини в слов'янських державах за основу бралися християнські заповіді, зокрема визначення взаємовідносин, з одного боку, людини, а з другого — влади і держави. Основна думка кирило-мефодіївців полягала в тому, що людина народжується з правами, які даровані їй Богом. З огляду на ці позиції, Устав Кирило-Мефодіївського товариства закріплював рівність усіх громадян слов'янського світу, незалежно від релігійної приналежності і соціального стану. Особливо підкреслювалось, що «суспільство буде старатися заздалегідь про викорінення рабства та всілякого гноблення нижчих класів»².

Такий підхід давав однозначну відповідь на питання, що первинне — людина чи держава, і хто кому повинен служити? У програмних документах товариства відповідь на це питання є однозначною — перш за все людина, а держава з її органами є лише допоміжним знаряддям,

¹ Костомаров Н. И. Автобиография // Костомаров Н. И. Исторические произведения. Автобиография. – К., 1989. – С. 474–475.

² Матеріали до історії Кирило-Мефодіївського братства. Признання кирило-мефодіївців. – К., 1915. – С. 112.

хоча і дуже важливим, навіть основним, у забезпеченні і захисті прав і свобод людини.

Такий підхід не був притаманний російським панславістам. Протягом майже півтора століття вони вважали, що права і свободи людини і громадянина милостиво надаються народові монархом, а пізніше — державою¹.

Провідне місце в програмних документах товариства посідали проблеми майбутнього державного устрою України і слов'янських держав. Погляди кирило-мефодіївців виходили з критики Турції, Австрії та Росії, які пригноблювали слов'ян. Визволення українського народу мислилося соборно, разом з визволенням усіх слов'янських народів Росії, Польщі, Чехії, Хорватії, Сербії і Болгарії. Причому братчики були переконані в особливій месіанській ролі України в тому, що саме Україна повинна власним прикладом показати шлях до свободи і незалежності, встановивши у себе республіканську форму правління, яка мала стати державною формою в усіх слов'янських країнах. «... Встане Україна зі своєї могили і знову озветься до братів слов'ян, і почують заклик її, і повстане Слов'янщина, і не зостанеться ні царя, ні царевича, ні царівни, ні князя, ні графа, ні герцога, ні сіятельства, ні превосходительства, ні пана, ні боярина, ні селянина, ні холопа — ні у Великій Росії, ні в Польщі, ні в Україні, ні в Чехії, ні у хорутан, ні в сербів, ні у болгар»².

У документах товариства йшлося про втілення в життя ідеї визволення і єднання слов'янських народів. А невдовзі ця ідея, як зазначав М. Костомаров, «...у нашій уяві не обмежувалася в образах, у яких, як нам здавалося, вона повинна була втілитися для майбутньої історії...». Майбутнє ж члени товариства вбачали у федеративному устрої. «Усі слов'янські народи нам бачилися об'єднаними між собою у федерації — подібно до стародавніх грецьких республік чи Сполучених Штатів Америки, — з тим, щоб усі перебували в міцних зв'язках між собою, але кожна щоб свято зберігала свою автономію... В усіх частинах федерації передбачались однакові основні закони й права, однакові одиниці міри, ваги, однакові монети, відсутність митниць і свобода торгівлі, загальне скасування кріпаччини та рабства у будь-якому вияві, єдина центральна влада, яка відала б стосунками поза союзом, військом і флотом, але певна автономія кожної частини стосовно внутрішніх установ, внутрішнього управління, судочинства і народної освіти...»³.

¹ Див.: Фрицький О. Ф. Історичні долі однієї ідеї: державно-правові аспекти програми Кирило-Мефодіївського товариства / Науковий вісник Української академії внутрішніх справ. – К., 1996. – № 1. – С. 34.

² Костомаров М. І. Закон Божий (Книги буття українського народу). – С. 30.

³ Костомаров Н. І. Автобіографія. – С. 474.

При об'єднанні у федерацію усі республіки мали бути рівними, їм забезпечувалась широка автономія («самостійність»), кожна була повинна мати свій обраний народом верховний законодавчий орган — сейм, місцеві органи влади також мусили бути виборними. Для керівництва загальнофедеративними справами, передусім зовнішніми зносинами, армією і флотом, повинен був існувати «загальний слов'янський собор» з представників усіх народів. Він мав збиратися у Києві. У всіх частинах федерації повинні бути однакові основні закони і права, абсолютна рівність громадян, мали бути ліквідовані стани, дворянські та інші привілеї, смертна кара й тілесні покарання, забезпечена свобода віросповідання, запроваджене обов'язкове навчання народу, єдину систему мір, ваги, монети, свободу торгівлі і усунено митні кордони¹.

М. Костомаров і його однодумці ставили Україну в центр майбутнього слов'янського союзу і вважали її своєрідним месією слов'ян не випадково. Вони виходили з того, що саме українська нація являє собою особливу єдність, яка пройнята духом рівності і братерства, а відтак, найбільш пристосована до республіканської форми правління. «І не любила Україна, — говориться в „Книгах буття українського народу», — ні царя, ні пана, а зкомпоновала собі козацтво, єсть то істее братство, куди кожний, приступаючи, був братом других... і були козаки між собою всі рівні, і старшини вибиралися на раді і повинні були слугувати всім по слову Христовому, і жодної помпи панської і титула не було між козаками»².

Ще до створення Кирило-Мефодіївського товариства М. Костомаров у праці «Думки про федеративне начало Древньої Русі» обґрунтовував ідею про необхідність розбудови української децентралізованої держави і встановлення федеративних основ у відносинах між народами Росії. Що стосується інших слов'янських народів, то він висловлював ідею об'єднання слов'ян у федеративну республіку з наданням кожному народові рівних прав.

Слов'янська держава мала виділитися зі складу трьох монархій — Росії, Туреччини та Австро-Угорщини і створити свої самостійні і незалежні держави з республіканською формою правління. Спільність цих слов'янських держав повинна була забезпечити федеративна парламентська республіка. Таке об'єднання мало гарантувати збереження суверенності слов'янських держав. У поясненні до статуту Кирило-Ме-

¹ Див.: *Рибалка І. К.* Історія України. Частина 2: Від початку XIX ст. до лютого 1917 року. — Х., 1997. — С. 107.

² *Костомаров М. І.* Закон Божий (Книги буття українського народу). — С. 24.

фодіївського братства В. Білозерський стосовно України зазначав, що «отдельное ее существование невозможно: она будет находиться между нескольких огней, будет теснима и может претерпеть горестнейшую участь. Единственное средство... для возвращения народных прав заключается в соединении славянских племен в одну семью под охранением закона, любви и свободы каждого. Соплетшись руками дружбы, они защитят себя от всякого варвара и возвратят свои права...»¹

Неоднозначним з погляду форми державного устрою слов'янського союзу є положення про те, «щоб був один сейм або рада слов'янська, де б сходились депутати від усіх Речей Посполитих і там розважали б і порішали такі діла, котрі б належали до цілого Союзу слов'янського»².

Безумовно має право на існування думка про те, що передбачене в програмних документах створення спеціального центрального органу не є об'єднанням слов'янських країн у формі федерації, оскільки остання є самостійним державним утворенням з кількох суверенних держав, інакше кажучи, держави-члени утворюють центральну державу — федерацію, яка сама стає державою. А створення загальної «ради слов'янської» ще не означає, що створюється загальна для всіх слов'янських країн центральна держава. Це лише орган для вирішення спільних питань³.

У такому контексті можна припустити, що найбільш імовірним зразком моделі майбутньої федерації слов'янських народів міг стати історичний досвід Польщі останньої третини XVI — першої половини XVII ст. На підставі Люблінської унії 1569 р. Польське королівство і Велике князівство Литовське «складають з обох вищезазначених народів одно, нерозрізняване, неподільне тіло» — Річ Посполиту⁴. При цьому унія не припиняла існування ні Польського королівства, ні Великого князівства Литовського, а зв'язувала їх нерозривними узами; відтоді і в Польщі (Короні), і в Литві (Князівстві) мав бути один государ, один загальний парламент (сейм), але кожна з частин цієї двоєдиної держави мала свій власний апарат управління.

В той же час неможливо не звернути увагу на ту обставину, що ретельно виписані державні структури слов'янського союзу — це, поперше, наявність «сейму або ради слов'янської», яка мала розв'язувати проблеми, що належали до цілого союзу, а по-друге — що в союзі

¹ Костомаров М. І. Закон Божий (Книги буття українського народу). – С. 37.

² Там само. – С. 33.

³ Див.: Фрицький О. Ф. Вказ. праця. – С. 37.

⁴ Див.: Хрестоматія з історії держави і права України. У 2 т. / За ред. члена-кореспондента Академії правових наук України В. Д. Гончаренка. – К., 1997. – Т. 1. – С. 123.

мав бути правитель, «вибраний на рока». Така структура дає підстави принаймні для двох висновків: слов'янський союз мав бути сталим, постійно діючим державним утворенням, в якому передбачалось чітко розмежувати компетенцію між окремими країнами і союзом в цілому. Це є переконливим свідченням наявності федералістських засад в організації слов'янського союзу.

Окремі положення історичного досвіду Русі були використані М. Костомаровим при обґрунтуванні необхідності створення федерації слов'янських народів. Зокрема, у «Книгах буття українського народу» він поряд з ідеєю єдності трьох народів — українського, польського і російського — висловлює думку про те, що при «об'єднанні кожне слов'янське плем'я повинно мати свою самостійність», що кожний народ «скомпанував свою Річ Посполиту і управлявся би незалежно з другими, так щоб кожний народ, мав свою мову, свою літературу і свою справу». У відозві «До українства» М. Костомаров писав: «Щоб в кожній Речі Посполитій був свій правитель, вибраний на годa, і над цілим союзом був би правитель, вибраний на годa»¹. Створення саме такої федерації М. Костомаров обґрунтовував тим, що стародавніх слов'ян об'єднувало: християнська віра і єдина церква; походження, мова і побут; єдиний княжий рід. «Вся історія Русі удільного укладу є поступовий розвиток федеративного начала, але боротьба з началом єдинодержавія»².

М. Костомаров висував ідею федеративного державного устрою перш за все як альтернативу само державності, формою державного устрою є унітарна держава, яка ніякої самостійності окремим своїм частинам не надає.

Ідея саме такого федеративного державного устрою переслідувала і практичну мету — цивілізованого виділення України із складу Російської імперії, але із збереженням з нею тісних політичних, економічних і культурних зв'язків, що відповідало як прагненням українського народу до самостійності, так і традиційним україно-російським зв'язкам. Що ж стосується сутності запропонованої моделі федерації слов'янських народів, то суб'єктами федерації мали стати незалежні держави, що є характерним для класичних федерацій. В той же час питання, загальні для всіх суб'єктів федерації, мали вирішуватися єдиним загальнодержавним органом, що більше відповідає сутності конфедерації³.

Щодо форми правління слов'янських народів, то програмні документи Кирило-Мефодіївського товариства передбачали республіканську

¹ Костомаров М. І. Закон Божий (Книги буття українського народу). – С. 23–26.

² Костомаров Н. Исторические монографии и исследования. – СПб, 1863. – Т. 1. С. 55–56.

³ Див.: Фрицький О. Ф. Вказ. праця. – С. 40.

форму правління з переважанням парламентських елементів. У цьому питанні кирило-мефодіївці розвивали республіканські традиції декабристів. Головна ідея полягала в духовному і політичному об'єднанні слов'ян. При цьому кожний народ мав рівні права здобути повну незалежність, встановити «народне правління» (республіку), а також запровадити свої законодавство, право власності, освіту тощо.

Товариство ставило за мету об'єднання слов'янських народів на засадах збереження суверенності кожної слов'янської держави. У відозві «Брати українці!» декларувалося, «щоб кожен народ зкомпанував свою Речь Посполиту і управлявся несмісимо з другими, так, щоб кожен народ мав свій язык, свою літературу і свою справу общественну»¹. Суверенність слов'янських народів є головною ідеєю Статуту Кирило-Мефодіївського товариства. У п. 2 Статуту наголошувалося, що «при соединении каждое славянское племя должно иметь свою самостоятельность»².

Щодо форми правління кожної окремої слов'янської держави, то вона бачилась братчикам як президентська республіка. Так, у п. 4 відозви «Брати українці!» передбачалося, «щоб в кожній Речі Посполитій був свій правитель, вибраний на года»³. І нічого не говорилося про представницькі, парламентські установи для кожної слов'янської країни. Посада правителя асоціювалася швидше за все з посадою президента, оскільки, на думку М. Костомарова, «слов'янин не любить ні царя, ні пана»⁴.

Що стосується державно-правової моделі об'єднання слов'янських народів, то вона виглядала як федеративна республіка з наданням кожному народові — суб'єкту федерації — рівних прав і свобод. Щодо форми правління федерації, то вона вбачалась змішаною — парламентсько-президентською. У тій же відозві «Брати українці!» говорилося, «щоб був один сейм або рада слов'янська, де б сходились депутаты оду всіх Речей Посполитих і там розважали і там порішали такі діла, котрі б належали до цілого Союзу слов'янського», а далі — «і над цілим Союзом був би правитель, обраний на года»⁵.

Учасник Кирило-Мефодіївського товариства Г. Андрузький в «Начерку Конституції Республіки» також закладав ідею слов'янської федерації, до складу якої мали входити сім автономних штатів зі своїми президентами. Передбачалося також посада президента як глави всієї федерації. Начерк не виключав наявності представницьких органів, наділених законодавчи-

¹ Костомаров М. І. Закон Божий (Книги буття українського народу). – С. 33.

² Там само. – С. 34.

³ Там само. – С. 33.

⁴ Кирило-Мефодіївське товариство: у 3 т. – К., 1990. – Т. 3. – С. 17.

⁵ Костомаров М. І. Закон Божий (Книги буття українського народу). – С. 33.

ми повноваженнями на рівні як штатів, так і федеративної держави¹. На жаль, автор не торкався питань щодо порядку організації парламентських установ і порядку посідання посади як президента слов'янської федерації, так і президентів штатів, а також строків їх повноважень².

Незважаючи на короткочасний строк існування Кирило-Мефодіївського товариства, певну недосконалість і розпорошеність державно-правових ідей, головне, що було зроблено братчиками, — це обґрунтування ідеї та концепції української самостійної держави, побудованої на демократичних засадах, як закономірного і неминучого розвитку України.

Надійшла до редакції 07. 08. 06

В. Єрмолаєв, професор НЮА України

Українська Центральна Рада: процедурні питання у здійсненні повноважень вищого представницького органу державної влади

У попередній статті автора йшлося про організацію і порядок роботи Української Центральної Ради (УЦР), розроблення законодавчої процедури та механізму їх реалізації. В даній статті ставиться за мету дослідити процедуру питання у здійсненні нею повноважень як представницького органу державної влади.

Головною функцією УЦР, як уже відзначалося, стало законотворення. Найбільш повне уявлення про сам законодавчий процес в УЦР, так і порядок підготовки та розгляду законопроектів дає процедура підготовки та розгляду найважливіших, складних законів, таких як Тимчасовий земельний закон або Закон «Про національно-персональну автономію».

Спроби УЦР ще влітку і в жовтні 1917 р. розглянути й затвердити земельний законопроект, розроблений Секретарством земельних справ і поданий Тимчасовому уряду, «наслідків не дали»³. Після його падіння на сьомій сесії УЦР 30 жовтня Секретарство земельних справ представило загальним зборам той самий законопроект про передачу землі зе-

¹ Див.: *Слюсаренко А. Г., Томенко М. В.* Історія української конституції. — К., 1993. — С. 50–51.

² Див.: *Романенко О. В.* Розвиток політико-правової думки XIX–XX ст.: про інститут президентства в Україні / *Держава і право. Юридичні і політичні науки.* — К., 2001. — Вип. 12. — С. 201–202.

³ Див.: Українська Центральна Рада. Документи і матеріали: У 2 т. — К., 1996. — Т. 1. — С. 356–357.

мельним комітетам. Обґрунтовуючи необхідність його прийняття, К. Мацієвич посилався на те, що це «тимчасовий законопроект, який не порушує основ володіння, не одміняє земельної власності». За прийнятою резолюцією, проект якої було запропоновано фракцією соціалістів-революціонерів, законопроект було вирішено прийняти «до відома». Визнаючи цю справу негайною, збори доручили Малій раді «детально обміркувати», доповнити, ухвалити його «і через Секретаріат перевести в життя, ідучи невпинно до соціалізації землі»¹. Проте справа підготовки закону виявилася складнішою.

При обговоренні проекту III Універсалу на засіданні Малої ради лунали протести проти переходу землі в розпорядження земельних комітетів без викупу². Однак, враховуючи радикальні вимоги найбільшого селянства, III Універсал повідомляв про скасування існуючого права власності на землю, оголошував її власністю всього трудового народу і передачу йому землі без викупу. УЦР доручала генеральному секретарству земельних справ негайно розробити закон про те, як поряdkувати земельним комітетам до Українських Установчих зборів. Та вони вже розподіляли поміщицькі землі та майно.

На восьмій сесії УЦР у грудні 1917 р. Б. Мартос повідомив про «ті страшні розрухи та безлад, які виникли по селах через хибно зрозумілий проголошений Третім Універсалом перехід землі до рук народу». Він закликав УЦР найскоріше вирішити земельне питання³. На зборах було зачитано проект «Тимчасового земельного закону» і почалось тривале й гостре його обговорення на шести засіданнях 14–17 грудня. Було схвалено резолюцію, запропоновану фракцією соціалістів-революціонерів, яка визнала законопроект «не відповідаючим інтересам трудового селянства України», пропонувала створити комісію з представників фракцій «з правом кооптації фахівців з дорадчим голосом», «цілковитого скасування власності на землю та соціалізації її», комісія не роз'їдеться, поки новий закон не буде представлений і затверджений Малою радою. Посада ж генерального секретаря земельних справ мала бути негайно замінена українським есером. За резолюцію есерів проголосувало 131, проти – 101, утрималось 13 членів Ради. Проект резолюції фракції українських соціал-демократів, який пропонував створити комісію на пропорційній основі, не набрав більшості⁴. Таким чином, домінування есерів в УЦР визначило

¹ Див.: Українська Центральна Рада. Документи і матеріали. – Т. 1. – С. 377.

² Див.: Там само. – С. 398.

³ Див.: Там само. – Т. 2. – С. 22–24.

⁴ Див.: Там само. – С. 28–29, 34–55.

найголовніші засади розв'язання земельного питання, вирішально вплинуло на порядок подальшої роботи над проектом закону.

19 грудня газета «Народна воля» подала інформацію про роботу земельної комісії: робота відбувається «безперестанно», кожного дня до 12 години ночі, «досі обговорюються основні засади Тимчасового земельного закону»¹.

У IV Універсалі повідомлялось про закінчення роботи комісії. Законопроект «цей буде розглянуто за кілька днів у повній Центральній Раді»². Але робота останньої відбувалась «під гарматні постріли та вибухи снарядів», як записано в протоколі, і тому (знов втручання надзвичайних обставин!) процедура обговорення законопроекту була порушена. П. Христюк лише виклав «основні принципи та головні ідеї» нового законопроекту (пояснювальна записка і всі матеріали до законопроекту залишились у арештованих членів комісії) та прочитав його³. На наступному засіданні загальних зборів М. Грушевський запропонував зборам «без обговорення затвердити внесений напередодні проект земельного закону в цілому з тим, щоб потрібні дрібні поправки до цього закону потім зробити Малій раді». УЦР одногослосно прийняла земельний закон. Так надзвичайні обставини й есерівські уподобання Голови УЦР позначились на багатостраждальному законі, процедурі його читання, обговоренні та прийнятті.

Більш гладко йшла підготовка Закону «Про національно-територіальну автономію». Законопроект, який довго вироблявся Генеральним Секретаріатом, було подано в Малу раду з поправками комісії законодавчих внесень 30 грудня 1917 р. Розпочалось його обговорення, яке тривало до 9 січня 1918 р. Закон було прийнято з поправками «після постатейного читання і детального обміркування... одногослосно під грім оплесків усіх присутніх»⁴.

Законодавчий процес не зупинився і під час перебування УЦР на Волині. Незважаючи на те, що Мала рада збиралася не в повному складі (найменше — 12–14 її членів), вона приймала важливі закони і рішення. Судячи з протоколів, це відбувалося за спрощеною процедурою: внесення раніше напрацьованих законопроектів тією чи іншою комісією (частіше — комісією законодавчих внесень), які приймались після короткого обговорення або й без нього. Так були прийняті закони про перехід України на нове літочислення, про державну символіку, про грошову одиницю, про Тимчасовий статут, про громадські роботи та ін.

Після повернення до Києва засідання Малої ради відбувалися (майже щоденно) за звичайним режимом — «членів Ради багато. Хори пере-

¹ Українська Центральна Рада. Документи і матеріали. – Т. 2. – С. 50.

² Там само. – С. 103.

³ Див.: Там само. – С. 113.

⁴ Там само. – С. 82–83, 87–88, 98.

повнені публікою»¹. Більше уваги приділяється додержанню регламенту, ретельному опрацюванню проектів законів, їх обговоренню. У квітні 1918 р. порядок проходження законопроектів був дещо формалізований. Проекти повинні були надсилатись до канцелярії за 2–3 дні до початку їх розгляду. У кожному проекті повинні були міститися посилення на чинні закони чи установи, а також думка керівників міністерств щодо скасування або змін старих законів².

Тексти законів та інших законодавчих актів, прийнятих УЦР, оформлялися її канцелярією і підписувались Головою Ради або одним з його товаришів чи заступників, секретарем, а затверджувалися генеральним писарем чи виконуючим його обов'язки. Короткі закони або постанови УЦР друкувалися у вигляді витягів з протоколу засідання. Законодавчі акти друкувалися у газетах «Вісти з УЦР», «Нова рада», «Вісник Генерального Секретаріату», «Народна воля», «Робітнича газета» та інших для широкого освідомлення населення. Текст Конституції УНР 29 квітня 1918 р. був розглянутий Малою радою у трьох читаннях і прийнятий³. Проте на його промульгацію вже не вистачило часу, і Основний закон УНР не набрав правової чинності.

Установча діяльність УЦР по формуванню «парламентського уряду» теж відбувалася за виробленою нею процедурою. Основними елементами і етапами установчої процедури були: вироблення її президією і Малою радою списку членів уряду; обговорення його на нарадах фракцій, на загальних зборах або засіданнях Малої ради — складу та програмної декларації, їх затвердження. Так, список першого складу Генерального Секретаріату було складено на засіданні Малої ради 17 червня⁴. П'ята сесія УЦР обговорила й ухвалила його склад та Декларацію, внівши зміни в її зміст за пропозицією фракцій⁵.

Після II Універсалу Мала рада розглянула зміни в його складі, затвердила бюджети окремих Секретарів, прийняла Статут Генерального Секретаріату⁶. Його ж відставка після «Інструкції» Тимчасового уряду і формування нового складу розглядалися спочатку на нарадах фракцій, які не дійшли згоди щодо кандидатур генеральних секретарів та принципів формування уряду. За прийнятою пропозицією фракції українських есерів Мала рада ухвалила доручити формування Кабінету пре-

¹ Українська Центральна Рада. Документи і матеріали. – Т. 2. – С. 190, 195, 226, 231 та ін.

² Див.: Український парламентаризм: Минуле і сучасне / За ред. Ю. С. Шемшученка. – К., 1999. – С. 89.

³ Див.: Українська Центральна Рада. – Т. 1. – С. 329.

⁴ Див.: Там само. – С. 105–106.

⁵ Див.: Там само. – С. 116–120, 131–132, 134.

⁶ Див.: Там само. – С. 176–178, 179, 180–182, 183.

зидіям фракцій. Незважаючи на те, що фракція есерів не дійшла згоди з іншими фракціями і утрималась при голосуванні, Мала рада затвердила узгоджений список генеральних секретарів і доручила Президії подати його на затвердження Тимчасового уряду¹.

Після падіння уряду сьома сесія УЦР 29 жовтня заслухала звіти генеральних секретарів, без обговорення затвердила доповнення Секретаріату комісарами у справах військових, судових, продовольчих, залізничних, пошти та телеграфу². Розширення складу Генерального Секретаріату було продовжено на загальних зборах 1 листопада. «За згодою фракцій» було затверджено генеральних секретарів та комісарів (останні в подальшому теж зватимуться генеральними секретарями. — В. Є.). Представники партій «меншостей» (меншовики, народні соціалісти, сіоністи, бундівці) домоглися перерви для проведення наради. Після перерви вони запропонували свою кандидатуру від Бунду. Подані кандидатури було затверджено³.

Теж на сесії і теж майже без обговорення на дев'ятих загальних зборах було сформовано склад Ради народних міністрів⁴. Кандидатури міністрів і «головні точки програми» Кабінету представляв В. Голубович. Отже, і раніше кандидатура голови уряду окремо не подавалась і не обговорювалась.

Після повернення УЦР до Києва В. Голубович подав 19 березня 1918 р. Малій раді «список нового кабінету». Потім виступили представники фракцій з оцінкою дій уряду, заявами щодо його нового складу та з приводу відсутності декларації⁵. Остаточний список кандидатур складу Кабінету міністрів і «Декларацію В. Голубовича» було подано Малій раді 24 березня. Вона затвердила склад Кабінету, а обговорення декларації було вирішено перенести на фракційні наради і наступні засідання Ради⁶. Проте обговорення на наступному засіданні Малої ради 26 березня фактично не було. Обмінявшись думками, члени Ради ухвалили «формулу переходу до чергових справ» з побажаннями, аби по остаточному сформуванні складу Ради міністрів було подано на розгляд Центральної Ради більш докладну програму уряду⁷. Але цього вже так і не було зроблено. На наступних засіданнях Малої ради обговорювались і затверджувались структура, штати, фінансове забезпечення окремих міністерств, кандидатура міністра з єврейських і польських справ.

¹ Див.: Українська Центральна Рада. Документи і матеріали. — Т. 1. — С. 260.

² Див.: Там само. — С. 373–374, 375.

³ Див.: Там само. — С. 381.

⁴ Див.: Там само. — Т. 2. — С. 114–115.

⁵ Див.: Там само. — 215–216.

⁶ Див.: Там само. — С. 227–228.

⁷ Див.: Там само. — С. 232.

Таким чином, процедура формування складу уряду набула досить ustalеного парламентського характеру. Порядок попереднього розгляду справ на нарадах фракцій використовувався діячами УЦР і в рішенні справ щодо формування органів судової влади. Так, за поданням Генерального секретаря судових справ М. Ткаченка 3 січня 1918 р. Рада передала «списки кандидатів на суддів на розгляд фракцій»¹. Останнім вистачило перерви. При голосуванні обраними суддями Генерального та апеляційного судів були ті кандидатури, хто набрав найбільшу кількість голосів. На конкурсній основі, але за більш ускладненою процедурою відбулися нові вибори суддів до Генерального суду УЦР та Київського апеляційного суду 2 квітня².

Важливою парламентською процедурою в УЦР було здійснення парламентського контролю за діяльністю органів виконавчої влади — заслуховування звітів уряду на загальних зборах Ради, відповіді голови уряду чи його членів на запити депутатів, обговорення і затвердження урядової декларації, бюджету. За результатами розгляду звітів і декларацій, як правило, приймалася відповідна постанова. На шостій і восьмій сесіях УЦР обговорення доповіді В. Винниченка було перенесено на фракційні засідання. І це не випадково, адже заслуховування Генерального секретаріату відбувалось у формі «доповідей», «звідомлень» та їх обговорення.

Спеціальною процедурою парламентського контролю, застосованою УЦР, було, починаючи з її третіх загальних зборів, утворення і заслуховування тимчасових слідчих комісій з окремих справ³. Пізніше, у січні та квітні 1918 р., створювалися парламентські слідчі комісії з досить широкими повноваженнями щодо перевірки додержання законів органами виконавчої влади⁴.

За спеціальною процедурою відбувалась і ратифікація УЦР Брестського договору. Після повернення української делегації до Києва протягом п'яти днів (12, 13, 14, 15 і 17 березня) в Малій раді тривали дебати щодо його ратифікації⁵. На засіданнях виступили члени делегації, представники фракцій, які виклали позиції своїх партій. З великою промовою виступив М. Грушевський, «знайомлячи членів Ради з історичною підкладкою щодо становища Холмщини і Бессарабії». Після закінчення обговорення «справи миру» було вирішено «передати договір в комісію з 27 членів, представників усіх фракцій Малої ради». Ця парламентська комісія (визначення М. Грушевського) створила дві підкомісії — юридичну й економічну, ретельно вивчила умови мирного договору та його наслідки для України

¹ Українська Центральна Рада. Документи і матеріали. – Т. 2. – С. 88.

² Див.: Там само. – С. 242.

³ Див.: Там само. – Т. 1. – С. 82.

⁴ Див.: Там само. – Т. 2. – С. 111–112, 246–247.

⁵ Див.: Там само. – С. 195, 196–197, 202–203, 204–207, 212–213.

і 17 березня доповіла Малій раді свої висновки. Нові дебати закінчилися ухваленням ратифікаційної резолюції, яка затверджувала умови договору.

Дієвою формою парламентського контролю були депутатські запити — «інтерпеляції». Спочатку вони фіксувались в протоколах як запитання, заяви від імені фракцій, а після III Універсалу — як офіційні звернення від імені фракцій до уряду, його голови чи окремих генеральних секретарів. Вони стали традиційними на загальних зборах і засіданнях Малої ради (іноді — по три запити однієї і тієї ж самої фракції)¹.

Порядок розгляду питань, пов'язаних з внутрішнім становищем у країні, перебігом політичних подій тощо визначався прагненням УЦР направити їх в русло державотворення і залежав від характеру розглядуваних на зборах питань. Це й заслуховування посадових осіб з невідкладних справ (переговори з Тимчасовим урядом, військових, земельних продовольчих питань), доповідей з місць від різних громадських організацій і органів місцевого самоврядування, обговорення «біжучих справ» тощо. З найгостріших питань розгорталися пристрасні дебати, фракційні наради, обговорення проектів резолюцій, постанов. З приводу надзвичайних подій відбувались екстрені або закриті засідання Малої ради. З метою освідомлення або парламентського контролю Центральна Рада надсилала своїх представників до різних установ, військових частин, делегації до Тимчасового уряду, головнокомандуючого Південно-Західним фронтом О. Брусилова для вивчення надзвичайних подій (у справі полуботківців, «Переяславської республіки») тощо.

Інші парламентські процедури (фінансові справи, прийняття бюджету тощо) відрізнялися лише їх спрощеним порядком.

Таким чином, Центральна Рада повністю реалізовувала компетенцію і функції, порядок роботи парламентської установи, якою вона поступово стала попри всі недоліки і невирішені проблеми, особливо — територіального представництва. Останні — наслідки не тільки непрофесійного складу УЦР, політичних уподобань її лідерів і діячів, а й надзвичайно складних обставин, в яких вона діяла. Як відзначав видний діяч Ради О. Шульгін, раптовість розриву з метрополією восени 1917 р. позбавила Україну змоги планомірно творити свою державність². На роботі Ради позначились не лише спроби поєднати соціалізм з національною ідеєю, а й свідоме прагнення лідерів УЦР демократизувати законодавчий процес, управління державою на українській території постімперської Росії.

Надійшла до редколегії 24. 07. 06

¹ Див.: Українська Центральна Рада. Документи і матеріали. – Т. 2. – С. 248–253.

² Див.: Шульгін О. Політика (Державне будівництво України і міжнародні справи). Статті, документи, промови. – К., 1918. – С. 13.

ПИТАННЯ ФІЛОСОФІЇ ТА СОЦІОЛОГІЇ ПРАВА

О. Костенко, член-кореспондент АПрН
України

Людський фактор у праві: дослідження з позиції соціального натуралізму

Як це не дивно, але феномен права, що виникло разом з людством і супроводжує життя кожної людини, залишається поки що непізнаною таємницею. Особливо очевидним це стає тоді, коли поставити перед собою питання: «Що таке право»? На цьому шляху, на нашу думку, людство ще чекають великі відкриття. А сьогодні надзвичайно важливим є правильно поставити питання про право перед наукою, оскільки від цього залежить, чи правильно здійснюватиметься наукове дослідження, що має привести до правильної відповіді. Як свідчить досвід, аби одержати правильну відповідь на питання, треба правильно це питання поставити.

На наш погляд, у правознавстві має існувати якась «основне питання правознавства», розв'язавши яке ми зрозуміємо, що таке право. При найближчому розгляді історії правознавства можна зробити висновок, що основне питання правознавства має бути сформульоване таким чином: «*Право — це витвір природи чи людей? А якщо того й іншого, то яка роль природи і яка роль людей у творенні права?*». Відповідь саме на це питання, на нашу думку, дасть можливість зрозуміти, що таке право. А зрозумівши це, люди розумно користуватимуться цим правом, уникаючи, зокрема, правового свавілля і правових ілюзій.

І тут слід зазначити, що Гуго Гроцій, розглядаючи питання, чи є правознавство наукою, писав: «Багато хто до цих пір намагався надати цій галузі (юриспруденції. — *О. К.*) наукової форми, але ніхто не зміг цього зробити, та й, по правді кажучи, це неможливо було здійснити інакше як... відокремивши те, що виникло внаслідок установа, від того, що виникає із самої природи»¹. Ця ідея особливо актуальна зараз, коли виникає гостра потреба в модернізації української юридичної науки, виходячи з нового розуміння того, що таке право. Якщо ж юриспруден-

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

ція стане справді наукою, то можливими стануть і наукові відкриття в юриспруденції, без яких вона залишиться лише ремеслом.

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

Проблему співвідношення людського і природного в праві розглядав також Дж. Локк. «Зобов'язання закону природи, — писав він, — не перестають існувати в суспільстві, вони лише в багатьох випадках більш чітко виражені, і у відповідності з людськими законами вони супроводжуються відомими покараннями, для того, аби примусити їх виконувати. Таким чином, закон природи виступає як вічне керівництво для всіх людей, для законодавців такою ж мірою, як і для інших. Ті закони, які вони створюють для спрямування дій інших людей, мають, так само, як і їхні власні дії та дії інших людей, відповідати закону природи...»¹

Таким чином, якщо Гуго Гроцій ще тільки пропонував розрізнити людське і природне в праві, то Дж. Локк вже намагався дати відповідь на питання: а які ж ролі відіграють людське і природне в праві? Тому з ідеями Гуго Гроція і Дж. Локка пов'язані два важливі кроки на шляху до вирішення основного питання правознавства.

Проте факти, що вказують на тенденцію до поширення у сучасному світі правового свавілля і правових ілюзій, і ознаки кризи юриспруденції роблять актуальними нові кроки на шляху до вирішення основного питання правознавства, зокрема до визначення ролі людського фактора у праві. І тут слід зазначити, що, на наш погляд, методологічним інструментом, придатним для здійснення наступних кроків на шляху дослідження ролі людського фактора у праві, може бути так званий *принцип соціального натуралізму*². Цей принцип можна сформулювати таким чином: соціальні явища слід розглядати як такі, що існують так само за законами природи, як і біологічні чи фізичні явища. Це означає, зокрема, що воля і свідомість утворюються у людей не для того, аби жити поза законами природи, а навпаки, для того, аби жити у злагоді із ними.

З принципу соціального натуралізму випливає, що і право, будучи соціальним явищем, слід розглядати як таке, що не може не мати при-

¹ Локк. Сочинения в трех томах. — М. — 1988. — Т. 3. — С. 341.

² Див, зокрема: Костенко О. Соціальний натуралізм як методологічний принцип юриспруденції і кримінології // Вісник Академії правових наук України. — 2004. — № 4. — С. 133–145.

родної основи. Але якщо право має природну основу, то що в цьому соціальному явищі є від людей?

Надзвичайно важливим для дослідження людського фактора у праві є вирішення питання, сформульованого Дж. Локком: «Чи існує відображення закону природи в душі людини?». При цьому слід зауважити, що Дж. Локк під «законом природи» розумів закон, який є витвором Матері-Природи, а не людей, вважаючи, що саме ним має керуватись як будь-який законодавець, так і будь-яка людина, на яку також поширюється рукотворне законодавство.

Здійснивши відповідне дослідження, Дж. Локк досить обґрунтовано робить висновок про те, що «закон природи» не записано від народження в душі людини¹. Люди обдаровані лише здатністю пізнавати «закон природи».

Виходячи з того, що право як феномен людського суспільства має засновуватися на «законі природи», Дж. Локк категорично заперечує правдивість прислів'я «Глас народу — глас Божий». «Яке невірне, яке підступне це твердження, — писав він, — які нещастя воно таїть в собі, з якими партійними пристрастями, з яким жорстоким умислом кидали в натовп це зловісне прислів'я... Чи існує що-небудь настільки нечестиве, настільки безбожне, настільки противне праву божому і людському, до чого коли-небудь не закликав шаленіючий натовп в своїй згоді, або — краще — у зговорі? Ми знаємо, що це приводило до знищення храмів божих, до безмежної брутальності і мерзотності, до зневаження законів...»²

Таким чином, не лише властивості людини, а й властивості народу не можуть бути причиною існування права — вони можуть бути лише його умовою, надаючи законам природи форми того чи іншого законодавства держави. Однак ця форма, будучи залежною від властивостей людини і народу, зокрема від волі і свідомості людей, може бути як такою, що відповідає законам природи, так і такою, що не відповідає їм.

Це означає, що законодавство держави, навіть тоді, коли воно відображає волю і свідомість народу, може суперечити законам природи. Таке буває у випадках, якщо соціальна (тобто політична, економічна, правова, моральна) культура народу перебуває у стані кризи. Тому, аби не закріпити у формі законодавства свавілля та ілюзії народу, Дж. Локк вважав правильним «звертатись не до більшості, а до більш мудрих і проникливих»³, бо більш мудрі і проникливі — це ті, хто пізнав закони природи, в тому числі закони природного права.

¹ Див: Локк. Вказ. праця. — С. 16.

² Там само. — С. 26.

³ Там само. — С. 6.

До речі, якщо розглядати ці ідеї Дж. Локка з позиції соціального натуралізму, то з цього випливає так звана *культурно-владна концепція демократії*, що може мати значення як для теорії, так і для практики демократії. Ця концепція полягає в тому, що демократія розглядається не просто як влада народу, а як влада народу, що має належну соціальну (в тому числі політичну, економічну, правову, моральну) культуру. Розбудувати демократію без соціальної культури людей неможливо, бо завжди внаслідок такого будівництва із рук будівничих виходитиме «псевдодемократія», коли свавілля та ілюзії пануватимуть в державі і замість демократизму в суспільстві розвинеться одне з двох: або криміналізм, або альтернативно йому тоталітаризм. Третього не дано!

Що стосується державної влади, то з принципу соціального натуралізму випливає такий висновок: найкращою є та державна влада, яка найкраще втілює у своїй діяльності владу над людьми Матері-Природи, діючи за її законами. А таке втілення залежить від людського фактора.

З огляду на зазначене можна стверджувати, що принцип соціального натуралізму є тим ключем, який відкриває шлях до пізнання ролі людського фактора у праві, а також у державній владі та інших соціальних інституціях.

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

З огляду на таке вирішення основного питання правознавства право можна визначити так: право — це заснований на законах природи, яким надано форми законодавства і правової практики, інститут забезпечення соціального порядку, сприятливого для нормального існування людей в суспільстві. Визначене таким чином право забезпечує соціальний порядок тим, що воно є засобом узгодження проявів волі і свідомості людей із законами природи.

Звідси, на нашу думку, і слід виводити роль людського фактора у праві. Очевидно, ця роль полягає у тому, що люди надають законам природи, за якими існує суспільство, форми законодавства, або, як його ще називають, «позитивного законодавства», а також у тому, що люди самі приводять в дію законодавство.

Іншими словами, аби вивести роль людського фактора у праві, треба розв'язати проблему антропогенності права, тобто проблему меж

залежності права від властивостей людини та її діяльності. Особливо гостро ця проблема постає у зв'язку із реформою права, як це, зокрема, спостерігається сьогодні в Україні.

Розглядаючи роль людського фактора в праві, основне питання правознавства можна модифікувати так: «Людина — творець права в цілому, чи лише законодавства і правової практики як позитивного аспекту права, який у єдності з природним аспектом утворює феномен права?». І відповідь на це питання має бути такою: «Людина — творець не права в цілому, а лише законодавства і правової практики, тобто лише позитивного аспекту права, який у єдності з природним аспектом утворює феномен права». Це, очевидно, і становить *антропогенність права*. Аналогічним чином можна визначити *антропогенність держави*.

Спеціальною галуззю науки, яка досліджуватиме людський фактор у праві, очевидно має бути *правова антропология*. Зокрема, вона має досліджувати роль властивості людей у творенні права, якщо під правом розуміти закони природи, так чи інакше втілені волею і свідомістю людей в законодавстві держави і правовій практиці. Так само можна говорити і про *державну антропологию*, яка має досліджувати роль людського фактора у творенні держави.

Яке ж теоретичне і практичне значення викладеної вище концепції ролі людського фактора у творенні права, сформульованої за допомогою принципу соціального натуралізму?

Теоретичне значення цієї концепції полягає в тому, що вона, даючи правильне уявлення про роль людського фактора у творенні права, заповідає як перебільшенню цієї ролі в правовій доктрині, так і применшенню її, тобто дозволяє уникнути як правового волюнтаризму, так і законодавчого нігілізму.

Практичне значення концепції ролі людського фактора у творенні права полягає в тому, що вона вказує таке: законодавство держави і правова практика мають удосконалюватись таким чином, аби найповніше втілювати закони природи, зокрема закони природного права.

І ще один висновок випливає із дослідження людського фактора у праві із позиції соціального натуралізму: законодавство у державі не лише створюється волею і свідомістю людей, а й приводиться ними в дію. Таке уявлення про законодавство дозволяє сформулювати так звану *інструментальну концепцію* законодавства. Відповідно до цієї концепції законодавство в державі має розглядатися як інструмент, що діє не самочинно, а лише тоді і так, коли і як його застосовують люди. Іншими словами, людський фактор у праві полягає ще й в тому, що від власти-

востей людей залежить як законодавство, що ними застосовується, діятиме. Визначальною властивістю людей, від якої це залежить, є їхня *соціальна культура, що має розглядатися як міра узгодженості волі і свідомості людей із законами природи.*

Без належної соціальної культури людський фактор проявлятиметься у вигляді зловживання законодавством. З інструментальної концепції законодавства випливає такий висновок: яким би досконалим не було законодавство, завжди існує можливість ним зловживати. Ця можливість і реалізується тими, хто не має належної соціальної культури.

Отже, навіть при найкращому законодавстві людський фактор у праві може проявлятися у вигляді зловживання цим законодавством, якщо той, хто користується ним як інструментом, не має належної соціальної культури.

У свій час Ф. Ніцше поставив парадоксальне, на перший погляд, питання: чи може мораль бути шкідливою? Так само можна сформулювати таке питання: чи може право бути шкідливим? На нашу думку, право, як і мораль, може бути не тільки корисним, а й шкідливим. Така відповідь випливає із запропонованої вище концепції ролі людського фактора в праві, яка придатна також для пояснення ролі людського фактора в моралі.

Якщо законодавство неадекватно відображає закони природи або якщо люди через свою сваволу та ілюзії зловживають законодавством, то право стає шкідливим. Так само, якщо моральні приписи, сформульовані людьми, неадекватно відображають закони природи або якщо люди через свою сваволу та ілюзії зловживають цими моральними приписами, мораль теж стає шкідливою. І тому неправий був Ф. Ніцше, який, відповідаючи на сформульоване ним питання: «Чи може мораль бути шкідливою?», стверджував, що будь-яка мораль шкідлива. Насправді, шкідливою є лише та мораль, в якій людський фактор відіграє неправильну роль. Це стосується і права. Зокрема, мораль і право можуть бути шкідливим тоді, коли законодавство і моральні приписи застаріли і вже неадекватно відображають ті закони природи, за якими існує нове суспільство, що виникає внаслідок розвитку замість старого. Сократ, наприклад, осягнувши своїм генієм нову, прогресивну мораль, мав усі підстави вважати мораль своїх сучасників шкідливою, бо, будучи застарілою, вона стала гальмом на шляху суспільного прогресу. Так само можна сказати, що право, яке існувало в Афінах до Солона, чи право, яке існувало у Франції до Наполеона, теж стало на той час шкідливим і тому було реформовано, тобто замінено новим, що мало вже корисні властивості для нового суспільства.

Отже, саме через людський фактор може відбуватися руйнація старої чи, навпаки, розбудова нової моральності в суспільстві, під якою слід розуміти моральний порядок, адекватний законам природної моралі, а також руйнація старої чи розбудова нової законності суспільства, під якою слід розуміти правовий порядок, адекватний законам природного права.

Чи буде людський фактор проявлятися в моралі і праві саме таким чином — залежить від соціальної культури людей.

Цей висновок має також кримінологічне значення. Зокрема, дослідження в рамках започаткованого в Інституті держави і права ім. В. М. Корецького НАН України нового наукового напрямку — політичної кримінології — вказують на те, що людський фактор слід розглядати як такий, що відіграє визначальну роль у тому, що із чинного законодавства люди здатні одержувати не лише законну, а й злочинну користь, порушуючи правовий порядок шляхом зловживання законодавством. Особливо виразно це проявляється в корупції, якщо на її корені поглянути не з точки зору «Чому чиновники беруть хабарі?», а з точки зору «Чому громадяни дають хабарі?». Знайшовши відповідь на останнє питання, можна скласти правильне уявлення про роль людського фактора у творенні такого виду беззаконня, як корупція.

У світлі цього стає очевиднішим, що корупція існує не лише тому, що хтось бере хабарі, а й тому, що хтось їх дає, не маючи належної соціальної культури для того, аби задовольняти свої потреби законним способом. Тому, на нашу думку, утвердження правового порядку, зокрема успішна протидія корупції та іншим кримінальним перешкодам на шляху прогресу українського суспільства, неможливе без підвищення рівня соціальної (політичної, економічної, правової, моральної) культури громадян, від якої залежить дія людського фактора в забезпеченні правового порядку. В зв'язку з цим утопічними видаються сподівання на те, що корупцію можна подолати шляхом впливу лише на тих, хто бере хабарі, не сприяючи розвитку соціальної, в тому числі антикримінальної, зокрема антикорупційної, культури у тих, хто дає хабарі.

Слід, очевидно, діяти за принципом: якщо завдяки належному рівню культури громадяни перестануть давати хабарі, то чиновники внаслідок цього втратять можливість їх брати. Це випливає з того, що соціальна культура людей визначає, чи буде беззаконня в суспільстві і як саме діятиме законодавство в державі, якщо люди будуть його застосовувати.

Якщо ж соціальна культура людей визначає, як діятиме законодавство в державі, з цього випливає, що соціальна культура людей, в тому

числі їхня правова культура, вище Конституції і будь-яких інших законів, бо саме завдяки їй люди, приводячи в дію законодавство, роблять це у відповідності із законами Вищого Законодавця, яким є Мати-Природа. Можна стверджувати, що існує така закономірність: *кожен народ має таке право, яке визначається його соціальною (в тому числі правовою) культурою*. Інакше кажучи, яка соціальна культура народу — таке у нього і право. На це вказує і тлумачення співвідношення «благодаті і закону», запропоноване, зокрема, апостолом Павлом. «Гріх не має над вами панувати, бо ви не під законом, але під благодаттю», — писав він у своєму Посланні до римлян (глава 6, вірш 14). «Закон» апостол Павло визначав як засіб для пізнання гріха: «Законом пізнається гріх» (Послання до римлян, глава 3, вірш 20). Що стосується «благодаті», то є усі підстави вважати, що цим словом він називав стан узгодженості волі і свідомості людини з Богом, який людина одержувала через свою віру в Бога. Якщо Бога розуміти як Природу, то й «благодать» має розумітися як культура людини, тобто стан узгодженості її волі і свідомості з Природою.

Отже, як в християнській ідеології стверджується, що від «благодаті» залежить, як людина користуватиметься «законом», так і в юридичній науці слід вважати, що від «культури» людини залежить, як вона користуватиметься «законодавством, прийнятим у державі».

Звідси, зокрема, і треба в юридичній науці, а також у правовій антропології виходити, визначаючи роль людського фактора в праві, бо право — це і є використання людьми «законодавства, прийнятого в державі».

Однією із форм існування соціальної культури людини є доктрина, в тому числі і правова. Тому викладена вище концепція ролі соціальної культури людини в праві сприяє також розвиткові концепції ролі доктрини в праві, зокрема ролі доктрини природного права.

Без доктрини не може ефективно діяти людський фактор у праві, тобто люди не можуть творити належне законодавство і належним чином його використовувати у правовій практиці, бо лише за допомогою доктрини можна пізнати ті закони природи, на яких має засновуватися право.

Найкращим законодавцем є той, хто користується найкращою правовою доктриною. Так само той, хто користується найкращою правовою доктриною, найкраще застосовує законодавство, прийняте в державі, тобто створює найкращу правову практику. Образно кажучи, законодавець чи юрист без правової доктрини — це «вершник без голови». Тому нагальним є підвищення ролі наукового (доктринального) тлумачення законодавства при здійсненні правосуддя в Україні¹.

¹ Докладніше про це див.: *Костенко О. М.* Наукове (доктринальне) тлумачення законів та його роль у здійсненні правосуддя // *Право України*. – 2000. – №6 – С. 34–36.

В міжнародному праві, а також в національному праві, наприклад Великої Британії, доктрина є одним із джерел права.

Не можна, на нашу думку, обійтися без правової доктрини, зокрема при здійсненні правосуддя Конституційним Судом, оскільки для тлумачення Конституції, що має найвищу юридичну силу, не існує ще вищого законодавства, на яке можна було б опертися суддям. Їм нічого не залишається для опертя, як правова доктрина, що відображає закони природного права, тобто закони, надані Вищим Законодавцем — Матір'ю-Природою. Отже, лише завдяки правовій доктрині судді Конституційного Суду можуть одержати критерії для тлумачення Конституції. Тому найкращим суддею Конституційного Суду є той, хто має найкращу правову культуру і озброєний найкращою правовою доктриною.

При найближчому розгляді рішень Конституційного Суду можна помітити, що найобгрунтованішими є ті рішення, які спиралися на правову доктрину, зокрема на доктрину природного права.

Очевидно, що в Україні, як і в інших країнах, має відбуватися процес «науковізації» правосуддя. Міф про те, що наука може позбавити суддю незалежності, мусить бути розвіяний. Незалежність суду від науки, в тому числі юридичної, — це абсурд, який всіляко маскують антинауковими міфами ті, хто хотів би використати суддівську незалежність для прийняття свавільних рішень. Так званий «юридичний обскурантизм» у судочинстві завдає істотної шкоди правосуддю. Юридична наука за своїм визначенням має протистояти цьому обскурантизму, тому вона повинна стати повноправним учасником судового процесу в ім'я досягнення мети правосуддя.

Крім того, «науковізація» судочинства сприятиме реалізації принципу незалежності суддів, бо справді незалежним від будь-чийого свавілля суддя може бути лише тоді, коли буде здатним приймати правильне рішення з тих чи інших проблем, які перед ним постають, а саме: сприяти правильному розв'язанню проблем і є призначенням науки, в тому числі юридичної. Найкращий спосіб протидіяти чужій сваволі — це спиратися на закони природи, що пізнаються за допомогою науки. Не може бути незалежним суддя, який не має правової культури, що формується за допомогою юридичної науки. Така незалежність може проявлятися лише у вигляді свавілля.

Отже, правова культура судді, що формується, зокрема за допомогою юридичної науки, є тим людським фактором, який забезпечує йому незалежність від будь-якого свавілля.

Усі суди мають бути зобов'язані законом розглядати висновки науковців про наукове (доктринальне) тлумачення чинного законодавства,

якщо про такий розгляд чинного законодавства заявлено клопотання учасника судового процесу, і давати цьому висновку відповідну оцінку. Так само, як за чинним законодавством суд діє стосовно висновків фахівців у неюрідичних галузях науки.

На нашу думку, «правовий статус» наукового (доктринального) тлумачення законодавства має бути визначено в процесуальному законодавстві України.

Можливо, слід було б законодавчо закріпити і таку форму участі юридичної науки в судочинстві, як «правові (судові) консиліуми», що можуть призначатися у зв'язку із виникненням проблем у застосуванні судами чинного законодавства, розв'язання яких потребує доктринального (наукового) тлумачення. Це, безумовно, також сприяло б правильному функціонуванню людського фактора в праві і повнішому використанню його можливостей.

Якщо аналогічним чином досліджувати роль людського фактора у творенні держави, то можна побачити, що ця роль є аналогічною ролі людського фактора у творенні права. З цього, зокрема, випливає, що держава такою ж мірою антропогенна, як і право. Отже, держава, як і громадянин, у своїй діяльності керується волею і свідомістю, притаманними людям. А це означає, що діяльність держави, як і громадянина, залежить від того стану, в якому перебувають воля і свідомість людей, які цю державну діяльність здійснюють.

Із зазначеного можна зробити такий висновок: якщо і діяльність держави, і діяльність громадянина однаковою мірою є проявами притаманними людям волі і свідомості, то в суспільстві має існувати *принцип рівності держави і громадянина перед законом і судом*. Без цього не може бути реалізовано принцип верховенства права в будь-якій країні, в тому числі і в Україні.

І ще один висновок, який випливає із запропонованої вище концепції ролі людського фактора в праві. Його можна сформулювати так: право України відрізняється від права країн Європейського Союзу перш за все людським фактором, а цей фактор визначається соціальною культурою громадян, які творять законодавство і застосовують його. Отже, проблема узгодження українського права з правом країн ЄС — це перш за все проблема узгодження соціальної культури громадян України з соціальною культурою громадян країн ЄС. І особливо актуальною в зв'язку з цим є проблема узгодження української правової доктрини з правовою доктриною, на якій засноване право країн ЄС.

Без участі людського фактора українське право не вдасться узгодити з правом країн ЄС — це утопія. Текст українського законодавства,

очевидно, можна привести у відповідність із текстами законодавства країн ЄС, але без «європеїзації» соціальної культури громадян України, зокрема без «європеїзації» української правової доктрини. Цей текст однаково застосовуватиметься по-українськи, тобто відповідно до стану українського фактора.

Це лише деякі висновки, до яких приводить дослідження людського фактора в праві з позиції соціального натуралізму. Викладена тут концепція ролі людського фактора у творенні права може, на нашу думку, сприяти розробленню доктрини для правової реформи в сучасній Україні.

Надійшла до редколегії 10. 07. 06

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

З історії філософсько-правової думки: влада природного закону у творах ранніх стоїків

Методологічні зауваги. За слушним зауваженням Г. Мальцева, право — грандіозний, невичерпний для пізнання феномен¹. Сьогодні, мабуть, вже не може викликати принципових заперечень твердження про те, що природне (сутнісне) у праві є невід’ємним — хоча й доволі багатозначним — аспектом правової реальності. Дослідження природного в праві потребує насамперед встановлення внутрішньо притаманних праву властивостей і виявлення серед них найбільш значущих, а відтак, і сутнісних, *природних*.

Перелік таких властивостей навряд чи коли-небудь стане загально-визнаним та вичерпним, зокрема з огляду на сутнісну відкритість та невичерпність людини — творця та учасника правової реальності. Проте, безперечно, його зміст у кожному випадку зумовлюватиметься відповідним типом праворозуміння. Адже дискусія про природу права ведеться між прихильниками як позитивістських (емпіричних), так і природно-правових — ціннісних та метафізичних — підходів до права;

¹ Див.: Мальцев Г. В. Понимание права. Подходы и проблемы. – М., 1999. – С. 3.

зустрічаються також спроби так чи інакше подолати протиставлення правового позитивізму й «юснатуралізму».

Як відзначається у літературі, до основних властивостей права деякі автори відносять, зокрема, регулярність, офіційну владність та санкцію (Е. Адамсон-Хобель), владність, намір універсального застосування, зобов'язання та санкцію (Л. Поспісіл)¹, соціонормативність (Г. Мальцев)², формальну рівність (В. Нерсесянц)³.

У рамках природного праворозуміння головними характеристиками права традиційно вважаються насамперед справедливість та розумність (О. Гьофе, Р. Дворкін, Р. Нозік, Дж. Роулз, Дж. Фініс, Л. Фуллер)⁴ (до речі, поняття «право» та «справедливість» позначались одним словом — *dike* ще в античній Греції)⁵.

Приєднуючись до деяких напрямів природного праворозуміння, вважаємо, що праву й правовому притаманні не лише формальні й функціональні, а й антропно-змістовні — насамперед духовні — якості. Ігнорування чи то перших, чи то других може призвести до методологічного редукаціонізму, нездатного відобразити всю багатогранність правових явищ. З огляду на це до найважливіших завдань сучасної юриспруденції, гадаю, належить розроблення таких підходів до розуміння права, які дозволяли б утримувати в полі уваги внутрішній взаємозв'язок між соціально-емпіричним та духовним у праві, розкривати діалектику цього взаємозв'язку, інтерпретувати емпіричне в праві як культурно-історичну форму людського духу, а духовне — як таке, що потребує своєї об'єктивації й інституціоналізації у конкретно-історичних умовах певного суспільства та держави. На наш погляд, використання саме таких підходів до праворозуміння дозволило б найбільш плідно здійснити дослідження природних аспектів правової реальності.

¹ Див.: Бігун В. С. Правова антропология. До питання про дослідження людини в праві // Часопис Київського університету права. – 2002. – № 1. – С. 7.

² Див.: Мальцев Г. В. Вказ. праця. – М., 1999. – С. 7–9.

³ Див.: Нерсесянц В. С. Философия права. – М., 2000. – С. 27–35.

⁴ Див.: Максимов С. Природно-правове мислення // Вісник Академії правових наук України. – 2001. – № 4. – С. 156; Четвернин В. А. Современные концепции естественного права. – М., 1988. – С. 17; Петери З. О некоторых чертах доктрины «возрожденного» естественного права // Критика современной буржуазной теории права: Сб. статей / К. Кульчар, З. Петери, В. Пешка и др. – М., 1969. – С. 129; Гьофе О. Розум і право. Складові інтеркультурного правового дискурсу. – К., 2003. – С. 13–17; Дворкін Р. Серйозний погляд на права. – К., 2000. – С. 383–384; Роулз Д. Теорія справедливості. – К., 2001; Фуллер Лон Л. Мораль права. – К., 1999. – С. 71, 108, 143; Finnis J. Natural Law and Natural Rights. – N. -Y., 1999. – P. 161 ff., 337.

⁵ Див.: Лужовская Д. И. У истоков правовой мысли в древней Греции // Правоведение. – 1977. – № 1. – С. 75.

Владний характер права як природно-правова проблема. Сутнісною — і поки що маловивченою як властивість права — є його *владний характер*, на що вже зверталась увага окремими дослідниками¹. Влада, владне домінування, панування — специфічний природно-соціальний феномен, який не зводиться до жодного з окремих різновидів влади. Серед найбільш поширених значень терміно-поняття «влада» виділяють, зокрема, здатність, право і можливість тих чи інших осіб... розпоряджатися ким-небудь, чим-небудь, справляти вирішальний вплив на долі, поведінку конкретних людей, їхніх спільнот та інститутів за допомогою різних засобів — права, авторитету, примусу; панування, переважаючий вплив, здатність підпорядковувати собі в житті, у живій природі². Як слушно зазначає Г. Мальцев, «сучасна теорія права упускає, а можливо, й умисно ігнорує, специфічну владну природу права, що по суті призводить до розуміння права як системи, позбавленої внутрішньої потуги, системи, яка приводиться до руху зовнішніми силами, точніше — силами, які зосереджені в державі»³.

Отже, вихідним положенням подальшого аналізу є припущення про те, що владний характер права є його природною та універсальною властивістю — причому незалежно від того, чи йдеться про право у спеціально-юридичному, чи в загальносоціальному, в емпіричному чи в метафізичному розумінні.

Завданням нашого дослідження є не тільки і не стільки розгляд взаємовідносин «зовнішньої», інституціоналізованої соціальної влади і права, скільки визначення соціально-антропологічних й метафізичних владних основ самого права, аналіз, так би мовити, внутрішнього механізму дії *влади правового* у людині та суспільстві. При цьому необхідно — хоча б у першому наближенні — попередньо окреслити саму сферу *правового*.

Як уже зазначалось, феномен права характеризується, з одного боку, формальними й структурно-функціональними властивостями (для їх відображення, використовується, зокрема, пара синонімічних термінів «право» та «закон»), а з другого — властивостями антропно-змістовними. Уявлення про них відображаються насамперед терміно-поняттями «право» та «справедливість», що теж вживаються як синонімічні. Терміно-поняття ж «закон» використовується для цієї мети, зазвичай, лише у поєднанні з такими предикатами, які так чи інакше позначають абсо-

¹ Див.: *Исаев И. А.* Метафизика власти и закона. – М., 1998. – С. 3–6; *Мальцев Г. В.* Вказ. праця. – С. 280–367.

² Див., напр.: *Халилов В. Ф.* Наука о власти. Кратология: Учеб. пособ. – М., 2002. – С. 7.

³ *Мальцев Г. В.* Вказ. праця. – С. 283.

лютну, безумовну значущість останнього («вищий», «божественний», «природний», «справедливий» тощо).

На нашу думку, до властивостей першої групи слід віднести насамперед соціальну регулятивність і «зовнішню» нормативність. Серед властивостей же другої групи найважливішою, як видається, є та, що її можна позначити як об'єктивну антропосоціальну необхідність. Мабуть, саме вона й могла б слугувати критерієм гуманістичності права.

Отже, виходячи саме з таких уявлень про межі сфери правового, спробуємо розв'язати поставлене вище завдання. Задля цього, гадаємо, буде корисно звернутись до матеріалів історії правових учень.

Особливе місце в цій історії посідають грецькі та римські філософії-стоїки¹. Визнання впливу стоїчної традиції на європейську природно-правову думку нині стало загальноновизнаним у філософській та правовій літературі. Б. Расселу належить твердження про те, що доктрина «природного права», якою вона виступає в шістнадцятому, сімнадцятому й вісімнадцятому сторіччях, була запозичена саме в стоїків, хоча й з істотними відмінностями². Проте конкретний зміст такого впливу досі не був предметом спеціального дослідження.

У розвитку стоїцизму зазвичай виділяють три періоди: рання (грецька) Стоя (III ст. до н. е. — сер. II ст. до н. е.); середня Стоя (II — I ст. до н. е.); нова (римська) Стоя (I — III ст. н. е.) Головними представниками ранньої Стої є Зенон Кітійонський (біля 336/5 — 264/3 рр. до н. е.), його наступники — Клеанф із Ассосу (331/0 — біля 233/1 рр. до н. е.) та Хрізіпп із Сол (281/277–208/205 рр. до н. е.).

Хоча окремі аспекти політико-правової доктрини ранньої Стої вже висвітлювались (зокрема Є. Воротілінім, Г. Демиденком, С. Кечекьяном, І. Музикою, В. Нерсесянцем, Є. Орачем, С. Сливкою, Ф. Шульженком)³,

¹ Стоя – портик в Афіньському храмі, в якому проходили філософські заняття і який дав назву всій школі.

² Див.: Рассел Б. Історія західної філософії. – К., 1995. – С. 236.

³ Див.: Історія політичних і правових учень: Учебник / Под ред. О. Э. Лейста. – М., 1997. – С. 60; Демиденко Г. Г. Історія вчень про державу і право: Підручник для студентів юрид. вищ. закладів. – Х., 2004. – С. 52-54; Історія політичних учень / Под. ред. С. Кечекьяна и Г. Федькина. – М., 1960. – С. 85-87; Музика І. В. Стоїки // Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол. Ю. С. Шемшученко та ін. – К., 1998. – Т. 5. – С. 651; Нерсесянц В. С. Личность и государство в политико-правовой мысли. – М., 1980. – С. 24-26; Нерсесянц В. С. Право и закон. Из истории правовых учений. – М., 1983. – С. 123-128; Орач Є. М. Історія політичних і правових вчень. – К., 2005. – С. 62–67; Сливка С. С. Природне та надприродне право: У 3 ч. – Ч. 1: Природне право: історико-філософський погляд. – К., 2005. – С. 78–79; Харитонов Є. О., Харитонова О. І. Рецепції римського права: парадигма прогресу. – К., 1999. – С. 46–47; Шульженко Ф. П., Андрусьяк Т. Г. Історія політичних і правових вчень: Навч. посіб. – К., 2001. – С. 34–35.

загалом правові погляди раннях стоїків поки що залишаються недостатньо вивченими¹. Це стосується, зокрема, тих аспектів стоїчної доктрини, які торкаються проблеми взаємозв'язку влади і права.

Для розкриття специфіки зазначеного взаємозв'язку необхідно проаналізувати взаємодію влади із іншими правовими явищами (закон, справедливість, свобода тощо). Спроба такого аналізу — на матеріалі філософії раннях стоїків — й пропонується нижче.

Людина і влада в елліністичному світі. Як відомо, стоїцизм — один з трьох провідних напрямів *елліністичної* філософії. Елліністичною прийнято вважати культуру Греції, яка перебувала під владою Македонії та Риму, а також культуру афрозійських держав періоду IV — I ст. до н. е.²

Соціально-історичними передумовами виникнення еллінізму були політичні та економічні зміни, які відбулись в античному світі у середині IV–III ст. до н. е. й призвели до кризи грецьких полісів і появи величезних військово-монархічних організацій³. В останній чверті IV ст. до н. е. Греція вперше об'єдналась під владою *однієї* особистості⁴. Саме в цей період Греція отримала досвід монархічного правління, який відтепер ствердився в Європі щонайменше на два тисячоліття.

Наслідком руйнації традиційних для еллінів демократичних інститутів стало відчуження громадян полісів від політики. Звичні для греків соціальні зв'язки розпадались, багато хто був змушений залишати свою батьківщину, окремого індивіда полишали на самого себе (Г. Зоннабанд). Соціально-політичні зрушення зумовили й суттєві світоглядні зміни: саме в цей період у багатьох античних містах у ролі патрона міста ут-

¹ Така ситуація значною мірою зумовлена, мабуть, тим, що донині збереглися лише окремі фрагменти творів раннях стоїків. Полемічний, а іноді й гостро критичний характер філософських уривків, автори яких дискутують зі стоїками, породжує певні сумніви в коректності висвітлення першими окремих положень стоїчної доктрини. У багатьох випадках залишається сумнівною й атрибуція стоїчних фрагментів, внаслідок чого втрачається можливість однозначно персоніфікувати деякі положення цієї доктрини. Неабиякі труднощі становить і адекватний переклад грецьких філософських термінів, з яким часто не могли дати собі ради ще давньоримські автори.

² Див.: *Чаньшиєв А. Н.* Курс лекцій по древней философии: Учеб. пособ. для филос. фак. и отделений ун-тов. – М., 1981. – С. 22. Слід зауважити, що в науці немає єдності щодо самого поняття та хронологічних меж еллінізму. О. Лосєв зазначений період вважає ранням еллінізмом, а пізнім – період з I–IV ст. н. е. (див.: *Лосєв А. Ф.* История античной философии в конспективном изложении. – М., 1989. – С. 40.).

³ 334–326 рр. – виникнення гігантської імперії Олександра Македонського, 312 р. до н. е. – царства Селевкідів, 283 р. до н. е. – Антигонідів, згодом – Птоломеїв.

⁴ Олександра Великого (Македонського).

вердилася Тіха — богиня випадку, щасливої і злої долі, що, за словами Г. Зоннабенда, «найкраще символізує почуття людей елліністичної епохи»¹. О. Шпенглер у своїй таблиці «одночасних духовних епох» вміщує Давню Стою в розділі «Зима», характеризуючи цей етап розвитку культури таким чином: «Початок космополітичної цивілізації. Згасання душевної творчої сили. Саме життя стає проблематичним. Етико-практичні тенденції іррелігійного й неметафізичного космополітизму. Етико-моральні ідеали: доба філософії без математики. Скепсис»².

Основною рисою елліністичної культури стає *індивідуалізм*, який поєднується з космополітизмом. Звідси постає прагнення тогочасної філософії «насамперед і ствердити й врятувати особистість людини, а потім вже усі інші турботи»³. Стоїцизм поряд з епікурейством та скептицизмом якраз і був доктриною, яка пропонувала розв'язання цього завдання.

Отож схарактеризуємо ті положення стоїчного вчення, які утворюють, умовно кажучи, «кратологію» ранньої Стої.

Космологія влади: логос і фатум. Насамперед звернемося до поняття «загального закону» у стоїків, який виступає в них *природним законом, логосом природи й бога*: це «правильний логос природи («*physis*»), який, будучи названий більш властивим йому чином, називається божественним звичаєм (*thesmos*), оскільки він є божественний закон (*theios nomos*), за яким усьому віділено гідне й відповідне» (SVF III 337)⁴.

Наведене визначення змістовно й текстуально перегукується з іншим, яке дав ідейний попередник стоїків Геракліт Ефеський: «усі людські закони залежать від одного, божественного: він простирає свою владу настільки далеко, як тільки забажає, над усім тяжіє й перевищує все»⁵. Окрім моністичної всеєдності, цей уривок відображає й інші важливі атрибути володарювання як такого: всезагальність, тотальність

¹ Зоннабанд Г. Релігійність. Античність // Історія європейської ментальності / За ред. П. Дінцельбахера. – Львів, 2004. – С. 152.

² Шпенглер О. Закат Європи: Очерки морфології мирової історії. – Т. 1. Гештальт і дійсність. – М., 1998. – С. 192.

³ Лосев А. Ф. Історія античної естетики. Ранній елінізм. – М., 1979. – С. 10.

⁴ Тут і надалі скорочення «SVF» позначає видання Н. von Arnim. *Stoicorum veterum fragmenta*. – 4 vol. – Leipzig, 1903 – 1905, 1924; римська цифра – номер тому, арабська – номер фрагмента. Доступна нам російськомовна версія цього видання: Фрагменты ранних стоиков. Т. 1. Зенон и его ученики. – М., 1998. Т. 2. Логические и физические фрагменты. – М, 1999.

⁵ Фрагменты ранних греческих философов. Ч. 1. От эпических космогоний до возникновения атомистики. – М., 1989. – С. 197.

ієрархічної залежності, абсолютну вищість (проявом якої є статус божественності), безмежність влади.

Стоїки сприймали божественність логосу як пантеїсти: йшлося не про зовнішнє вольове встановлення, а про іманентність розумного логосу богів; у цьому сенсі природному закону *підпорядковується* й сам Зевс. Всезагальний же характер логосу протистоїть окремішності, партикулярності різноманітних людських установлень, які виявляються залежними від одного природного закону. (Характерно, що у гімні Зевсові Клеанф називає загальний логос «Пан», що означає «Усе».)

Загальний логос у стоїків тотожний з самою природою, будучи виявом тотального панування природи як суцього (SVF I 85, 161; D. L. VII 134)¹. За висловом М. Хайдеггера, «володарювання суцього відкривається в “логосі”, стаючи явним»². Про владні властивості логосу свідчить і його *творчий, організуючий характер*. Логос «дає матерії рух», впорядковує її, надає їй устрою, він — «розпорядник» (dispositor) природи (SVF I 160). Вся пронизана логосом природа у стоїків єдина й багаторівнева, *ієрархічна*.

Влада логосу у стоїків — це не просто панування, яке вони, взяте саме по собі, розуміли, принаймні у певному сенсі, як зло. Влада логосу — це *розумна й справедлива* влада, це панування доцільного й мудрого розуму. Розумність логосу нерозривно пов'язана зі *справедливістю* як його невід'ємною якістю та принципом, що «походить від бога і загальної природи» (SVF III 326). Стоїки інтерпретують справедливість як людську якість, чесноту. Основоположник стоїцизму Зенон визначав чесноту справедливості як «розумність у справах відплати» (SVF I 200, 201). Сутністю розумності та справедливості у стоїків постає дотримання розумної міри. Вони стверджували про тотожність справедливості й розумності. Справедливим є лише те, що розумно, а розумне є водночас і справедливим. Стоїчна справедливість незворушна, апатична. Вона позбавлена християнських рис: стоїчний мудрець «не скасовує жодних покарань, які випливають із закону», оскільки «потурання, жалість та поступливість є непотребами душі, яка підміняє покарання покірливістю; й самі покарання він не вважатиме надто суворими» (D. L. VII 122–123).

Отже, у стоїків йдеться про владу як про своєрідне верховенство розуму. Така влада є мистецтвом самої природи. Зміст всезагального

¹ Тут і надалі скороченням «D. L.» позначено твір античного доксографів Діогена Лаєрція «Про життя, вчення й вислови знаменитих філософів» (*Диоген Лаэртский. О жизни, учениях и изречениях знаменитых философов.* – М., 1998). Римська цифра позначає номер книги, арабська – порядковий номер фрагмента.

² *Хайдеггер М.* Основные понятия метафизики // Вопросы философии. – 1991. – № 9. – С. 135.

логосу не може бути уточнено а ргіогі; цей зміст встановлюється щоразу в кожному індивідуальному випадку. Таке встановлення неодмінно передбачає безстороннє судження, яке, за стоїчним вченням, доступне лише мудрецеві. Тому мистецтво розумної та справедливої влади належить тільки мудрецам. Мабуть, саме з цієї причини в ідеальній державі Зенона, громадянами якої є лише добродесні люди, немає судів.

Влада логосу характеризується єдністю, абсолютною вищою, незалежністю, пантеїстичною божественністю, розумністю й безпристрасністю. Сутністю влади логосу у стоїків є всезагальне розумне керівництво, яке спрямовує будь-яку окрему ситуацію до розв'язку, заданого всезагальним ходом подій.

З огляду на це слід наголосити, що розумний логос у стоїків також цілком тотожний із долею (фатумом), сутністю якої виступає невідвортна природна необхідність. Хрізіпп стверджував, що ніщо не може виникнути інакше, як згідно з долею (букв. — «своєю часткою», *sata metos*). Таким чином, влада логосу є водночас і космічною розподільчою справедливістю, яка виділяє «кожному своє», і владою фатуму як всезагальної необхідності. Найбільш важливим наслідком тотожності стоїчного логосу з фатумом є те, що в цьому пункті розумність загального закону поглинається понад розумною долею й, відтак, перетворюється на суто *структурну* властивість останнього. Влада логосу є водночас і повністю владою невідвортної та ірраціональної долі.

Антропологічні основи влади: hehemonikon. Антропологія стоїків настільки ж космологічна, наскільки є антропологізованою й їхня космологія. Стоїки вважали, що природа в цілому «не позбавлена ані почуття, ані розуму; насправді, необхідно, аби вся природа, котра не є ані одиничною, ані простою, але котра поєднана і пов'язана із чимось іншим, мала в собі декотре керівне начало: в людині це розум, у тварин — щось подібне до розуму, звідки виникають певні потяги... Керівним началом я називаю те, що греки називають hehemonikon, і вищого за яке не може й не повинно бути в жодному роді»¹.

Згідно зі стоїчною філософією влада має матеріальну, природну основу, якою є наявне як в загальній природі, так і в природі людини «керівне» (провідне, панівне, володарюче) начало. Стоїки визнавали наявність керівного начала і в усій природі, і в людській душі (SVF I 143). Саме hehemonikon у стоїків наділялось здатністю сприймати загальну розумність. Водночас стоїки добре усвідомлювали здатність

¹ Человек: мыслители прошлого и настоящего о его жизни, смерти и бессмертии: Древний мир – эпоха Просвещения. – М., 1991. – С. 129.

емпіричної людської природи не лише до розумного, а й до афектів. Усе існуюче є розумним, однак розумним безкінечно різною мірою, тому ієрархія буття пов'язана зі зростанням ступеня розумності. Серед людей «вірний» розум та справедливість притаманні лише тим, хто став «мудрецем». З огляду на це стоїки проповідували підпорядкування «нижчої» природи в людині її «вищій» природі, насамперед підпорядкування пристрастей розуму¹.

Стоїчна чеснота — це певний незмінний стан керівного начала душі. «Афективна» ж і «нерозумна» частина душі не вважалась у стоїків чимось якісно відмінним від її розумної частини, але «тією ж самою частиною душі, яку вони називають розумом і “провідним”, яка, будучи чимось цілком перетворюваним, таким, що переходить в афекти... стає або пороком, або чеснотою, а нічого первинно нерозумного в ній немає». Причиною ж афектів у стоїків визнаються невірні, цілком помилкові судження (SVF I 202). Відтак, «пристрасті» у стоїків — це лише «дисфункція» керівного начала (А. Столяров). Отже, *hehemonikon* як володарююча частина людської душі є лише її «технічною», структурно-формальною властивістю, яка може переходити в афекти й відтак спрямовуватись як на благо, так і на зло.

Влада мудреця: нормативний ідеал ранньої Стої. Влада мудреця — це абсолютна, така, що не знає ступенів, духовна міць і свобода, які виникають як наслідок його доброчесності. Концепція влади мудреця стає зрозумілішою, якщо звернутись до стоїчного тлумачення дихотомій «влада-підпорядкування» і «свобода-підпорядкування», «свобода-рабство».

Як зазначав Діоген Лаерцій, ранні стоїки розрізняли різні різновиди рабства: це позбавлення можливості самостійної дії (протилежність свободи); підкорення; приналежність та підкорення. В останньому випадку протилежністю виступає «панування, котре, так само як рабство, є злом» (D. L. VII 122).

Стоїки добре усвідомлювали небезпечність необмеженої, абсолютної влади. З огляду на це вони вважали, що бути справжнім царем може лише мудрець: «Царювання є непідзвітна влада, а вона існує лише для мудрих... правитель повинен володіти знанням добра і зла, а жодна дурна людина ним не володіє». Тому лише мудрець може «керувати, судити й вітійствувати», тоді як з дурних людей — ніхто (D. L. VII 122).

¹ Див., напр.: *Судаков А. К.* Стоическая традиция в этике и кантовская теория императива // *Этика стоицизма: традиции и современность: Сб. статей / Отв. ред. А. А. Гусейнов.* – М., 1991. – С. 66–67.

Зазначені положення відтворюють платонівську ідею правління філософів¹.

Мудрець — це добродісна людина, яка нікому не підвладна і водночас «ніким не попирає» (!) (SVF 216). «Мудрець належить все на світі», вважали стоїки. На їх думку, тільки мудрець є вільним, оскільки може діяти цілком незалежно від зовнішніх обставин. Так само, як і цар, він вивищується понад усіма умовними людськими установами. Тому на практиці він не зв'язаний жодними конкретно визначеними нормами і чинить відповідно до ситуації.

Мудрець — це не уособлення ідеального монарха, оскільки реальна держава належала у стоїків до сфери «адіофори», тобто до сфери відносних цінностей. Це громадянин всесвітнього «космополісу» — духовної держави-міста добродісних людей.

Влада мудреця має *трансцендентну моральнісну* основу. Вона цілком інтелектуалістична й позбавлена будь-яких емоційних впливів, внаслідок чого і є абсолютно справедливою. Повнота влади мудреця реалізується в його внутрішньому світі. Його влада абсолютна, бо простирається в абсолютній сфері людського духу. Всеосяжна влада логосу органічно розкривається в мудреці як непідзвітна влада, яка спирається на «знання добра і зла». Тому в соціально-правовій сфері *влада мудреця постає не як панування, але як його свобода, незалежність від будь-яких людських установлень*. Мудрець володарює над власними пристрастями й завдяки цьому вивищується над соціумом. Він є своєрідним духовним монархом і суддею, який *здійснює природну справедливість*. *Сама ж дія закону природної справедливості є «апатична», жорстка і безжальна, як і влада фатуму — невблаганної та понадрозумної природної необхідності*.

Влада мудреця є метафізичною, духовною владою. Проте, будучи владою, вона потребує й відносин підпорядкування. Тому ієрархічні засади проникають й до загалом егалітарної моделі ідеальної соціальної організації ранніх стоїків. Попри те, що у самому стоїчному космополісі владна ієрархія відсутня, мудрець безмежно вивищується понад усіма

¹ Характерно, що попри такий радикалізм стоїки загалом з п'єтетом сприймали царську владу, пов'язуючи з нею як ідею справедливості в суспільстві, так і можливість проведення соціальних реформ. Не випадково філософи-стоїки часто входили до оточення царів та суспільних реформаторів: при Антигоні і Птоломеї – Зенон, при Клеомені – Сферз Борисфену, при Тиберії Гракху – Блоссій (див.: Климов О. Ю. К оценке характера восстания Аристоника в Пергаме // Античный мир: проблемы истории и культуры: Сб. статей / Под ред. И. Я. Фроянова. – СПб., 1998. – С. 227–236.

«дурними людьми», які становлять очевидну більшість у реальному соціумі.

Зенон у своїй «Державі» проголошує громадянами, друзями, домоцядцями й вільними людьми лише тих, хто прагне до чесноти; усіх же, хто не прагне до чесноти, він називає ворогами, неприємцями, рабами й чужими один одному людьми, навіть якщо це батьки й діти, брати й домоцядці (SVF 222). За свідченням Філона Олександрійського, Зенон сміливо висловився про те, що погані люди не рівні у правах із добрими людьми: «Хіба не буде покарана людина негідна, якщо вона заперечить добродесний? Отже, негідник не має рівних прав із тими, хто є добродесним» (SVF 228). Відтак, природна рівність тут стосується лише людей добродесних; у загальному ж тут — стверджується й обґрунтовується природність моральної, духовної нерівності; тому, як видається, у розглядуваному аспекті стоїчна етика є радше аристократичною, аніж егалітарною.

Отже, між владою й свободою неодмінно існує напруга, яка знімається лише у точці абсолютної людської досконалості, в якій необмежена влада постає водночас і як необмежена свобода. Однак при цьому суспільні відносини влади-підпорядкування з необхідністю віднесені стоїчними до сфери ціннісно нейтрального і, як такі, винесені за дужки.

Висновки. 1. Стоїчна концепція влади є первинною інтелектуальною реакцією на те суспільно-політичне становище, яке склалось у Греції за доби еллінізму: світ не задовольняє людину, але змінити його людина не може (С. Кочеров). Елліністична людина була вже не громадянином суверенного полісу, а підданим у величезних монархічних державах, загубленим серед мільйонів собі подібних¹. Руйнація дрібних рабовласницьких полісів, яку супроджувало неминуче відчуження громадян від політичної влади, розростання рабовласництва, що сприймалось як невідворотна суспільна необхідність, іноземні завоювання, вигнання з батьківщини — ось те соціальне тло, на якому виникає філософія ранньої Стої. Тут вперше знайшло своє відображення усвідомлення того, що реальна влада, доступна елліністичній людині, поширювалась лише на сферу її духу. Ось чому стоїчна концепція влади обґрунтовує й захищає моральнісний суверенітет людської особистості, яка поза своєю волею опинилась у вкрай несприятливих для

¹ Див.: *Кочеров С. А.* Стоицизм против тирании (этический анализ борьбы «стоической» оппозиции в Римском сенате // *Этика стоицизма: традиции и современность*: Сб. статей / Отв. ред. А. А. Гусейнов. – М., 1991. – С. 65. *Чанышев А. Н.* Курс лекций по древней и средневековой философии: Учеб. пособ. для вузов. – М., 1991. – С. 23.

неї кризових обставинах. Доктрина ранньої Стої — це один із способів зберегти звичне для античності врівноважене світовідчуття в умовах соціальних потрясінь.

Для того ж, аби стоїчне вчення могло набути якого-небудь практичного значення в майбутній Римській імперії, воно мало бути досить істотно перероблене представниками середньої, «платонізуючої» Стої (насамперед Панецієм та Посідонієм). Сприйняття римськими юристами природно-правової концепції стоїків потребувало певного приземлення нормативного ідеалу «мудреця», наповнення його соціально-політичним змістом. Однак більш докладний розгляд такої трансформації доктрини ранньої Стої виходить поза рамки даної статті.

Поряд із цим видається, що нині деякі положення стоїчної доктрини можуть бути осмислені у такий спосіб, який розкривав би не лише їх історико-правове, а й загальне теоретико-правове значення.

2. Філософська інтуїція стоїків відобразила владу й володарювання як одні з найважливіших проявів «загального закону» (логосу), що підтверджує вихідну гіпотезу про нерозривний взаємозв'язок влади й права і розкриває його універсальність. Правовий *порядок* потребує влади і *підпорядкування*.

При цьому зв'язок влади і права має функціональний характер. Оскільки влада є дією логосу в людині та в усьому космосі, *влада — це універсальна функція керування, яка стосується права як такого. Влада ж природного права в соціумі — це цілеспрямоване, програмоване розгортання об'єктивних закономірностей існування людини в суспільстві.*

Така влада, з одного боку, протистоїть будь-якому суб'єктивізму й свавілляю, а з другого — такій людській свободі й самодіяльності, які здійснюються без урахування законів всесвіту. Будь-які спроби суспільно-політичної практики ігнорувати дію об'єктивних програм функціонування соціуму приречені на невдачу, що неодноразово підтверджує весь перебіг світової історії.

Античне відчуття космічного характеру будь-яких закономірностей, їх сутнісної єдності особливо потрібне нам сьогодні, коли позірне все-силля техногенної цивілізації лише відтіняє реальну небезпечність втрати сенсу її існування.

Надійшла до редколегії 17. 07. 06

Ю. Нікітін, доцент, декан юридичного факультету Національної академії управління

Конституціоналізм і національна безпека в контексті соціального виміру

Основним здобутком незалежної України є прийняття Конституції України в 1996 р. Це було викликано потребами часу, тими економічними, соціальними і політичними змінами, які відбулися в Україні після розпаду СРСР. Конституція України — це нормативно-правовий акт, який є вищим джерелом національного права. В її ст. 1 закріплено, що «Україна є суверенна і незалежна, демократична, соціальна, правова держава». Законодавець уперше в історії України чітко визначив найважливіші чинники держави. Всі вони є значущими і являють собою невід’ємність пріоритетних складових розбудови державності. Докладніше зупинимося на двох із зазначених рис: «соціальна» і «правова», бо вони дають змогу краще усвідомити і зрозуміти поняття «демократична держава» (верховенство закону, принцип поділу влади; визначення і гарантування прав і свобод кожної людини).

В зв’язку з цим спочатку з’ясуємо і проаналізуємо поняття «правова держава», як невід’ємна складова концепції «соціальної правової держави».

Соціальною рисою правової держави є її здатність всебічно і безперервно розвиватися до потреб суспільного життя. Термін «правова держава» (Rechtsstaat) увійшов у науковий обіг в працях К. Т. Велькера (1813 р.), що дало змогу широко використовувати його в політико-правовій думці. Фундаментальним розробником і теоретиком основ і принципів існування правової держави вважають німецького філософа І. Канта. Він хоча і не вживав у своїх працях термін «правова держава», але обґрунтував ідею правового державного впорядкування. Держава, на його думку, — це єднання певної кількості людей, чітко підпорядкованим законам. Його послідовник і земляк Р. фон Моль дав визначення «правової держави» як держави, «заснованої на конституційному закріпленні прав і свобод людини, на забезпеченні їх судового захисту»¹.

Сучасна правова думка виокремила в Конституції України такі ознаки правової держави.

¹ Див.: Загальна теорія держави і права / М. В. Цвік, Д. В. Ткаченко, Л. Л. Богачова та ін.: За ред. М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченка, О. В. Петришина. — Х., 2002. — С. 150..

1. Верховенство права (ч. 1 ст. 8), що передбачає: а) волевиявлення законодавчої влади через обов'язковість додержання вимог природного права; б) верховенство закону. Закони приймаються на основі Конституції України і повинні відповідати їй (ст. 8), органи державної влади (у тому числі Верховна Рада, Президент, Уряд, Верховний Суд, Конституційний Суд та ін.) повинні здійснювати свої повноваження у встановлених Конституцією межах і відповідно до законів України, у спосіб, що передбачений Конституцією та законами України (ст. ст. 6, 19).

Справедливий закон і порядок — альфа і омега повноцінної діяльності та перспектив розвитку будь-якої держави. І це особливо актуально для нашої молоді країни¹.

2. Закріплення в Конституції поділу державної влади на законодавчу, виконавчу та судову (ч. 1 ст. 6; ст. 75; ч. 1 ст. 113; ч. 1 ст. 126), що передбачає незалежність, незаангажованість і самостійність у прийнятті відповідних рішень, які стосуються життєдіяльності людини, суспільства і держави в цілому.

3. Вперше закріплено пріоритетність прав і свобод людини і громадянина (ч. 1 ст. 19). Це відповідає загальнодіючим нормам міжнародного права, законам та іншим нормативним актам.

4. Діяльність органів державної влади та органів місцевого самоврядування (на різних територіальних рівнях). Їх посадові особи зобов'язані діяти (виконувати свої управлінські функції) лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України (ч. 2 ст. 19).

5. Права і свободи людини і громадянина захищаються державною владою (ст. ст. 55, 56). Держава закріпила в Конституції, що захист може здійснюватися: судом; Уповноваженим Верховної Ради України з прав людини; міжнародними судовими установами або органами міжнародних організацій, членом яких є Україна; кожною людиною за допомогою заходів, не заборонених законом.

Наступним кроком у розбудові державності стає вчення про «соціальну державу», де на перше місце виходять такі поняття, як співвідношення держави й особи, тобто виконання безпосередньо державою соціальних обов'язків перед особою і суспільством.

Ідея «соціальної державності» була започаткована канцлером Німецької імперії О. Бісмарком (1815–1898 рр.) у виданні «Соціальне за-

¹ Див.: *Лавринович О.* Оптимізація діяльності Міністерства юстиції України в умовах суспільно-економічних перетворень: стан, проблеми, перспективи // Бюл. Міністерства юстиції України. 2003. – № 1. – С. 5.

конодавство». В подальшому термін «соціальна держава» зустрічається у працях Ад. Пренса, Г. Шершеневича, Г. Хеллера та ін. В теперішній час про соціальну державність заявлено в багатьох конституційних актах, зокрема Франції, ФРН, Іспанії, Туреччини, Вірменії, Казахстану, Білорусі, Таджикистану, України та ін. У повному обсязі принципи соціальної держави розкриті в таких міжнародно-правових документах, як Європейська Соціальна Хартія (Турін, 1961 р.), яку справедливо можна назвати конституцією соціальних прав людини, а також Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права, що регулюють відносини в соціальній сфері.

Соціальна держава своїми пріоритетами прагне забезпечити кожній людині: а) соціально-економічні права і свободи; б) соціальну рівність усіх громадян; в) розвиток етнічної, культурної, мовної та релігійної самобутності всіх корінних народів і національних меншин; г) екологічну безпеку і підтримання екологічної рівноваги на всій території.

Для досягнення цієї мети держава розробляє і затверджує свою соціальну політику, яка відповідно до ч. 6 ст. 85 Конституції¹ визначається і затверджується у загальнодержавних програмах, що являють собою частину загальної політики держави, а це, в свою чергу, збалансовує відносини між різними етнічними і соціальними групами, між членами суспільства і державою в цілому.

Аналіз Конституції та чинного законодавства України дозволяє викремити принципи і напрями соціальної політики України. Ними є:

– охорона праці і здоров'я людини (ст. ст. 3, 11, 33; ч. 4 ст. 43; ст. ст. 49, 68 Конституції), Закон України від 22 лютого 2000 р. «Основи законодавства України про охорону здоров'я»;

– встановлення гарантованого мінімального розміру оплати праці, не нижче ніж визначено законом (ст. ст. 41, 42, 43 Конституції);

– допомога сім'ям з дітьми, у зв'язку з вагітністю та пологами (материнство), інвалідам дитинства та людям похилого віку (ч. 3 ст. 24 і ст. 36 Конституції), закони України від 21 листопада «Про державну допомогу сім'ям з дітьми», від 18 січня 2001 р. «Про загальнообов'язкове державне страхування у зв'язку з тимчасовою втратою працездатності та витратами, зумовленими народженням та похованням», від 26 квітня 2001 р. «Про державну соціальну допомогу інвалідам з дітьми та дітям-інвалідам», «Про охорону дитинства» від 5 липня 2001 р. «Про основи соціальної захищеності інвалідів в Україні», від 18 вересня 2004 р. «Про

¹ Див.: Закон України «Про внесення змін до Конституції України» // Офіц. вісник України. – 2004. – № 49. Ст. 3201.

поліпшення матеріального становища інвалідів війни» (із змінами і доповненнями);

– встановлення гарантованої державної пенсії, інших видів соціальних виплат та допомоги, що є основним джерелом існування, які мають забезпечити рівень життя, не нижчий від прожиткового мінімуму, встановленого законом (ч. 3 ст. 46 Конституції), закони України від 11 січня 2002 р. «Про пенсійне забезпечення», (11. 01. 2002); від 16 листопада 2000 р. «Про державну соціальну допомогу інвалідам з дитинства та дітям-інвалідам», від 5 липня 2001 р. «Про основи соціальної захищеності інвалідів в Україні», від 18 вересня 2004 р. «Про статус ветеранів війни, гарантії їх соціального захисту» (із змінами і доповненнями), «Про статус ветеранів війни, гарантії їх соціального захисту» (щодо осіб, які визнаються учасниками бойових дій та учасниками війни» (із змінами і доповненнями);

– забезпечення системи соціальних служб (ст. 46 Конституції);

– забезпечення пристойним житлом (ст. 47 Конституції);

– рівність громадян незалежно від раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі тощо (ч. 2 ст. 24 Конституції);

– консолідація та розвиток української нації (ст. 11 Конституції);

– право на безпечне для життя і здоров'я довкілля та екологічну безпеку (ст. ст. 16, 50 Конституції); закони України від 25 червня 1991 р. «Про охорону навколишнього природного середовища», від 18 січня 2001 р. «Про об'єкти підвищеної небезпеки», від 2 березня 1995 р. «Про пестициди і агрохімікати» та ін.

Конституція і чинне законодавство України чітко закріплюють соціальну сферу життєдіяльності суспільства. Законодавчо врегульовуються найважливіші аспекти трудових і міжнародних відносин, питання сім'ї та шлюбу, життя і здоров'я, охорони довкілля та екологічної безпеки.

Таким чином, поняття «соціальна» і «правова» були, на нашу думку, вірно концептуально об'єднані в Конституції, хоча правова думка з цього питання не була одноставною. Так, П. Рабінович пропонував включити в Конституцію назву «держава соціально-демократичної орієнтації», та перемогла точка зору В. Копейчикова і М. Козюбри, які запропонували притаманну багатьом державам Європи формулу «соціальна, правова держава»¹. Але слід зазначити, що становлення і закріплення «соціальної і правової держави» — це непростий і тернистий шлях, який необхідно пройти молодій демократії України. Інтереси людини, суспільства, держави поєднуються в захисті конституційного

¹ Див.: Загальна теорія держави і права. – С. 150.

ладу, суверенітету і територіальної цілісності в безумовному виконанні чинного законодавства на всій території України.

Подальше закріплення конституційних основ національної незалежності, демократичних, соціальних і правових гарантій людини, громадянина, суспільства і держави в цілому відображено в Законі України від 19 червня 2003 р. за № 964-IV «Про основи національної безпеки України», де, зокрема, зазначено, що об'єктами національної безпеки є: а) людина і громадяни — їхні конституційні права і свободи; б) суспільство — його духовні, морально-етичні, культурні, історичні, інтелектуальні та матеріальні цінності, інформаційне і навколишнє природне середовище та природні ресурси; в) держава — її конституційний лад, суверенітет, територіальна цілісність і недоторканність.

Також в Законі визначено, що національна безпека — це захищеність життєво важливих інтересів людини і громадянина, суспільства і держави, за якої забезпечуються сталий розвиток суспільства, своєчасне виявлення, запобігання і нейтралізація реальних та потенційних загроз національним інтересам. Поняття «безпека» — це узагальнене поняття, яке існує як об'єктивне соціально-політичне явище і може застосовуватись у багатьох процесах. Воно не тільки уособлює в собі притаманні будь-якому процесу (явищу) специфічні ознаки безпеки, а й поглинає належні тільки їй загальні риси (чинники), що і дозволяє застосувати це поняття в багатьох галузях. Безпеку як узагальнене поняття слід розглядати в традиційному вимірі: людина — суспільство — держава.

Складовою частиною поняття «національна безпека» виступає інтерес, який уособлюється з певними життєво важливими матеріальними благами й інтелектуальними та духовними цінностями. Захищеність інтересів у контексті національної безпеки включає в себе співвідношення негативності (протидія протидії) з самою собою і спільністю, яке поєднується у взаємних протидіях загрозам. При цьому існує свобода вибору засобів їх попередження, бо вольовий аспект як елемент понятійної категорії «безпека» може використовуватися суб'єктами безпеки без будь-яких обмежень. Критерієм його всеосяжності може слугувати тільки право. А система національної безпеки, повинна чітко визначатися правом, що дозволить, будуючи себе, вийти за свої межі і разом з тим зосередитися на внутрішньо глибинних механізмах існування даної системи для більш ефективного використання.

Інтереси держави полягають у захисті конституційного ладу, суверенітету та територіальної цілісності, в безумовному додержанні і виконанні законодавства всіма громадянами. З огляду на реалії сьогодення

визначено основні пріоритети національних інтересів України. Ними є:

а) гарантування конституційних прав і свобод людини і громадянина;

б) розвиток громадянського суспільства, його демократичних інститутів. Здійснення конституційного принципу народовладдя вимагає узгодженого функціонування і взаємодії всіх органів державної влади, чіткого виконання по вертикалі рішень виконавчої влади та єдності судової системи. Це забезпечується конституційним принципом поділу влади. Головними напрямками захисту конституційного ладу в Україні мають бути: 1) забезпечення верховенства республіканського законодавства і поліпшення на цій підставі законодавства Автономної Республіки Крим (ст. 75 Конституції); 2) розроблення організаційних і правових механізмів захисту державних цінностей; 3) розроблення і реалізація державної політики, яка забезпечує оптимальний баланс інтересів всього суспільства; 4) вдосконалення механізму, який би перешкоджав створенню та діяльності антидемократичних політичних партій, рухів, громадських об'єднань, націлених на сепаратиські та антиконституційні ідеї;

в) захист державного суверенітету, територіальної цілісності та недоторканності державних кордонів, недопущення втручання у внутрішні справи України. Ми спостерігаємо, що у ХХІ ст. з новою силою постає стара загроза безпеки у вигляді прикордонних конфліктів. Територіальні спори частіше за все виникають тоді, коли кордони між державами чітко не визначено. Прикладом цьому може слугувати конфлікт у Приазов'ї (2003 р.), з Російською Федерацією відносно острова Тузла (2004 р.), з Румунією відносно острова Зміїний і континентального шельфу. До сих пір Севастополь декларовано постановою Російської Думи як російське місто, і цю постанову не скасовано. Прозорість кордонів сприяє контрабанді, нелегальній міграції, злочинам, пов'язаним з наркотичними речовинами, тощо. Основними завданнями для держави тут постають:

– виявлення, знешкодження та попередження причин та умов, які породжують злочинність, пов'язану з ситуацією в країні;

– посилення ролі держави на міждержавних переговорах стосовно кордонів як гарант безпеки особи та суспільства, розроблення необхідної для цього правової бази та механізму її застосування;

– зміцнення системи правоохоронних органів, перш за все підрозділів, які протидіють організованій злочинності і тероризму, насамперед міжнародному;

– протидія економічній, демографічній та культурно-релігійній експансії на території України з боку інших держав;

– перешкоджання діяльності транснаціональної організованої злочинності, а також незаконній міграції.

Аналізуючи сучасний стан міграційних процесів в Україні та світовий досвід з цієї проблеми, констатуємо, що це може призвести до:

– формування на певній території анклавів з переважною більшістю етнічних імігрантів; поступове втручання держави (звідки емігрує населення) у внутрішні справи країни з метою захисту прав та інтересів своїх співвітчизників;

– у разі погіршення соціального розвитку країни в місцях проживання імігрантів збільшиться кількість безробітних серед корінного населення; зменшиться середня заробітна плата; впадуть доходи населення, показники здоров'я й освіти, характеристики екологічного стану, демографічні показники та ін.¹;

– збільшення конфліктів на ґрунті міжетнічних відносин;

– збільшення конфліктів на ґрунті міжрелігійних відносин;

г) зміцнення політичної і соціальної стабільності в суспільстві.

В цьому напрямі потрібна консолідація зусиль, спрямованих на боротьбу із злочинністю і корупцією. На підставі аналізу наукових праць і чинного законодавства можна зробити висновки про те, що до умов криміналізації даних процесів належать:

– прискорення інтеграції України у європейський і світовий ринки товарів та послуг;

– підключення нашої держави до міжнародної фінансової, банківської систем, світових систем комунікацій;

– різке збільшення масштабів еміграції з України і міграції в Україну і поява многонаціональних міст-мегаполісів;

– «прозорість» кордонів з сусідніми державами;

– зростання організованої злочинності усередині держави;

– послаблення ефективності діяльності правоохоронних органів України у боротьбі із злочинністю та її організованими формами.

Україна вкрай зацікавлена у викоріненні економічного й соціально-політичного підґрунтя цих суспільно небезпечних явищ, розробленні комплексної системи заходів для ефективного захисту особи, суспільства та держави від злочинних посягань;

¹ Див.: Савченко Н. О. Прогнозування показників соціального розвитку, як одна з характеристик виміру соціальної безпеки / Соціальна безпека: пошук нової парадигми. Зб. наук. ст. – К., 2003. – Вип. 1. – С. 137–141.

г) забезпечення розвитку і функціонування української мови як державної в усіх сферах суспільного життя на всій території України, гарантування вільного розвитку, використання і захисту російської, інших мов національних меншин України. В цій сфері пріоритетним має бути зближення інтересів усіх народів, які проживають в Україні, налагодження їх всебічного співробітництва, здійснення відповідальної та виваженої державної національної і релігійної політики, що дозволить забезпечити Україні внутрішньополітичну стабільність;

д) створення конкурентоспроможної, соціально орієнтованої ринкової економіки та забезпечення постійного зростання рівня життя і добробуту населення.

Пріоритет економічних чинників у соціальній сфері — принципово важливий елемент, бо він націлений на посилення держави для реального забезпечення соціальних гарантій, розвитку механізмів комплексної відповідальності та демократичного прийняття рішень, соціального партнерства. Україна визнана державою з ринковою економікою, але при цьому вкрай важливо проводити соціально справедливу й економічно ефективну політику в галузі розподілу доходів;

е) збереження та зміцнення науково-технічного потенціалу, утвердження інноваційної моделі розвитку.

Перехід до високоефективної та соціально орієнтованої ринкової економіки має здійснюватися шляхом поступового формування оптимальних механізмів організації виробництва та розподілу товарів і послуг з метою максимально можливого зростання добробуту суспільства і кожного громадянина¹.

На перше місце повинні ставитися завдання, пов'язані з усуненням деформацій в структурі економіки, забезпеченням випереджаючого зростання виробництва наукоємної продукції та продукції високого ступеня перероблення, підтримкою галузей, які становлять основу розширеного відтворення, забезпеченням зайнятості населення.

Рушійною силою в цьому напрямку є державна підтримка інвестиційної й інноваційної активності суб'єктів господарювання, вжиття заходів щодо створення стабільної банківської системи, яка відповідала б інтересам реальної економіки, забезпечувала доступ до довгострокових кредитів на фінансування капітальних вкладів, здійснення реальної державної підтримки цільових програм структурної перебудови промисловості. Для здійснення цих заходів і розширення ринку наукоємних

¹ Див.: Мелвідь 3. В. Орієнтація на соціальну економіку в Україні // Соціальна безпека: пошук нової парадигми. Зб. наук. ст. -К. – 2004. – С. 99–108.

технологій мають прийматися такі заходи та закони, які б стимулювали передачу нових військових технологій в цивільне виробництво, розроблення і впровадження механізмів виявлення та розвитку прогресивних технологій, освоєння яких забезпечить конкурентоспроможність підприємств-виробників на світовому рівні;

є) забезпечення екологічно та техногенно безпечних умов життєдіяльності громадян і суспільства, збереження довкілля та раціональне використання природних ресурсів.

В Україні діє понад 300 законодавчих і підзаконних актів, які регулюють діяльність держави з екологічних і техногенно безпечних питань. В Європі та інших країнах світу деякі екологічні проблеми призводять не тільки до виникнення напруги, а й до ситуацій, близьких до конфліктних. Це відбувається в першу чергу через проблеми спільного використання водних ресурсів, утилізації небезпечних відходів, виробництва ядерної енергії. Тому в питаннях національної безпеки необхідно розраховувати не тільки на добру волю сусідніх держав, а й на свою здатність правовими засобами і спільними інтересами спрямовувати їх дії щодо унеможливлення сприймати і визнавати українські національні інтереси. Кримінальний кодекс України (2001 р.) також передбачає у VIII розділі кримінальну відповідальність за злочини проти довкілля.

До пріоритетних напрямів діяльності держави в цих сферах належать: 1) національне використання природних ресурсів, виховання екологічної культури населення; 2) припинення забруднення довкілля за рахунок підвищення ступеня безпеки технологій, пов'язаних з захороненням й утилізацією токсичних промислових та побутових відходів; 3) екологічно безпечне знешкодження, захоронення, утилізація вилученої із бойового стану зброї; 4) безпечне для оточуючих та довкілля збереження та знешкодження запасів хімічної зброї чи ядохімікатів; 5) розроблення та впровадження безпечних виробництв, пошук засобів практичного використання екологічно чистих джерел енергії;

ж) розвиток духовності, моральних засад, інтелектуального потенціалу українського народу, зміцнення фізичного здоров'я нації, створення умов для розширеного відтворення населення.

Забезпечення національної безпеки держави включає в себе також захист культурної, духовно-моральної спадщини, історичних традицій та норм суспільного життя, збереження культурного здобутку українського народу (українців, росіян, поляків, євреїв, татар тощо), формування державної політики в галузі духовності й інтелектуального виховання населення, введення заборон на використання ефірного часу в елек-

тронних засобах масової інформації для прокату програм, що пропагандують насильство, екстремізм, тероризм.

З метою забезпечення і розвитку культурної та духовної спадщини необхідно створити соціально-економічні умови для здійснення творчої діяльності і функціонування установ. У галузі охорони і зміцнення фізичного здоров'я громадян слід посилити увагу суспільства, органів державної влади країни до всебічного розвитку і відповідного законодавчого врегулювання державного та приватного медичного страхування, приватної медичної допомоги, реалізації республіканських програм у галузі санітарії та епідеміології, охорони здоров'я дітей, медицини, катастроф;

з) інтеграція України в європейський політичний, економічний, правовий простір та євроатлантичний безпековий простір, розвиток рівноправних взаємовигідних відносин з іншими державами світу в інтересах України.

Особливого значення в цьому контексті набуває формування основних засад регіональної політики України як складової євроінтеграційного курсу. Так, активна участь України в ЦЕІ, ОЧЕС, ГУУАМ має сприяти широкому залученню України до політичних та економічних процесів у Центральній, Південно-Східній Європі, на Південному Кавказі, а також в Центральній Азії. Вступ України до Ради Європи свідчить про її демократичний вибір, спрямованість на захист прав людини та зміцнення демократичних інститутів. На даний час Україна підписала і ратифікувала майже всі міжнародно-правові документи, передбачені Висновком ПАРС № 190 (1995), що дає можливість більш швидко приєднатися до Європейського Союзу¹.

В широкому розумінні можна відмітити, що у значному спектрі загроз для України на одне з перших місць виходять внутрішні загрози, перш за все соціально-політичні. Поглиблення кризових процесів, проведення економічних реформ, об'єктивно породжують антагоністичну соціальну структуру, різке зниження життєвого рівня більшості громадян. Відсторонення народу від влади посилює напруженість боротьби навколо виборів, шляхів виходу із кризи і моделі майбутнього розвитку. Все це сприяє нестабільності стану в державі, що може призвести до рушійних міжгромадянських зіткнень. Але впоратися з кризою без стабільного соціального стану неможливо.

Надійшла до редколегії 14. 08. 06

¹ Див.: Інформаційно-довідкові матеріали до парламентських слухань «Зовнішня політика України як інструмент забезпечення національних інтересів держави: здобутки, реалії та перспективи». – 10 листопада 2003 р. № 27-7734/2.

ПИТАННЯ ЦИВІЛЬНОГО І ГОСПОДАРСЬКОГО ПРАВА

І. Спасибо-Фатсєва, член-кореспондент АПрН України

Парадокси діалогу інновації і традиції в праві (на прикладі регулювання відносин на стику приватного і публічного права)

Заявлена тематика має такі ракурси: (а) сутність понять інновації і традиції в праві; (б) їхнє становлення, причому в дифузорному середовищі, а не тільки в правовому ефірі, як ми це часто намагаємося зробити в правовій науці; (в) причини, прояви і наслідки парадоксів інновації і традиції у праві; (г) пропонувані способи розв'язання проблем їхньої гармонізації.

Говорячи про приватне і публічне, ми звичайно спостерігаємо парадоксальну невіддільність двох аспектів, що виключають один одного (це правила класичної фізики). З цього випливає, що: а) є *щось*, яке має два аспекти; б) ці два аспекти — антиподи, причому настільки конфронтуючі один з одним, що один виключає іншого, але в) саме цим вони притягаються, створюючи нероздільне ціле, у чому і вбачається парадокс.

Тож який стан справ у правовому середовищі? Прийmemo за «щось» право як нероздільну єдність, правове середовище, загальне для всього і будь-якого регулювання. Антиподами у цьому середовищі (найбільш глобальними і яскраво вираженими) будуть приватне і публічне право. Актуалізація цієї проблематики в 90-ті роки ХХ ст. і до наших днів зробила її «хитом» стику сторіч, а може, і тисячоріч. Ці антиподи були названі і галактиками, і сферами права, і галузями права, і відповідною «цариною» права та ін. Таке розуміння зумовило на сприйняття цих сфер права як реально існуючих, а відтак, чітко позначених секторів, тобто ось це — приватне, а це — публічне право¹. І якщо взяти найбільш розхожий критерій — інтерес, то працює підхід, із якого ми виходили на самому початку, а саме: ці поняття (приватного та публічного права) є антиподами, що виключають один одного.

¹ Для цього було достатнє критеріїв і теорій, що ми тут опустимо.

Не забуваючи про те, що такі підходи ґрунтуються на реальності приватного і публічного як утворень у праві, вони втілилися в більш ніж реальну форму — Цивільний (ЦК) і Господарський (ГК) кодекси. При цьому розробники ЦК девізом обрали саме зазначений підхід розмежування приватного і публічного права, заявивши, що ЦК — кодекс приватного права.

Що з цього вийшло? Ідеальна конструкція наближена до максими. У ЦК вбачається намагання позбутися публічно-правових норм. Там, де приватне право наближається до публічного, робиться відсилання, аби цей публічний аспект було відповідно врегульовано в окремому (тобто протилежному) законі. Прикладом цього можуть слугувати норма ЦК про необхідність державної реєстрації правочинів, прав на нерухомість, юридичних осіб, що має врегульовуватися у відповідному законі.

Пам'ятаючи, що це ідеальна конструкція, можна припустити, що їй повинна була б відповідати подібна ж ідеальна конструкція, але вже з іншої «Галактики» — публічного права, яка мала б підхопити естафету від відповідної норми і продовжити її розробку аж до повного, тобто завершеного, циклу регулювання тих чи інших відносин.

У такий же спосіб слід було діяти в зворотному напрямку регулювання, коли тон задавало б публічне право, а продовжувачем виступало б право приватне. При такому підході ми мали б гармонію, яка заснована на єдиному підході і демонструє те, як варто розв'язувати проблему, коли одне виключає інше, а разом із тим обидва не тільки мають право на існування, а й є життєво важливими та необхідними, у тому числі один одному.

Втім, за ідеальною конструкцією ЦК не послідувала подібна їй ідеальна конструкція публічного закону. Замість цієї моделі правового регулювання суспільних відносин була застосована інша, втілена в ГК. При цьому виникають два питання: яка інша та у чому парадокс?

Якби наш законодавець пішов шляхом прийняття ГК як публічного закону, то парадокс був би класичним: протилежні норми притягуються, і без одного з них немислимо було б існування іншого. Однак законодавець України рушив іншим шляхом, прийнявши ГК як симбіоз приватного і публічного права. Не обговорюючи в принципі цю концепцію на її обґрунтованість і життєздатність, відзначимо головне — її ідеологія і концептуальні засади були зовсім іншими, а саме: **якщо відповідно до першої концепції, законодавець мав «роз'єднати» приватне і публічне, то відповідно до другої — звести їх воєдино.**

Тим самим законодавець звів парадокс у куб: по-перше, залишивши первинний парадокс поєднання приватного і публічного як єдності ан-

типодів; по-друге, відкинувши логічно вірний підхід до прийняття публічного закону, що впливає з ЦК як кодексу приватного права, концептуально схваленого саме як такий; по-третє, з'єднавши публічне і приватне в одному законі і «кинувши» тим самим ЦК у своєму середовищі без антипода, який врівноважував би його. Замість цього з'єднання всього в ГК неминуче привело до претендування останнього на **закон законів** у так званій економічній сфері (очевидно, у сфері майнових відносин).

Природно, що в цьому зв'язку ЦК як щось незакінчене (у розумінні відсутності другої чаші ваги) виявляється практично нежиттєздатним. Він уже не в змозі виконати ту місію, на якій ґрунтувалась його концепція.

Примітно, що при цьому господарники не йдуть далі твердження, що ГК — спеціальний закон, а ЦК — загальний і на цьому ладнають свою оборону¹. Цей підхід ущербний у самих своїх витоках і, боюся, прихильники ГК не до кінця усвідомлюють це. ГК дискредитував ЦК не як спеціальний закон, а як концептуально інший, тобто не як противага ЦК, а як його заміна, витісняючи ЦК на задвіркі «вузькоприватних» відносин, тобто в першу чергу у побутову сферу.

Що ж стосується дилеми «загальний — спеціальний» закони, то краще, ніж виразилася Н. Кузнєцова, не скажеш: «Спеціальний закон не може бути загальнішим за загальний».

Це те, що вбачається з позиції діалогу протилежностей. І це те, до чого приводить невміння нашого законодавця навіть не системно підійти до регулювання цих питань, а уніфіковано, обравши один шлях до регулювання відносин у публічній і приватній сферах.

Якщо ж торкатися системності регулювання, то ми дійдемо до багаточисельних проблем. Розглянемо їх на двох рівнях: (а) «суто» приватного і публічного законів; (б) законів, так чи інакше (більшою або меншою мірою) покликаних регулювати приватні відносини.

(1.) Із прийняттям Кримінального кодексу, який є суто публічним законом, раніше ЦК юридична громадськість була здивована. Як можна врегулювати кримінальну відповідальність за порушення тих прав, що ще не врегульовані в новому ЦК? І, проте, це було зроблено всупереч здоровому глузду. Другий приклад — Закон про оподаткування прибутку підприємств, у якому містяться цивільно-правові поняття: корпора-

¹ Тут можна позначити ще один парадокс: наступ по всьому фронту і перемога в боротьбі з ЦК, що відвертає саму сутність ГК, тим не менш не позбавили господарників необхідності в постійній обороні, що само по собі показово. Вони виправдовуються в тому, що накоїли в країні, а не тріумфують, що досягли неймовірного успіху.

тивне право, дивіденди, ф'ючерси, форварди, опціони. І це в 1997 р. ! А в ЦК ці поняття з'являються тільки в 2004 р., і то виключаючи корпоративні права. Тобто зусиллями нашого законодавця ми з 1997 р. знаємо, як оподатковувати корпоративне право, а що це таке, ми не знаємо¹. Чи це не парадокс?

(2.) Але візьмемо не суто антагоністичні закони, а «з одного куша» — Житлового, Земельного, Сімейного кодексів (відповідно — ЖК, ЗК, СК).

Житлове право, як відомо з радянських часів, має особливу соціальну значущість². До чого приводить цей наголос? До специфіки здійснення і захисту житлових прав. Прикладом може слугувати практична неможливість виселення наймача без надання іншого житлового приміщення у разі порушення ним своїх обов'язків. Навіть позови пред'являються інші: якби в підприємницькій діяльності сторона договору порушувала свої обов'язки, йшлося б про розірвання договору і повернення майна, а також відшкодування збитків. У житлових же відносинах заявляється позов про виселення, і то на підставах, передбачених у ЖК. Якщо ж припускається порушень власник житлового приміщення, то його виселити взагалі неможливо, бо це буде розцінено як позбавлення його права власності. Хоча як за Конституцією, так і за ЦК власність зобов'язує. Специфіка й в тому, що об'єкт житлових прав (квартира) безпосередньо вмонтований в інші об'єкти (житловий будинок, інші квартири, нежитлові та допоміжні приміщення будинку). При цьому законодавець не продумав і не забезпечив дієвість обов'язків власника з утримання житлового приміщення, що робить права інших суб'єктів, формально незалежних, а фактично залежних від недбайливого сусіда або співвласника, досить і досить скрутними у використанні. Житлові відносини тісно пов'язані з відносинами по наданню комунальних послуг, без яких неможливе нормальне проживання. І, незважаючи ні на віщо, ці відносини й понині залишаються в площині публічного права.

У відносинах з приводу житла фактично не діє компенсаційний принцип цивільного права: «якщо позбавляєшся чого-небудь, то одержиш адекватну компенсацію». Так, якщо постає питання примусового викупу у власника житлового приміщення для суспільних потреб або про його виселення з аварійного приміщення, то відразу виникають сі-

¹ Я, звичайно, не розглядаю те визначення корпоративних прав, яке надано у ГК, що являє собою фактично утроване перекладання тієї ж норми публічного закону про оподаткування. Йдеться про те, що слід надати таке визначення, яке б розкривало суто приватний зміст цього права.

² До речі, що являє собою сукупність норм, іменована житловим правом, й дотепер до кінця не з'ясовано.

мейні проблеми (розлучення, визначення місця проживання дітей та ін.), що приводить до необхідності для держави надати більше, ніж ці особи мали раніше, тобто замість двокімнатної квартири — дві двокімнатні або навіть трикімнатні.

Земельне право також вважається таким, що має особливу соціальну значущість. Однак пов'язаність із цивільними відносинами є безперечною внаслідок сприйняття землі як першооснови для забудови і виникнення відносин підряду, власності тощо. Самочинне будівництво, безхазяйне майно, набувальна давність — цей перелік правових категорій, які так чи інакше повинні регулюватися як такі, що чіпають відносини з землею, можна було б продовжити. Головне в тому, що вони відсутні в ЗК, але врегульовані в ЦК. Немає в ЗК й інших речових прав, закріплених у ЦК — емфітевзиса, суперфіція. Значущими є й орендні відносини з землею. Однак порядок їх виникнення в ЗК не визначено, а порядок укладення договору (оферта й акцепт) врегульовано в ЦК. Отже, слід визначитися з відповіддю на питання: чи субсидіарно застосовуються норми ЦК до регулювання земельних відносин, чи мають пріоритет принципи ЦК?

Трудове право так само характеризується своєю соціальною значущістю, яка покладена в главу кута при визначенні різних сторін регулювання трудових відносин, зокрема відповідальності працівника. Однак його слід узгодити з положенням про відповідальність органів управління юридичної особи, яку ЦК визначає як солідарну відповідальність усіх їх членів, тобто повну майнову відповідальність. Не менш важливою є проблема участі представників трудового колективу в органах управління юридичних осіб, яку обходить ЦК і на якій наполягає трудове законодавство.

Проблем й іншого порядку досить багато, аби стверджувати, що законодавець не підійшов системно до врегулювання ні приватних, ні публічних відносин у визначених сферах, породив неузгодженість і затаєні конфлікти, лише один із яких вибухнув (ЦК і ГК). Утім, існування подібних же проблем очевидно і на межі інших кодексів. Тому таке правове регулювання є закономірним для нашої країни, а це вже говорить навіть не про тенденції, а про стан.

Але давайте розглянемо ці ж проблеми на іншому рівні. Якщо навіть зневажити логіко-фундаментальним підґрунтям, порушення якого вбачається при прийнятті ГК і ХК як найбільш яскравий приклад відсутності логіки і системності в діях Верховної Ради України, то можна відзначити і погрехи іншого роду як у ГК, так і в ЦК.

Оперуватимемо повсякденним розумінням, яким, мабуть, керувалися розробники ГК, окреслюючи «життєвий світ правової реальності», тобто «економічних відносин», до яких усе більш схиляються навіть наші академічні господарники. З огляду на відсутність чіткої межі «між науковим і практичним, повсякденним знанням (наукове знання — це здоровий глузд і рефлексія над ним), а також той безсумнівний факт, що право орієнтоване саме на просту середню людину, а не на юриста-професіонала»¹, розробники ГК продемонстрували нам виключно наочний приклад «юридичного примітивізму». «Автори» ГК стверджували, що кодекс потрібний насамперед підприємцям. Але це твердження самих авторів, визначення ними вектора спрямованості їхніх дій. Чи досягли вони своєї мети? Про це можна і потрібно судити, у першу чергу спираючись на самих адресатів, тобто підприємців. Знайомство з численною підприємницькою літературою (взяти хоча б газету «Бізнес»), а також матеріали конференцій, «круглих столів», приватні бесіди доводять, що нічого подібного не відбулося. Очікування господарників не виправдалися і позитивного від тих, хто передбачався бути облагодіяним цим посібником для них, я ніколи не чула.

Однак справедливості заради варто сказати, що скупі на публікації судді висловилися за те, що їм ГК необхідний для розв'язання насутих проблем — розгляду господарських спорів. Вони гадали, що зручніше регулювати в одному кодексі всі відносини «у сфері господарювання».

Можна було б подивуватися такій наївності! Уявимо собі, як добре було б англійським суддям, аби усі прецеденти були зібрані воедино і їм не довелось б морочити собі голову, розгрібаючи їх нескінченну кількість! Це називалося б нас раніше, якщо пам'ятаю, маніловщиною. Нині ж судді господарських судів цілком щиро вважають, що це можливо. Збулася мрія суддів! Вони одержали тоненьку книжечку, іменовану ГК, їхню настільну «Біблію». І з цим вони зв'язують можливість не думати про співвідношення загального і спеціального закону, співвідношення суперечливих норм ГК із принципами, встановленими в ЦК. Однак все-таки варто включати мозок і оцінити таку суперечність. Але чи будуть судді нижчих судових інстанцій у цьому розбиратися? Я не тільки впевнена, що ні, але і напевно знаю про це з узагальнень судової практики. Тоді при винесенні господарським судом першої інстанції рішення ми маємо автоматичне застосування норм ГК. Звичайно, ситуація змінюється у міру просування справи по інстанціях, і, нарешті, Верховний Суд України підтримує позицію, що ГК не повинен суперечити ЦК, його

¹ Честнов И. Л. Правопонимание в эпоху пост-модерна. – СПб., 2002. – С. 14.

основним началом. Але до Верховного Суду не всякий птах долетить. (Хоча останнім часом з високих трибун пролунав заклик щодо негайної уніфікації на принципах, визначених ЦК, усієї системи законодавства, що регулює приватноправові відносини в суспільстві¹.)

Тоді який висновок? Що в замкнутому «господарському» просторі діє своєрідна каста правників і суддів, які живуть «острівним» життям і бажають всіляко ізолюватися від тих процесів, що відбуваються в праві й у суспільстві.

Тут я торкнулася лише основних і очевидних ситуативних моделей. Якщо ж говорити про аналіз самого ГК, то ми побачимо таку трагікомічну картину, котру по достоїнству зможуть оцінити хіба що наші нащадки, якщо, звичайно, звільняться від мислення, яке привело наше суспільство до такого шедевра, як ГК. Тут і механічно перенесені норми різношерстих законів, причому деякі з них із попередніх, тобто застарілих, редакцій. Інший раз це просто смішно, а інший раз — не дуже, коли, наприклад, унаслідок цих зовсім невразливих помилок нас повернули знову на початок 90-х років, коли велася дискусія, чи будуть підприємцями учасники господарських товариств (повних і командитних). Скільки зусиль було витрачено на виправлення ситуації, а опинилися знову в цій калюжі. Ну просто якийсь «день Бабака»!

«Як же це можливо?» — викликне недосвідчена у спорі між цивілістами і господарниками людина. Втім, «я его в очистку не назначал» — як говорив професор Преображенський. І цивілісти завжди були проти ГК. Але чому ж так усе відбулося? Не будемо висвітлювати закулісних процесів — це не наша справа. Ми ще у своєму середовищі не випестували «юристів-папарацці», хоча наближаємося до цього. Я скажу про інше: як не парадоксально, але виникненню ГК сприяли самі цивілісти. Чому? Це дуже просто. По-перше, у нашому середовищі, напевно, не знайшлося вченого, який би постійно і переконливо доводив концептуальну непридатність ГК та й до якого б прислуховувалися владні кола. По-друге, у нашій країні відсутній і той, хто б прислухався до аргументів, якби вони і були розроблені також чітко, як це було зроблено в радянські часи проти господарського права. По-третє, теорія господарського права як модифікований ген увійшла в тіло цивілістики, роблячи там такі наслідки, що неможливо було б уявити Йоффе, Красавчикову і навіть Пушкіну. Ми не виробили протиотрути. По-четверте, розробники ЦК самі підвели господарників до реальності втілення їхньої радянської мрії

¹ Див.: Промова Президента України В. А. Ющенко на VII з'їзді суддів України // Вісник Верховного Суду України. – 2005. – № 11. – С. 9.

мати свій кодекс. Чим? Самою своєю концепцією, що ЦК є кодексом приватного права. Тоді господарники, зрадівши, заповнили бреш, тобто публічне право, але зробили це, як я вже говорила, не логічним чином, а відступивши від запропонованих принципів. По-п'яте, конфронтація між цивілістами і господарниками також сприяла цьому. Якби був діалог, то можна було б спрямувати енергію господарників у русло регулювання публічних відносин, тобто управління господарською діяльністю. А так — вийшло щось подібне до самоствердження внаслідок можливості скористатися ситуацією. Правда, це самоствердження закінчилося досить жалюгідно, обернувшись саморуйнуванням. І подібної ганьби історія права ще не знала.

Так де ж традиції і де інновації? І в чому парадокс? Традиція в тім, що наше право не знало дуалізму «цивільне і торговельне право». У той же час у теорії права і до революції, і після неї він існував. Досить згадати підручники Шершеневича «Торговельне право» та інших учених. Після жовтневого перевороту деформація, яка відбулася, породила в економіці сутнісні зміни майнових відносин (усі ці планові начала, зниження ролі договору тощо). Адекватно на це відреагувала і наука, замінивши торговельне право правом господарським. Заповітною мрією був ГК, але реалії не дозволили цього зробити, тобто втілити удавану теорію в площину закону. Хоча в той час для цього, будемо відвертими, було більш підстав, ніж зараз. Знаходилися і сили, і розум, аби відстоювати позиції здорового глузду.

На початку 2000-х рр. ситуація в корені змінилася. Очевидно, що попередніх чинників уже не було, втім, економічні трансформації (підприємницька діяльність тощо) породили нові модифікації в теорії кошичного торговельного, а нині господарського права — можливість твердження про необхідність державного регулювання ринкових відносин.

Таким чином, якщо поспостерігати за цією спіраллю, то наука торговельного права до 1917 р. ставила в основу сферу відносин — торгівлю (під якою розумілася, звичайно, не тільки торгівля у вузькому сенсі, а й комерція взагалі); наука господарського права 20–80-х рр. XIX ст. — економіку, що планово регулюється, а наука господарського права 1990-х — 2000-х років — економіку, що ринково регулюється. Як видно, це істотно відрізняє підходи. Як істотно і те, що нині господарники удаються від підміни понять дуалізму в праві до відвертих маніпуляцій, коли заявляють про те, що в усьому світі існують торговельне право, комерційне право, господарське право, знаючи наперед, що це не зовсім

ідентичні поняття, які аж ніяк не виражають те, що вкладають у господарське право вітчизняні і російські господарники.

І от вам і інновація! Нею є ГК. Парадокс же в тім, що так звана інновація по суті нею не є, а являє собою не що інше, як анахронізм і спробу схрестити не тільки приватне і публічне право, а й торговельне і господарське, радянське і пострадянське, ринок і план. Це і показово. Гіркий досвід ГК наочно демонструє, що не все то інновація, що виникає як нове. Якщо сучасна проблематика інновацій візьме це до уваги, ми ще не остаточно загинули.

Використання методу деконструкції Ж. Дерріда приводить до такого ж висновку. Сутність цього методу полягає в тім, що якщо взяти щось системне (у нашому випадку право), то варто виявити в ньому несистемне, приховане (у нашому випадку господарське право), що і являє собою результат і одночасно механізм «зацікавленого пригнічення»¹. При цьому пригнічення деконструктивне, але (уживу вульгарність) міщанськи привабливе. А парадокс парадоксу виявляється в тім, що «самое неразрешимое и самое традиционное где-то смыкаются»².

Повертаючись до теорій щодо формування права і закону, застерегши втілення теорії «живого права» Е. Ерліха в нашій українській дійсності у вигляді мутанта — ГК, торкнемося теорії формальної раціональності, зокрема розроблену німецьким соціологом Ю. Хабермасом. Наприклад, її дієвість очевидно демонструє ГК, оскільки відповідно до цієї теорії фактично діюче право формується неусвідомлено, воно поширюється, скоріше, на основі навіювання, маніпулювання суспільною думкою, внаслідок звички та інших ірраціональних чинників.

Усе це так, однак неусвідомленим прийняття ГК можна назвати лише умовно. У розробників ГК воно, звичайно, було більш усвідомленим, ніж у широкого загалу. Однак навряд чи це так у Верховної Ради, депутати якої, мабуть, досить поверхово розуміють сутність того, що відбувалося. Інакше як можна пояснити, що приймаються одночасно два концептуально протилежні кодекси, один із яких (ЦК) розроблений за всіма європейськими вимогами і відповідає сучасним потребам у регулюванні ринкових відносин, блокується ГК, що тягне назад у радянське минуле. Але не можемо ж ми постійно випробувати на собі інший варіант формальної раціональності, пропонований Р. Рорті, який уповав на метод проб і помилок?

¹ Автономова Н. Дерріда и грамматология // Дерріда Ж. О грамматологии. М., 2000, – С. 70.

² Там само. – С. 89.

У цілому, рух правової теорії можна визначити по наростаючій: з ускладненням суспільних відносин і зв'язків ускладнюється їхнє осмислення і пропонуються відповідні правові моделі. Якщо траплялися «відкоти» назад, то вони були тимчасовими, і потім рух знову продовжувався по торованій колії¹. Однак нестерпно відчувати себе і наше суспільство в процесі й епіцентрі самого «відкоту», як це зараз відбувається завдяки господарському праву. Одна справа — дивитися на це в історичних реаліях, інша ж — відчувати все це на собі. Тим більше, коли під інновацією подається до суспільного столу підпорчений продукт. А суспільство тихо страждає: підприємці, які, на думку розробників ГК, повинні їм усе життя бути вдячними; судді, які змушені пристосовуватися, не виробивши в собі бійцівських якостей (так традиційно в нас склалося, тому що наші судді відкидають саму думку «глядіти у корінь» і дошкуватися до суті проблеми. Для них «якщо є ГК, то будемо ним користуватися, якщо скасують — не будемо».

Що ж традиції? А вони коренями ідуть у те, що називають зараз індустріальним суспільством², яке, за М. Вебером, відрізняється цілерациональністю, що забезпечує необхідність для індивідів орієнтувати свої дії відповідно до позначуваних цілей, засобів їхнього досягнення і побічних наслідків. При цьому всі три складові ретельно зважуються і взаємопов'язуються³.

Чи зберігся подібний підхід у праві України? Очевидно, що ні. На що були орієнтовані розробники ГК? На скасування ЦК? Але це ж абсурдно! Проте саме такими є наслідки його введення в дію, нехай навіть побічні, нехай навіть господарники не ставили перед собою таку мету, «скромно» зайнявши нішу «спеціального закону». Однак побічні наслідки своїх дій вони теж не усвідомлювали? І в такому випадку їхня роль украй неординарна. Якщо вони ставили за мету знищити ЦК як основний у цивільному суспільстві, заснованому на пріоритетах приватних інтересів, закон — це неможливо і негідно. Але якщо вони не передбачали, що цього досягнуть, не ставлячи такої мети, це також негідно. І от пиррова перемога.

Інновація ГК у тім і полягає, що, не будучи такою, вона взялася регулювати без усяких на те підстав, з удаваною концепцією, не позна-

¹ Див.: Честнов И. Л. Вказ. праця. – С. 24.

² Хоча для мене абсолютно неочевидно те, як ми можемо охарактеризувати сучасне українське суспільство, якщо висходити із запропонованої градації на індустріальне і постіндустріальне.

³ Див.: Weber M. Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre. – Tübingen, 1951. – S. 551.

чивши своєї мети і не продумавши побічних наслідків. І цей експеримент у нашому суспільстві увінчався успіхом господарської науки — прийнятий кодекс, який ганблять усі.

Але якщо це так, а іншої оцінки ГК (природно, крім самих його розробників) у нас у країні ніхто не дає, то що це за закон такий? Що це за інноваційний продукт? Він поданий у традиційному соусі з предмета і методу, про які стверджують нам як необхідні атрибути з 20-х років ХХ ст. Його сфера регулювання так безрозмірно розтягнута, що здатна вмістити в себе все, аби тільки нічого не залишити ЦК. І, повитаскавши все з ЦК, норми ГК регулюють всі інакше. ***Переінакишування — це не роль спеціального закону, на статусі якого продовжують наполягати батьки ГК!***

Він зліплений так, що нібито має загальну частину, свої принципи, свої функції. Тому якщо його норми суперечать принципам ЦК, то господарники заявляють, що лиха тут ніякого немає, тому що в ГК свої основні засади. А якщо ми задамося питанням про те, які ж це засади, то відразу і не відповіси, оскільки ці «принципові позиції» у господарників змінювалися залежно від змін в економіці. Але непорушним залишилося одне — непереможне бажання мати власний кодекс.

Планові засади замінені на ринкові — ну і що? Роль держави діаметрально змінилася — ну і що? Мовляв, ми і це осмислимо, і з цим справимося. Занадто багато секторів уваги, які треба врахувати і ув'язати (і управління держмайном, і місце в ринковій інфраструктурі, і держреєстрацію різних напрямків, і сертифікацію, і стандартизацію, і сприяння конкуренції, і оподаткування й багато іншого). Однак і тут не виникло для господарників проблем — еkleктичні шматки склали клаптеву ковдру з різних законів.

Так що ми маємо за інноваційний продукт? Не що інше, як ***симулякр***, що внаслідок свого нереального, «несправжнього» статусу являє собою «порожню форму», яка, за Ж. Делезом і Ж. Бодрийяром, байдужа до кожного, у принципах та змісті. Порожня судина, яку у радянський період господарники готові були наповнити одним змістом (планово-адміністративного присмаку), нині наповнена міксом з держуправлінського тіста з ринковою приправою.

Що ж було би традицією? Як уже йшлося, прийняття публічного закону, який необхідний і достатній для регулювання відносин у сфері держуправління і, крім того, збалансував би ЦК як кодекс приватного права. Однак при розв'язанні проблеми інновацій і традицій в праві слід враховувати загальноприйнятий в теорії наукових досліджень

принцип консерватизму¹, який радить уникати невинуватених новацій, намагатися викладати нові явища за допомогою існуючих та відомих законів². Не заперечуючи це, завдаємо питаннями: якщо ми підтримуємо збереження права з його розподілом на галузі, це традиція? А якщо при цьому пам'ятати, що такий розподіл історично не так уже давно й склався?

В цілому інновації у праві треба було б розуміти інакше. Право єдине, але дволике. Відкриваючи один лик — приватноправовий, ми маємо враховувати існування й іншого — публічно-правового. Галузі права — поняття умовні. У кожній з них мають місце публічні і приватні елементи. Це яскраво видно у сімейному, житловому, трудовому, земельному праві тощо. Й іншого не дано. З'являються нові «права» — корпоративне, канонічне, конкурентне, медичне, завтра з'явиться інноваційне, спортивне право (хоча давно вже пора). І це що — галузі права або законодавства? І що буде критерієм, і навіщо взагалі потрібні ці спори? Є потреба, повинні бути адекватні юридико-правові рішення, однак точно вивірені і продумані, аби ми не повторили помилок, яких спіткали із ГК.

Я навіть не впевнена, що ідея ЦК як кодексу виключно приватного права була вірною, оскільки це видається утопією, що і продемонструвала дійсність з її грубим і вульгарним вторгненням у третю ідею, породивши ГК. А спори про галузі права, на мій погляд, не матимуть підґрунтя, якщо виходити з єдності права як цілісного масиву норм, сферу правового регулювання котрих становитимуть три види суспільних відносин — майнові, управлінські та процесуальні. Галузі ж законодавства (цивільні, земельні, трудові та ін.) регулюють ці відносини, які наче «скрізні жили», пронизують їх предмети³.

Тоді де ж місце приватному і публічному? А вони мисляться не субстанціями, яким має відповідати подоба їхнього втілення, де вони могли б матеріалізуватися саме в такій своїй сутності. Вони мисляться ідеальними категоріями, які беруться до уваги при розробленні законів, використанні відповідної методології тощо.

Надійшла до редколегії 04. 09. 06

¹ Див.: *Ивин А. А.* Современная философия науки. – М., 2005. – С. 258.

² Див.: Там само. – С. 259.

³ Див.: *Лившиц Р. З.* Теория права: Учебник. – М., 1994. – С. 94.

Інструментальна концепція цінних паперів: доктринальне наступництво основних положень

Проблема обґрунтування концепції, яка б урахувала основні особливості правової природи цінних паперів, а також їх функціональне призначення у механізмі правового регулювання відповідного сегменту майнових відносин, не нова. Визначення шляхів її розв'язання започатковане такими правниками, як Н. Нерсесов, М. Агарков, Д. Мурзін, В. Белов, В. Барулін, В. Труба та ін. Сукупність висловлених ними поглядів і міркувань є доктринальним підґрунтям документарної концепції цінних паперів. Більшість основних її доктринальних постулатів, що домінували у цивілістиці протягом багатьох років, витримали перевірку часом. Йдеться, зокрема, про тісний правовий зв'язок між цінними паперами і майновими правами, які вони посвідчують, дуалізм правової природи цінних паперів тощо. З появою у сучасному цивільному обороті України *бездокументарної форми фіксації майнових прав* деякі положення *документарної концепції* втратили універсальність, наприклад, необхідність пред'явлення *документа* (цінного паперу) для здійснення виражених у ньому прав. Інституціоналізація положень про цінні папери виявила необхідність формування нових теоретичних і методологічних підходів, універсальність яких дозволяла б надати науково обґрунтовані пропозиції щодо подальшого вдосконалення нормативних механізмів їх випуску й обігу. Зазначене актуалізує проблему закладення теоретичних підвалин і всебічного обґрунтування нової концепції цінних паперів, рівень універсальності основних положень якої відповідав би сучасним реаліям розвитку законодавства і правозастосовної практики.

Врахування їхньої правової природи, специфіки механізму правового регулювання майнових відносин, опосередкованих їх випуском та обігом, а також основних положень цивілістичної доктрини дозволяє запропонувати *інструментальну концепцію цінних паперів*. Вона ґрунтується на розгляді специфіки цінних паперів у площині адаптованого до завдань цивілістики *інструментального підходу* з врахуванням слухних і актуальних на сучасному рівні розвитку правової науки пропозицій С. Алексеєва стосовно сфери його застосування. Правником обґрунтована ідея необхідності широкого впровадження в правових дослідженнях інструментального підходу, що орієнтує на вивчення найбільш широко-

го кола інструментів забезпечення регламентаційного впливу на регульовані правом відносини, не обмежуючись дослідженням лише нормативних регуляторів. На його думку, інструментальний підхід до аналізу правової дійсності полягає в охопленні вивченням усієї різноманітності «інструментів правової регуляції (причому незалежно від того, чи є вони хоч якоюсь мірою “похідними” від норм)»¹. Окреслений підхід має особливе значення для визначення специфіки сукупності правових засобів (*інструментів*) приватноправової регуляції досліджуваного сегменту майнових відносин. Його використання як загальнометодологічного прийому в ході пошуку шляхів розв’язання проблем, пов’язаних із визначенням місця і ролі цінних паперів у розглядуваному механізмі правової регуляції, видається особливо плідним. Адже з огляду на міркування відомого правника *інструментальний підхід полягає в тому, що «предметом наукової розробки стає права матерія в цілому, весь спектр юридичного інструментарію як такий»*².

Запровадження інструментального підходу дає змогу по-новому розглянути специфіку дуалістичної (а відтак, інструментальної, на відміну від інших об’єктів цивільних прав) правової природи цінних паперів. Завдяки його застосуванню з’являється можливість висвітлити відмінності між цінними паперами і власне майновими правами як спорідненими категоріями матеріальних об’єктів цивільних прав, обґрунтувати піддану сумніву в цивілістичній літературі єдність документарної і бездокументарної форм їх випуску та обігу, вирішити інші теоретичні і практичні проблеми, які дозволяє окреслити запропонована концепція. Її теоретичні підвалини характеризуються доктринальним наступництвом щодо основних положень документарної концепції. Одні з них (наприклад, характеристика зв’язку майнового права і документа) враховані в установленій інтерпретації, інші (зокрема, дуалізм правової природи цінних паперів) досліджені більш поглиблено і подані в новому світлі. Теоретичним підґрунтям запропонованої концепції є такі нормативні та доктринальні положення, а також авторські висновки та міркування.

Здавна не тільки на законодавчому, а й на доктринальному рівні цінні папери визнаються різновидом об’єктів цивільних прав і правовідносин. До них, виходячи з положень ст. 177 ЦК України, віднесено речі, у тому числі гроші й цінні папери, інше майно й майнові права (матеріальні блага). Розглядаючи специфіку цінних паперів, Н. Нерсесов

¹ Алексеев С. С. Восхождение к праву. Поиски и решения. – 2-е изд. – М., 2001. – С. 97–98.

² Там само. – С. 99.

дійшов висновку про можливість їх порівняння з речами, але не їх отожднення. «По суті своїй (цінні — *В. Я.*) папери... суть односторонні формальні акти, що циркулюють в обороті на кшталт реальних рухомих речей»¹ — зауважував він. Найбільш спорідненими серед матеріальних об'єктів цивільних прав є власне майнові права та цінні папери — документи, цінність яких полягає у посвідченні окремих категорій майнових прав.

Посвідчені цінним папером майнові права характеризуються змістовною незмінністю протягом усього періоду їх участі у майновому обороті. На відміну від майнових прав, формалізованих у змісті договору, вони не підлягають змістовному коригуванню як за одноособовим бажанням емітента, так і за домовленістю між ним та іншими учасниками досліджуваних майнових відносин. Зазначена змістовна незмінність зумовлена тісним правовим зв'язком між майновим правом і цінним папером (інструментом його фіксації). Врахування цього аспекту специфіки цінних паперів дозволяє констатувати істотну відмінність порівнюваних регулятивних механізмів. Механізм правового регулювання відносин у сфері випуску й обігу цінних паперів характеризується наявністю двох різновидів інструментів, застосування яких забезпечує статичні та динамічні характеристики участі посвідчених ними майнових прав у майновому обороті. Статичні аспекти механізму правового регулювання відносин, що виникають у сфері набуття та здійснення майнових прав, тісно пов'язаних із документом (інструментом їх формалізації), опосередковує конструкція цінних паперів, а динамічні — договір чи односторонній правочин (наприклад, заповіт). Одержати таку унікальну правову конструкцію дає змогу нормативно забезпечене поєднання («злиття») майнових прав і правової форми їх встановлення та наступного посвідчення. Ці висновки однаковою мірою поширюються на документарну та бездокументарну форми випуску й обігу цінних паперів.

Специфіка правової природи бездокументарних цінних паперів порівняно з документарними не дає підстав розглядати їх як окрему категорію об'єктів цивільних прав. Незалежно від форми випуску цінні папери всіх різновидів і груп підлягають віднесенню до єдиної категорії об'єктів цивільних прав. Аналіз норм чинного законодавства України дозволяє зробити висновок про те, що на цінні папери, випущені в документарній і бездокументарній формах, загалом поширюється єдиний

¹ *Нерсесов Н. О.* О бумагах на предъявителя с точки зрения гражданского права: Историко-догматическое исследование. — М., 1889. — С. 181.

порядок правового регулювання, хоч це не виключає врахування окремих їх особливостей у ході його законодавчого встановлення. Їх єдність додатково обґрунтовується також конвертаційною здатністю цінних паперів. Вона полягає у можливості кількісно необмеженого переведення цінних паперів, випущених у документарній формі, в бездокументарну (шляхом їх знерухомлення), і навпаки.

Для бездокументарних цінних паперів характерною є відсутність паперового документа, який уособлює матеріальну форму існування майнових прав. Однак бездокументарні цінні папери зберігають інструментальне призначення як засіб посвідчення відповідних категорій майнових прав, а відтак, підлягають віднесенню до розглядуваних об'єктів цивільних прав і аналізу в межах запропонованої єдиної інструментальної концепції. Трансформація матеріально-речового носія правової інформації (паперового бланка) в здійснений зберігачем (електронний) обліковий запис не дає підстав ігнорувати при визначенні правової природи бездокументарних цінних паперів їх характеристики як електронного документа. Здійснений зберігачем обліковий запис у одному із можливих значень підлягає розгляду як електронний документ. У цьому значенні він також є інструментом забезпечення виникнення, передання і здійснення майнових прав, посвідчених бездокументарними цінними паперами. У англійських джерелах зазначається, що «характерний для сучасного цивільного обороту процес дематеріалізації цінних паперів не вплинув на основні особливості їх правової природи — *права, які мають форму документа* (курсив мій. — В. Я.), передаються і здійснюються за допомогою використання реєстраційних записів»¹. Здійснений зберігачем обліковий запис як електронна форма посвідчення майнових прав у зобов'язально депозитарних відносинах юридично замінює бланк сертифіката паперового документа. Цей запис і змістовно втілені (а тому інструментально підпорядковані) у ньому майнові права, з урахуванням тісного правового зв'язку між ними, і підлягають розгляду як бездокументарний цінний папір. Правове значення цього облікового запису як електронного документа, носія правової інформації стосовно відповідного майнового права і, зрештою, об'єкта-інструмента його посвідчення зберігається. Адже без звернення управомочених осіб до зберігача і врахування правової інформації, задокументованої в здійсненому зберігачем обліковому записі, втілене в бездокументарному цінному папері майнове право не підлягає ні виникненню, ні здійсненню,

¹ German Capital Market Law / Ed. by Ulf R. Siebel, Michael P. Zu Lowenstein, Robert Finney. – N. -Y.; Munich; 1995. – P. 20.

ні переданню іншим особам. Отже, законодавчо визначена можливість функціонування цінних паперів у цивільному обороті в бездокументарній формі наочно свідчить про те, що трансформація документарно-речового способу посвідчення майнових прав, що становлять зміст цінних паперів, не змінює їх основного призначення і не має наслідком нівелювання основних особливостей їх обопільної інструментальної значущості в досліджуваному механізмі.

Цінні папери обох форм випуску та обігу мають істотне значення «або для виникнення, або для передачі, або для здійснення майнових прав»¹ — зазначав Н. Нерсесов. У наведених судженнях правника чітко простежується інструментальне призначення цінних паперів для посвідчення майнових прав, а специфіка їх участі у майновому обороті визначає їх особливу роль у механізмах правоустановлення, правопередавання і правореалізації. Ця вдала сентенція на час написання його праці стосувалась лише документарних цінних паперів на пред'явника, але з певними застереженнями підлягає поширенню й на інші їх види, а також бездокументарну форму їх випуску та обігу. Вживаний правником сполучник «або» в ході його буквального тлумачення нині припускає хибне його сприйняття як зазначення альтернативності ролі документа або для виникнення, або для передання, або для здійснення відповідного права. Тому для надання наведеному твердженню логічної й текстуально-термінологічної завершеності в сучасній його інтерпретації слід уживати єднальний сполучник «і». З огляду на це зауваження і виходячи з особливостей їх правової природи інструментальна концепція цінних паперів обґрунтовується їх значенням як *об'єкта-інструмента*, що забезпечує і виникнення, і передання, і здійснення посвідчених ними майнових прав.

Зазначене дозволяє дійти таких висновків. По-перше, цінні папери є об'єктом-інструментом забезпечення *виникнення* майнових прав. Без належного оформлення й емісії документарного цінного паперу не можуть виникнути і посвідчені ними (переважно зобов'язальні) майнові права. Механізм функціонування бездокументарних цінних паперів також забезпечується шляхом застосування особливого інструментарію. Одним із таких інструментів постає бездокументарний цінний папір, визначений у чинному законодавстві України як здійснений зберігачем обліковий запис. Механізм виникнення у майновому обороті посвідчених ним майнових прав забезпечується застосуванням таких спеціалізованих правових засобів, як глобальний сертифікат, рахунок у цінних паперах

¹ Нерсесов Н. О. Вказ. праця. – С. 141.

тощо. Відповідно і структура їх правового регулювання також характеризується специфікою з огляду на особливості єдиного у своєму роді механізму правової організації їх випуску та обігу, забезпеченого функціонуванням спеціально створеної Національної депозитарної системи. Відносини, посвідчені бездокументарними цінними паперами, мають ускладнену структуру. Її визначає комплекс депозитарних (організаційних за природою) і суто зобов'язальних відносин, які виникають між емітентом, правоволодільцем за цінними паперами та всіма іншими учасниками (депозитаріями, зберігачами, торговцями цінними паперами тощо) Національної депозитарної системи (депозитарно-зобов'язальні відносини).

По-друге, у межах запропонованої концепції цінні папери постають об'єктом-інструментом *передання* посвідчених ним майнових прав. Посвідчене документарним цінним папером майнове право як кінцевий об'єкт правового інтересу суб'єктів майнових відносин не може бути передане у відриві від його матеріального носія — бланка сертифіката документарного цінного паперу або здійсненого зберігачем облікового запису для бездокументарної форми їх випуску. Перехід до інших осіб майнових прав, посвідчених бездокументарними цінними паперами, забезпечується шляхом звернення до зберігача з вимогою переоформлення здійсненого ним облікового запису на ім'я нового правонабувача. Таким чином, механізм передання майнових прав, посвідчених цінними паперами, визначений їх інструментальним призначенням у ньому.

По-третє, цінні папери підлягають дослідженню як об'єкт-інструмент *здійснення* посвідченого ним майнового права, що опосередковує механізм правореалізації. Значення цінних паперів для здійснення посвідчених ними майнових прав досить докладно обгрунтував М. Агарков¹. Правовий режим документарних цінних паперів визначає пред'явлення документа юридично ваговою дією, без якої здійснення посвідчених ними майнових прав є неможливим. У період домінування документарної концепції цінних паперів ця їхня особливість протягом тривалого часу визначала їх сприйняття і легальне визначення як документів, *пред'явлення котрих є необхідним для реалізації виражених у них прав*. Жодна з відомих цивільному обороту інших категорій документів (наприклад, правовстановлюючих) не має такого особливо рельєфно вираженого інструментального призначення, адже в результаті здійснення або нездійсненності цих прав цінні папери втрачають значення об'єкта-інструмента їх посвідчення, а відтак, уже не можуть розглядатись як «повноцінні» об'єкти цивільних прав у загальноприйнятому їх розумін-

¹ Див.: Агарков М. М. Учение о ценных бумагах. – М., 1927.

ні. Правило щодо вилучення сертифіката погашеного документарного цінного паперу емітентом взамін виконання на користь правоволодільца обов'язку, що кореспондує посвідченому ним майновому (найчастіше зобов'язальному) праву, за своїм значенням підлягає врахуванню як звичай, а у сфері підприємництва — звичай ділового обороту (ст. 7 ЦК України). Звичай (у значенні звичаєвої норми)¹ з точки зору його значущості для впорядкування приватноправової сфери підлягає розгляду як універсальний ненормативний регулятор, а тому має аналогічне призначення і в механізмі (динамічній структурі) правового регулювання досліджуваного сегменту майнових відносин. Така значущість цінних паперів обумовлена тісним правовим зв'язком документа і посвідчених ним майнових прав.

Поглиблений аналіз такої усталеної доктринальної аксіоми, як тісний правовий зв'язок документа і змістовно втіленого в ньому майнового права з урахуванням інструментального підходу (що полягає в урахуванні всієї сукупності інструментів правової регуляції), дає змогу дійти таких висновків. Аналіз цього зв'язку дозволяє розглядати як невід'ємні складові єдиної цивілістичної конструкції майнові права (власне об'єкт) і права на цінні папери — документи, правові засоби (інструменти) їх посвідчення. Наведена інтерпретація цього атипового (і цим унікального) правового зв'язку дає підстави розглядати їх у межах інструментальної концепції цінних паперів як різновид майнових благ (*об'єктів*) і водночас як форму їх правового вираження, а відтак, різновид *інструментів* приватноправової регуляції — *об'єкт-інструмент* посвідчення майнових прав.

Зазначена електичність зумовлює неможливість беззастережного віднесення цінних паперів як до об'єктів цивільних прав «у чистому виді», так і до правових засобів (інструментів) правової регуляції сфери охоплюваних їх випуском та обігом відносин. Зазначене поєднання майнових прав і правової форми їх вираження (з поширенням на останню правового режиму об'єктів прав) дає змогу також констатувати її атипічність механізму правового регулювання досліджуваного сегменту

¹ Термін «звичай» широко використовується в юриспруденції для позначення звичаєвої норми і звичаєвої поведінки (див.: *Зыкин И. С.* Обычаи и обыкновения в международной торговле. — М., 1983. — С. 13; *Поротиков А. И.* Обычай в гражданском обороте // Обычай в праве: Сборник. — СПб., 2004. — С. 235–236; *Титарчук А. А.* Обычай и право (вопросы взаимосвязи и взаимодействия): Дис. ... канд. юрид. наук: 12. 00. 01. — Х., 1995. — С. 26; *Щокіна О. О.* Правовий звичай міжнародної торгівлі як джерело міжнародного приватного права: Дис. ... канд. юрид. наук: 12. 00. 03. — Х., 2005. — С. 30).

майнових відносин. Застосування цінних паперів як форми існування майнових прав (яка є невід'ємною від її змісту) поряд з іншими інструментами, що забезпечують її впорядкування, є прикладом структурно-змістовного ускладнення загальної структури досліджуваного регулятивного механізму. Таке ускладнення дозволяє одержати якісно новий рівень правового регулювання, який полягає у наступному.

По-перше, на якісно новому рівні здійснюється забезпечення прав і законних інтересів суб'єктів, що беруть участь у майнових відносинах, опосередкованих випуском та обігом цінних паперів. Адже за рахунок застосування особливих прийомів правового регулювання досягається зменшення вірогідності настання небажаних для суб'єктів негативних наслідків (ризиків), які зазвичай мають місце у майновій сфері. Це, наприклад, такі прийоми, як необхідність презентації документа для здійснення посвідчених ним прав, а також право емітента на його вилучення взамін наданого ним виконання свого обов'язку на користь його пред'явника (правонабувача за бездокументарним цінним папером), прийоми, що застосовуються у сфері функціонування Національної депозитарної системи; якісно новий рівень оборотоздатності майнових прав, посвідчених цінними паперами бездокументарної форми їх випуску та обігу. Особливим прийомом правового регулювання є поширення правового режиму об'єкта цивільних прав не тільки на посвідчене цінним папером майнове право, а й на документ, правову форму його фіксації та подальшого посвідчення. У сфері випуску й обігу документарних цінних паперів цей прийом дозволяє органічно поєднати і використати окремі переваги, притаманні сферам правового регулювання речових та зобов'язальних відносин. Механізм передання речових прав на документ опосередковує перехід до нового набувача посвідчених документарними цінними паперами майнових (як правило, зобов'язальних) прав. Застосування речових засобів захисту права власності (наприклад, віндикація документарних цінних паперів або визнання прав на них) забезпечує додатковий рівень захисту посвідчених ними (у переважній більшості випадків зобов'язальних) майнових прав.

По-друге, у наявності таких характеристик структурно-функціональних зв'язків, які опосередковують функціонування механізму правового регулювання досліджуваного сегменту майнових відносин, що відрізняють його від всіх інших різновидів майнових відносин. Запропонований ракурс дослідження дозволяє пояснити, у чому ж полягає різниця між майновими правами і цінними паперами як об'єктами цивільних прав з погляду їх становища у системі зв'язків, опосередкованих при-

ватноправовими регулятивними механізмами, що забезпечують їх участь у майновому обороті. Для більшості майнових прав (що не втілені у цінних паперах) тісний правовий зв'язок з інструментом їх формалізації не є характерним. Участь таких прав у майновому обороті опосередковується укладенням правочинів (як договорів, так і односторонніх правочинів), кожен з яких забезпечує *одночасно* як *статичні* (у значенні документа є правовою формою вираження майнових прав), так і *динамічні* (є правовою підставою їх переходу від одного суб'єкта до іншого) аспекти відповідного механізму правової регуляції. Механізм забезпечення оборотоздатності майнових прав (як самостійного різновиду об'єктів) допускає можливість їх змістовної видозміни за домовленістю сторін. Ця категорія майнових прав підлягає *потенційним змістовним видозмінам*. Зокрема, сторони можуть змінити будь-які змістовні характеристики майнових прав, віднесених до об'єктів цивільних прав, шляхом коригування змісту правочинів, що забезпечують їх оборотоздатність. Це можливо шляхом як корекції змісту первісного правочину, що забезпечує їх встановлення, так і змістовної видозміни наступних правочинів, що забезпечують їх участь у майновому обороті, наприклад, шляхом внесення за домовленістю сторін змін і доповнень до положень договору, укладення якого є підставою виникнення майнового права, що підлягає передачі за правилами, встановленими для об'єктів цивільних прав. Інший шлях полягає в укладенні наступного правочину, який забезпечує передання майнових прав, з певними змінами їхніх змістовних характеристик порівняно з їх первісним обсягом. У останньому випадку відпадає потреба в урахуванні положень первісного правочину, елементом змісту якого і є майнове право, що набуло оборотоздатності як об'єкт прав, адже кожен новий правочин, що забезпечує його оборотоздатність, є одночасно і формою його існування, посвідчуючи його зміст та обсяг, і юридичною підставою для його передання іншій особі.

З огляду на ці міркування, основна відмінність цінних паперів від інших майнових благ лежить в інструментальній площині і об'єктивно зумовлена тим, що всі вони відіграють у механізмі правового регулювання майнових відносин лише «пасивну» роль — як *об'єкти* цивільних прав і правовідносин. Адже інструмент фіксації правоможностей стосовно речей, грошей і «власне» майнових прав (наприклад, договір) зазвичай є відокремленим від них і не набуває значення об'єкта цивільних прав. Не заперечуючи усталену в цивілістичній доктрині значущість цінних паперів як об'єктів цивільних прав і правовідносин, є підстави твердити, що вони завжди додатково відігравали в цьому механізмі ак-

тивну (інструментально-регламентаційну) роль. У цінних паперах майнове право й інструмент його фіксації та наступного посвідчення немов «зливаються» воедино, визначаючи їх двоєдиний (дуалістичний) характер як особливої атипічної категорії цивілістичних конструкцій.

Надійшла до редколегії 10. 09. 06

І. Пучковська, доцент НЮА України

Щодо співвідношення заходів оперативного впливу та видів забезпечення виконання зобов'язань

Новий ЦК України, назвавши певні види забезпечення виконання зобов'язань, встановлює, що законом чи договором можуть бути передбачені інші види забезпечення виконання зобов'язань, не даючи при цьому поняття цих видів. Отже, сторонам договірних правовідносин надається право самим вигадувати, винаходити певні забезпечення щодо виконання своїх зобов'язань, але чи можна їх вважати видами забезпечення виконання зобов'язань в розумінні глави 49 ЦК? Законодавець у загальних положеннях про забезпечення виконання зобов'язань називає ознаки таких видів, але дефініції видів забезпечення виконання зобов'язань не дає. В зв'язку з цим виникає багато питань і одне з них щодо можливості віднесення заходів оперативного впливу до видів забезпечення виконання зобов'язань услід за притриманням, яке традиційно вважається заходом оперативного впливу і вперше законодавцем віднесено до інституту видів забезпечення виконання зобов'язань у ст. 546 ЦК.

Проблемами правової природи заходів оперативного впливу займалися В. Грибанов¹, Т. Каудиров², М. Карпов³ та інші дослідники, але питання про співвідношення заходів оперативного впливу та видів забезпечення виконання зобов'язань і на сьогоднішній день є одним із

¹ Див.: *Грибанов В. П.* Осуществление и защита гражданских прав. – М., 2000;

² *Каудиров Т. Е.* Оперативные санкции как средство обеспечения исполнения договора поставки // *Хозяйственный механизм: правовые формы совершенствования.* – Алма-Ата, 1982;

³ *Карпов М. С.* Гражданско-правовые меры оперативного воздействия. – М., 2004.

невирішених в юридичній науці. В зв'язку з цим серед дослідників то-читься дискусія про місце тих чи інших правових інструментів, що мають забезпечувальний елемент, серед заходів оперативного впливу, видів забезпечення виконання зобов'язань, способів самозахисту щодо їх визначальних ознак, співвідношення та можливості використання сторонами договірних відносин з метою забезпечення виконання зобов'язань.

Одні вчені вважають заходи оперативного впливу за своєю природою різновидом засобів забезпечення виконання зобов'язань, інші розглядають їх як самостійні, незалежні одне від одного поняття.

Так, Т. Каудиров зазначає, що заходи оперативного впливу належать до видів забезпечення виконання зобов'язань. Він підкреслює, що у разі обмеження змісту поняття «засоби забезпечення виконання зобов'язань» виключно заходами акцесорного характеру, поза полем зору дослідників засобів забезпечення зобов'язань залишаються численні спеціальні заходи, що застосовуються в господарських зобов'язаннях, наприклад, в договорі поставки. Між тим перелічені заходи несуть в собі та виконують більш забезпечувальні функції¹. Є. Суханов також вважає, що відсутні перешкоди для визнання таких заходів, як переведення несправного платника на акредитивну форму розрахунків, притримання товарів до їх повної оплати, одностороння відмова від виконання договору в разі грубого порушення його контрагентом, безспірне (безакцептне) списання штрафів та збитків з несправного боржника як самостійних способів забезпечення належного виконання зобов'язань, особливо у комерційному (торговому) обороті².

Інакше розглядає питання співвідношення оперативних заходів і видів забезпечення виконання зобов'язань В. Вітрянський. Він відкидає можливість віднесення всіх без винятку заходів оперативного впливу до способів забезпечення виконання зобов'язань, підкреслюючи, що зазначені заходи оперативного впливу не мають ніякого відношення до способів забезпечення зобов'язань³. Він вважає, що додаткові засоби забезпечення виконання зобов'язань законодавець передбачив у ЦК. Це, наприклад, умова договору купівлі-продажу про збереження права власності на переданий покупцеві товар за продавцем до його оплати⁴.

¹ Див.: *Каудиров Т. Е.* Вказ. праця. – С. 52.

² Див.: *Гражданское право: В 2 т.: Учебник/ Под ред. Е. А. Суханова.* – М., 1993. – Т. 2. – С. 28.

³ Див.: *Брагинский М. И. Витрянский В. В.* Договорное право. – Книга первая: Общие положения: – Изд. 3-е, стереотип. – М., 2001. – С. 481.

⁴ Див.: *Брагинский М. И. Витрянский В. В.* Вказ. праця. – С. 482.

Б. Гонгало відзначає, що притримання майна боржника до способів забезпечення виконання зобов'язань належати не повинно. Він підкреслює, що притримання майна боржника, безумовно, є забезпечувальним заходом, а саме — заходом оперативного впливу, і від того, що законодавець у новому ЦК відніс його до видів забезпечення виконання зобов'язань нічого не змінилося — «притримання, як і раніше, залишається заходом оперативного впливу»¹.

Метою цієї статті є з'ясування співвідношення таких понять, як заходи оперативного впливу та види забезпечення виконання зобов'язань за допомогою визначення правової природи права притримання — вперше віднесеного законодавцем до інституту видів забезпечення виконання зобов'язань.

Для розв'язання даної проблеми перш за все зазначимо, що у сучасній юридичній літературі присутній тією чи іншою мірою загальноприйнятий підхід до визначення суттєвих властивостей видів забезпечення виконання зобов'язань як самостійного цивільно-правового інституту.

У правовій доктрині при характеристиці цього інституту традиційно вказується на дві невід'ємні властивості кожного із видів забезпечення виконання зобов'язань. Передусім це спрямованість на стимулювання боржника до своєчасного та належного виконання зобов'язання, тобто забезпечення виконання зобов'язання, та акцесорність, додатковий характер забезпечувальних зобов'язань².

В. Єм підкреслює, що способи, які використовуються для забезпечення виконання зобов'язань, досить різноманітні і стимулювання боржника до належної поведінки може здійснюватися шляхом: 1) встановлення для нього невідгідних наслідків на випадок невиконання — можливість стягнення неустойки чи завдатку; 2) виділення із майна боржника певної частки, яка повинна слугувати перш за все задоволенню можливих вимог певного кредитора при заставі; 3) притягнення до зобов'язання інших осіб, майно яких поряд з майном боржника могло б слугувати задоволенню вимог кредитора при поруці та гарантії. Він вважає, що забезпечувальним цілям можуть слугувати і певні майнові заходи несприятливого характеру, що застосовуються до несправного боржника кредитором, наприклад, відмова від сплати неякісного товару, переведення несправного покупця на попередню оплату продукції, при-

¹ Гонгало Б. М. Учение об обеспечении обязательств. – М., 2002. – С. 41.

² Див.: Цивільне право України: Підручник: У 2 т. За ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо–Фатєєвої, В. Л. Яроцького. – К., 2004. – Т. 2. – С. 32; Гражданское право: В 2 т.: Учебник / Под ред. Е. А. Суханова. – Т. 2. – С. 28.

тримання речі до оплати її вартості тощо (заходи оперативного впливу)¹. Але слід зауважити, що порука та банківська гарантія до виконання зобов'язання відношення не мають. Вони призначені безпосередньо для захисту майнового (грошового) інтересу кредитора на випадок несправності боржника і в зв'язку з цим Б. Гонгало обґрунтовано поділяє поіменовані способи забезпечення виконання зобов'язань та такі, що своєю безпосередньою метою мають стимулювати боржника до виконання зобов'язання (неустойка та завдаток), призначені безпосередньо для захисту майнового інтересу кредитора (порука, банківська гарантія), та такі, що стимулюють боржника до виконання зобов'язання, а у разі його несправності гарантують захист майнових інтересів кредитора (застанова, притримання)².

На думку О. Латинцева, для віднесення того чи іншого правового механізму до видів забезпечення виконання договірних зобов'язань необхідно, аби йому були притаманні одночасно стимулююча та захисна ознаки. Він відмічає, що відсутність будь-якої із них не дозволяє кваліфікувати правовий інститут як засіб забезпечення³. Н. Расказова ж взагалі вважає, що саме захисна (компенсаційна) функція і є визначальною при застосуванні певного правового механізму стосовно вирішення питання про віднесення його до інституту забезпечення зобов'язань⁴.

Як бачимо, сучасні дослідники питань забезпечення виконання зобов'язань підкреслюють, що інституту видів забезпечення виконання зобов'язань притаманні як стимулююча, так і захисна (компенсаційна) функції, з чим не можна не погодитися.

Досліджуючи поіменовані види забезпечення виконання зобов'язань можна дійти висновку про те, що під видом забезпечення виконання зобов'язань у сучасній правовій доктрині прийнято розуміти передбачені законом чи договором забезпечувальні заходи майнового характеру, які існують у вигляді акцесорних зобов'язань, що стимулюють боржника до виконання зобов'язання та/або іншим чином гарантують захист майнового інтересу кредитора у разі несправності боржника.

Розглянемо, чи притаманні заходам оперативного впливу стимулююча та/або захисна названі функції і чи створюють вони акцесорні зобов'язання.

¹ Див.: Гражданское право: В 2 т.: Учебник/ Под ред. Е. А. Суханова. – Т. 2. – С. 28.

² Див.: Гонгало Б. М. Вказ. праця. – С. 9.

³ Див.: Латинцев А. В. Обеспечение исполнения договорных обязательств. – М., 2002. – С. 8.

⁴ Див.: Расказова Н. Ю. Вопросы общей теории обеспечительных обязательств // Правоведение. – 2004. – С. 46.

Під заходами оперативного впливу В. Грибанов, який першим комплексно дослідив їх і виявив визначальні ознаки останніх, розуміє такі юридичні засоби правоохоронного характеру, що застосовуються до порушника цивільних прав та обов'язків безпосередньо самою уповомоченою особою як стороною в цивільних правовідносинах без звернення за захистом права до компетентних державних або громадських органів¹.

Заходи оперативного впливу перш за все є заходами правоохоронними. Вони застосовуються уповомоченою особою лише тоді, коли зобов'язана сторона припустилася тих чи інших порушень, наприклад, ухиляється від виконання певних дій, неналежним чином виконує зобов'язання та ін. Друга особливість заходів оперативного впливу полягає в тому, що їх застосування має односторонній характер. Уповомоченій стороні не треба звертатися до компетентних державних органів. Саме цьому дані заходи і мають назву оперативних. Односторонній характер заходів оперативного впливу визначає й особливий характер гарантій їх правильного застосування. Ці гарантії мають двоїстий характер: по-перше, заходи оперативного впливу можуть застосовуватися уповомоченою особою до порушника виключно у тих випадках, коли вони прямо передбачені законом або домовленістю сторін; по-друге, їх застосування не позбавляє зобов'язану особу можливості оспорити їх застосування у суді.

Юридичний характер заходів оперативного впливу означає, що вони завжди тягнуть за собою відповідні зміни прав і обов'язків перш за все у правопорушника (наприклад, виникнення обов'язку усунути за свої кошти дефекти у поставленому неякісному обладнанні).

Застосування заходів оперативного впливу уповомоченою особою тягне за собою невігідні наслідки для зобов'язаної особи. Але у разі усунення останньою допущених порушень такі невігідні наслідки, як правило, відпадають або значно зменшуються. Головною функцією заходів оперативного впливу В. Грибанов² та В. Єм³ називають забезпечення, стимулювання належного виконання обов'язків учасниками цивільного обороту.

Визначаючи ознаки заходів оперативного впливу, В. Грибанов вказує, що вони, як правило, не пов'язані з відновленням майнової сфери потерпілого і тому відшкодування витрат, понесених уповомоченою

¹ Див.: *Грибанов В. П.* Вказ. праця. С. 107.

² Див.: Там само. – С. 137.

³ Див.: *Гражданское право: В 2 т. Учебник / Отв. ред. проф. Е. А. Суханов.* – 2-е изд., перераб. и доп. – М., 2004. – Т. 1. – С. 419.

особою, не є їх функцією, і вони мають своїм призначенням перш за все спонукання другої сторони до належного виконання своїх обов'язків¹, тобто виконують виключно стимулюючу функцію. Види ж забезпечення виконання зобов'язань виконують стимулюючу та/або захисну (компенсаційну) функцію.

Як бачимо, заходи оперативного впливу лише частково відповідають тим критеріям, які сучасна правова доктрина висуває до видів забезпечення виконання зобов'язань. Дійсно, стимулююча функція не лише притаманна природі цих заходів, а й виступає їх головною функцією, з чим погоджується більшість вчених. Але, з іншого боку, очевидно, що закріплення в договорі або застосування переважної більшості заходів оперативного впливу не веде до виникнення додаткових, акцесорних зобов'язань між сторонами. Навпаки, закріплюючи оперативні заходи в договорі, сторони включають їх як елемент у структуру договірних правовідношення, змінюють чи припиняють останнє. Ніяких зобов'язань, що мають акцесорний характер, при цьому між сторонами не виникає. Безумовно, заходи оперативного впливу належать до забезпечувальних заходів, що застосовуються у договірних відносинах, але відносити їх до інституту видів забезпечення виконання зобов'язань у розумінні глави 49 ЦК невірно.

Що ж до забезпечувальної природи права притримання, то С. Сарбаш вважає помилковим класифікувати притримання як захід оперативного впливу, наголошуючи на тому, що жодна із названих В. Грибановим особливостей цих заходів не може точно характеризувати притримання. До того ж, на думку вченого, якщо до прийняття нового ЦК достатньо виправданним було відносити притримання саме до заходів оперативного впливу, оскільки іншого місця у законодавстві та й у праві взагалі на той період праву притримання не знайшлося, то з прийняттям ЦК внаслідок прямої вказівки законодавця на належність притримання до способів забезпечення виконання зобов'язань ототожнювати останнє з оперативними заходами було б вже невірно. В. Єм, оспороюючи аргументацію С. Сарбаша, зазначає, що поняття заходів оперативного впливу — це категорія наукова, невідома досі законодавству, а відтак, той факт, що закон відносить право притримання до способів забезпечення виконання зобов'язань, зовсім не виключає можливості класифікації притримання, крім іншого, і як різновид заходу оперативного впливу, тим більше, що, на переконання В. Єма, виходячи із легальної дефініції права притримання, воно повністю відповідає ознакам оперативних заходів. В. Єм під-

¹ Див.: *Грибанов В. П.* Вказ. праця. — С. 137.

креслює, що притримання речі застосовується ретентором (кредитором, який притримує річ) щодо боржника самостійно, без звернення за захистом права до компетентних державних органів. Безумовно, заходи оперативного впливу тим і виділяються, що надають кредитору можливість самостійно, без звернення до юрисдикційних органів захистити свої інтереси шляхом здійснення певних заходів щодо правопорушника. Але ж право притримання, крім самого притримання речі боржника, передбачає у разі невиконання боржником зобов'язання, тобто коли притримання не справило стимулюючого ефекту на боржника, можливість звернути стягнення на це майно і в такий спосіб захистити (компенсувати) свої інтереси, для здійснення чого кредитору слід звернутися до юрисдикційних органів.

Досліджуючи забезпечувальну природу права притримання, треба зазначити, що воно становить зобов'язально-правовий захід захисту. Як засіб забезпечення виконання зобов'язань, притримання розраховане на правовідносини, які вже виникли між сторонами внаслідок договору, тобто розраховане на відносні правовідносини, що об'єднує притримання із заходами оперативного впливу, які застосовуються у договірних відносинах. У той же час слід зазначити, що особа, використовуючи останні, виконує юридичні дії, передбачені законом або договором. Заходом оперативного впливу є, наприклад, одностороння відмова від договору. Між тим притримання здійснюється завжди за допомогою фактичних дій. Управомочена сторона володіє зазначеною річчю, і всі дії, пов'язані з цією річчю, мають фізичний (фактичний) характер.

Крім того, відокремлюють притримання від заходів оперативного впливу невіддільність, безпосередній зв'язок останніх з певними правовідносинами, конкретним договором. Можливість їх застосування повинна бути встановлена або договором, або законом, але виключно в рамках такого договору. На відміну від цього притримання може застосовуватися й поза зв'язком з певними правовідносинами, наприклад, коли притриманням забезпечуються інші, тобто не пов'язані з оплатою притриманої речі, відшкодуванням витрат та інших збитків, вимоги кредитора відповідно до положень ч. 2 ст. 594 ЦК. Наявність інших договірних відносин між сторонами, де одна діє протиправно, дає кредиторіві право застосувати притримання. Але в таких правовідносинах головним є факт знаходження у ретентора речі, яка потрапила до нього за згодою й з волі боржника, тобто правомірно. Так, право притримання виникає у кредитора, якщо боржник не виконав перед останнім зобов'язання за договором позики на момент укладення між сторонами

договору зберігання речей боржника або коли строк виконання боржником договору позики настав раніше припинення договору зберігання.

Наявність вказаних умов виникнення права притримання необхідна для його правомірності як способу самозахисту. Цілком поділяємо висловлену в літературі думку, згідно з якою «притримання — це правомірне непередання кредитором речі, що належить боржникові, але воно є правомірним тільки за наявності відповідних умов. У протилежному випадку притримання перетворюється на незаконне володіння з усіма відповідними наслідками»¹ та приєднуємося до думки науковців, які розглядають притримання як приклад закріплення способу самозахисту положеннями актів цивільного законодавства². Видається, право притримання в такому розумінні підлягає вивченню як юридично визначена можливість управомоченої в зобов'язальних правовідносинах особи притримати річ у себе до моменту належного виконання боржником свого зобов'язання з її оплати або відшкодування кредитором пов'язаних з нею витрат, а також інших вимог останнього, якщо інше не встановлено договором або законом.

Вважаємо, що сам факт наявності норм щодо притримання (ст. ст. 594–597 ЦК) свідчить про те, що законодавець визнає його таким способом захисту, який відповідає порушенню, для припинення якого притримання на підставі ЦК України може використовуватися.

Притримання, будучи одним із видів забезпечення виконання зобов'язань, є одним із способів самозахисту, передбачених актами цивільного стану. Його розглядають як один із проявів самозахисту такі дослідники, як Г. Свердлик та Є. Страунінг³, Ю. Белоусов⁴ та ін.⁵

На нашу думку, на відміну від цивільного законодавства радянського періоду, яке допускало самостійний захист порушеного цивільного права лише як виняток, норми ЦК України (ст. ст. 19, 20) передбачають

¹ Див.: *Сербуль О.* Притримання: правомірне володіння або порушення зобов'язання за договором? // Юрид. журн. – 2004. – № 5. – С. 90.

² Див.: Цивільний кодекс України: Наук. – практ. коментар / За ред. розробників проекту ЦКУ. – К., 2004. – С. 28; Цивільне право України: Підручник: У 2 т. За ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо–Фатєєвої, В. Л. Яроцького. – Т. 1. – С. 267.

³ Див.: *Свердлык Г., Страунинг Э.* Способы самозащиты гражданских прав и их классификация // *Хозяйство и право.* – 1999. – № 2. – С. 25;

⁴ Див.: *Гражданский кодекс Украины: Комментарий* (с изм. и доп. по сост. на 01. 09. 03 г.). – Х., 2003. – Т. 1. – С. 56.

⁵ Див.: *Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации части первой (постатейный)* / Рук. авт. кол. и отв. ред. О. Н. Садиков. – М., 1997. – С. 55.; *Научно–практический комментарий к части первой Гражданского кодекса Российской Федерации для предпринимателей.* – М., 1995. – С. 78.

самозахист як основну неюрисдикційну форму захисту суб'єктивного цивільного права й інтересу, що підлягають правовій охороні в розвиток положень ч. 5 ст. 55 Конституції України щодо права кожного будь-яким не забороненими законом способами захищати свої права і свободи. Як слушно зазначає Д. Новак, із виключного порядку захисту цивільних прав самозахист перетворився на універсальний¹.

Вважаємо, що сучасне цивільне законодавство під самозахистом розуміє дії як юридичного характеру (заходи оперативного впливу, що застосовуються в договірних відносинах), так і фактичного (необхідну оборону та крайню необхідність). Маючи на меті об'єднати всі заходи, спрямовані на самостійний захист порушеного права управомоченої особи, законодавець і використав формулювання «самозахист права» та передбачив, що способи самозахисту можуть обиратися самою особою чи встановлюватися договором або актами цивільного законодавства (п. 2 ч. 2 ст. 19 ЦК).

На нашу думку, що визначаючи юридичну природу права притримання, слід розглядати окремо право притримання: а) як дії ретентора, спрямовані на захист свого порушеного суб'єктивного права, і б) як правомочності стосовно звернення стягнення на предмети притримання, що належать ретенторові у зв'язку з його діями.

Стосовно першої дії ретенторові надається право захистити своє порушене право самостійно і в односторонньому порядку, без звернення до юрисдикційних органів. І це, безумовно, дає підстави віднести такі дії до способів самозахисту цивільних прав, під якими розуміється застосування особою засобів протидії, що не заборонені законом і не суперечать моральним засадам суспільства. Стосовно ж другої дії — звернення стягнення на притримувану річ, слід зазначити, що оскільки її здійснення неможливе без звернення до юрисдикційних органів, то даний правовий механізм виходить за межі інституту самозахисту.

При застосуванні права притримання виникає нове забезпечувальне праввідношення, яке повністю відповідає ознакам способів забезпечення виконання зобов'язань, що вказує на природу права притримання як один із видів забезпечення виконання зобов'язань, а здійснення правом притримання стимулюючої та захисної (компенсаційної) функції не викликає сумніву.

Отже, притримання — це встановлений законом засіб забезпечення виконання зобов'язань кредитора, що полягає у праві ретентора притри-

¹ Див.: *Новак Д.* Соотношение самозащиты гражданских прав и права удержания // *Хозяйство и право*, – 2002. – № 6. – С. 103.

мувати річ боржника в разі невиконання ним в строк зобов'язання. Цей вид забезпечення виконання зобов'язань є одним із способів самозахисту, передбачений актами цивільного стану у випадках, коли притримання виконує стимулюючу функцію і виходить за межі інституту самозахисту у разі звернення стягнення на предмет притримання, виконуючи захисну (компенсаційну) функцію.

Таким чином, право притримання має всі ознаки, притаманні способам забезпечення виконання зобов'язань. Заходи ж оперативного впливу як категорію наукову, невідому досі законодавцю слід відносити до різновидів самозахисту, під яким сучасна правова доктрина розуміє як фактичні, так і юридичні дії правоохоронного характеру, що застосовуються до правопорушника безпосередньо уповноваженою особою без звернення до компетентних державних органів.

Надійшла до редколегії 05. 07. 06

Д. Задихайло, доцент НЮА України

Правовий господарський порядок в Україні: десятирічний досвід конституційно-правового забезпечення

Десятирічний ювілей Конституції України є приводом для оцінки її значення та властивостей як фундаменту правової системи в країні. Можна констатувати наявність в ній достатньої кількості норм-принципів, що довели за цей час досконалість своєї законодавчої техніки та високу соціальну ефективність. Але вважаємо за доцільне зупинитися на конституційно-правовому регулюванні саме економічних відносин, що дають певні підстави для дискусій.

Слід зазначити, що розробники Господарського кодексу України, формулюючи в ст. 5 надзвичайно важливу, системоутворюючу категорію «правовий господарський порядок», досить чітко зв'язали її зміст з конституційно-правовими нормами, що власне і мають визначати правові засади такого порядку не тільки безпосередньо, а й також через визначення змісту всього поточного господарського законодавства. Так, ст. 5 ГК України до таких конституційних засад відносить: право власності українського народу на природні ресурси; забезпечення державою

захисту прав усіх суб'єктів права власності і господарювання; право кожного володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності; непорушності права приватної власності; економічну багатоманітність; право кожного на підприємницьку діяльність; забезпечення державою захисту конкуренції у підприємницькій діяльності, тощо. Слід додати, що низка названих та інших конституційно-правових норм знайшла свою безпосередню реалізацію також в нормах ст. 6 ГК України, де зафіксовано загальні принципи господарювання. Таким чином, системно-структурні зв'язки між нормами основного закону щодо господарської діяльності та нормами господарського законодавства, зокрема ГК України, існують. Тим не менш, питання щодо впливу конституційно-правових норм на зміст поточного законодавчого регулювання господарської діяльності треба ставити в площині їх достатності, якості, системності та функціональної ефективності як норм основного закону.

Абстрагуючись від далеко неоднозначного питання щодо можливостей еволюційного шляху трансформації планової економічної системи в модель ринкової економіки, яка б оптимально відповідала особливостям українського соціуму, слід зазначити, що в Україні з початку 90-х років ХХ ст., а фактично і по сьогодні відбуваються процеси демонтажу економіки командно-адміністративного типу і формування на її місці економіки ринкового типу. Саме тому об'єктивно суспільне завдання такого масштабу вимагає значно більшої уваги з боку конституційно-правового регулювання, ніж це зазвичай має місце в країнах, де конституції лише закріплюють вже встановлені і реально функціонуючі соціальні та економічні відносини. Отже, функціональним завданням конституційно-правового регулювання економічних відносин є передусім не тільки регулятивно-статичний та правоохоронний аспекти, а й установчий та регулятивно-динамічний. Завдання такого роду вимагає більш системного і докладного викладення правових засад механізму реалізації відповідних відносин. Саме тому, незважаючи на певну кількість конституційно-правових норм, що, зокрема, містяться в розділах Конституції України про загальні засади конституційного устрою, про права, свободи та обов'язки людини і громадянина та в розділах, що визначають компетенцію органів державної влади й уособлюють в собі регулятори саме економічних відносин, слід констатувати, що системного їх конституційно-правового регулювання Конституція України не містить. *Існуюче фрагментарне конституційно-правове регулювання не може забезпечити необхідний вплив на законодавчу політику в сфері*

господарювання, а також реалізувати можливості Конституційного Суду України для забезпечення системно-структурної відповідності єдиним конституційним цінностям усього масиву, зокрема господарського законодавства. Така систематизація конституційно-правового регулювання може відбуватися лише в межах розділу Конституції України «Економічна система».

Чому саме сьогодні питання системного конституційно-правового регулювання економічних відносин постає все більш гостро? На нашу думку, має місце певний збіг об'єктивних і суб'єктивних чинників, які разом досить синхронно актуалізують питання гострої конституційно-правової недостатності в цій сфері.

Так, принципово важливим є усвідомлення того, що світовий суспільно-економічний та суспільно-політичний розвиток вступає в нову фазу. Її характерними особливостями є глобалізація світового економічного простору; домінування транснаціональних корпорацій, які уособлюють в собі надзвичайно високу концентрацію капіталу, і, що дуже важливо підкреслити, концентрацію економічної влади; різке зростання споживання природних ресурсів, особливо енергоносіїв в умовах їх очевидної вичерпності, погіршення економічних та технологічних умов їх видобування та відсутності адекватних цій ситуації науково-технічних проривів; загострення кліматичної та бактеріологічної ситуації. Розгортання світової боротьби за ресурсне забезпечення та створення нової системи поділу праці у глобальній економіці, що виникає в зв'язку з формуванням в окремих країнах економік інформаційного типу — все це сукупно складає нові за змістом та інтенсивністю виклики українському суспільству, українській державі та відповідно потребує значної корекції усіх державно-правових інститутів. Конституція України в цьому сенсі є, з одного боку, найважливішим об'єктом такої корекції, а з другого — інструментом її здійснення.

Але перелічені чинники, що визначають проблематику, зокрема, конституційного права, можна вважати умовно зовнішніми. До внутрішніх у свою чергу слід віднести багатоступінний процес постійного розвитку й ускладнення самої економічної системи — національної економіки. Адже формування все нових і нових ринків, ускладнення процесів ринкової координації, ринкової інфраструктури та самої системи державного регулювання економіки сукупно призводять до формування значно складнішої системи економічних відносин як предмета правового регулювання, ніж про це уявляв собі Адам Сміт, а разом з ним і сьогодні багато хто уявляє, покладаючись у своїх сподіваннях на вкрай міфологізовану «невидиму руку ринку».

Третім чинником названого становища слід визнати доктринальний чинник, що виявив себе при формуванні тексту Конституції України. *Слід взяти на себе сміливість стверджувати, що сучасна Конституція України містить щонайменше два системно-структурних дисбаланса.*

По-перше, це акцентуація уваги конституційно-правового регулювання на правах людини і компетенції держави та її органів. Так, згідно з ст. 3 Конституції України права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави, яка відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави, і з цим не можна не погодитися. В той же час таким суб'єктам конституційно-правових відносин, як Український народ та українська нація, поталанило значно менше бути в центрі уваги конституційно-правового регулювання. Українська нація згадується тільки двічі (в преамбулі та ст. 11). Український народ, зокрема, в розділі про основи конституційного ладу — чотири рази. Звісно, що закріплення народу як носія суверенітету й єдиного джерела влади в Україні є центральним і базовим положенням. Однак людина і громадянин є суб'єктами конституційно-правового регулювання в нормах більш ніж 50 статей Конституції включно і тих, що структуровані в спеціально призначеному розділі «Права, свободи та обов'язки людини і громадянина». Зрозуміло, що суто арифметичний підхід в даному випадку не може бути методом формування висновків, але показником певного внутрішнього структурного дисбалансу, думається, що так. Адже роль держави, її функціональні обов'язки перед суспільством мають не тільки персоналізований вимір щодо забезпечення прав і свобод людини і громадянина. Не менше, а в окремих історичних умовах, можливо, і більше це стосується забезпечення, збереження, відтворення та розвитку самого суспільства як такого, Українського народу, української нації.

Суспільні відносини існують тільки в системному форматі. Тому предметом правового регулювання, який значною мірою відтворює цю системність, мають бути адекватно охоплені всі ієрархічно структуровані елементи такої суспільної системи відповідно до їх ролі в її функціонуванні та виконанні свого призначення. В протилежному разі важко забезпечити ту саму гармонійність соціальних інтересів, до якої так прагне правове регулювання як таке і особливо конституційно-правове. Адже регулювання шляхів досягнення індивідуальних інтересів не може бути тотожним шляхам досягнення інтересів суспільних.

Система правового і відповідно законодавчого регулювання з порушеною внутрішньою збалансованістю між її ключовими елементами не

є функціонально відповідною тій системі реальних суспільних, зокрема економічних, відносин, регулювати які вона призначена. Саме тому і вплив системи правового регулювання на економічну систему як функціональне, регулятивне призначення першої з них виявляється неадекватним, неефективним і деформованим порівняно з тим результатом, якого потенціального слід було б очікувати. Все це ставить питання про обґрунтованість конституційно-правової фіксації пріоритету саме приватного інтересу через перелік прав і свобод громадянина. За думкою Ю. Тихомірова, публічні інтереси — це суспільні інтереси, без задоволення яких неможливо, з одного боку, реалізувати приватні інтереси, а з другого — забезпечити цілісність, стабільність та нормальний розвиток організацій, держав, націй соціальних верств, нарешті, суспільства в цілому. Це офіційно визнані інтереси, що мають підтримку держави і правовий захист. Таким чином, публічний інтерес — це визнаний державою і забезпечений правом інтерес соціальної спільноти, задоволення якого є умовою і гарантією її існування та розвитку¹.

Другий дисбаланс, на нашу думку, саме за типами регульованих відносин також утворює пріоритет, наданий Конституцією України відносинам політичним перед економічними. Хоча можна посилатися на низку норм розділу I, перелік економічних прав людини і громадянина в розділі II, правомочності органів держави у сфері економіки в інших розділах, *необхідно констатувати той факт, що економічні відносини не стали повноцінним предметом конституційно-правового регулювання.*

В цьому контексті надто симптоматичною є сучасна актуалізація питання про економічний суверенітет не тільки в економічній, а й в юридичній літературі². Загалом системоутворюючою властивістю суверенітету, властивістю суверенітету, будь-то державний або народний, є влада, його владний характер. Про це свідчать зміст ст. 2 ст. 5 Конституції України, а також визначення державного суверенітету України, що міститься в Декларації про державний суверенітет України від 16 липня 1990 р. Дуже характерним є також те, що у змісті Декларації про державний суверенітет України та Законі УРСР «Про економічну самостійність Української РСР» економічна самостійність країни визнана необхідною умовою державного суверенітету і тісно пов'язана із при-

¹ Див.: Тихоміров Ю. А. Публічне право: Учебник. – М., 1995.

² Див.: Задихайло Д. В. Проблеми систематизації законодавства у галузі ринкових відносин. Нові Цивільний та Господарський кодекси України та проблеми їх застосування: Матер. наук. -практ. семінару (м. Харків, 23 квітня 2003 р.) – Х., 2003. – С. 10–11; його ж. Держава та економічне ринкове середовище: господарсько-правовий контекст // Вісник Академії правових наук України. – 2005. – № 3(42). – С. 152.

належністю ключових об'єктів права власності народу України та державі. Так, ст. 4 названого Закону УРСР фіксує, що «основу економічної самостійності Української РСР утворює власність її народу на національне багатство». Економічну самостійність, як об'єкт конституційно-правового регулювання зафіксовано і у п. 1 ст. 116 Конституції України.

В цьому сенсі дуже влучною є думка І. Левіна, автора монографії «Суверенітет», яка видана у 1948 р. і стала науковою класикою, що «істинною основою суверенітету є власність. Власність сама по собі не є тотожною суверенітету. При певних історичних системах власності державний суверенітет був відсутнім. Однак не може бути мови про державний суверенітет, який не спирається на свою реальну і матеріальну базу, на ту чи іншу систему власності, яка визначає місце панівного класу у виробництві і є джерелом його економічної могутності і необхідною основою його політичної влади». І. Левін також зазначає, що суверенітет спирається на власність, а відтак, при аналізі суверенітету треба мати на увазі його економічну основу (систему власності), політичну сутність або зміст і юридичну форму. Реальний політичний суверенітет завжди належить класу, якому належить власність на засоби виробництва¹.

Отже, виникає логічна низка детермінованих одна одною категорій: економічний суверенітет — економічна самостійність — економічна влада — власність на засоби виробництва. Саме тому важко утриматись, аби не навести як приклад позицію законодавця, викладену ним у ст. 7 Закону України «Про основи національної безпеки України», де серед загроз національним інтересам і національній безпеці України в економічній сфері вказано на «небезпечне для економічності незалежності України зростання частки іноземного капіталу у стратегічних галузях економіки». Слід звернути увагу на те, що поняття економічної незалежності прямо пов'язується з питанням речових або корпоративних прав щодо цілісних майнових комплексів, які належать іноземним громадянам та юридичним особам.

Розмірковуючи над категорією «економічний суверенітет», треба пов'язувати його з низкою споріднених політичних категорій: національний суверенітет — народний суверенітет — державний суверенітет. Видається, що категорія економічний суверенітет також логічно може бути поділена на категорії: національний економічний суверенітет — народний економічний суверенітет — державний економічний суверенітет.

¹ Див.: *Левин И. Д. Суверенитет.* – СПб., 2003. – С. 63–64.

Надзвичайно важливою складовою усвідомлення змісту названих категорій є фіксація конституційно-правового принципу економічного плюралізму (багатоманітності), передбаченого ст. 15 Конституції України, а також фіксація принципу рівності усіх форм власності, що міститься в її ст.ст. 13 та 41. Принципи економічного плюралізму й рівності форм власності, що є базовими для формування економік ринкового типу, фактично призводять до поділу економічної влади, поділу активів, що належать різним суб'єктам на праві власності й інших титулах. Контрастною є ситуація з економікою соціалістичного типу, де 90% засобів виробництва належали державі, народний економічний суверенітет фактично був тотожнім до державного. Реалізація принципу економічного плюралізму логічно призводить до утворення сукупності носіїв права власності. Серед них слід назвати: державу, народ України, територіальну громаду, фізичних та юридичних осіб. Фактично ж утворюються групи учасників економічних відносин, що виборюють і водночас залежать від економічної влади. Серед них слід назвати: домогосподарства, малий бізнес, великий бізнес, іноземний бізнес, державу, територіальну громаду, народ України¹.

Проблематику економічної влади останнім часом активно піднімає Ф. Шамхалов. На його думку, «економічна влада є система відносин держави і підкорення між суб'єктами економічної діяльності, спрямованої на комбінування матеріальних, фінансових, людських та інших ресурсів у процесі виробництва, розподілу, обміну і споживання матеріальних та інших благ»².

Механізм економічної влади побудовано в першу чергу на титулі власника чинників виробництва та засобів виробництва. Це справедливо і для держави, і для приватного підприємця. Розвиток корпоративного права, процес його уніфікації, адаптації у світовому масштабі, розвиток окремих складних форм зобов'язального права, наприклад договору комерційної концесії (франчайзінгу), а також поява широкої мережі суб'єктів ринків фінансових послуг створюють широкі можливості для суттєвого розширення економічної влади, зокрема шляхом заснування й участі в організаціях корпоративного типу. Звичайно, що система участі, наприклад через створення холдингів, дозволяє за рахунок права власності на відносно невеликий пакет акцій контролювати економічну

¹ Слід звернути увагу на те, що суб'єкти владних економічних відносин не цілком збігаються з суб'єктами права власності в суто юридичному форматі.

² Шамхалов Ф. Государство и экономика. Основы взаимодействия: Учебник. – М., 2005. – С. 184.

діяльність дочірніх, внучатих і тощо підприємств, залучати кошти, ресурси, що також стають об'єктами реалізації владних повноважень.

Ф. Шамхалов слушно виділяє внутрішній та зовнішній аспекти економічної влади¹. Перший пов'язаний з функціонуванням управління, побудованого на ієрархії влади — підкорення; другий виявляє себе через вплив на ринок, його кон'юнктуру. Звичайно, що у разі, коли масштаби економічної влади суб'єкта не підривають економічну конкуренцію, такий вплив є логічним і опосередковує динаміку ринкових процесів. Але якщо масштаби економічної влади досягають певних обсягів, то виникають фактичні можливості диктувати ринку свої умови, нав'язувати споживачам штучний попит на товари та послуги, впливати на прийняття державними органами політичних рішень, делегування через формування органів держави своїх представників тощо. Саме тут, на нашу думку, виникає третій аспект концентрації економічної влади — її вплив та участь у функціонуванні політичної системи, прямий вплив на зміст адміністративної діяльності держави.

Саме проблема визначення, кваліфікації та правової регламентації економічної влади як об'єкта конституційно-правового регулювання може бути запорукою ефективного функціонування соціальних систем. Важливо виходити з того, що монополізація ринків та обсяги економічної влади є пов'язаними, але не тотожними поняттями. Концентрація економічної влади з боку окремих суб'єктів може досягати надзвичайних параметрів, але при цьому формально не порушувати законодавство про економічну конкуренцію. Особливої гостроти ця проблема може набути, якщо суб'єктами такого рівня економічної влади стають іноземні компанії, зокрема ТНК.

Цілком очевидно, що на певному етапі зростання економічної влади суб'єктів господарювання або їх об'єднань проблема переростає межі господарсько-правового контексту і одержує конституційно-правове, політичне значення. В цьому сенсі з точки зору відпрацювання підходів правової політики щодо феномена економічної влади слід було б:

а) визначитись із правовими критеріями щодо форм і масштабів економічної влади, що утворюють загрозу її монополізації в країні, а для іноземних компаній — також загрозу економічному суверенітету України;

б) визначитись із юридичними засобами щодо оптимального співвідношення між процесом концентрації національного капіталу, що сприяє зростанню його конкурентоспроможності, та обмеження його

¹ Див.: Шамхалов Ф. Вказ. праця. – С. 186–187.

«зовнішнього впливу», особливо в контексті функціонування політичної системи.

Підсумовуючи сказане, слід припустити, що забезпечення національного економічного суверенітету і водночас запобігання небезпечній концентрації економічної влади можуть бути реалізовані через пошук і постійний моніторинг стану та балансу поділу економічної влади між основними її суб'єктами: державою, домогосподарствами, малим бізнесом, великим вітчизняним та іноземним бізнесом, територіальними громадами та народом України. Проблема поділу економічної влади вимагає встановити розумні межі приватизації державного та комунального майна якого має бути достатньо для задоволення громадянами своїх потреб користування об'єктами названих форм власності згідно з ст. 41 Конституції України. В цьому контексті доцільно було б встановити у Конституції, хоча і оціночну, норму — орієнтир про необхідність забезпечити у власності держави достатнього рівня за своєю кількістю і якістю майнових активів у тому числі для реалізації функцій держави в умовах мобілізаційного та надзвичайного режимів функціонування.

Таким чином, повертаючись до проблеми прогалин конституційно-правового регулювання, слід навести вдосконалену низку його об'єктів, що потребують закріплення, а саме: економічний суверенітет (економічна самостійність) — економічна безпека — економічна влада — поділ економічної влади.

Слід визнати, що принцип поділу влади, який застосовано згідно з ст. 6 Конституції України тільки до сфери державної, політичної влади, має значно більш універсальний характер. Його універсальність може бути виявлена щонайменше в двох вимірах. По-перше, це поділ влади усередині типів суспільних відносин. Так, державна влада поділяється між її гілками, а економічна й інформаційна, — між основними групами суб'єктів відповідних відносин. У той же час конституційно-правовою проблемою має стати також механізм поділу влади та впливу між самими основними її типами: політичною, економічною, інформаційною (науково-технічною).

Окремою проблемою, що діалектично пов'язана з дією принципу поділу економічної влади, є необхідність забезпечення процесу її здорової концентрації в умовах протистояння викликам економічної глобалізації, політичної нестабільності, перманентних інформаційних війн та тенденції до поділу світу за критерієм інноваційності економічних систем.

До надзвичайно важливих питань удосконалення конституційно-правового регулювання слід віднести проблему визначення правових

форм впливу держави на економічні процеси та забезпечення високої його ефективності. Господарське законодавство України, зокрема ГК України, встановлює основні інструменти впливу держави на діяльність суб'єктів господарювання, головним з яких є формування стратегії і тактики економічної політики держави. Дуже важливою є також її законодавча диференціація на окремі напрями, зокрема структурно-галузеву, в тому числі промислову, інвестиційну, зовнішньоекономічну, цінову, антимонопольно-конкурентну, кредитну політику держави тощо. Відповідно правовий механізм реалізації економічної політики держави утворює законодавство України, що регламентує діяльність з розроблення прогнозів і програм економічного та соціального розвитку. Слід зазначити, що такі програми є концепціями розвитку і містять особливості державного регулювання певних видів, сфер економічних відносин і в той же час є певним планом законотворчої діяльності з правового забезпечення такого впливу держави, застосування нею правових засобів, за рахунок яких планується активізувати економічний розвиток. Саме таким чином, створюючи правові режими функціонування окремих ринків, типів та видів економічних відносин, здійснюється реалізація державою своїх економічних функцій на відміну від адресного директивного планування, притаманного адміністративно-командній економіці. Тому ця форма реалізації державою економічних функцій в умовах ринкової економіки повинна одержати значно більш докладну конституційно-правову регламентацію з огляду на її стрижневе суспільно-економічне значення. Конституція України, зокрема в положеннях, що стосуються компетенції вищих органів державної влади, в першу чергу Кабінету Міністрів, містить окремі положення щодо забезпечення державної фінансової, інвестиційної, податкової політики тощо та розроблення загальнодержавних програм економічного розвитку. Але чіткого конституційно-правового регулювання цієї сфери діяльності держави, що могло б слугувати, по-перше, базою для системного розвитку відповідного поточного господарського законодавства, а по-друге, визначало б ключеві обов'язки держави в цій сфері, по-третє, визначало б підстави юридичної, зокрема конституційної, відповідальності органів держави та їх представників за наслідки державного керування економічними процесами Конституція України не містить.

Враховуючи складний і суперечливий процес формування національної економічної і політичної еліт, що на базі своєї відповідальності перед суспільством керувалися б узгодженими, спільними і суспільно-позитивними цінностями та настановами, такими, що в свою чергу ре-

алізувалися б через відповідну національну економічну політику, проблема докладної правової регламентації процесу формування і реалізації економічної політики не була б настільки актуальною. За існуючого етапу формування таких еліт в порядку дискусії доцільно *було б запропонувати фіксацію економічної стратегії держави в законодавчій формі саме окремого спеціального конституційного закону.* (Попри всю дискусійність питання щодо права на існування таких законів.) Цей захід за умови забезпечення об'єктивного та широкого за своїм форматом процесу участі в формуванні змісту такої стратегії, дозволив би «застрахуватися» від коливань політичної кон'юнктури, тиску лобістів різноманітних вітчизняних та іноземних економічних угруповань.

Отже, слід зазначити, що господарсько-правове законодавство України формується і функціонує в умовах хронічної конституційно-правової недостатності, і це положення має викликати занепокоєння ніяк не менше, ніж спекулятивно нав'язана суспільству проблематика трансформацій форми правління та державного устрою України.

Надійшла до редколегії 10. 07. 06

А. Степанюк, кандидат юридичних наук (НЮА України)

Система правового регулювання в міжнародному приватному праві

На сьогоднішній день міжнародне приватне право (далі — МПрП) перебуває на стадії реформування через оновлення законодавства, що породжує нагальність наукового дослідження правового регулювання відносин, пов'язаних з іноземними правопорядками. Особлива важливість цієї проблеми відчувається з огляду на зростання, ускладнення і диверсифікацію міжнародних приватних контактів українських суб'єктів з іноземними, міграційні процеси, глобалізацію ринків товарів, праці тощо. Не маючи у своєму арсеналі для регулювання цих суспільних відносин відповідної правової бази, годі сподіватись на захист прав національних суб'єктів у міжнародній приватній сфері, розвиток рівноправної співпраці з іноземними контрагентами, побудову повноцінних економічних, культурних, особистих та інших зв'язків, поліпшення іміджу держави як на внутрішньому, так і на зовнішньому ривні.

Не буде перебільшенням стверджувати, що на ситуацію повільного оновлення законодавчих настанов впливає недостатня оцінка представниками науки МПрП в Україні проблем правового регулювання. Разом із цим слід зазначити, що останнім часом окремі елементи правового регулювання відображаються в науковій літературі. Зокрема, на рівні статей за останній період було досліджено мету правового регулювання, його об'єкт, вказувалось на важливість запровадження в Україні внутрішнього законодавства для впорядкування приватних відносин з іноземними характеристиками¹. Проте дотепер в науці МПрП спроб на подолання вакууму теоретичних досліджень правового регулювання в їх системному вигляді не спостерігалось.

Нагальну потребу в нормативному закріпленні правового регулювання викликають, зокрема, розвиток суспільного життя, інтереси держави щодо свідомого, чітко встановленого правового регулювання, необхідність захисту інтересів національних суб'єктів на міжнародно-приватному просторі тощо. Чим більше зростає кількість міжнародно-приватних відносин, чим більш різноплановими і диверсифікованими вони стають, тим більше це викликає необхідність у створенні і заснуванні в нормативних актах відповідного правового регулювання, яке було б в змозі забезпечити орієнтири, легальну базу, правове підґрунтя для вирішення у першу чергу колізійних проблем, а також можливість розв'язання по суті спірних ситуацій у сфері МПрП. Тому нормативне встановлення правового регулювання має містити загальні стандарти вирішення колізій як центральної проблеми МПрП, що може бути ефективним засобом у забезпеченні юридичного впливу на сферу міжнародних приватних відносин, слугувати їх упорядкуванню й гармонізації.

Із розвитком взаємодії між приватними особами, яка спостерігається на сьогодні, об'єктивно збільшується сфера необхідного правового регулювання, потребує розроблення і втілення в життя механізм його реалізації, у тому числі запровадження новітніх правових засобів для відповідного впорядкування суспільних відносин, пов'язаних з двома або декількома правопорядками, змінюється мета правового регулювання, переоцінюються, наповнюються новим змістом принципи МПрП, одержують сучасне звучання основні категорії МПрП і т. д.

¹ Див.: *Степанюк А. А.* Мета законодавства у сфері міжнародного приватного права // Проблеми законності. – 2004. – Вип. 70. – С. 104–110; *її ж.* Об'єкт міжнародного приватного права // Вісник Академії правових наук України. – 2004. – № 3(38). – С. 126–133; *її ж.* Реформа законодавства у сфері міжнародного приватного права // Підприємництво, господарство і право. – 2004. – № 11. – С. 8–10.

Вивчення проблем правового регулювання має й важливий методологічний підтекст: через дослідження даної категорії виникає можливість розкриття єдності комплексу правових явищ, як, наприклад, мети, предмета, методу, принципів, вивчення їх значення, правової сутності, ролі, функцій в межах загальної системи правового регулювання, що за інших умов залишаються поза увагою галузевих дослідників на узбіччі традиційних теоретичних уявлень, які у кращому разі використовуються лише як допоміжні, додаткові чинники, що мимохідь застосовуються при побудові системи права і відмежуванні галузей одна від одної.

Слід зазначити, що теоретичний аналіз окремих проблем МПрП, наприклад, колізійних прив'язок, колізійних норм, деяких засобів розв'язання колізій і подолання зіткнень правових систем був виправданий на початку зародження МПрП, при низькому рівні зв'язків у міжнародно-приватній сфері. З висоти теперішнього часу його можна порівнювати з дослідженням у біології на клітинному рівні, що, не применшуючи важливого значення подібних дій, на сьогодні не можна визнати достатнім для комплексного доктринального осмислення всього багатоманіття, різноплановості й різноаспектності процесів і явищ, які відбуваються у царині міжнародно-приватної взаємодії. Тому підвищуються вимоги до науки, ставляться нові завдання з розроблення адекватних сучасним умовам засобів регламентації специфічних приватних відносин з міжнародними характеристиками, які необхідно вирішувати на глобальному рівні дослідження правового регулювання. Наукова розробка цієї проблеми у теоретичній сфері сприятиме поліпшенню праворозуміння, усвідомленню функцій, завдань правового регулювання, а у практичній сфері допоможе визначитись зі сферою, межею правового регулювання, предметом, методами тощо.

У цьому контексті видається обґрунтованим наукове дослідження правового регулювання, адже для практичного розв'язання проблем у міжнародно-приватній сфері, що з кожним днем збільшуються і ускладнюються, обійтись без теоретичного осмислення даного феномена неможливо. У свою чергу без наукового підґрунтя, запровадження у законодавстві правового регулювання не може бути ефективним. Тому метою цієї статті є окреслення поняття правового регулювання, що зумовлено обсягом даної роботи.

Для досягнення цієї мети слід звернутись до аналізу правової літератури з теорії права, де це питання розуміється у широкому і вузькому значеннях. Прибічники першого напряму переконані у тому, що правове регулювання — це всі або різноманітні форми впливу держави на

свідому поведінку осіб — суб'єктів суспільних відносин¹. Прихильники протилежної думки вважають, що правове регулювання — один із способів упорядкування суспільних відносин, що зводиться до нормативного встановлення стандартів, меж належної й можливої поведінки².

З метою визначення того, що ж дійсно лежить за поняттям правового регулювання МПРП, є його істиною сутністю, слід звернутися до дослідження системи цієї правової абстракції, визначитись з тим, які елементи належать до неї, яку структуру вони формують, адже структура, що розуміється як система відносин елементів у рамках цілого, як цілісний комплекс взаємопов'язаних елементів, становить один з найважливіших компонентів якісної характеристики об'єкта, явища, що вивчаються³.

Отже, першим елементом, центральною категорією, яку слід визнати основоположним нормативним підґрунтям правового регулювання, є його мета, адже без цієї категорії правове регулювання втрачає свій сенс, спрямованість і керованість. І хоча не всі правники погоджуються з подібною оцінкою мети, вважаючи, що остання взагалі не є правовим поняттям, що вона знаходиться поза правом, за його межами, а саме у політичній свідомості, вони так чи інакше визнають, що мета не є простою констатацією дійсності. Вона фіксує її суперечливість, недостатність, виражає прагнення усунути недоліки, надолужити нестатки, а тому включає в себе не тільки констатацію дійсного, суцього, а й вказівку на належне, те, що повинно бути⁴. І якщо взяти до уваги те, що мета в нормативних актах є виразом у першу чергу інтересів і волі держави, що характеризує саме юридично-належне, то сферою і проявом останнього є саме право, що доводить правовий характер мети правового

¹ Див.: *Явич Л. С.* К вопросу о предмете и методе правового регулирования // Вопросы общей теории советского права / Под ред. С. Н. Братуся. — М., 1960. — С. 47; *Алексеев С. С.* Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. — М., 1966. — С. 5; *Шабалин В. А.* Системный анализ механизма правового регулирования // Сов. государство и право. — 1969. — №10. — С. 123–124; *Лукашева Е. А.* Социалистическое правосознание и законность. — М., 1973. — С. 16.

² Див.: *Горшенев В. М.* О демократизации правового регулирования в современный период // Право и коммунизм / Под ред. Д. А. Керимова. — М., 1968. — С. 87; *Сырых В. М.* Теория государства и права: Учебник для вузов. — М., 1998. — С. 128; *Марксистско-ленинская общая теория государства и права. Основные институты и понятия.* — М., 1970. — С. 388; *Лазарев В. В.* Сфера и пределы правового регулирования // Советское государство и право. — 1970. — № 11. — С. 40.

³ Див.: *Иенатенко Г. В.* Международное право и общественный прогресс. — М., 1972. — С. 25.

⁴ Див.: *Лукашева Е. А.* Вказ. праця. — С. 187.

регулювання. Тому слід погодитися з думкою про те, що правова нормативність мети — її керівний елемент¹. Більше того, саме мета у системі правового регулювання визнається одним із важливих системоутворюючих чинників². За допомогою фіксації мети правового регулювання, тобто того, що прагнуть одержати, використовуючи певний нормативний матеріал, можна досягти такого стану врегульованості і впорядкованості суспільних відносин, який би узгоджувався з потребами у відповідному правовому впливі.

Все це дозволяє дійти висновку про те, що у системі правового регулювання у сфері МПрП для свого досягнення мета повинна відігравати керівну роль, зумовлювати існування всіх інших елементів системи, організовувати їх взаємодію і взаємозв'язки. З огляду на наведене важливого значення набуває встановлення мети в основному нормативному акті з МПрП. Причому її текстуальне встановлення має бути адекватним інтересам, потребам, намірам правотворень, особливостям суспільних відносин з міжнародно-приватною природою, а також іншим елементам системи правового регулювання: специфічним принципам, методам, особливим засобам розв'язання колізій тощо. Тому саме усвідомлення і фіксація мети правового регулювання міжнародно-приватних відносин повинні бути першочерговим етапом формування правових настанов у законі про МПрП. Без цілепокладання неможливо створити струнку і виважену систему правових засобів і настанов, унеможливиться ефективне впорядкування означених суспільних відносин, стане проблематичним уникнення складностей при правозастосуванні.

Наступним, не менш важливим, ніж мета, елементом системи правового регулювання є принципи МПрП. У правовій літературі вони оцінюються як керівні ідеї, визначальні уявлення, основоположні засади права. Як і мета, правові принципи зумовлюють єдність, спрямованість правового регулювання, окреслюють визначальні, характерні риси його змісту при впорядкуванні відносин міжнародно-приватного характеру. За допомогою принципів права можна виявити соціально-економічну, політичну, моральну природу права й опанувати його фактичний зміст, сутність його окремих галузей, інститутів, норм³.

Разом з цим правові принципи майже ніколи не зазначаються у переліку елементів системи правового регулювання в теорії права. І да-

¹ Див.: *Нено Неновски*. Право и ценности. – М., 1987. – С. 109, 119, 207.

² Див.: *Афанасьев В. Г.* Системность и общество. – М., 1980. – С. 35.

³ Див.: *Алексеев С. С.* Общая теория социалистического права (Курс лекций): Учеб. пособ. – Свердловск, 1963. – Вып. 1. – С. 152.

ремно, адже такий підхід не відображає місця, природи, значення принципів для нормативної системи впорядкування відповідних суспільних відносин. На користь віднесення принципів до елементів правового регулювання виступає їх якість нормативності, адже принципи права об'єктивно існують (прямо чи опосередковано) тільки у правових нормах. Ті ж ідеї, начала, що не знайшли свого матеріального втілення у нормативному матеріалі, не можна відносити до принципів права: вони можуть мати політичне, культурне, ідеологічне, моральне, традиційне або інше значення, бути складовими правосвідомості, правової культури, висновками науки тощо, але не принципами права. Одночасно ті керівні начала, що втілені у правових нормах, одержують значення принципів, що допускає їх у систему правового регулювання як один з її головних елементів. Тому не буде перебільшенням стверджувати, що на основі принципів права здійснюється фактичне впорядкування суспільних відносин, вирішуються спірні ситуації, розв'язуються правові конфлікти. Принципи права є необхідною правовою основою у правотворчості для впорядкування нормативного матеріалу (внесення доповнень, скасування застарілих, прийняття нових правових настанов). Важливе значення мають принципи права і при прогалиності правового регулювання: її треба заповнювати саме за допомогою правових принципів¹. Слід також особливо підкреслити системоутворюючу якість правових принципів: внутрішня єдність, узгодженість, цілісність, збалансованість досягаються більшою мірою шляхом проникнення в норми єдиних наскрізних засад. Таким чином, принципи права пронизують усі або більшість інститутів, норм певної правової царини, виражають взаємозалежність і взаємозумовленість керівних ідей і окремих норм, в яких виражені методи й інші засоби правового регулювання, а також виступають засобом узгодження мети правового регулювання з іншими правовими настановами.

Що ж стосується власне принципів МПрП, то ними в доктрині традиційно вважають колізійні прив'язки. Так, прив'язку до місцезнаходження нерухомості іменують територіальним принципом, прив'язку до місця проживання чи національності людини — принципом особистого закону, місця вчинення акту — принципом місця його вчинення². Такий підхід не враховує природу принципів, їх загальнозначущість, сутність, правове призначення, зазначені вище. Хибність такої позиції представників теорії

¹ Див.: *Явич Л. С.* Общая теория права. – Л., 1976. – С. 144.

² Див.: *Лунц Л. А.* Курс международного частного права: В 3 т. – М., 2002. – С. 188, 194, 207, 219, 222, 226.

МПрП можна продемонструвати, порівнявши, наприклад, прив'язки колізійних норм із санкціями в кримінальному праві, на основі яких, зокрема, можна було б говорити про принцип п'яти років позбавлення волі, чи одного року виправних робіт. А між тим правовим принципом є лише те, що визначає безпосередньо характер, організацію правового регулювання¹.

Тому в межах МПрП слід чітко усвідомлювати, що ті феномени, які іменують принципами, повинні мати якість наскрізності, загальнозначущості, керівної спрямованості на всі або більшість норм чи інститутів. Тому принципами МПрП можна назвати, наприклад, взаємозв'язок національних правових систем, допущення іноземного права на власну територію, ввічливість, імунітет держави, захист слабкої сторони тощо. Названі, а також інші принципи МПрП можуть виконувати безпосередньо регулюючу функцію, визначаючи спрямованість правового впливу, керуваність процесу правового регулювання відносин з міжнародно-приватною природою. Разом з цим подібні принципи виражають сутність МПрП, є яскравим виразом його спрямованості, характеру при організації взаємодії з іншими правопорядками, проявляють його істинну сутність, ставлення до регулювання означених відносин, захисту благонабутих за кордоном суб'єктивних прав, акумулюють його ставлення до інших, у тому числі, іноземних суб'єктів права.

Принципи МПрП організують правове регулювання, спрямовують його функціонування, визначають орієнтири для правозастосування, заповнення прогалін, які об'єктивно існують при недостатній врегульованості міжнародно-приватних відносин, визначають курс і напрями реформи законодавства в цій сфері. Зазначені якості, а також їх стрижневість і життєдайність, що організують упорядкування міжнародно-приватних відносин, дозволяють відносити правові принципи до головних елементів системи правового регулювання у МПрП.

Мета, предмет, принципи зумовлюють методи правового регулювання в МПрП. Залежність методів правового регулювання від мети часто підкреслюється у теорії права. Через те, що держава залежно від мети може здійснювати правове регулювання в різні способи, якщо це об'єктивно можливо і допустимо, вона може впливати на впорядкування суспільних відносин тими чи іншими методами². Проте слід відзначити, що методи в МПрП — системні утворення, а це означає, що вони зумовлюються не тільки метою, а й іншими елементами і зв'язками між

¹ Див.: Лукашева Е. А. Вказ. праця. – С. 111.

² Див.: Явич Л. С. К вопросу о предмете и методе правового регулирования. – С. 61; Витченко А. М. Метод правового регулирования социалистических общественных отношений. – Саратов, 1974. – С. 73; Иоффе О. С. Правоотношения по советскому гражданскому праву. – Л., 1949. – С. 41.

ними, а саме: специфікою суспільних відносин, керівними засадами цієї правової царини тощо.

Що ж стосується класифікації методів і визначення їх кількості, то в теорії права з цього приводу є декілька точок зору. Перша, найбільш розвинута і поширена, доводить, що правові методи поділяються залежно від вольової межі учасників суспільних відносин на імперативні і диспозитивні або автономності і підкореності, субординації і координації, централізації і децентралізації і т. д.¹ Інших критеріїв при класифікації не наводиться. Друга концепція заснована на існуванні єдиного методу правового регулювання². Наступна позиція базується на тому, що правові методи підлягають класифікації за різними ознаками, в тому числі на загальних, спеціальних, конкретних підставах, що допускає поділ методів на матеріальні і процесуальні³.

Для обрання того чи іншого напрямку в питанні щодо методів МПРП слід виходити з того, що метод правового регулювання має концентрувати загальні риси правового впорядкування, відображати характер регульованих відносин і бути способом впливу на них, виступати організацією суспільних зв'язків у регульованих відносинах⁴. Через подібні міркування видається цілком виправданим поділ методів МПРП за критерієм змісту на дві основні групи: колізійні й матеріальні методи. Подібний підхід відображає специфіку міжнародно-приватних відносин, узгоджений з метою, принципами, предметом правового регулювання у цій сфері. Протилежна позиція класифікації методів за вольовою ознакою можлива, але практично й теоретично не виправдана: вона не може стати засобом досягнення поставленої мети щодо визначення правопорядку для регулювання міжнародно-приватних відносин і безпосереднього їх упорядкування, не відповідає керівним засадам МПРП щодо взаємозв'язку правових систем, можливості застосування норм іноземного правопорядку, якщо цього потребують зазначені суспільні відносини, не відображає їх пов'язаності більше ніж з однією правовою системою. Відповідно твердження про єдиний метод у сфері правового регулювання не може бути прийнятним через диверсифікованість і

¹ Див.: *Алексеев С. С.* Право: азбука – теория – философия: Опыт комплексного исследования. – М., 1999. – С. 371.

² Див.: *Сорокин В. Д.* Правовое регулирование: Предмет, метод, процесс (макроуровень). – СПб., 2003. – С. 112–113.

³ Див.: *Витченко А. М.* Вказ. праця. – С. 79; *Горшенев В. М.* Способы и организационные формы правового регулирования в социалистическом обществе. – М., 1972. – С. 85.

⁴ Див.: *Яковлев В. Ф.* Гражданскоправовой метод регулирования общественных отношений. – Свердловск., 1972. – С. 65.

строкатість міжнародно-приватних відносин, множинність напрямів державної правової політики, що потребують використання методів з різними підходами.

Отже, означені колізійні і матеріальні методи МПрП є складовою системи правового регулювання відносин, пов'язаних з двома або більше правопорядками через їх підпорядкованість меті, принципам, предмету, а також їх взаємопов'язаності і взаємозалежності.

Натомість інші категорії, які пропонують представники так званої широкої концепції правового регулювання, як, наприклад, правовідносини, правозастосовні акти, не можуть бути визнані елементами правового регулювання. Правовідносини — на тій підставі, що вони є результатом правового регулювання суспільних відносин (що, до речі, визнається майже всіма представниками теорії права, але не сприймається теоретиками МПрП¹), — не можуть вважатись елементом самого правового регулювання. У свою чергу правозастосовні акти в нашій правовій системі є актами по реалізації права, а не по його встановленню. І якщо нормативні акти слугують виразом правотворчої діяльності, з яких складається чинне право, то ненормативні акти, тобто рішення судів, індивідуальні акти керівництва, не пов'язані зі встановленням права, не є його джерелами, що встановлюють і виражають правові норми². На цій підставі правозастосовні акти не можна визнавати елементами системи правового регулювання. Вони відповідно до висновків теорії права входять до більш широкого поняття «правового впливу»³, що є прийнятним і для МПрП.

Разом із цим формою виразу елементів правового регулювання є норми права, які в межах МПрП можуть бути закріплені як у внутрішньому законодавстві, так і на рівні міжнародних актів.

Подальше дослідження правового регулювання в МПрП здатне сприяти виявленню його сфери, функцій, тенденцій розвитку, що видається важливим з огляду на становлення й необхідність уведення в дію оновленого нормативного матеріалу у сфері МПрП у внутрішнє законодавство України.

Надійшла до редколегії 25. 12. 05

¹ Див.: Степанюк А. А. Категорія «правовідносини» у міжнародному приватному праві // Вісник Академії правових наук України. — 2004. — № 4 (39). — С. 110.

² Див.: Мицкевич А. В. Акты высших органов Советского государства. — М., 1967. — С. 14–15.

³ Див.: Лазарев В. В. Вказ. праця. — С. 39.

ПИТАННЯ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА

Ю. Щокін, доцент НЮА України

Міжнародно-правовий звичай крізь призму теорії «мовчазної» угоди

Міжнародна практика свідчить про те, що в переважній більшості випадків позиція держав не виражається чітко й недвозначно. Повторюючи варіант поведінки, уже неодноразово апробований у реальному міжнародному житті, вони утримуються від вираження своєї точки зору. Як бути в таких випадках? Чи можливо встановити дійсну волю держави за непрямими ознаками? На ці та інші питання тривалий час намагається надати відповіді *теорія угоди (теорія консенсусу)* — одна з найстаріших і у той же час, як і раніше, популярних у світовій науці концепцій міжнародного звичаєвого права.

В зарубіжній юридичній літературі теорія угоди користувалася великою підтримкою наприкінці XIX — у першій половині XX ст. Її прихильниками були вчені, що додержувалися переважно позитивістського напрямку в міжнародному праві: Д. Анцилотті¹, Л. Оппенгейм², Ч. Хайд³ та ін.

У XX в. теорія угоди найбільшою популярністю користувалася в радянській науці. Її активно розвивали Г. Тункін⁴, Д. Левін⁵, І. Лукашук⁶,

¹ Див.: *Анцилотти Д.* Курс международного права. – Т. 1: Введение – Общая теория: Пер. с итал. – М., 1961. – С. 83–88.

² Див.: *Оппенгейм Л.* Международное право. – Т. 1. Пол. 1: Пер. с англ. – М., 1948. – С. 37–40.

³ Див.: *Хайд Ч.* Международное право, его понимание и применение Соединенными Штатами Америки: Пер. с англ. – М., 1950. – Т. 1. – С. 59–65, 68–70.

⁴ Див.: *Тункин Г. И.* Теория международного права. – М., 2000. – С. 108–117.

⁵ Див.: *Левин Д. Б.* Актуальные проблемы теории международного права. – М., 1974. – С. 25–26.

⁶ Див.: *Лукашук И. И.* Источники международного права. – К., 1966. – С. 56, 57; *Лукашук И. И.* Механизм международно-правового регулирования. – К., 1980. – С. 78; *Лукашук И. И.* Нормы международного права в международной нормативной системе. – М., 1997. – С. 214–215.

Л. Алексідзе¹, Г. Даніленко², С. Пальчик³. У сучасній українській юридичній літературі даної теорії відкрито додержуються М. Баймуратов⁴, С. Войтович⁵.

Метою цієї статті є дослідження основних положень теорії угоди, її відповідності сучасним тенденціям розвитку теорії й практики міжнародного звичаєвого права.

Сутність теорії угоди полягає в тім, що будь-який міжнародно-правовий звичай з'являється в результаті угоди між державами. Говорячи про правову природу міжнародного звичаю, прихильники даної теорії фактично ставлять знак рівності між ним і міжнародним договором. Наприклад, І. Лукашук зазначає, що «норми звичаю мають ту ж природу, що й норми міжнародного договору, а саме: угоду суб'єктів. Різниця тут полягає не в сутності або змісті, а в методі створення й формі вираження»⁶.

Сам процес створення міжнародно-правового звичаю той же самий, що й процес укладення багатобічного міжнародного договору. Спочатку звичаєва норма з'являється в практиці обмеженої кількості держав. Потім, у міру визнання іншими країнами, сфера її застосування може поступово розширитися аж до універсальних масштабів⁷.

Одне з основних положень теорії угоди полягає у такому: якщо держава не виражала своєї згоди на обов'язковість міжнародно-правової звичаєвої норми, що формується або вже існує, то юридично вона не зв'язана нею. У радянській доктрині підкреслювалося особливе політичне значення даної тези. Власне, у чималому ступені ним і пояснювалася привабливість теорії угоди (Г. Тункін⁸).

Якщо різниця між міжнародним звичаєм і міжнародним договором полягає тільки в методі створення й формі вираження, закономірно підходимо до питання: у чому специфіка створення й вираження міжнародно-правового звичаю як якогось міжнародного договору?

¹ Див.: *Алексидзе Л. А.* Некоторые вопросы теории международного права. Императивные нормы *jus cogens*. – Тбилиси, 1982. – С. 252–269.

² Див.: *Даниленко Г. М.* Обычай в современном международном праве. – М., 1988. – С. 7–37.

³ Див.: *Пальчик С. Г.* Юридическая природа международного обычая: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Ростов-н/Д, 1984.

⁴ Див.: *Баймуратов М. А.* Международное публичное право: Учебник. – К., 2004. – С. 37.

⁵ Див.: *Войтович С.* Международно-правовые обычаи в международных инвестиционных спорах // Юрид. практика. – 2004. – № 22 (336). – 1 июня.

⁶ *Лукашук И. И.* Механизм международно-правового регулирования. – С. 78.

⁷ Див.: *Тункин Г. И.* Вказ. праця. – С. 111.

⁸ Див.: Там само. – С. 112–113.

Найбільш явною відмінністю, визнаною всіма дослідниками міжнародно-правових звичаїв, є відсутність у них писаної форми. У цьому випадку мається на увазі відсутність письмового документа, що встановлює конкретний зміст міжнародного звичаю, підготовленого й прийнятого державами після попереднього погодженої і додержаної ними формальної процедури.

Якщо міжнародно-правові звичаї — це неписані міжнародні договори, то чим вони відрізняються від усних міжнародних договорів? Прихильники теорії угоди воліють не стосуватися цього питання. Імовірно, причина в тім, що при аналізі й зіставленні проявляється явна тождність цих понять. Крім неписаної форми вираження усні міжнародні договори, так само як і міжнародні звичаї, не проходять через сувору процедуру укладання, а їх зміст може бути доведений за допомогою в тому числі письмових доказів (наприклад, протоколів ведення переговорів)¹. Тобто, спостерігається повна подібність і в методі створення, й у формі вираження.

Виходячи із цього, можна було б навіть стверджувати, що міжнародно-правовий звичай — це і є міжнародний договір в усній формі. І. Лукашук, до речі, в одній зі своїх робіт прямо відносить «мовчазні» («які маються на увазі») угоди, що укладають шляхом видання паралельних законів, до різновиду міжнародних договорів в усній формі². Однак міжнародно-правова практика визначила усним договорам досить скромну роль зі здійснення допоміжних функцій, не пов'язаних з вирішенням принципових і комплексних питань міжнародної політики. Крім цього, й кількість учасників таких договорів у зв'язку з природними причинами надзвичайно обмежена: як правило, це дві–три держави.

З огляду на викладене недовірно, що своєрідним каменем спотикання теорії угоди є спроба пояснити процеси формування універсальних міжнародно-правових звичаїв, що становлять загальне міжнародне право. Суть проблеми точно визначає Й. Каммерхофер: «Питання в тім ... як зв'язати цю “інертну масу” держав, що не беруть участі у створенні звичаєвого права»³. А «зв'язати» її було потрібно, оскільки підвалини теорії угоди закладалися наприкінці XIX — у першій половині XX ст.,

¹ Докладніше про це див.: *Лукашук И. И.* Форма международных договоров: Учеб.-практ. пособ. — М., 2001. — С. 31–40; *Мережко О. О.* Право международных договоров: современные проблемы теории та практики: Монография. — К., 2002. — С. 159–165.

² Див.: *Лукашук И. И.* Форма международных договоров. — С. 38, 39.

³ *Kammerhofer J.* Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems // *European Journal of International Law.* — 2004. — Vol. 15 No. 3. — P. 533.

тобто тоді, коли в доктрині міжнародного права домінували ідеї юридичного позитивізму й абсолютизувалась свобода волі держав. Загальноприйнята позиція, широко відома в сучасній науці по формулюванню розділу III рішення Постійної палати міжнародного правосуддя в справі «Лотус» (Франція проти Туреччини, 1927)¹, полягала в тім, що жодне міжнародно-правове зобов'язання, незалежно від того, де воно закріплено — у міжнародному договорі або міжнародному звичаї, — не може бути покладене на жодну суверенну державу, минаючи її згоду.

Рішення, запропоноване теорією угоди, полягає в особливому способі прийняття норми з боку держав — *мовчазному визнанні*². На думку переважної більшості фахівців, воно становить стрижень даної теорії. Власне, одна з поширених назв теорії угоди — *tacitum pactum* (пер. з лат. — мовчазна угода).

«Мовчазну» угоду держави, на думку прихильників теорії, варто виводити з її фактичної поведінки. Д. Анцилотті пише: «Про мовчазну угоду можна говорити у випадку, якщо воля держав, що зобов'язуються взаємно додержуватися певного образу поведінки, впливає з фактів»³. Л. Оппенгейм, розвиваючи ідею загальної згоди як основи права, зазначає: «Питання про те, чи є така загальна згода в даному конкретному випадку, — це питання не теорії, а тільки факту. Це — предмет спостереження й оцінки, а не логічне або математичне рішення»⁴.

Що є «факти» і «фактична поведінка»? Яким чином вони можуть формувати «мовчазну» угоду держав, що веде до створення нових норм міжнародного звичаєвого права?

¹ У розділі III цього рішення, зокрема, вказано: «Міжнародне право регулює відносини між незалежними державами. Таким чином, норми права, що зобов'язують держави, походять з їх власної волі, вираженої в конвенціях або через звичаї, що загально прийняті як вираження принципів права і встановлених для регулювання відносин між цими співіснуючими незалежними співтовариствами або для досягнення загальної мети. Отже, обмеження незалежності держави передбачаються не можуть». (Case of the S. S. "Lotus". Judgment No. 9. 7 Sept. 1927 // Collection of Judgments. Publications of the Permanent Court of International Justice. -Ser. A – No. 10. <http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.09.07_lotus/judgment.htm>)

² Поняття «угода» («згода») й «визнання» використовуються прибічниками теорії угоди як синоніми. Так, Л. А. Алексідзе при дослідженні можливостей практичного втілення теорії угоди зазначав: «Практично мова йде про „згоду держав”, тому що як інакше можна тлумачити поняття „визнання”» (Алексідзе Л. А. Вказ. праця. – С. 252).

³ Анцилотти Д. Вказ. праця. – С. 83.

⁴ Оппенгейм Л. Вказ. праця. – С. 38–39.

Л. Оппенгейм, відводячи звичаям провідну роль у регулюванні соціальних відносин, пише: «Норми міжнародного звичаєвого права розвивалися при загальній згоді держав, іншими словами, різні держави поводитися так, що з їх поведінки можна було вивести висновок про їх мовчазну згоду з цими нормами»¹. На думку Д. Анцилотті, «факти, в яких знаходиться вираження мовчазна угода, повинні бути *актами держав в галузі міжнародних відносин, з яких випливає воля держави діяти певним чином взаємно й в обов'язковому порядку*»². Поняття «акти держав» він визначає як «дії, юридично поставлені за обов'язок державам»³.

Як видається, під фактами й Л. Оппенгейм і Д. Анцилотті розуміли ті дії держав, які становлять соціальну (матеріальну, фізичну) основу міжнародних відносин. Вони не мали на увазі, наприклад, такі факти, як політичні заяви, що в багатьох випадках мають на меті більше відволікти від реальних дій держави на міжнародній арені, ніж сприяти виявленню її дійсної позиції. Ч. Ч. Хайд підтверджує дане зауваження: «Угода, яка потрібна від окремих держав, не виражалася у формальному або спеціальному схваленні кожного обмеження, що у тому або іншому випадку диктувалося загальноновизнаними вимогами міжнародної справедливості або випливало з останніх»⁴.

Слід зазначити, що уточнення ознак фактичної основи міжнародно-правових звичаїв до сьогодні не втратило своєї актуальності. Більш того, це одна з нагальних проблем світової теорії міжнародного звичаєвого права, розв'язання якої дозволило б розмежувати зміст об'єктивного й суб'єктивного елементів міжнародно-правових звичаїв — практики й *opinio juris*. Їх значеннєвий зміст буквально зміщується, на що вже ми звертали увагу⁵.

На мій погляд, відсутність розуміння особливостей кожного з елементів міжнародно-правового звичаю перешкоджає з'ясуванню ясної картини цього джерела міжнародного права й нанівець зводить більшість зусиль теоретиків і практиків. Стосовно досліджуваної теми це заува-

¹ Оппенгейм Л. Вказ. праця. – С. 39.

² Анцилотті Д. Вказ. праця. – С. 85.

³ Там само. – С. 85.

⁴ Хайд Ч. Ч. Вказ. праця. – С. 60–61.

⁵ Див.: Щокін Ю. В. Формування міжнародно-правових звичаїв: розмежування поняття «практика» і *opinio juris* // Вісник Академії правових наук України. – 2005. – № 4 (43). – С. 135–144; Щекин Ю. В. Феномен «моментальних» междуна-родно-правових обычаев (анализ на примерах формирования обычаев международного космического права) // Проблемы законности: Респ. міжвід. наук. зб. / Відп. ред. В. Я. Тацій. – Х., 2006. – Вип. 79. – С. 135–144.

ження має пряме відношення. Побудова умовиводів винятково на підставі усних актів, яких значно більше, ніж фізичних, веде до перекручення первісно закладеного змісту теорії мовчазної угоди, що припускає інтерпретацію поведінки держав, яка здійснюється ними під час відсутності їх офіційно вираженої позиції з того або іншого приводу. Та й чи доречно виводити «мовчазне» визнання (згоду) з офіційних заяв держав? Вважаю, що ні. У чому ж тоді виражатиметься явне визнання?

Викладені сумніви не виглядають умоглядними, якщо звернутися до робіт з теорії угоди деяких радянських учених. Так, Г. Тункін, зазначав, що «сутність процесу створення норм міжнародного права шляхом звичаю полягає в угоді між державами, яка у цьому випадку є мовчазною, а не явно вираженою як у договорі»¹. Інакше кажучи, згода держави з нормою міжнародного права, виражена в будь-якій іншій формі, крім міжнародного договору, є «мовчазною».

Закономірним наслідком такої логіки є позиція С. Пальчик, яка стверджує, що «мовчазну» згоду держави «слід шукати в деклараціях, заявах, меморандумах, комюніке, протестах, дипломатичній переписці, рішеннях вищих органів державної влади, законодавчих і виконавчих актах, рішеннях судів тощо ... Характер «мовчазної» угоди держав при формуванні звичаю виявляється *також* (виділено мною — Ю. Щ.) у формі протесту. Відсутність протесту відіграє важливу роль у визнанні звичаю і дає підстави припускати, що держава мовчазно визнала сформовану практику як юридично обов'язкову»².

Видається, що така інтерпретація поведінки держави на міжнародній арені є не тільки значним спрощенням міжнародних відносин, а й разом з тим може сприйматися досить неадекватно при характеристиці активної позиції держав з тих або інших питань міжнародного життя. Все ж таки сумнівно розглядати офіційні односторонні заяви держав як вияв їх «мовчазного» ставлення до будь-чого, особливо в тих випадках, коли вони містять конкретні юридичні зобов'язання.

Імовірно, аналогічні міркування лежать в основі спроб відступити від настільки неоднозначного розмежування між «явно вираженою» і «мовчазною» згодою, що простежуються в роботах деяких прихильників теорії угоди. Зокрема, до вузького тлумачення «мовчазної» угоди схиляються сучасні українські фахівці. М. Баймуратов, зокрема, зазначає, що «звичай може виникнути не тільки з активних, але й з «мовчазних» акцій, з відсутності дій, наприклад відсутності заперечень проти

¹ Тункін Г. И. Вказ. прац. – С. 109.

² Пальчик С. Г. Вказ. прац. – С. 7.

практики держави або низки держав»¹. С. Войтович пише, що «звичай може зобов'язувати державу в результаті її мовчазної або такої, що мається на увазі, згоди, тобто за відсутності протесту»².

Таким чином, ідея теорії угоди полягає в тлумаченні реальних дій або утриманні від дій держав, що становлять фактичну (матеріальну, соціальну, фізичну) основу міжнародних правовідносин. Хоча, на мою думку, цей момент недостатньо виразно показаний прихильниками теорії.

Додержуючись даного висновку, у подальших дослідженнях теорії угоди доцільно виходити із двох можливих варіантів фактичної поведінки: *активної* (здійснення дій) і *пасивної* (утримання від здійснення дій), які логічно відповідають природній поведінковій реакції будь-якого живого організму на події, що відбуваються навколо нього.

Центральною для теорії угоди є ситуація, при якій *пасивна поведінка одних суб'єктів є реакцією на активну фактичну поведінку інших суб'єктів*. Власне, саме цю ситуацію в першу чергу мають на увазі прихильники теорії мовчазної угоди. Бездіяльність однієї держави (або іншого суб'єкта міжнародного права) є своєрідним актом покірності активним діям іншої держави. Г. Даніленко пише: «Відповідно до міжнародного права, поведінка бездіяльної держави означає мовчазне схвалення практики і тягне юридичні наслідки тільки в тому випадку, якщо виконані певні умови. Насамперед необхідно, аби практика прямо або побічно торкалася сфери інтересів і прав бездіяльної держави, тому що в іншому випадку немає підстав для протесту. Крім того, державі, яка не діє, має бути відомо про правові домагання, згода з якими презюмується у випадку відсутності протесту»³.

Не можна не погодитися з цими умовами. Вони знайшли широку підтримку в доктрині й у цілому видаються очевидними. Однак не можна погодитися з головним твердженням. У сучасному міжнародному праві не існує презумпції, відповідно до якої мовчання суб'єкта слід розглядати винятково як згоду. Чи треба покірність або терплячість розцінювати як схвалення й згоду? Історія міжнародних відносин багата прикладами, коли держава, яка спочатку не протестувала, зі зміною розкладу сил на міжнародній арені кардинально змінювала свою позицію.

У зв'язку із цим видається закономірною позиція Міжнародного Суду ООН, який розглядає відповідне «мовчання» держави скоріше як невизначеність її позиції, ніж як згоду з обставинами, що склалися.

¹ Баймуратов М. А. Вказ. праця. – С. 38.

² Войтович С. Вказ. праця.

³ Даніленко Г. М. Вказ. праця. – С. 114.

Одним з характерних прикладів, які демонструють названу тенденцію в діяльності Міжнародного Суду, є *справа про делімітацію морського кордону в районі затоки Мен (Канада проти США, 1984)*. Канада наполягала на тому, що Сполучені Штати мовчазно погодилися із застосуванням методу рівного відстояння, зокрема для делімітації морського шельфу в секторі Джордж Бэнк (Georges Bank sector). США заперечували це¹.

При розгляді спорів, пов'язаних із встановленням і застосуванням норм загального міжнародного права, Суд взагалі може відмовитися від аналізу пасивної поведінки конкретної держави, яка є стороною спору, а замість цього звернутися до практики інших країн. У випадку встановлення існування такої норми держава, зацікавлена в результатах спору, буде зобов'язана підкоритися їй. Даний висновок логічно впливає із загальної позиції Суду про допустимість деяких непогодженостей у практиці при встановленні міжнародно-правових звичаїв, висловленої в п. 186 рішення у *справі про військову й напіввійськову діяльність проти Нікарагуа (Нікарагуа проти США, 1986)*², в якій розглядалися такі загальноновизнані міжнародно-правові звичаї, як заборона агресії, невтручання у внутрішні справи інших держав, повага державного суверенітету, принципи міжнародного гуманітарного права. Слід зазначити, що характерною рисою рішення у цій справі є те, що Міжнародний Суд, відзначивши важливість практики як такої для формування міжнародних звичаїв, власне саму практику не розглядав, а сконцентрувався на з'ясуванні *opinio juris* держав переважно на підставі їх офіційних заяв, що було піддано критиці в доктрині³.

Закономірним наслідком відмови від теорії мовчазної угоди стало надання особливого юридичного значення у формуванні міжнародно-правових звичаїв активним запереченням держав проти практики, яка складається, що також знайшло відображення в діяльності Суду (*справа про рибальство (Велика Британія проти Норвегії, 1951*⁴), *справа про*

¹ Див.: Case Concerning Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area. Canada v. United States of America. Judgment, 12 October 1984 // I. C. J. Reports, 1984. – P. 304–307.

² Див.: Case Concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua. Nicaragua v. United States of America. Judgment, 27 June 1986 // I. C. J. Reports, 1986. – P. 98.

³ Див., напр.: D'Amato A. Trashing Customary International Law // 81 American Journal of International Law – 1987. – Code 87a. – P. 101–105.

⁴ Див.: Fisheries Case. United Kingdom v. Norway. Judgment, 18 December 1951 // I. C. J. Reports, 1951. – P. 131.

ядерні випробування (Австралія проти Франції, 1974) (paras. 42–59¹). У п. 4 коментарів Вступних зауважень до Частини III Остаточної Доповіді Комітету з формування норм звичаєвого (загального) міжнародного права, створеного в межах Асоціації міжнародного права, говориться про юридичне значення явного й недвозначного *невизнання* практики — *opinio non juris*².

Інша ситуація, що тією чи іншою мірою мається на увазі теорією мовчазної угоди, — це виведення згоди держав виходячи з їх *взаємної активної фактичної поведінки*, що може полягати в повторенні державами дій, котрі вже мали місце в міжнародних відносинах; у прагненні держав в аналогічних ситуаціях повторити той спосіб поведінки, що вже був у їх практиці. Також як і в попередньому випадку, передбачається, що дані дії здійснюються під час відсутності офіційно виражених позицій держав.

Чи означають повторювані взаємні фактичні дії згоду з ними? Якщо вони зроблені добровільно, то, звичайно, так, будуть. Але яке при цьому може бути правове значення такої згоди? Очевидно, що в будь-якій конкретній ситуації держава, виходячи з кон'юнктурних політичних міркувань, може погоджуватися із протиправним, але вигідним для неї в певних обставинах варіантом поведінки. У зв'язку з цим з погляду формування міжнародно-правового звичаю виникає проблема з'ясування дійсного ставлення держави до вчинених дій, що у ситуації «мовчання», тобто відсутності офіційної позиції, визначити досить складно. Не можна на одну чашу терезів історії покласти всі випадки, коли держава в подібних умовах діяла одним чином, а на другу — іншим. Але навіть якби таке вдалося здійснити, ще невідомо, чи переважила б та чаша, яка мстила б прамірну, із сучасної точки зору, поведінку. Скоріше навпаки.

Тому, як вже зазначалося, Суд, орієнтуючись більшою мірою на докази, що підтверджують *opinio juris* держав, може визнати нову практику як припустиме відхилення від існуючих звичаєвих норм, що не впливає на їх юридичну чинність і не має наслідком їх перегляд. Однак дана позиція Суду стосується звичаїв тільки загального міжнародного права. У низці випадків Суд був змушений звернутися до докладного аналізу фактичної поведінки безпосередньо тих держав, що сперечаються, на предмет встановлення існування міжнародних звичаїв (*справа про*

¹ Див.: Nuclear Tests Case. Australia v. France. Judgment, 20 December 1974 // I. C. J. Reports, 1974. – P. 267–272.

² Див.: International Law Association – Committee on the Formation of Rules of Customary (General) International Law. Final Report of the Committee: Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law (2000). – P. 31. Текст Доповіді доступний за Інтернет-адресою: <<http://www.ila-hq.org/pdf/customarylaw.pdf>>.

*право притулку (Колумбія проти Перу, 1950)¹, справа про право проходження через індійську територію (Португалія проти Індії, 1960)². На відміну від розглянутих ситуацій тут йшлося про встановлення наявності локальних (партикулярних, місцевих, регіональних) міжнародно-правових звичаїв. Незважаючи на те що в більшості випадків Суд не знайшов переконливих підтверджень існування таких норм, у винесених рішеннях він, по-перше, підтвердив імовірність формування міжнародно-правових звичаїв такого роду й, по-друге, зазначив, що стосовно таких звичаїв *opinio juris* держав треба шукати в їх тривалій фактичній практиці.*

На підставі викладеного можна дійти висновку про те, що теорія мовчазної угоди в цілому не відповідає сучасним тенденціям розвитку теорії й практики міжнародного звичаєвого права. Виникнувши в період абсолютизації свободи волі суверенних держав (наприкінці ХІХ — у першій половині ХХ ст.), вона побудована на врахуванні мнимої («мовчазної», «такої, що мається на увазі») згоди тих держав, які не брали участь у формуванні конкретних міжнародних відносин, що утворюють матеріальний зміст тієї або іншої норми міжнародного звичаєвого права.

Сучасна міжнародно-правова доктрина й практика «мовчання» держав (тобто відсутність їх відповідної реакції у зв'язку з будь-якими подіями на міжнародній арені) розглядають як невизначеність, неясність, відсутність їх позиції, а не як згоду, що мається на увазі, з якимись повторюваними міжнародними відносинами. При встановленні звичаїв загального міжнародного права враховується загальносвітова практика, в якій позиція будь-якої конкретної держави, особливо не виражена чітко, може взагалі не братися до уваги. Але при цьому у держав зберігається право на «активну незгоду» із практикою за допомогою офіційних заяв і протестів, що може виключити їх з дії широко визнаних звичаєвих норм. Межі такої «незгоди» ще вимагають додаткових досліджень.

У тому числі мають потребу в подальшому вивченні випадки виведення згоди держав на основі їх взаємної активної фактичної поведінки при відсутності їх офіційних позицій стосовно усталеної міжнародної практики. Даний спосіб виведення *opinio juris* може мати самостійне значення при встановленні локальних (партикулярних, регіональних, місцевих, двосторонніх) міжнародно-правових звичаїв, а в деяких випадках сприяти формуванню звичаїв універсального рівня.

Надійшла до редколегії 15. 07. 06

¹ Див.: *Asylum Case. Colombia v. Peru. Judgment, 20 November 1950 // I. C. J. Reports, 1950. – P. 276–277.*

² Див.: *Right of Passage over India Territory. Portugal v. India. Judgment, 12 April 1960 // I. C. J. Reports, 1960. – P. 39.*

ПИТАННЯ ЕКОЛОГІЧНОГО ПРАВА

А. Гетьман, академік АПРН України

Проблеми реформування екологічного законодавства: до питання про створення Екологічного кодексу України

Останнім часом не тільки окремі пересічний громадянин, а й все суспільство, його представницькі органи усвідомлюють важливість і життєву необхідність реформування свідомості та суспільно-громадської думки стосовно проблем охорони довкілля, раціонального використання природних ресурсів і досягнення стандартів екологічної безпеки. Суспільство робить крок до розуміння того, що «довкілля — це наш дім». Це відображається в законодавчих актах, що приймаються Верховною Радою України.

Разом з тим суттєве поліпшення загальнонаціональної правової системи охорони довкілля вбачається в докорінному реформуванні екологічного законодавства, одним із напрямів якого є розроблення та прийняття Екологічного кодексу України, що є предметом обговорення і відповідних дискусій вже досить тривалий час.

Слід зазначити, що кодифікація будь-якого законодавства як процес зведення до єдності нормативно-правових актів шляхом перероблення їх змісту дозволяє відкинути частину застарілого матеріалу, внутрішньо структурувати та внести відповідний специфічний зміст до тієї чи іншої частини майбутнього кодифікованого акта. При цьому для кожної галузі законодавства характерні особливості її можливої (чи неможливої) кодифікації, зумовлені: стабільністю законодавства; внутрішньою єдністю його системи; наявністю узагальненої практики застосування законодавства; науковою обґрунтованістю тощо¹. Зокрема, на думку В. Попова, кодифікація екологічного законодавства йде шляхом надмірної ди-

¹ Див.: *Голіченко А. К.* Юридические критерии возможностей кодификации земельного законодательства в форме кодекса. Варианты решения проблемы // Сборник материалов научно-практических конференций 1995–1998. – М., 1999. – С. 140–146.

ференціації нормативних актів на рівні законів і підзаконних нормативних актів у сфері екології. Оновлення екологічного законодавства відбувається із застосуванням тих засобів, які використовувалися у 60-х роках ХХ ст., тобто диференційовано щодо кожного з природних ресурсів або для регулювання окремих спеціальних питань¹.

Але у кожному разі кодифікація супроводжується дилемою, коливанням між двома завданнями і сценаріями: впорядкуванням чинного права чи розробленням зовсім іншого (нового) законодавства. Слід пам'ятати, що не тільки традиційні галузі законодавства, які мають давню історію існування від римського приватного права, а й екологічне законодавство, що активно розвивається як спільнота правових норм та інститутів лише останні тридцять років, можна розглядати як об'єкт кодифікації. Інакше неможливою є постановка питання про формування окремих галузей права і законодавства шляхом їх кодифікації².

Всі галузі законодавства, що існують на теренах України, пройшли свій шлях зародження, становлення та розвитку. Вони можуть трансформуватися в нові правові галузі або навіть зникнути. При цьому найважливішим чинником їх розвитку і трансформації є кодифікація, яка завжди має офіційний характер і зумовлена економічною та соціально-політичною волею держави.

Нині екологічне законодавство України — багатогалузева система нормативних актів різної юридичної сили, що ускладнює їх використання та призводить до численних суперечностей між ними або неузгодженості окремих актів, дублювання. Наявність нормативних приписів у великій кількості правових актів створює значні труднощі в їх практичному використанні, навіть для фахівців у галузі екологічного права³.

Отже, кодифікація екологічного законодавства у формі розроблення та прийняття Екологічного кодексу є нагальною проблемою, яку слід розглядати як пріоритетне завдання державної політики.

Ідея про необхідність розроблення та прийняття єдиного кодифікованого законодавчого акта екологічного спрямування висловлювалася в науці екологічного права вченими практично всіх поколінь і держав колишнього СРСР та сучасної України аж до сьогодення⁴.

¹ Див.: *Попов В. К.* Наукові основи екологічного законодавства України // Вісник Академії правових наук України. — 1995. — № 4. — С. 35–36.

² Див.: *Новикова Е. В.* Теоретические проблемы развития экологического законодательства в Республике Казахстан. — М., 1999. — С. 66–67.

³ Див.: *Гетьман А. П., Разметаев С. В.* До питання розробки проекту Екологічного кодексу України // Екологічний вісник. — 2003. — № 4. — С. 20.

⁴ Див.: *Материалы международного «Круглого стола» на тему: Экологический кодекс Украины: мифы и реальность.* — К., 12–13 мая 2005 г.

Формально початок широкої наукової дискусії стосовно кодифікації законодавства про використання природних ресурсів та охорону довкілля було покладено на розширеному засіданні Ради з координації роботи науково-дослідних установ Всесоюзного науково-дослідного інституту радянського законодавства Міністерства юстиції СРСР, яке відбулося в січні 1971 р.¹

На засіданні за участю таких визнаних у державі вчених-правознавців, як М. Казанцев, Г. Полянська, Ю. Шемшученко, І. Панкратов, Н. Титова, Л. Заславська, Ю. Тютєкін, Я. Страутманіс, В. Ємельянова та ін., були обговорені питання кодифікації природоохоронного законодавства, його співвідношення із земельним, водним, лісовим, гірничим законодавством, розроблення та прийняття єдиного законодавчого акта в галузі охорони природи в формі основ і кодексів.

Але заради справедливості необхідно зазначити, що на сторінках юридичних видань це питання підіймалося задовго до проведення засідання зазначеної Ради².

Пропонувалися різні найменування та форми цього правового документа: Основи природоохоронного законодавства³, комплексний Закон «Про охорону навколишнього середовища»⁴, «Основи законодавства про охорону навколишнього середовища»⁵, «Основи раціонального використання і охорони природних ресурсів»⁶, Кодекс про охорону і раціональне використання природних ресурсів⁷, Екологічний кодекс⁸.

¹ Див.: *Заславская Л. А.* Исследования в области законодательства об охране природы // Сов. государство и право. – 1971. – № 6. – С. 137–139.

² Див.: *Казанцев Н. Д.* О правовом регулировании охраны природы // Вестник Московского университета. – Сер. Право. – 1960. – № 1. – С. 7–16; Правовые вопросы охраны природы в СССР. – М., 1963. – С. 55; *Еренов А. Е.* и др. Вопросы кодификации законодательства об охране природы союзных республик // Вестник Московского университета. – Сер. Право. – 1966. – № 5. – С. 84–85; *Шварц Х. И.* Законы об охране природы // Соц. законность. – 1961. – № 2. – С. 46.

³ Див.: *Казанцев Н. Д.* О состоянии и задачах научно-исследовательской работы в области природоохранительного законодательства // Ученые записки ВНИИСЗ. – М., 1972. – Вып. 26. – С. 125.

⁴ Див.: *Социализм и охрана окружающей среды: право и управление в странах-членах СЭВ* / Под ред. О. С. Колбасова. – М., 1979. – С. 77–78.

⁵ Див.: *Шемшученко Ю. С.* Организационно-правовые вопросы охраны окружающей среды в СССР. – К., 1976. – С. 204.

⁶ Див.: *Вовк Ю. А.* Советское природоресурсовое право и правовая охрана окружающей среды. Общая часть. Учеб. пособ. – Х., 1986. – С. 13.

⁷ Див.: *Чуйков В. А.* Республиканский закон про охорону природи: яким йому бути // Рад. право. – 1985. – № 2. – С. 58.

⁸ Див.: *Попов В., Шульга М., Шахов В., Разметаев С.* Нові підходи до кодифікації екологічного законодавства України // Право України. – 1992. – № 3. – С. 18.

Сфера правового регулювання екологічних відносин пропонує нормативних актів також не була однорідною і характеризувалася своєю специфікою. Зокрема, на думку М. Казанцева, кодифікацію законодавства про регулювання використання природних ресурсів і охорону навколишнього середовища (мається на увазі законодавство колишнього СРСР) слід здійснювати на загальносоюзному рівні у формі Основ природоохоронного законодавства та на рівні окремих республік — у формі кодексів. Кодифіковані Основи та кодекси повинні врегулювати питання загально-екологічного спрямування (державне планування; органи, що здійснюють функції охорони; участь громадських організацій; науково-дослідницька робота та викладання; пропаганда та міжнародні відносини), а також питання охорони ґрунтів, надр, вод, лісів та іншої природної рослинності, зелених насаджень у населених пунктах, природно-заповідного фонду, тваринного світу та атмосферного повітря.

Розробники комплексного Закону про охорону навколишнього середовища вважали, що з урахуванням сучасних (мається на увазі кінець 70-х років минулого століття) умов соціальної дійсності і рівня розвитку правового регулювання відносин у сфері взаємодії суспільства і природи найбільш прийнятним є такий тип комплексного закону, який відображає узагальнено відомі екологічні принципи і потреби, але разом з тим не є за своєю сутністю кодифікованим актом щодо об'єднання земельного, водного, гірничого, лісового та іншого галузевого законодавства. Він повинен мати самостійне значення та забезпечувати комплексний підхід до навколишнього середовища шляхом вирішення тих загальних питань природокористування, які не можуть бути вирішені в межах галузевого законодавства.

Разом з тим, на думку розробників, у більш далекій перспективі не виключається можливість переходу до іншого типу комплексних законів, коли вони відіграватимуть у системі права роль кодифікованих актів, що об'єднують в одну нову самостійну галузь законодавства всю сукупність правових норм, котрі регулюють відносини у сфері взаємодії суспільства і природи. Відбудеться більш висока ступінь інтеграції права, яка можлива у відповідній галузі відносин.

Крім того, розробники комплексного Закону про охорону навколишнього середовища вважали, що він не повинен нести елементи кодексу, який охоплює всю сукупність правових приписів з охорони загально-можливих елементів навколишнього середовища. Створення кодексу охорони навколишнього середовища передбачає наявність відповідної, вже достатньою мірою виокремленої галузі права, що має власні правові

інститути і методи правового реагування. Однак зазначена галузь права можлива лише в перспективі. Таким чином, на думку розробників Закону, ідея створення кодексу охорони навколишнього середовища не відкидається, але її реалізація можлива лише за наявності відповідних умов, а саме: викликані соціально-економічними чинниками необхідності об'єднання всіх галузей (земельного, водного, лісового, гірничого) в один новий, монолітний підрозділ права (супергалузь), який за своїм змістом становитиме екологічне право.

Ю. Шемшученко запропонував як кодифікований законодавчий акт Основи законодавства про охорону навколишнього середовища, аргументуючи свою позицію необхідністю врахування багаторічного перевіреного практикою досвіду кодифікації галузей законодавства за системою «Основи-кодекси». На думку вченого, пропоновані Основи повинні стати своєрідною природоохоронною (екологічною) конституцією, тобто базовим документом для розвитку відповідної комплексної, інтегрованої галузі законодавства з метою забезпечення єдності правового регулювання багатограних відносин з охорони навколишнього середовища і раціонального використання природних ресурсів, оскільки це становить сферу правового впливу основ земельного, водного та інших галузей законодавства.

Разом з тим зазначений законодавчий акт повинен був урегулювати низку питань, пов'язаних з використанням найважливіших природних ресурсів та охороною навколишнього середовища; закріпити принцип державної власності на природні ресурси; розмежувати сфери державного управління загальносоюзних і республіканських органів; закріпити ведення кадастру природних ресурсів та здійснення державного обліку їх використання.

Надзвичайно важливою новелою проекту Основ стала вперше запропонована Ю. Шемшученком правова конструкція: держава зобов'язана забезпечити належну якість навколишнього середовища, в якому перебуває людина. На сьогодні цей правовий алгоритм закріплено в ст. 16 (екологічний обов'язок держави) та ст. 50 (екологічні права громадян) Конституції України.

Ю. Вовк вважав, що вдосконалення природоресурсового законодавства потребує послідовного впровадження характерних для нього принципів. Ці принципи слід чітко сформулювати і закріпити в єдиному законодавчому акті — Основах раціонального використання і охорони природних ресурсів, які не замінять чинних Основ земельного, водного, лісового та іншого законодавства, а внесуть до них необхідні корективи і діятимуть паралельно із ними.

На думку В. Чуйкова, єдино правильний шлях кодифікації природоохоронного (природноресурсового) законодавства — це перетворення республіканських природоохоронних кодексів (земельного, водного, лісового, надрового) на складові частини Кодексу про охорону і раціональне використання природних ресурсів. До нього слід включити норми не тільки про охорону навколишнього середовища, а й ті, що регулюють відносини в галузі раціонального використання природних ресурсів, а саме: земель, надр, вод, рибних запасів, природно-заповідного фонду, рослинного та тваринного світу.

Нарешті, колектив авторів під керівництвом В. Попова, які брали участь у науково-дослідницькій роботі над програмою кодифікації екологічного законодавства, дійшли висновку про необхідність нових підходів до кодифікації екологічного законодавства. Її сутність полягає в уніфікації цього законодавства, здійснюваній у поєднанні з його розумною диференціацією. Йдеться про необхідність розроблення і прийняття Екологічного кодексу України. На думку авторів, усі інші закони з питань екології мають втратити чинність. Це усуне дублювання багатьох загальних положень, що стосуються усіх різновидів природних ресурсів; створить єдину уніфіковану правову основу регулювання екологічних відносин з їх різновидами; збереже диференціацію правових приписів у межах, які відображатимуть специфіку правового регулювання використання кожного основного природного об'єкта, але в рамках Кодексу ліквідує неузгодженість окремих правових приписів, розміщених нині в різних законах; створить зручності для практичних працівників у ході здійснення ними правозастосовної та іншої діяльності, а також для громадян.

Таким чином, можна підвести ризик та зробити висновки стосовно наукової дискусії, яка точиться навколо проблеми кодифікації екологічного законодавства останні десятиріччя.

По-перше, кодифікацію екологічного (природоохоронного, природноресурсового) законодавства пропонується здійснювати шляхом прийняття єдиного законодавчого акта екологічної спрямованості. Йдеться про такий акт, предметом правового регулювання якого є суспільні відносини в галузі використання природних ресурсів, їх відтворення та охорони довкілля.

По-друге, вносилися різні пропозиції щодо форми відповідного законодавчого акта, а саме: основи, кодекс, закон.

Прийняття законодавчих актів у формі Основ законодавства було характерною і загальновизнаною традицією для федеративної держа-

ви — колишнього СРСР і нинішньої РФ. Це є виправданим з точки зору законодавчої техніки, коли на рівні держави приймаються Основи, а на рівні її окремих суб'єктів — кодекси. Зокрема, в РФ Основи законодавства — це федеральний акт, який містить принципіальні, найбільш загальні норми щодо предмета спільного ведення РФ та її суб'єктів. У них визначаються мета, єдині для всіх суб'єктів федерації принципи регулювання, наводяться визначення найважливіших понять, що використовуються у відповідній сфері правового регулювання.

В рамках державного устрою України така законодавча практика неможлива, а тому прийняття законодавчого акта в формі Основ є неприйнятним.

Стосовно такої законодавчої форми, як кодекс. Цей термін походить від латинського «codex», тобто збірник законів. Він є актом прямої дії і припускає мінімум будь-яких інших законодавчих і нормативних актів, що регулюють ті ж самі суспільні відносини. Останні «зводяться, збираються» у кодекс, нібито «всмоктуються» в його зміст при розробленні. Підзаконні акти при цьому «піднімаються» на вищий законодавчий рівень. Одночасно здійснюються їх систематизація й оновлення. Оскільки кодекс — законодавчий акт прямої дії (майже без відсилань), то статей у ньому, порівняно з Основами законодавства та законами, завжди набагато більше.

У деяких випадках кодифікований акт може прийматися в формі закону. Така форма визначається залежно від його змісту, обсягу та сфери правового регулювання і спрямована на об'єднання чинних норм та одночасне внесення нормативних новел. На відміну від кодексу закон містить велику кількість відсилаючих норм і, як правило, приймається за відсутності розвинутої системи законодавства у відповідній галузі.

По-третє, пропонуються дві різні системи (типи) кодифікації та пов'язані з цим сфери правового регулювання екологічних відносин зазначеного законодавчого акта. Перша з них — це створення кодифікованого акта, який узагальнить найбільш принципові та характерні для всього законодавства екологічної спрямованості питання охорони довкілля та використання природних ресурсів. Але він не повинен своїм змістом підмінити земельне, водне, лісове, гірниче, фауністичне, флористичне, атмосфероповітряне та природно-заповідне право, і його функціонування здійснюватиметься паралельно відповідним підгалузям права. Сфера правового регулювання такого законодавчого акта обмежена колом найбільш принципових і загальних положень охорони довкілля та окремих природних ресурсів, принципів державної та інших форм власності на природні ресурси, управління у сфері природоко-

ристування та охорони довкілля, юридичної відповідальності за порушення цього законодавства. До такої системи слід віднести запропоновані: Основи природоохоронного законодавства (М. Казанцев); комплексний Закон про охорону навколишнього середовища (О. Колбасов); Основи законодавства про охорону навколишнього середовища (Ю. Шемшученко); Основи раціонального використання і охорони природних ресурсів (Ю. Вовк). У сучасний період прикладом такого кодифікованого акта екологічної спрямованості є Закон України від 25 червня 1991 р. «Про охорону навколишнього природного середовища».

Друга система (тип) кодифікації, що пропонується вченими-правознавцями, — це уніфікація усіх підгалузей екологічного законодавства в кодифікований законодавчий акт, який об'єднає своїм змістом чинні законодавчі акти, що регулюють суспільні відносини, пов'язані з використанням, відтворенням та охороною земельних, водних, лісових ресурсів, надр, рослинного та тваринного світу, територій та об'єктів природно-заповідного фонду, атмосферного повітря, природних ресурсів виключної (морської) економічної зони та континентального шельфу України. Йдеться про створення єдиного кодифікованого законодавчого акта, який замінить чинні поресурсові закони та кодекси (Земельний кодекс, Водний кодекс, Лісовий кодекс, Кодекс про надра, Закон про рослинний світ, Закон про тваринний світ, Закон про охорону атмосферного повітря, Закон про виключну (морську) економічну зону України). До такої системи (типу) кодифікації належать запропоновані: Кодекс про охорону і раціональне використання природних ресурсів (В. Чуйков); Екологічний кодекс (В. Попов, М. Шульга, В. Шахов, С. Разметаєв).

По-четверте, за наявності різних підходів до вирішення питання правової форми, назви та типу кодифікації і пов'язаної з цим сфери правового регулювання екологічних відносин усі автори єдині в розгляді структури цього законодавчого акта. Пропонований правовий документ має складатися з двох частин: Загальної й Особливої. З урахуванням окремих відмінностей, пов'язаних у першу чергу часом, в який були зроблені відповідні пропозиції (період з 1970-х років до 1992 р.), головним стрижнем є те, що до Загальної частини пропонується включити розділи, приписи яких повинні мати значення для всіх основних природних ресурсів, а саме: відносини, що регулюються зазначеним законодавчим актом; компетенцію органів державної виконавчої влади у сфері управління природокористуванням та охороною довкілля; право власності на природні ресурси; екологічні права й обов'язки; зміст економічного механізму природокористування; загальні положення права

природокористування; участь громадськості у здійсненні заходів щодо раціонального використання та охорони довкілля; відповідальність за порушення законодавства та деякі інші.

До Особливої частини слід включити, на думку авторів, такі розділи: правове регулювання використання та охорони земель, водних ресурсів, рослинного і тваринного світу, надр, природно-заповідного фонду та інших природних об'єктів, а також міжнародне співробітництво в зазначеній галузі.

Отже, у науці екологічного права напрацьовано досить вагомі теоретичні чинники стосовно форми, структури та змісту кодифікованого акта в галузі регулювання екологічних суспільних відносин. Вони є достатніми для остаточного прийняття рішення відносно розроблення проекту цього акта.

Разом з тим з огляду на наведені пропозиції вважаємо за необхідне висловити деякі міркування, уточнення та зауваження щодо форми та змісту майбутнього Екологічного кодексу.

Перш за все викликає сумніви форма кодифікації — Екологічний кодекс.

На нашу думку, більш доцільною формою кодифікації є прийняття Кодексу законів України про довкілля. Це зумовлено такими обставинами.

На сьогодні у сфері екологічного законодавства, як в жодній з інших галузей (цивільному, адміністративному, господарському тощо), діє розгалужена система кодифікованих законодавчих актів у формі кодексів і законів. Предметом правового регулювання великої частини з них є однорідні групи екологічних суспільних відносин, об'єднаних сферою відповідних природних ресурсів або їх комплексів. Це Земельний кодекс, Водний кодекс, Лісовий кодекс, Кодекс про надра, Закон про рослинний світ, Закон про тваринний світ, Закон про природно-заповідний фонд, Закон про охорону атмосферного повітря, Закон про виключну (морську) економічну зону. Крім того, багато кодифікованих законодавчих актів у галузі екологічного законодавства мають комплексний характер. Це Закон про охорону навколишнього природного середовища, Закон про екологічну експертизу, Закон про відходи, Закон про екологічну мережу, Закон про зону надзвичайної екологічної ситуації, Закон про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення та ін.

Прийняття при такій палітрі законодавчих актів Екологічного кодексу як форми кодифікованого акта є недоцільним, оскільки він не зможе об'єднати чинні кодекси і закони з причини своєї спорідненості за формою з останніми. Таке об'єднання можливе лише у формі Кодексу законів України про довкіл-

ля. Безумовно, воно не буде механічним, а матиме змістовне наповнення принциповими положеннями чинних кодексів і законів екологічного спрямування та надасть можливість створити єдине законодавче підґрунтя для подальшої законотворчої та правозастосовної практики.

Кодекс законів України про довкілля має складатися із Загальної та Особливої частин і може включати в себе такі розділи. Загальна частина — загальні положення; законодавство про довкілля; об'єкти регулювання; право власності на природні ресурси; право загального та спеціального використання природних ресурсів; організаційна система державного управління у сфері природокористування та охорони довкілля; функції управління; заходи щодо забезпечення екологічної безпеки; економічний механізм регулювання в галузі природокористування та охорони довкілля; вирішення екологічних спорів; юридична відповідальність за порушення законодавства про довкілля. Особлива частина — використання та охорона земельних ресурсів; використання та охорона водних ресурсів; використання та охорона надр; використання та охорона рослинного світу; використання та охорона лісових ресурсів; використання та охорона тваринного світу; охорона атмосферного повітря; використання та охорона природно-заповідного фонду; використання та охорона природних ресурсів континентального шельфу та виключної (морської) економічної зони; охорона біологічного різноманіття; національна екологічна мережа. Запропонована структура є приблизною і може містити відповідні уточнення, доповнення та зміни.

Отже, прийняття Кодексу законів України про довкілля повинно завершити кодифікаційний процес у сфері регулювання суспільних відносин, пов'язаних з використанням природних ресурсів та охороною довкілля, створити екологічну законодавчу базу, адаптовану до норм і принципів права Європейського Союзу та в цілому міжнародного права.

Надійшла до редколегії 24. 07. 06

ПРОБЛЕМИ БОРОТЬБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ

В. Вакулич, старший науковий співробітник
Інституту історії НАН України

До проблеми попередження тероризму

В наш час тероризм становить дедалі зростаючу загрозу громадській та національній безпеці. З одиничних проявів він перетворився на масове явище. Будучи різновидом організованої злочинності, яка часто зрощується з потужною тіньовою економікою, тероризм може поставити під сумнів весь процес подальшого розвитку людства. Тому його попередження, тобто усунення причин та умов виникнення, є нагальною проблемою, тісно пов'язаною з ефективним розвитком України як правової держави ¹.

У даній статті предметом аналізу буде ситуація, що склалася нині в країні у зв'язку з нагальною потребою розв'язання проблеми попередження тероризму за допомогою, в першу чергу, створення відповідної правової бази.

У нашій науковій розвідці ставиться завдання не лише дослідити нинішній стан розглядуваної проблеми в умовах України, а й, на основі узагальнення вже набутого міжнародного досвіду, запропонувати конкретні рекомендації, що могли б слугувати ефективними механізмами для розв'язання актуальної для нашого суспільства проблеми — вжиття можливих превентивних заходів для убезпечення від ймовірної загрози тероризму. При цьому ми виходимо з реалій нинішнього стану речей, за якого наша держава жодним чином не може бути гарантованою від можливих терористичних актів, оскільки вона вже певною мірою інтегрована до антитерористичної коаліції, хоч і в миротворчому аспекті.

В цьому сенсі автор не поділяє загалом хибну тезу про те, що Україна нині нібито не має явних ворогів, через те немає підстав турбуватися про національну безпеку і потрібно задля заощадження коштів до мінімуму скорочувати наші Збройні Сили.

¹ Див.: Современный терроризм. Анализ основных направлений. – Мн., 2000. – С. 11.

Існують дві основні причини виникнення терористичних організацій, а саме: відсутність ненасильницьких механізмів розв'язання політичних, економічних, соціальних, расових та інших суперечностей між суб'єктами політичних відносин; принципова схильність однієї із сторін протистояння до застосування насильницьких методів, обґрунтованим специфічною ідеологією, в поєднанні з низьким рівнем її політичного впливу в суспільстві.

Розвиток тероризму — це наслідок активного розшарування населення, його ідеологічного розмежування, оформлення політичних рухів, об'єднань, партій, які сповідували різні політичні погляди та вели заперку боротьбу за владу.

Тероризм з'являється тоді, коли суспільство переживає глибоку кризу, в першу чергу кризу ідеології і державно-правової системи. В такому суспільстві виникають різноманітні опозиційні групи — політичні, соціальні, національні, релігійні, для яких стає сумнівною законність існуючої влади та її системи управління. Якщо такі групи доходять висновку про те, що не можуть домогтися своїх цілей законним шляхом, вони можуть спробувати досягти бажаного за допомогою насильницьких методів, тобто терористичних дій.

Розвиток сучасного тероризму зумовлений, по-перше, зміцненням ролі релігії як наслідку процесу деідеологізації у внутрішньому житті багатьох країн світу та міжнародних відносинах; по-друге, розвитком транснаціональної організованої злочинності та пов'язаної з нею нелегальної торгівлі зброєю, радіоактивними матеріалами тощо; наслідками науково-технічного прогресу та вдосконаленням глобальних інформаційних технологій; високими темпами урбанізації у світі.

В Україні тероризму сприяють глибока соціально-економічна криза, протистояння політичних сил, наростання проявів сепаратизму, зuboжіння та люмпенізація значної частини населення, процеси глибокого соціального розшарування, розвиток кримінальних підприємницьких і державних структур, корумпованість державного апарату, розвиток потужного нелегального ринку зброї, девальвація моральних та духовних цінностей.

Аналіз відповідних матеріалів свідчить про те, що найбільш поширеною в Україні мотивацією вчинення терактів виступає: кримінальна діяльність, особливо її транснаціональні форми; намагання перешкодити громадській, політичній або економічній діяльності; створення ускладнень або напруження у міждержавних відносинах.

За даними СБУ, в 1996–1997 рр. в Україні вчинено понад 560 злочинів терористичного характеру, внаслідок чого 90 осіб (з них 15 представників владних структур) загинули. При цьому оперативна обстановка характеризується зростанням активності міжнародних терористичних організацій, насамперед з країн Близького Сходу, які прагнуть використувати територію України для транзиту своїх бойовиків до країн Західної Європи, а також для підготовки акцій проти послів та представників іноземних держав в Україні, насамперед зі США та Ізраїлю.

На сьогодні існує низка характерних ознак, на які звертають увагу терористи: залежність влади від суспільної думки; можливість демонстрації катастрофічних результатів терору через ЗМІ; суттєве збільшення «підстав» для його зростання; відсутність належних засобів захисту від терактів і т. д. Терористи неодмінно беруть на себе захист якихось ідеалів або інтересів і мовби зобов'язання втілити їх у життя.

Одночасно опозиційним групам населення дають зрозуміти, що в обмін на зобов'язання, взяті на себе терористами, ці групи теж повинні взяти на себе зобов'язання підтримувати терористів. Виникає своєрідна кругова порука, що дає можливість терористичним лідерам сподіватися на різну підтримку зазначених груп (фінансування, постачання, переховування та ін.). Таким чином, є небезпека того, що в терор можуть бути втягнуті великі групи населення, які створюють його соціальну базу і здатні ускладнювати створення в суспільстві належного опору терористичним діям.

Попереджати прояви тероризму та успішно боротися з ним лише в окремі державі практично неможливо. Особливо очевидним це стало в останню чверть минулого століття. З розвитком комунікацій і демократичних свобод, лібералізацією прикордонних інституцій тероризм став легше просочуватися з держави в державу, мімікрувати під різноманітними благопристойними личинами.

Тероризм як масове і політичне значуще явище — результат повальної «деідеологізації», коли окремі групи в суспільстві легко ставлять під сумнів законність і права держави і намагаються переконливо виправдовувати свій перехід до терору для досягнення власних цілей. На жаль, ми стикаємося взагалі з унікальним явищем: нігілістичне ставлення до державності, суверенності не тільки спостерігається в середовищі пересічних громадян, а й часто лунає з уст деяких депутатів з високої трибуни Верховної Ради України.

Головним принципом попередження тероризму має стати постійне вдосконалення відповідної вітчизняної законодавчої бази. Непо-

ганим було б впровадження державних програм винагород за надання цінної попереджувальної інформації щодо терористичної діяльності. Наприклад, у США існує можливість запропонувати інформаторові значну винагороду, яка іноді становить десятки мільйонів доларів. Інформанти можуть контактувати зі співробітниками правоохоронних органів за допомогою спеціальної цілодобової міжнародної лінії або через комп'ютерну мережу ІНТЕРНЕТ, канали ФБР та Держдепартаменту США.

На думку фахівців Інтерполу, одержана інформація не може бути надбанням лише однієї держави. Іншими словами, одним з головних методів попередження тероризму залишається співробітництво країн у цій сфері.

Не можна також забувати про попереджувальний вплив видачі злочинців. Відповідні міжнародно-правові угоди Україна вже уклала з державами СНД, Польщею, Угорщиною, Словаччиною, ФРН та іншими членами міжнародного співтовариства. Проте є багато проблем, що ускладнюють цей процес, а саме: укладені угоди не охоплюють усіх питань анти-терору; вибірковість існуючих норм; невідповідність норм законодавства одна одній; відсутність зв'язку між міжнародним регулюванням та міжнародним комплексом заходів; розрізненість зусиль країн.

Принагідно зупинимось на аналізі системи органів України, що повинні здійснювати попередження тероризму та вести боротьбу з ним. Законодавчим забезпеченням цього займаються два парламентські комітети: з питань оборони і державної безпеки та з питань боротьби з організованою злочинністю і корупцією. Спеціальний Антитерористичний центр, а також Управління захисту конституційного ладу СБУ ведуть попереджувальну, оперативно-розшукову та аналітичну роботу в справах, пов'язаних з діяльністю терористичних організацій. Підрозділи МВС, Державного митного комітету, прикордонні війська, МЗС України займаються цією проблематикою лише в окремих випадках. Унаслідок цього ще й досі не сформовано належним чином міжвідомчий банк даних з тероризму, відсутня цілісна картина щодо терактів, учинених не лише проти іноземних громадян в Україні, а й проти українських громадян і власності України за кордоном, відчувається брак наукових розробок з проблематики сучасного міжнародного тероризму¹.

Сучасна політико-правова доктрина під правовою (у формальному сенсі) розуміє демократичну державу, де забезпечується верховенство закону, послідовно здійснюється принцип поділу влади та визнаються і

¹ Див.: *Дорошенко А.* Терор і тероризм // Політика і час. – 1997. – № 8–9.

гарантуються права і свободи кожної людини¹. Головними умовами попередження тероризму є виключне право держави та її монополії на застосування сили усередині суспільства; блокування тероризму на початковій стадії і недопущення становлення й розвитку його структур; ідеологічного виправдання терору під прапорами «захисту прав нації», «захисту віри» і т. д.; запобігання поширенню тероризму всіма ЗМІ; комплекс заходів, що не допускать самі передумови виникнення й існування тероризму; системний аналіз тероризму, його форм, проявів і видів, причин існування і розвитку та аналіз ступеня відображення форм тероризму в чинному міжнародному праві і національному законодавстві окремих країн; узгодженні стандартів та уніфікації підходів, що застосовуються; негайне відпрацювання системної концепції попередження тероризму; здійснення перманентного моніторингу причин потреби у тероризмі, його привабливості як засобу вирішення міжнаціональних, етнічних та інших потенційних конфліктів; сприяння недержавній системі безпеки як складового елемента системи національної безпеки України; розроблення гіпотетичної моделі проникнення терористів у державну владу; підготовка управлінців з системним мисленням; формування й реалізація поміркованої релігійної політики та політики регіональної безпеки; підвищення політичної активності населення практичними діями щодо поліпшення умов життя; додержання прав і свобод людини.

За умови вчинення актів тероризму є велика спокуса, прикриваючись гучними гаслами про попередження тероризму, вживати неправомірні заходи, які підривають авторитет держави. Враховуючи значну роль релігії в житті багатьох громадян, чимало політичних партій, рухів (а іноді терористських груп, що діють під прикриттям) намагаються приділяти дедалі більшу увагу використанню релігії для досягнення власних корисливих цілей. В Україні існує потенційна можливість загострення міжконфесійних протистоянь у православ'ї, між православними і греко-католиками. З метою попередження вчинення актів тероризму на релігійному ґрунті вкрай важливо втілювати в життя релігійну політику на довгострокових конструктивних засадах.

Необхідна законодавча заборона ваххабізму (радикальна течія ісламського фундаменталізму) як агресивної релігії, що може загрожувати національній безпеці країни. На території України проживає близько півмільйона мусульман, і в разі невжиття відповідних заходів не можна гарантувати

¹ Див.: *Кравченко В. В.* Конституційне право України: Навч. посіб. – 2-е вид., доп. – К., 2002. – С. 85.

відсутності небезпеки з боку радикальної течії ісламізму. Особливу загрозу для України становить ісламізація кримськотатарського руху та поширення в ньому ідеології ісламського фундаменталізму, який відверто бере на озброєння тероризм; поширення інформації деструктивного характеру засобами масової інформації. Це надасть змогу більш виважено висвітлювати ті чи інші події; створювати сприятливі умови для розвитку культури і освіти всіх національних груп, що проживають на території регіону, запобігати напруженості у міжетнічних стосунках. Крім того, необхідна протидія формуванню в прикордонних регіонах України зон сталого економічного й політичного впливу інших держав та завчасне виявлення основних носіїв провокування соціальної напруженості з метою їх нейтралізації та подальшого унеможливлення трансформування у тероризм.

Одним із завдань гуманітарної політики держави є завчасне виявлення конфліктних ситуацій, оперативне використання відповідних засобів та інструментарію (погодженість інтересів, превентивна дипломатія, досягнення консенсусу тощо) для забезпечення виходу з них. З цією метою треба розробити спеціальні програми, в яких би знайшов відображення адекватний комплекс заходів у різних сферах суспільного життя, за допомогою яких можна було б нейтралізувати виявлені осередки соціальної напруги та утверджувати українські національні ідеї як стрижень консолідації суспільства. Враховуючи сукупність ознак, притаманних тероризмові, особливу увагу слід приділяти попередженню дестабілізуючого впливу тероризму на суспільство. У цьому контексті консолідація суспільства через ствердження української національної ідеї є суттєвим чинником. Держава не виконала важливого завдання — не забезпечила «перехідної ідеології» від соціалізму до демократії, внаслідок чого більшість громадян втратили духовний зв'язок з державою. Через розшарування суспільства, знецінення загальноновизнаних цінностей, все більшої ваги набувають псевдорелігійні та інші течії, які під личиною праведності можуть сприяти тероризмові. На підставі викладеного слід констатувати, що ідея консолідації суспільства має формуватися як загальна ідея української державності при відповідній зацікавленості представників усіх головних ідеологічних течій у діалозі та спільних діях усього українського народу.

Доцільно торкнутися також питань активізації зусиль щодо входження України в існуючі та створювані загальноєвропейські системи універсальної й регіональної безпеки, одним з важливих елементів яких є попередження тероризму. Першочергову увагу слід приділити: всілякому сприянню політичному об'єднанню Центральної та Східної Європи; формуванню політичної еліти України, здатної вживати адекватних заходів щодо

боротьби з тероризмом; становленню та утвердженню ГУАМ як впливової міжнародної організації на чолі з Україною в ролі регіонального лідера.

У взаємозалежному, взаємопов'язаному світі забезпечити національну безпеку без досягнення загальної безпеки неможливо. Безпека зараз виражає не тільки національні чи колективні, а й загальнолюдські цінності. В цьому сенсі найбільш ефективною, в тому числі й з погляду попередження тероризму, є стратегія зменшення та непророкування загроз.

А загалом більшість положень щодо здійснення державної політики у цій сфері органічно пов'язані з проблемами її втілення у соціальній та політичній сферах.

Важливе значення має також створення загальної системи охорони інформації. Це питання досить тісно пов'язане з попередженням новітнього різновиду тероризму — кібертероризму. Одним з пріоритетних завдань в цьому сенсі потрібно вважати створення самостійного кіберпростору України, який у перспективі може бути інтегрований до європейського та світового кіберпросторів, що забезпечить ефективну інформаційно-попереджувальну діяльність держави. Розроблення системи інформаційного супроводження антитероризму та нейтралізації інформаційного забезпечення терористичної діяльності створюють несприятливі передумови для існування терористських організацій в Україні.

Так само зумовлена необхідність вироблення заходів щодо превентивності та мінімізації негативних наслідків можливих терактів. Потрібно створити трансрегіональний інтерактивний інформаційний банк даних, в якому уповноважені органи державної влади мали б змогу одержати інформацію про терористів та осіб, які сприяють їм у вчиненні протиправних діянь. Головна мета створення цього банку — прогнозування місця і часу майбутніх актів тероризму та проведення контрзаходів.

З метою попередження актів екологічного тероризму слід здійснювати таке: створити єдину систему оперативного контролю, збирання та узагальнення інформації з районів підвищеної небезпеки; прогнозувати кризові екологічні ситуації та їх наслідки, а також моделювати комплекс дій при вчиненні актів тероризму на тих чи інших об'єктах з метою мінімізації наслідків такої діяльності. Необхідно організовувати і проводити постійний моніторинг можливих актів тероризму щодо зазначених об'єктів та здійснювати оперативно-розшукову діяльність, за допомогою якої можна буде своєчасно попереджувати та виявляти наміри осіб, судячи з поведінки яких можна очікувати вчинення актів тероризму на певних об'єктах. Доцільно створити відповідні матеріально-технічні резерви для ефективних дій в районах прогнозованих актів тероризму.

В цьому сенсі так само важливі: організація контролю за виробництвом, збереженням, використанням та транспортуванням небезпечних вантажів (радіоактивних, вибухових, хімічних речовин тощо); утилізація і захоронення ядерних і токсичних відходів хімічної та гірничо-металургійної промисловості, а також унеможливлення доступу до цих речовин сторонніх осіб; проведення науково-дослідницьких робіт з метою підвищення надійності захисту об'єктів атомної енергетики та інших небезпечних виробництв, розроблення технічних засобів для дій в умовах кризових ситуацій.

Нині в Особливій частині КК України є вісім статей, якими передбачається кримінальна відповідальність за тероризм, проте вони містяться у різних розділах КК, тобто розпорошені. Зважаючи на загострення проблеми тероризму в світі доцільно також внести зміни до КК України і зосередити його норми щодо тероризму в одному підрозділі розділу IX «Злочини проти громадської безпеки» і, скажімо, назвати його «Тероризм», що також мало б суттєве попереджувальне значення.

Останнім часом тероризм як небезпечне явище у політичному, соціально-економічному житті, міжнаціональних відносинах світового співтовариства став об'єктом активної уваги політологів, юристів, істориків, психологів і взагалі науковців різного профілю. Але, незважаючи на значний інтерес до теорії тероризму, яка з погляду кримінологічної науки викрила б суттєві характеристики цієї небезпеки і тим самим вказала на шляхи його локалізації, можливостей належного попередження на сьогодні ще не створено.

Українським науковцям та юристам-міжнародникам доцільно було б розробити теоретичні засади розвитку тероризму, його корінних причин з тим, аби Україна і світова спільнота могли б реально вести ефективну боротьбу з цією загрозою. Настав час перейти від традиційно споглядально-констатуючого підходу до тлумачення такого небезпечного явища, як сучасний міжнародний тероризм, і зайнятися дослідженням його основних, сутнісних ознак, аби виробити адекватні моделі убезпечення від ймовірності його появи.

Слід пам'ятати слушне попередження відомого дослідника В. Лакуера про те, що коли людство не знайде заходів надійної протидії тероризмові, то ХХІ ст. позначиться виникненням нового виду воєнних конфліктів у вигляді так званих війн «четвертого покоління»¹, коли всі країни світу будуть втягнені до протистояння з терористичними формуваннями, які не мають прямої державної належності.

Надійшла до редколегії 15. 08. 06

¹ Див.: *Laqueur, W. Post-modern Terrorism // Foreign Affairs. – 1996. – Sept. – Oct.*

М. Савенко, суддя військового місцевого
суду Чернігівського гарнізону

Правові властивості вироку як акту правосуддя

Згідно з ст. ст. 62, 124 Конституції України виключною прерогативою суду є здійснення правосуддя і лише він може визнати особу винуватою у вчиненні злочину та застосувати до неї кримінальне покарання. Серед усіх процесуальних актів, що постановляє суд і виносять органи розслідування та прокурор, вирок є найважливішим, бо це акт правосуддя. Як вказав Пленум Верховного Суду України у п. 13 постанови від 29 червня 1990 р. за № 5 «Про виконання судами України законодавства і постанов Пленуму Верховного Суду України з питань судового розгляду кримінальних справ і постановлення вироку», постановляє вирок суд від імені України і до його постановлення належить підходити з винятковою відповідальністю. Сучасний етап побудови України як правової держави вимагає підвищення авторитету суду та довіри до нього пересічних громадян, причому важливого значення набуває якість судового вироку.

У минулі часи аспектам даної проблеми присвятили свої роботи Ф. Фаткулін, А. Кобліков, М. Бажанов, П. Лупинська, В. Заблоцький, Ю. Грошевий, М. Маліков, О. Толочко та ін., що, безперечно, сприяло розвитку теорії і досконалості практичного застосування. Проте в умовах постійних змін, що відбуваються у законодавстві, з урахуванням нового положення, закріпленого у ч. 3 ст. 299 КПК України, вона і досі викликає дискусії, котрі потребують якнайскорішого вирішення, що насамперед важливо для практичного застосування.

Відповідно до п. 12 ст. 32 КПК України вирок — це рішення суду першої інстанції про винність або невинність особи. З цього положення можна зробити висновок про те, що ознаки вироку, по-перше — рішення суду першої інстанції; по-друге — в ньому вирішується питання про винність або невинність особи.

Проте це визначення не враховує інших вимог кримінально-процесуального закону до даного правового акта, які впливають з глави 28 КПК України, на що звертали увагу й інші дослідники¹.

З урахуванням сказаного слід зазначити, що у теорії кримінального процесу найбільш поширені визначення вироку зводяться до того, що

¹ Див.: Кобліков А. С. Судебний приговор. — М., 1966. — С. 4; Толочко О. М. Судовий вирок і його мотивування. — К., 1991. — С. 7; Грошевой Ю. М. Правові властивості вироку — акту правосуддя. — Х., 1994. — С. 6.

це рішення суду першої інстанції або апеляційного суду (п. 2 ч. 1 ст. 366, ч. 1 ст. 378 КПК України), постановлене в судовому засіданні з питання про винність чи невинність підсудного та про призначення йому покарання або про звільнення від покарання¹. При цьому слід зауважити, що наведене визначення не охоплює всього комплексу питань, які встановлено у ст. 324 КПК України і які вирішуються у вирокі, однак відображає найважливішу його сутність.

Завданням цієї статті є розкриття властивостей вироку як акту правосуддя з огляду на ознаки, передбачені законом, на підставі напрацьованих у процесуальній теорії підходів. Так, ст. 323 КПК України вказує на такі властивості суду, як законність і обґрунтованість. В літературі дослідники висували різні погляди з приводу поняття законності вироку. Одні науковці зазначають, що законним визнається вирок, який винесено з додержанням норм кримінально-процесуального права, що стосуються порядку розгляду кримінальної справи, підготовки і постановлення вироку, його оформлення та у якому висновки про кваліфікацію діяння, вид і розмір покарання винного відповідають приписам кримінального закону². Тобто, законність вироку в даному випадку зводиться до додержання кримінального та кримінально-процесуальних законів тільки при постановленні вироку. Проте, враховуючи, що вирок являє собою підсумок усієї діяльності органів попереднього слідства та суду, причому істотні порушення процедури завжди впливають на нього, слушним є зауваження тих авторів³, які вважають, що законним може бути тільки вирок, поставлений при суворій відповідності. процесуального закону протягом всього кримінального судочинства. Крім того, законність вироку не обмежується лише належним застосуванням кримінального та кримінально-процесуального законодавства, на що звертає увагу більшість науковців⁴, оскільки вирок має відповідати нормам цивільного та цивільно-процесуального права при вирішенні питання про відшкодування збитків, заподіяних злочином. А в окремих випадках суду доводиться звертатися до норм різних галузей права: трудового, фінансового, земельного, сімейного, адміністративного та ін.

¹ Див.: Назаров В. В., Омеляненко Г. М. Кримінальний процес України: Підручник. – К., 2005. – С. 399; Лобойко Л. М. Стадії кримінального процесу: Навч. посіб. – К., 2005. – С. 112.

² Див.: Уголовный процесс: Учебник /Под. ред. В. П. Божьева. – М., 2005. – С. 348.

³ Див.: Грошевой Ю. М. Вказ. праця. – С. 6; Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: Учебник. / Отв. ред. П. А. Лупинская. – М., 2003. – С. 514–515.

⁴ Див.: Науково-практичний коментар Кримінально-процесуального кодексу України. – К., 1995. – С. 425.

Вирок може бути визнаний законним і обґрунтованим, якщо він наділений певною процесуальною формою, містить усі необхідні реквізити і винесений суддями, які не підлягають відводу по даній кримінальній справі¹. З цим положенням важко не погодитися, бо додержання саме вимог кримінально-процесуальної форми є однією з важливіших гарантій досягнення об'єктивної істини, а тому при порушенні такої справи завжди виникає обґрунтований сумнів у достовірності висновків суду по ній. Крім того, вирок повинен мати необхідні реквізити, під якими розуміють обов'язкові вимоги закону, що визначають зміст і форму цього акта².

Таким чином, з огляду на наведене законність слід розглядати як додержання суворо передбаченої законом процесуальної форми на всіх стадіях кримінального процесу, встановлення необхідних реквізитів, а також правильне застосування інших законів при вирішенні правових питань у вирокі.

Якщо законність — це властивість, яка виражає відповідність висновків суду, що міститься у вирокі, вимогам закону, то обґрунтованість — це ставлення висновків суду до доказів, досліджених при судовому розгляді, і встановлених на їх основі фактів об'єктивної діяльності, виходячи з яких робиться висновок про наявність або відсутність обставин, які входять до предмета доказування у кримінальній справі³.

За загальним розумінням обґрунтованість вирокі — це така його властивість, за якої висновки і рішення суду відповідають фактам, що мали місце в дійсності.

Оскільки кожне рішення приймається саме у зв'язку з визначеними фактичними обставинами, то вся процесуальна діяльність, що передедує цьому, полягає в кінцевому результаті у збиранні, перевірці та оцінці тих фактичних даних, на підставі яких приймається рішення і які його обґрунтовують⁴.

Отже, під обґрунтованістю вирокі слід розуміти відповідність викладених у вирокі висновків про фактичні обставини справи доказам, які були досліджені у судовому засіданні і одержані у результаті діяльності по їх збиранню, перевірці та оцінці, оскільки твердження про факти у більшості випадках спираються на результати аналізу доказів. Таке ж

¹ Див.: *Грошевой Ю. М.* Вказ. праця. — С. 19.

² Див.: *Григорьев В. Н., Кузьмин Г. А.* Правовые и организационные основы принятия решений в уголовном процессе (досудебные стадии): Монография. — М., 2003. — С. 26.

³ Див.: *Толочко О. М.* Вказ. праця. — С. 11.

⁴ Див.: *Григорьев В. Н., Кузьмин Г. А.* Вказ. праця. — С. 27.

обґрунтування необхідно і для висновків про оцінку самих доказів¹. На це звертається увага і п. п. 16, 17 постанови Пленуму Верховного Суду України від 29 червня 1990 р. за № 5, де стосовно обґрунтованості зазначено, що суду належить проаналізувати усі зібрані у справі докази і дати їм остаточну оцінку з погляду їх належності, допустимості, достовірності і достатності.

З огляду на те, що КК України у санкціях статей встановлює певні межі призначення можливого покарання, а його ст. 69 передбачає ще й певні обставини, за якими може бути призначене покарання нижче визначеного за вчинення конкретного злочину, крім того, закон встановлює підстави для звільнення від покарання, то цілком логічно, що вирок повинен містити також логіко-правовий аналіз матеріального закону. Тобто, обґрунтованими мають бути рішення не тільки стосовно оцінки доказів кваліфікації діяння при встановленні події злочину та винності підсудного, а й щодо призначення покарання або звільнення від нього.

Обґрунтованим повинен бути вирок і в частині цивільного позову², оскільки висновки суду, що стосуються цього питання, мають ґрунтуватися на обставинах, які достовірно встановлюють підстави цивільного позову і розмір завданої злочинном шкоди.

Крім того, в п. 20 постанови Пленуму Верховного суду України від 29 червня 1990 р. за № 5 передбачено, що висновок про те, що все майно чи певна його частина придбані підсудним на кошти, здобуті злочинним шляхом, має бути обґрунтований у вирокі відповідними доказами.

Отже, враховуючи наведені аргументи, можна стверджувати, що обґрунтованість — це властивість вироку, яка впливає із оцінених під час судового розгляду доказів і побудові на їх підставі висновків про подію злочину, кваліфікацію діяння, винуватість чи невинуватість підсудного, обрання покарання чи звільнення від кримінальної відповідальності, вирішення цивільного позову, а також інших питань, що виникають у конкретній кримінальній справі.

В процесуальній літературі можна зустріти думку про те, що обґрунтованість вироку одночасно означає і його істинність³.

На сьогодні в науці кримінального процесу немає єдиного підходу до істини, поняття і зміст даної категорії є дискусійними і неоднознач-

¹ Див.: Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: Учебник / Отв. ред. П. А. Лупинская. – М., 2003. – С. 515.

² Див.: *Грошевой Ю. М.* Вказ. праця. – С. 20.

³ Див.: *Григорьев В. Н., Кузьмин Г. А.* Вказ. праця. – С. 28; Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: Учебник / Отв. ред. П. А. Лупинская. – М., 2003. – С. 515

ними, а тому становлять предмет окремого дослідження. З огляду на це зазначимо лише, що акт правосуддя залишається (має залишатися) цитаделлю істини¹. Сама ж істина є результатом пізнання і характеризує знання з точки зору відповідності його фактам об'єктивної дійсності. Істинність результату пізнання свідчить про об'єктивні знання суддів, а помилковість — про суб'єктивізм знання, яке не відображає правильно досліджуваних по справі обставин². На ступінь доказовості вказують достовірність та імовірність. Істинне знання стають достовірними лише тоді, коли вони підтверджуються доказами, які зібрані і перевірені в ході судового розгляду кримінальної справи. Тому пізнання судом обставин, які дозволяють вирішити кримінальну справу по суті, має бути об'єктивно істинним та достовірним. Проте висновки, яких доходить суд при вирішенні питань у вирокі, ґрунтуються на вимогах логіки, закону та професійному й життєвому досвіді судді. Крім того, порушення встановленої законом процесуальної форми призводить до неповноти і односторонності обставин справи, які в свою чергу виключають можливість визнати суддю таким, що встановив істину. Отже, істинність вироку залежить від його законності й обґрунтованості.

Це підтверджує і наявність між законністю й обґрунтованістю вироку гармонійного зв'язку і взаємозалежності. Тобто, вони не ізольовані один від одного, а внутрішньо пов'язані між собою як правові властивості вироку — акту правосуддя³, що визнається переважною більшістю вчених.

Обґрунтованість вироку має бути відображена у вигляді мотивування рішення. Тобто, мотивованість вироку є викладенням у ньому з додержанням правових норм і логічних правил системи доказів, аргументів та суджень суду на підтвердження своїх висновків і рішень. Вимога мотивованості вироку прямо передбачена процесуальним законом у ч. 1 ст. 327 КПК України. Тому мотивування як структурний елемент не може бути зведене лише до форми процесуального рішення, воно водночас є характеристикою його змісту, немовби пов'язуючи правові висновки суду з установленними в судовому засіданні фактами, які свідчать про наявність чи відсутність обставин, що входять до предмета доказування у кримінальній справі.

¹ Див.: *Мурадьян Э. М.* Истина как проблема судебного права. – 2-е изд., перераб. и доп. – М., 2004. – С. 98.

² Див.: *Грошевий Ю. М.* Вказ. праця. – С. 23.

³ Див.: *Грошевой Ю. М.* Вказ. праця. – С. 22; *Назаров В. В., Омеляненко Г. М.* Вказ. праця. – С. 400; Кримінально-процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар / За заг. ред. В. Т. Маляренка, В. Г. Гончаренка. – К., 2003. – С. 629

Мотивування однаковою мірою характеризує відповідність форми вироку закону і правосудності висновків, яких судді дійшли в результаті розгляду даної кримінальної справи. Тому вимога закону про мотивування вироку виступає однією з процесуальних гарантій досягнення в справі об'єктивної істини¹ і полягає в наведенні мотивів при прийнятті того чи іншого висновку.

В літературі з питань про види мотивів, які містяться у вироку, висловлено наступні думки. Так, одні дослідники зазначають, що у мотивуванні вироку розрізняють фактичні, правові й логічні мотиви², інші вважають, що поряд з фактичними і правовими мотивами слід виділяти етичні, виключаючи при цьому логічність, бо це найважливіша вимога (метод) правильності всієї системи прийняття рішення³. На наш погляд, більш привабливою є остання думка, тому що судді такі ж люди, як і інші, живуть і працюють у суспільстві серед людей, їх висновки по досліджених обставинах, не можуть не ґрунтуватися на звичайних нормах моралі, які діють в даному суспільстві. При цьому всі види мотивів суду є взаємозумовленими і взаємопов'язаними.

Таким чином, мотивування вироку — це сукупність фактичних, правових й етичних мотивів, які наводить суд у вироку для обґрунтування свого висновку по суті кримінальної справи, виражаючи при цьому їх переконливість у законності, обґрунтованості й справедливості акту правосуддя.

Деякі автори, як натомість і постанова Пленуму Верховного Суду України від 29 червня 1990 р. за № 5, ставлять до вироку, крім зазначених вимог, ще й справедливість як моральну характеристику судових рішень. У теорії склалися дві протилежні думки з цього питання. Так, противники віднесення справедливості до властивостей вироку обґрунтовують свою позицію тим, що правильне застосування вимог закону при постановленні вироку та достовірність усіх судових констатацій, які містяться в ньому, означають справедливе вирішення кримінальної справи, що відповідає вимогам моралі. Ставлення вироку до норм моралі завжди опосередковане законом, який регулює кримінально-процесуальну діяльність⁴, а відтак, немає необхідності розглядати справедливість як самостійну властивість вироку.

Опоненти наведеного підходу мають діаметрально протилежний погляд з цього питання, проте по-різному тлумачать справедливість. Нап-

¹ Див.: *Толочко О. М.* Вказ. праця. — С. 14.

² Див.: *Лупинская П. А.* Решения в уголовном судопроизводстве. Их виды, содержание и формы. — М., 1976 — С. 159.

³ Див.: *Толочко О. М.* Вказ. праця. — С. 15.

⁴ Див.: *Грошевой Ю. М.* Вказ. праця. — С. 28.

риклад, одні автори зводять вимогу справедливості вироку лише до визначення у ньому виду та розміру покарання¹. Такий підхід у теорії кримінального процесу відносять до вузького розуміння даної категорії. При більш широкому розумінні справедливості вироку засновується на його законності й обґрунтованості та означає правильне вирішення справи як по суті, так і за формою², тобто стосується всього вироку в цілому.

Із ст. 6 Європейської конвенції «Про захист прав людини і основних свобод» випливає, що поняття «справедливе правосуддя» включає ефективне поновлення в правах у справедливій процедурі. Саме на таке розуміння звертає увагу Європейський суд з прав людини у своїх рішеннях³, відносячи це положення до міжнародно-правових принципів демократичного суспільства.

Справедливе має засновуватися на істині і продовжувати її, оскільки справедливе — це не тільки істинне, а й найкращий варіант розвитку та утвердження істинного. Таке можливо у випадках, коли диспозитивним законом судді залишається можливість вибору в межах нормативно закладених альтернатив гіпотетичного акту правосуддя. На то і уявлення судді (судей), аби визначати, що ж справедливо з позиції закону⁴.

Державні органи, що ведуть кримінальний процес, не можуть намагатися забезпечити справедливе покарання винного за будь-яку ціну, абстрагуючись від загальноправових принципів демократизму та гуманізму⁵.

Отже, справедливість як властивість вироку виражає моральну характеристику висновків суду, що в ньому містяться, та означає, що в ньому правильно по суті і за формою вирішено справу, яка відповідає не лише правовим, а й соціально-моральним принципам.

У літературі можна зустріти думку про те, що законний і обґрунтований вирок не може бути справедливим, якщо чинний і застосований закон вже не відповідає соціальним потребам⁶. Однак це висловлювання не є беззаперечним, оскільки обґрунтований вирок має бути відповідним чином мотивований. А при мотивуванні висновків суд урахує діючі у суспільстві моральні норми.

¹ Див.: Уголовный процесс. — С. 349.

² Див.: Уголовно-процессуальное право Российской Федерации. — С. 517.

³ Див.: Манукян В. И. Европейский суд по правам человека: право, прецеденты, комментарии: Науч. -практ. пособ. — К., 2006. — С. 96.

⁴ Див.: Мурадян Э. М. Вказ. праця. — С. 120.

⁵ Див.: Мотивировка Я. О. Основной вопрос уголовного дела и его компоненты. — Воронеж, 1994. — С. 55.

⁶ Див.: Назаров В. В., Омеляненко Г. М. Вказ. праця. — С. 402.

В теорії кримінального процесу виказані два підходи до класифікації властивостей вироку. За першим підходом їх розрізняють на зовнішні (виключність, обов'язковість, законна сила) й внутрішні (законність, обґрунтованість), які взаємопов'язані і взаємозалежні та повністю відображають якісну характеристику вироку як акту правосуддя в системі інших процесуальних рішень. До цього ж внутрішні властивості вироку зумовлюють зовнішні¹. За другим підходом — властивості, що відображають місце вироку в системі процесуальних рішень (законну силу), і властивості, що виражають його якісну визначеність (законність, обґрунтованість і справедливність), де законна сила вироку виявляється в обов'язковості, виключності і преюдиціальності акту правосуддя². Проте ці два підходи майже ідентичні і відрізняються хіба що назвами.

Обов'язковість як властивість вироку зазначена серед основних засад судочинства, встановлених ст. 129 Конституції України, і полягає у тому, що вирок, який набрав законної сили, є обов'язковим для всіх державних і громадських підприємств, установ і організацій, посадових осіб та громадян і підлягає виконанню на всій території України (ст. 403 КПК України). При цьому слід вказати, що навколо цієї властивості серед науковців досі точаться дискусії з приводу того, чи можна визнати обов'язковість як загальнообов'язковість.

Виключність як властивість вироку ґрунтується на принципі закріпленому в ст. 61 Конституції України, згідно з яким ніхто не може бути двічі притягнутий до юридичної відповідальності одного виду за одне й те саме правопорушення, а також у ст. 14 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, за якою ніхто не повинен бути вдруге засуджений або покараний за злочин, за який він вже був остаточно засуджений чи виправданий. Таким чином, дана властивість полягає в тому, що вирок, який набрав законної сили, виключає можливість порушити кримінальну справу проти цієї ж особи, щодо якої він винесений по тому ж самому обвинуваченню (п. 9 ст. 6 КПК України).

Преюдиціальність вироку — один з специфічних наслідків набрання вироком законної сили. Вона полягає в тому, що висновки про встановлені судом факти є обов'язковими для суддів при розгляді і вирішенні тих самих обставин в інших справах. Інакше кажучи, надання преюдиціальної сили фактам, встановленим у вироку, впливає при доказуванні в інших справах, де вони фігурують як уже доказані, що виключає суперечності між актами правосуддя³.

¹ Див.: *Грошевой Ю. М.* Вказ. праця. — С. 7.

² Див.: *Толочко О. М.* Вказ. праця. — С. 7–8.

³ Див.: *Теория доказательств в советском уголовно процессе / Отв. ред. Н. В. Жогин.* — Изд. 2-е, испр. и доп. — М, 1973. — С. 360.

Проте слід вказати, що спір у теорії кримінального процесу з приводу вирішення справи у випадках існування суперечностей між преюдицією й внутрішнім переконанням судді досі залишається не розв'язаним у законодавстві, а тому актуальним.

Крім зазначених, деякі автори вважають за необхідне існування такої властивості, як незмінність вироку, що набрав законної сили¹. З одного боку, ця властивість впливає з презумпції істинності вироку, а з другого — вирок, який набрав законної сили, при додержанні особливого порядку, передбаченого законом, може бути змінений. Тому сам термін «незмінність» не зовсім підходить в даному випадку. Що до самої цієї властивості, то вона не позбавлена сенсу і потребує більш глибокого аналізу.

Проведене дослідження дозволяє зробити висновок про те, що перелічені правові властивості знаходяться в певному взаємозв'язку і лише в своїй єдності дають підстави визнавати вирок актом правосуддя. За таких вимог вирок, винесений у скороченому судовому процесі, передбаченому ст. ч. 3 ст. 299 КПК України, на сьогодні не може визнаватися актом правосуддя. На це звертали увагу й інші автори². Слід зазначити, що розглянуті у даній статті проблемні питання намічують напрямок руху для подальшої дослідницької роботи з цього приводу.

Надійшла до редакції 10. 09. 06

І. Прошутя, старший консультант кваліфікаційної комісії суддів Харківського апеляційного округу

Забезпечення верховенства права в умовах судово-правової реформи України

Процес творення державності і побудови громадянського суспільства в Україні окреслює концептуальні правові проблеми становлення нашої держави на тлі політичних реалій, у тому числі таких, як внесення змін до Конституції, забезпечення вільних і справедливих парламентських, президентських виборів, реформа судової системи тощо.

¹ Див.: *Алиев Т. Т., Громов Н. А.* Основные начала уголовного судопроизводства. – М., 2003. – С. 132.

² Див.: *Шаренко С.* Проблеми скороченого судового розгляду кримінальної справи // Вісник Академії правових наук України. – 2005. – №1(40). – С. 180.

Через порівняння нашої практики з досвідом інших демократичних держав можна оцінити конкретні надбання і негативні перетворення, що відбуваються в правовому полі України. Конституції демократичних держав західного світу чітко визначають певні засади як основу правової системи: обмеження влади, вибори влади, поділ влади, верховенство права, незалежне судочинство, судовий перегляд, процесуальні гарантії, приватна власність та ін. Априорі правова система України прийняла як модель такі правові основи, що направляють країну до демократії через пошуки своєї філософії права і форми державності, що повинні визначатися власними історико-правовими традиціями.

Але вітчизняна правова система має власні джерела основних ідей для демократичного вибору на засадах верховенства права — Конституцію Гетьмана Пилипа Орлика 1710 р., яку можна вважати юридичним документом, що є не лише значним досягненням того часу, а й доказом політичної зрілості суспільства.

Пізнішим джерелом стала Конституція Української Народної Республіки, прийнята Центральною Радою на початку 1919 р., яка містила положення про свободу слова, зібрань, друку, територію держави та національні меншини в Україні.

Сучасний конституційний шлях розпочався 24 серпня 1991 р., прийняттям Декларації про незалежність. Крім набуття державності, прийняття Україною Конституції 28 червня 1996 р., закріпило багато важливих гарантій у сфері прав людини. Кожен має право звертатися за захистом своїх невід’ємних прав до суду та Уповноваженого Верховної Ради з прав людини (ст. 55), який представляє щорічний звіт Верховній Раді стосовно захисту прав людини в Україні (ст. 85), а також подає до Конституційного Суду звернення щодо конституційних законів та підзаконних актів (ст. 150). Завдяки цьому Україна здобула визнання міжнародних експертів та організацій, в тому числі Ради Європи та Венеціанської Комісії з прав людини.

Очевидним є те, що розробники Конституції намагалися надати і забезпечити українському суспільству гарантії політичних свобод, яких воно не мало за радянських часів: право на таємницю листування та телефонних розмов (ст. 31), право на доступ до зібраної інформації про себе (ст. 32), право на вільне пересування за межами України (ст. 33), заборону цензури (ст. 34) та ін.

Конституція містить у собі великий спектр прав людини і розмежує їх на позитивні та негативні права. Негативні права, такі як свобода слова, преси, релігії, захищають людину від зловживань владою шляхом

її обмеження та вводяться в дію верховенством права. Суд може проголосити дії органів державної влади, спрямовані на обмеження цих прав, неправомірними. Позитивні права (розділ II, глава 4) — економічні, соціальні, екологічні і культурні — позначені як «гарантії»: кожен має право на працю, на житло, на відпочинок і дозвілля, на охорону здоров'я, на екологічно безпечне для життя і здоров'я довкілля, на освіту та участь у культурному житті. Вони вимагають від держави захисту особи, аби уряд діяв на користь окремих осіб, на практиці їх не можна реалізувати або запровадити в життя. Взагалі позитивні права обмежують той захист, який надають негативні права. Суд не має права наказати урядові виконувати ці гарантії. Уряд не спроможний виконати їх фінансово. Ці положення не зберігають авторитету ані суду, ані уряду. Тому гарантії таких позитивних прав можна розглядати як цілі та прагнення держави до майбутніх перетворень. Але практика свідчить, що такі положення завжди зазнають поразки, адже дійсність ніколи не збігається з прагненнями.

Конституція України намагається виконати організаційні й юридичні завдання. Вона містить прагнення та заяви про права громадян. Але майже в кожному випадку уряд має достатні повноваження, аби ці права скасувати. Така конституція не надає окремим громадянам належного захисту та в деяких випадках не встановлює верховенство права.

З метою неухильного додержання прав і основних свобод людини і громадянина Конституція повинна забезпечити не лише поділ гілок влади, а й їхню рівність, тобто надати кожній владі набір противаг і балансів. Вона має конкретно визначати структуру уряду, поділ влади, методи, якими досягаються рішення, і межі, в рамках яких уряд може регулювати певну діяльність, а саме: встановлювати закон, систему прав та імунітетів, які охороняють людей від державної діяльності. Якщо ці права і повноваження порушуються, Конституція повинна передбачати механізми їх законного відшкодування за допомогою судової системи.

В умовах демократичного політичного режиму, визначеного співвідношенням різних політичних сил у державі, вирішальне значення щодо взаємовідносин органів державної влади має принцип поділу влади, який є базовим принципом державного будівництва.

В ст. 6 Основного Закону міститься норма, за всіма ознаками відома як принцип поділу влади. Першим, хто розкрив доктрину поділу як чинник збереження свободи, був Шарль де Секонда, барон де Монтеск'є. Він вважав, що свобода не може існувати там, де законодавча, виконавча та судова гілки влади або ж будь-які дві з них здійснюються однією і тією ж самою особою чи групою осіб.

Положення ст. 6 говорить про те, що державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу і судову та передбачає, що три гілки влади здійснюють свої повноваження в межах Конституції та відповідно до законів України. Отже, більш ретельного розгляду потребують ті сфери, де виконавча та законодавча гілки влади можуть перешкоджати прагненням судової гілки до незалежності.

Деякі положення щодо судочинства також можуть викликати сумніви щодо рівності цієї гілки влади з іншими. Стаття 125 визначає Верховний Суд України як найвищий судовий орган, з підпорядкуванням йому інших судів на засадах територіальності та спеціалізації. Незважаючи на цю часткову уніфікацію, Конституція, однак, зберігає поділ між Конституційним Судом та судами загальної юрисдикції, що ускладнює доктрину поділу влади, оскільки суди загальної юрисдикції, на мою думку, не мають необхідних повноважень, аби діяти як окрема й рівна гілка влади. Верховний Суд та нижчі суди загальної юрисдикції не можуть ані тлумачити закон, ані визнавати закони чи акти неконституційними. Надаючи такі повноваження Конституційному Суду, Конституція схиляє принцип противаг і балансів на користь інших двох гілок влади.

Судова система загалом описується в розділі VIII «Правосуддя». Розділи, де йдеться про дві інші гілки влади, мають назви «Законодавча влада» та «Президент». Заради послідовності і рівності судової гілки влади треба використовувати термін «Судова влада» в розділі VIII, а не назву функції, яку здійснює суд. Тільки в єдності судової системи, що складається з Конституційного Суду та судів загальної юрисдикції, є запорука того, що у недалекому майбутньому судова влада відбудеться як рівна серед рівних гілок державної влади в Україні.

Важливо зазначити, що встановлена Конституцією судова система є значним досягненням порівняно з попередньою трирівневою системою. Більше того, незважаючи на проблеми судоустрою в Україні, існуюча судова система обирає шлях до реформ, який пройшли деякі європейські країни (Німеччина, Франція).

Іншою проблемою є те, що Конституційний Суд наділено винятковими повноваженнями щодо тлумачення закону. Тому ситуація, що склалася зараз із приведенням до присяги нового складу Конституційного Суду, є не припустимою через те, що Верховна Рада відповідно до Конституції тимчасово має повноваження тлумачити свої власні закони (розділ XV). Отже, до моменту формування Конституційного Суду різні депутати парламенту матимуть змогу користуватися повноваженнями всіх трьох гілок влади. В Україні Конституційний Суд формується на

засадах рівності — по 6 суддів призначають Президент, Верховна Рада і З'їзд суддів. На практиці ж склалася ситуація, коли фактично тільки Верховна Рада контролює цю процедуру. Рішення З'їзду суддів було проігноровано і Конституційний Суд став бездіяльним. Положення, згідно з яким, суддя має бути допущений до обов'язків після складання присяги, є правильним. Але складання присяги лише на засіданні Верховної Ради за участю Президента і Прем'єр-міністра є необґрунтованим. Це блокує роботу Конституційного Суду та впливає на незалежність судової влади, що гарантована Конституцією.

Взагалі в сучасному суспільстві побутує думка, що суд не є тим органом, де можна відзнайти справедливість, швидше бути покараним. Раніше суд був органом, який перш за все захищав інтереси держави. Права ж особи були на 3–4 місці. І повноваження органів влади відрізнялись від сучасних. Наприклад, рішення ЦВК не можна було оскаржити в жодній інстанції.

Отже, чимало було зроблено за минулі роки. Судова влада стала більш доступною, але для того, аби відновити довіру населення до судової системи, необхідно гарантувати суддям незалежність у прийнятті рішень шляхом запобігання тиску з боку інших двох гілок влади і забезпечення безстрокового перебування на посаді та незменшуваності заробітної платні.

Стаття 126 встановлює, що судді, крім суддів Конституційного Суду та суддів, призначених уперше, обіймають посаду безстроково. Ця норма передбачає довічний строк перебування на посаді, який обмежується тільки положеннями про звільнення з посади судді по досягненні 65 років, через порушення присяги, за станом здоров'я та через порушення суддею вимог щодо несумісності. Стаття 128 встановлює, що перше призначення судді на п'ять років здійснюється Президентом. Ця норма передбачає, що всі судді, крім суддів Конституційного Суду, обираються Верховною Радою безстроково в установленому законом порядку. Тобто, перше п'ятирічне призначення на посаду судді на практиці є важелем впливу для парламенту. Може статися так, що судді, які прагнуть продовжити строк своїх повноважень, мають співвідносити свої рішення з настроєм більшості у Верховній Раді. З цього приводу виникає питання щодо об'єктивності суддів. Конституція забезпечує захист суддів від переслідування за рішення, які вони приймають. Це має сприяти винесенню неупереджених рішень. Проте існує загроза реальному досягненню такої неупередженості з боку інших положень. В результаті обмеження строку призначення деякі судді можуть зіткнутися з пробле-

мою пошуку подальшої роботи і, маючи це на увазі, віддавати перевагу одному рішенню перед іншим.

Незалежність суддів включає декілька аспектів — і це не тільки фінансування і оплата праці. Існують способи впливу на суддю — це коли розмір зарплати залежить від премії, яку можна дати або не дати; надання путівки на санаторно-курортне лікування до пансіонату регіонального рівня або більш кращого рівня обслуговування. Навіть положення закону про статус суддів щодо гарантування одержання суддею службової квартири не для всіх суддів є однаковим. В інших країнах пільг для суддів не має, бо вони одержують достатню зарплату, аби придбати належне житло та забезпечити гідні умови існування для себе і своєї сім'ї.

Коли немає належного фінансування для функціонування судів, вони звертаються до місцевої виконавчої влади по допомогу, але закон забороняє надавати гроші органам, які фінансуються із державного бюджету. Неприпустимо також для судді зустрічатися зі сторонами по справі, бо це породжує усілякі думки щодо його упередженості й об'єктивності.

Законодавче передбачення фінансової самостійності суддів завдяки гарантованому строку повноважень та заробітній платі визначить незалежність судової влади. Це є особливо складним завданням для України щодо віднайдення фінансових коштів для цієї мети, але фінансове утримання суддів має бути порівнено із заробітною платнею представників законодавчої влади — народних депутатів та виконавчої влади.

Маючи у своїй історії досвід телефонного права, Україна добре знайома зі зловживаннями у судочинстві. Прийняття Закону про судострій стало кроком до незалежності судової системи. Поряд з цим потрібне законодавство, в якому б виписувалися обов'язки судової влади і яке б захищало незалежність суддів.

У такому законодавстві слід закласти стандарти незалежної поведінки для суддів. Вони повинні також створити культуру судочинства, яка утримуватиме їх не тільки від неналежної поведінки, а й від такої, що викликає сумніви у правильності судового рішення. Судді мають уникати причетності до політичних сутичок між виконавчою й законодавчою гілками влади та взагалі не втручатися в політику. Слід утримуватися від прес-конференцій, де може бути висловлена думка щодо питання, яке може бути подане на їх розгляд. Такі випадки можуть зменшити громадську довіру і повагу до судової системи.

Останнім часом все частіше серед науковців і практиків обговорюється питання стосовно дисциплінарної відповідальності суддів, що

є ще одним важелем впливу на судову діяльність. Тому пропонуються окремі законопроекти за редакцією народних депутатів, Міністерства юстиції та ін., в яких наголошується на участі представників виконавчої влади в особі народних депутатів, представників Міністерства юстиції, прокурорів, адвокатів в процедурі дисциплінарного провадження відносно суддів. Але такий підхід порушує принцип незалежності судової влади та гарантії, надані суддям Конституцією.

Прикладом цього є Закон України від 18 березня 2004 р. «Про порядок призначення на посаду та звільнення з посади професійного судді Верховною Радою України». Закон стосується суддів, обраних безстроково. Незважаючи на те що чинним законодавством вже передбачено процедуру звільнення з посади судді, в тому числі й судді, обраного безстроково, в дисциплінарному порядку, законодавець винайшов спосіб звільнення судді будь-якого рівня, обраного безстроково, без процедури дисциплінарного провадження. І проблема не в тому, що Закон не обмежує коло ініціаторів такого «прискороного» звільнення — в ньому немає роз'яснення: якого ж характеру повинен бути проступок, що підпадає під широке поняття «порушення присяги судді» і може спричинити такий крайній захід, як звільнення? Право зробити остаточний висновок з цього приводу належить Вищій раді юстиції, а право судді на оскарження цього висновку Закон взагалі не передбачає.

Таким чином, паралельно з інститутом дисциплінарної відповідальності існує ще інститут звільнення професійного судді з посади без процедури дисциплінарного провадження.

У рішенні Конституційного Суду України від 8 грудня 2004 р. щодо офіційного тлумачення положень частин 1 і 2 ст. 126 Конституції та положень ч. 2 ст. 13 Закону України «Про статус суддів» зазначалося, що не допускається зниження рівня гарантій незалежності і недоторканості суддів у разі прийняття нових законів або внесення змін до чинних законів.

Істотною перепорою проти втручання в здійснення правосуддя є не тільки конституційні положення щодо місця суду в системі державних органів і принципів його функціонування, а й міжнародно-правові документи, підписані і ратифіковані Україною, рекомендації світової спільноти щодо створення державою умов для незалежного, об'єктивного і неупередженого правосуддя.

Ще одне питання, яке до цього часу залишається невирішеним законодавчим шляхом — це роль прокурора. Конституція належним чином встановила загальні обмеження, наділивши Президента повноваженням

призначати і звільняти Генерального прокурора (п. 11 ст. 106). Вона обмежує повноваження прокурора у судовій сфері питаннями нагляду за додержанням законів при виконанні рішень судів у кримінальних справах (ст. 121). Такі обмеження обов'язків Генерального прокурора усувають раніше неконтрольовану владу, якою часто зловживали в минулому. Однак доки Верховна Рада не прийме новий Закон про прокуратуру згідно з чинною Конституцією, прокуратура продовжуватиме діяти на основі старої системи. Засади Конституції мають бути розписані і деталізовані у законодавчому акті з цього питання. Крім того, потрібно привести Кримінально-процесуальний кодекс у відповідність до Закону про судоустрій та прокуратуру.

Для розбудови нації на засадах демократії та верховенства права необхідні дії, засновані на твердих принципах. Хоча всі три гілки влади в Україні продемонстрували свою прихильність до системи конституційного врядування, жодна з них ні в якому разі не має права перебирати на себе тягар, усуваючи інші. Судова система продемонструвала свою спроможність захистити Конституцію та демократичні ідеали. Закон про судоустрій — це подія конституційної ваги, вища за політику. Необхідно, аби своїми рішеннями парламент надав можливість судам України для того, аби судова система могла продовжувати свою діяльність на рівні із законодавчою та виконавчою гілками влади.

Треба відмітити, що місце суду в суспільстві є показником стану демократії в державі. Натомість про судову владу можна говорити тільки з позиції реалізації принципу поділу влади — лише як про суд, який бере участь у реалізації тільки правоохоронної функції.

Важливе значення має висновок про те, що поділ влади передбачає створення механізму вирішення та подолання конфліктних ситуацій. Провідну роль у вирішенні спорів і конфліктів між різними ланками єдиного державного механізму покликано виконувати незалежні судові органи, спроможні контролювати законність і правочинність рішень та дій виконавчої влади, а також захищати суспільство від можливих законодавчих порушень. Забезпечуючи розв'язання конфліктів, що виникли в суспільстві на основі права, судова влада здійснює важливі для демократичної держави функції правового контролю за діяльністю органів державної влади. Тому будь-яка реформа судової влади повинна полягати в першу чергу в створенні умов для здійснення цих функцій та підвищення ефективності правосуддя.

На сучасному етапі Україна характеризується суперечливим станом проведення перетворень, пов'язаних з критичною переоцінкою свого

минулого та обранням майбутнього, необхідністю пошуку перспектив суспільного розвитку. Розв'язання проблеми корекції змісту та форм багатьох правових явищ є необхідною умовою еволюції правової системи України з урахуванням її орієнтації на європейські стандарти.

Реформування системи органів державної влади здійснюється на основі нормативно-правових положень, дія яких нерідко призводить до колізій і не заповнює прогалів у нормативно-правовому регулюванні відповідних суспільних відносин. Унаслідок цього в державне та суспільне життя вносяться елементи нестабільності, ігнорування та порушення прав, свобод і законних інтересів громадян.

Наведені чинники, які негативно позначаються на ефективності правосуддя, дають підстави для висновку про те, що детальне врегулювання зазначених правових проблем щодо доопрацювання законодавства про судоустрій, розроблення належної нормативної бази для повної реалізації судовими органами своїх функцій є важливою передумовою створення дієвої моделі судової влади та забезпечення верховенства права в Україні.

Надійшла до редколегії 29. 06. 06

В. Голіна, член-кореспондент АПрН
України

Запобігання злочинності: проблеми оптимізації соціальної активності

На початку ХХ ст. італійський криміналіст Е. Феррі писав, що будь-яка фаза цивілізації має свою злочинність, котра їй притаманна. Злочинність епохи феодалізму мала переважно характер насильства і кровопролиття; у буржуазному суспільстві вона зводиться до обману і крадіжок; майбутній устрій суспільства також матиме спеціальні форми злочинності¹. Він суттєво не помилився. Але сучасна злочинність в Україні об'єднала усі зазначені прояви злочинності. На сьогодні залишається високим рівень тяжких насильницьких злочинів (умисних вбивств, тяжких тілесних ушкоджень, зґвалтувань, хуліганств) та корисливо-насильницьких посягань (розбійних нападів, пограбувань, бандитизму,

¹ Див.: *Феррі Э.* Уголовная социология / Сост. и предисл. В. С. Овчинского. – М., 2005. – VIII. – С. 213.

вимагань, шахрайств), зростає злочинність у сфері господарської діяльності. Набувають дедалі більшого поширення злочини, пов'язані з торгівлею людьми. Збільшується кількість злочинів у сфері незаконного обігу наркотиків, їх аналогів і прекурсорів. Практично в усіх сферах життєдіяльності суспільства спостерігається підвищення рівня корупції. Дії організованих груп і злочинних організацій, які дедалі активніше втручаються у сферу економіки та політичне життя держави, набувають більш витонченого і прихованого характеру¹. Як відмічається у вітчизняних і зарубіжних публікаціях, корупція у поєднанні з високим рівнем безробіття та бідністю є благодатним середовищем для кримінальних організацій, дозволяє їм правити країною, блокувати усі спроби створити економічні й політичні інститути, які здатні слугувати українській державності². І це лише зменшений опис. Дійсного стану злочинності в країні й тих мільйонів і мільярдів доларів США, які обертаються при вчиненні масштабних за своїм розмахом злочинів, пов'язаних з продажем зброї, набоїв, наркотиків, радіоактивних речовин, торгівлею людьми тощо, не знає ніхто. У зарубіжних виданнях з'являються повідомлення про міцні мафіозні структури українців, які мають відношення до торгівлі зброєю, енергоносіями, наркотиками та ін.³ На теренах України тліють націоналізм, сепаратизм, тероризм.

Можна зробити невтішний і насторожений висновок про те, що усі прошарки суспільства уражені злочинністю і корупцією. Злочинність стала викликом національної безпеки України.

Усе це зумовлює, як зазначено у згаданій Концепції, необхідність активізації запобігання порушенням, оновлення його форм і методів відповідно до соціально-економічних умов. Комплекс заходів із запобігання злочинності доцільно закріплювати у спеціальній Програмі, яка затверджується Кабінетом Міністрів України, і цей орган несе перед Верховною Радою відповідальність за її виконання. Так робиться в інших країнах (наприклад, у Великій Британії).

¹ Див.: Концепція Комплексної програми профілактики правопорушень на 2006–2008 роки, схваленої розпорядженням Кабінету Міністрів України від 1 березня 2006 р. (www.nau.kiev.ua).

² Див.: *Тацій В. Я.* Юридична наука та її значення у формуванні правової системи України // Матер. наук. конф. «Конституція України – основа модернізації держави і суспільства». 21–22 черв. 2001 р., Х., Упорядники Ю. М. Грошевий, М. І. Панов. – Х., 2001. – С. 19; *Стокер С.* Торговля людьми як одна из форм организованной преступности // Торговля людьми. Социокриминалогический анализ / Под общ. ред. Е. В. Тюрюкановой и Л. Д. Ерохиной. – М., 2002. – С. 12.

³ Див.: Борьба правоохранительных органов Колумбии с контрабандой оружия // Борьба с преступностью за рубежом (по материалам иностранной печати): Ежемес. информ. бюл. 3. – М., 2006 – Вып. 3. – С. 34–35.

Теорією і практикою боротьби зі злочинністю підтверджено, що соціально-конструктивною й демократичною формою організованої на державному рівні протидії злочинності є прийняття і реалізація спеціальних програм, які поєднують загальносоціальні і спеціально-кримінологічні заходи її запобігання. Програми — це реальний, хоча і складний шлях до підвищення ефективності практики боротьби зі злочинністю, поворот від пасивного, оборонного до активного, випереджувального реагування на майбутню вірогідну і сучасну очікувану злочинність з урахуванням можливостей і заходів як держави у цілому, так і окремих регіонів, областей, міст тощо. Програма є, так би мовити, засіб, за допомогою якого держава здійснює багатоаспектну попереджувальну діяльність суб'єктів боротьби зі злочинністю, контролює та спрямовує їх зусилля на виконання найбільш актуальних завдань¹. Основною метою Програми слід визначити, як підкреслено у Концепції і раніше відмічалося у кримінологічних та соціологічних публікаціях: усунення передумов для вчинення правопорушень і забезпечення конституційних прав і свобод людини на основі чітко визначених пріоритетів, поступового нарощування у цій справі зусиль правоохоронних органів, центральних і місцевих органів виконавчої влади та громадськості; вдосконалення методів організації роботи і шляхів запобігання вчиненню злочинів; стабілізацію, поступове і кількісне зниження та якісну зміну їх суспільної небезпечності. На думку розробників Концепції, виконання Програми сприятиме зменшенню кількості вчинюваних правопорушень, оздоровленню соціально-економічної й морально-психологічної ситуації у державі, поліпшенню її іміджу на міжнародному рівні. Проблему організації запобігання злочинності передбачається розв'язувати шляхом поетапної реалізації комплексу правових, організаційних, економічних, соціальних, інформаційно-пропагандистських та культурно-виховних заходів, спрямованих на усунення причин і умов, що їх породжують.

Якщо проаналізувати пріоритетні напрями Програми, то вони в основному мають «силовий» характер (наприклад, оптимізація структури органів, установ та організацій, які займаються профілактикою правопорушень; створення інформаційно-аналітичної бази профілактичної діяльності; вдосконалення системи ресоціалізації судимих осіб та ін.). Видається, що суспільство, влада, державні діячі мають слабке уявлення про злочинність і її запобігання. У свій час американський юрист Р. Кларк надто точно описав цю ситуацію, зауважуючи, що, мож-

¹ Докладніше про це див.: *Голіна В. В.* Злочинності – організовану протидію. – Х., 1998. – С. 4–12.

ливо, найбільш великою перешкодою на шляху до встановлення ефективного контролю над злочинністю є наша неосвіченість. Ми мало знаємо, і в нашому уявленні про злочинність багато неправильного. Наші керівники, які не охочі до зізнання в тому, наскільки незначні їх знання, але при тому досить часто бажають експлуатувати посилення суспільної тривоги, мучать нас, користуючись тим, що самі знаємо про неї недостатньо¹.

Справа не тільки у відсутності одностайного понятійного визначення злочинності. До речі, таких визначень — сотні з огляду на теоретичні позиції окремих авторів, наукових шкіл, ідеологічних настанов, філософської бази світоглядного осмислення юристами, філософами, соціологами, письменниками, психологами цього феномена. Справа полягає в адекватному відображенні природи цього багатолікого явища і розумінні його рушійних сил².

Злочинність — не щорічна статистична сукупність злочинів, учинених на певній території. Кримінально-правова статистика з'єднує різні за природою, особами злочинців, потерпілими тощо злочини у математичному виразі; додаємо до вбивств крадіжки, а до них, наприклад, — зґвалтування, бандитизм та інші види вже вчинених злочинів і структуруємо остаточну за певний час сумарну цифру. І цю цифру називаємо злочинністю. Вірніше було б сказати, що це своєрідні прояви злочинності. Сама злочинність як соціальний феномен існуватиме і тоді, коли ми усунемо (як приклад) кримінальний кодекс. Скажімо, ми декриміналізували спекуляцію. Але ж вона існує, і зветься це явище підприємницькою діяльністю. Декриміналізували образу, наклеп, однак ці явища не зникли. Сьгодні крадіжки на суму майже 500 грн. — адміністративний делікт, проте майно пересічних громадян фактично залишилося без захисту, а крадії, злодії професіоналізуються під «дахом» закону.

Наприкінці 90-х років ХХ ст. в Європейському Союзі були прийняті концептуальні засади політики запобігання злочинності, яка стала складовою його внутрішньої політики, тобто вони визначають загальний підхід, що реалізується як на «комунітарному» рівні, так і на національному. З огляду на ці засади, «злочинність» тлумачиться як різновиди «такої соціальної поведінки людей та їх об'єднань, що не обмежується злочинами в прямому розумінні слова (поведінки, криміналізованої згідно з національним законодавством), а включають більш «м'які»

¹ Див.: *Кларк Р.* Преступность в США. — М., 1975. — С. 56.

² Див.: *Голина В. В.* Преступность: понятие и реальность // Проблемы законности: Респ. міжвідом. наук. зб. — 1997. — Вип. 32. — С. 117–124.

порушення соціальних норм (наприклад, будь-які прояви насильства)»¹. Важливо тут звернути увагу на те, що злочинність розуміється не як дещо стороннє до суспільства явище, не сумарне визначення злочинів, а як соціальна поведінка людей (для деяких з них, на жаль, нормальна, буденна!), які у своїй діяльності, житті умисно чи з необережності «перетинають» і межі кримінального закону. Частота перетинання цієї межі збільшує або зменшує злочинні прояви.

Отже, злочинність — такий об'єктивний стан суспільства, в якому в його членів чи їх об'єднань формуються динамічна спроможність і готовність реалізувати свої наміри всупереч кримінального закону. Тим самим я хочу підкреслити, що злочинність — це кримінальний потенціал, притаманний будь-якому соціуму, реалізація якого у вигляді злочинів відповідає певному історичному і соціально-економічному етапу його розвитку. Злочинність — не застигле явище. Кримінальний потенціал продукує все нові і нові види і форми своєї реалізації, залучаючи широкі кола населення нашої країни. Особливо пишно він реалізується у смутні часи суспільної нестабільності: революції, війни, перехідні періоди та ін. — поживний ґрунт для «творчості» кримінальних проявів². Кримінологічні дослідження свідчать про те, що 3/4 осіб, які вчинили злочини, — раніше не судимі³. За нашими даними, більшість бандитів не мали судимостей⁴. І таких прикладів багато. Я впевнений, що шукати якісь таємниці саме злочинної поведінки особи в особливостях її біології, антропології, психології також безглуздо, як і у позитивній законослухняній діяльності. Вони відрізняються одна від одної (якщо відкинути певні патології) лише правовим полем своєї поведінки. Тисячолітній досвід людства говорить, що усім державам і соціальним системам притаманна властивість людей переступати закон, або, як кажуть, відхилитися від визнаних суспільством і охоронюваних ним правил поведінки. Тому, мабуть, є сенс у висловленні Е. Дюркгейма, згідно з яким існування злочинності нормально лише тоді, коли вона досягає, але не перевищує певного для кожного соціального типу рівня⁵. Пояснимо, що

¹ Соціальні та правові проблеми попередження злочинів у сфері міграції / За ред. Сердюка О. В. — Х., 2004. — С. 9.

² Див.: *Ли Д. А.* Преступность как социальное явление. — М., 1997. — С. 44.

³ Див.: *Кондратюк Л. В.* Антропология преступления (микроримнология). — М., 2001. — С. 318.

⁴ Див.: *Голіна В. В.* Кримінологічні та кримінально-правові проблеми боротьби з бандитизмом: соціально-правове і кримінологічне дослідження. — Х., 2004. — С. 103–104.

⁵ Див.: *Дюркгейм Э.* Метод социологии. — К.; Х., 1989. — С. 73.

соціально нормальним визнається не самий злочин, а прийнятна, допустима у даному соціумі кількість вчинених злочинів¹.

Людство, людина — не святі. Неминучість злочинності зумовлена духовною недосконалістю людини і не залежить від волі людства або конкретних осіб. Але від їх волі залежить, з якою інтенсивністю проявляється ця неминучість, від волі залежить інтенсивність опору зазначеній неминучості, яка, таким чином, для конкретної особи не є фатальною. Однак оптимізація запобіжної діяльності інститутів суспільства і держави в змозі знизити масу криміногенних чинників шляхом усунення виявлених суперечностей².

Зазначені положення змінюють спрощені уявлення про заходи запобігання злочинності як переважно адміністративних та організаційно-правових. У Рекомендаціях Ради Європи № 8 (1996) «Європа в епоху змін: кримінальна політика та кримінальне право» і згаданих вище Концептуальних засадах політики профілактики злочинності в Європейському Союзі вказується, зокрема, що ефективна політика запобігання злочинності повинна базуватися на постійній структурованій системі дій та використанні результатів не лише кримінологічних та кримінально-правових досліджень, а й здобутків інших наук у визначенні впливу різних суспільних чинників на злочинність³.

Структурована система дій включає:

- державне загальносоціальне запобігання злочинності, тобто усунення суспільних передумов злочинної неминучості (чинників, що безпосередньо або опосередковано формують чи викликають різну за глибиною стійкості людську соціальну недосконалість або сприяють поширенню її проявів);

- спеціально-кримінологічне запобігання злочинності як комплекс довготривалих заходів, спрямованих на різні ланки ланцюгу розвитку злочинної поведінки;

- індивідуальне запобігання злочинності — різновид запобіжної діяльності щодо конкретної особи.

Загальносоціальне запобігання злочинності — це насамперед комплекс перспективних соціально-економічних і культурно-виховних заходів, спрямованих на подальший розвиток та вдосконалення суспільних відносин й усунення разом з тим причин і умов негативних явищ взагалі і злочинності зокрема. Загальносоціальне запобігання — основний, по суті, засіб зменшення інтенсивності злочинних проявів шляхом здійс-

¹ Див.: Криминология: приглашение к дискуссии: Монография / Авт. кол: А. В. Баляба, Э. В. Виленская и др. – Луганск, 2000. – С. 218.

² Див.: Кондратюк Л. В. Вказ. праця. – С. 219.

³ Див.: Соціальні та правові проблеми попередження злочинів у сфері міграції. – С. 8–9.

нення у державі таких довготривалих заходів, які поступово витискують чи обмежують криміногенний потенціал соціальних, політичних та економічних суперечностей різних верств населення — з різних міркувань — не краща альтернатива соціалізму. Тому проведення в країні дійсно соціально спрямованої політики створює економічні, політичні, організаційні, правові та інші передумови для ефективної реалізації кримінально-правового і спеціально-кримінологічного напрямів боротьби зі злочинністю. Без постійної турботи про вдосконалення соціальної політики в країні, спрямованої на розв'язування небезпечних соціальних суперечностей, подальше зростання рівня матеріального та духовного життя людей, стверджувати про серйозні наміри боротьби зі злочинністю — значить, не розуміти, як найменше, суті та змісту її запобігання. Наведемо лише один приклад. Гіпотеза про те, що нерівність у розподілі доходів населення — дестабілізуючий чинник, — вже кримінологічна аксіома¹. Так, В. Кудрявцев у підручнику з кримінології, говорячи про причини злочинності, підкреслює, що особливо негативну роль відіграє величезний розрив у рівні життя бідних і багатих².

Не виключено, що з урахуванням цих соціологічних положень і світового досвіду Указом Президента України від 15 серпня 2001 р. за № 687/2001 було затверджено Стратегію подолання бідності строком на 10 років (2001–2010), в якій зазначається, що бідність не можна подолати лише шляхом підтримки нужденних. Потрібні комплексні підходи, орієнтовані як на бідні, так і на відносно забезпечені верстви населення. Необхідною передумовою подолання бідності є створення працездатним верствам населення умов для самостійного розв'язання проблем підвищення власного добробуту, що можливо лише в разі забезпечення продуктивної зайнятості, збалансування попиту і пропозиції на ринку праці, запобігання безробіттю. Стратегією передбачаються основні напрями подолання бідності, етапи реалізації Стратегії, моніторинг і координація моніторингу за втіленням цих заходів у життя³. Але реалізація Стратегії поступилась іншим пріоритетам внутрішньої і зовнішньої політики владі.

Спеціально-кримінологічне запобігання злочинності є загальною назвою сукупності різноманітних за спеціалізацією, професійністю, масштабністю, суб'єктами, криміногенними явищами, можливостями

¹ Див.: *Ольков С. Г.* О пользе и вреде неравенства (кримінологическое исследование) // Государство и право. – 2004. – № 8. – С. 73. Див. також: *Берковиц Л.* Агрессия: причины, последствия, контроль. – СПб., – С. 340; *Гилинский Я. И.* Криминология. Курс лекций. – СПб., 2002. – С. 160–161 та ін.

² Див.: *Криминология. Учебник / Под ред. В. Н. Кудрявцева и В. В. Эминова.* – Изд. 2-е., перераб. и доп. – М., 2002. – С. 184.

³ Див.: Уряд. кур'єр. – 2001. – 18 серп. – № 149. – С. 10–11.

досягнення цілей та інших видів діяльності державних і приватних органів, установ, підприємств, громадських організацій, соціальних об'єднань, громадян та відповідних їх компетенції конкретних заходів одноразового чи тривалого характеру, що мають за мету скоротити кількість злочинних проявів, послабити криміногенну обстановку в країні, не допустити вчинення злочинів або припинити вже розпочаті злочини, про які стало відомо правоохоронним органам. Як інтегративна система організованої протидії спеціально-кримінологічне запобігання активно включає в себе попереджувальні засоби інших галузей знання: економіки, соціології, соціальної психології, психіатрії, медицини, правових наук, криміналістики, біології, генетики, технічних наук та ін. Відповідно до кількісної та якісної різноманітності криміногенних наслідків «кризових процесів», які зумовлюють ескалацію тих чи інших видів злочинності в Україні, їм має бути протипоставлений комплекс заходів економічного, політичного, ідеологічного, організаційно-управлінського, соціально-психологічного, правового, педагогічного, медичного, екологічного, технічного та іншого порядку, які спрямовані на випередження виникнення криміногенних явищ, їх обмеження, усунення, якщо це за часом можливо, надійний захист особи та соціальних благ від злочинних посягань, активне запобігання злочинам та їх припинення, своєчасне виявлення, розслідування і невідворотність покарання.

В основі індивідуального запобігання злочинам лежать обґрунтоване припущення, прогноз і правова підстава, що та чи інша особа потенціально може вчинити злочин. Отже, об'єктом індивідуального запобігання злочину є: поведінка та спосіб життя осіб з великою імовірністю вчинення злочину; спеціальні елементи їх особистості, які відображають антисуспільну спрямованість; соціально значущі при формуванні і реалізації останньої деякі психофізичні особливості індивідів; несприятливі умови оточуючого таку особу середовища та життєвого укладу; інші довгострокові діючі обставини, які визначають криміногенну ситуацію і полегшують вчинення злочину¹. Індивідуальне запобігання повинно охоплювати три напрями: а) запобігання, спрямоване на виявлення та усунення умов технічного й соціального оточення індивіда, які можуть провокувати злочини; б) запобігання, спрямоване на виявлення заздалегідь потенційних правопорушників з метою втручання в життя окремих індивідів або цілих груп у зв'язку з визначеними на даний час криміногенними обставинами; в) запобігання, яке стосується лише злочинців, з

¹ Див.: Кримінологія. Загальна та Особлива частини: Підручник / І. М. Даньшин, В. В. Голіна, О. Г. Кальман, О. В. Лисодед; За ред. проф. І. М. Даньшина. – Х., 2003. – С. 100–101.

метою недопущення рецидиву злочинів. У цьому плані раціональним видається Закон України від 10 липня 2003 р. «Про соціальну адаптацію осіб, які відбули покарання у виді обмеження волі або позбавлення волі на певний строк». Проте пройшло більше двох років, і які наслідки дії цього Закону — невідомо. Має стати за правило, що закони та програми стосовно боротьби зі злочинністю повинні набувати публічного характеру, а їх виконання — постійно контролюватися суспільством.

Неможливо не зупинитися на ще одному важливому питанні стосовно проблеми оптимізації запобігання злочинності. Є суттєві перешкоди, зокрема:

– постійно відбувається девальвація ідеї запобігання злочинності шляхом відсутності відповідних професійних кадрів, корупції, зрощування частини суспільства (у тому числі її елітної частини) зі злочинним світом, зловживання владою;

– пропаганда насильства, жорстокості, статевих ексцесів, культу наживи, націоналізму, шовінізму, кримінально-ризикованих та злочинно недбалих зразків поведінки тощо;

– під лозунгом демократії пропагується так звана необмежена свобода (наприклад, депутатська недоторканність), тобто всюдозволеність, відкидання усяких норм (правовий цинізм), що взагалі заперечує будь-яку запобіжну діяльність;

– економічний розвиток суспільства без кримінологічного супроводу розкриває і більш широкий простір для нових видів злочинів або відродження старих, навіть середньовічних її типів (піратство, торгівля людьми, фінансові афери, сатанізм та ін.).

Надійшла до редколегії 10. 07. 06

О. Юрченко, кандидат юридичних наук (НЮА України)

Щодо питання віктимологічного запобігання злочинності неповнолітніх

Віктимологічне запобігання злочинності є складовою частиною всієї попереджувальної діяльності держави і спрямоване саме на виявлення потенційних жертв і проведення з ними відповідної роботи.

Віктимологічне запобігання саме як складова частина попереджувального комплексу, на нашу думку, являє собою діяльність різних державних, суспільних і приватних органів, установ та організацій, спрямовану на нейтралізацію, а по можливості і на ліквідацію чинників, що формують віктимну поведінку, полегшують вчинення злочинів, а також захист громадян від злочинних посягань шляхом зниження особистісної, рольової, соціальної або статусної віктимності.

Велике значення в попередженні всієї злочинності має саме віктимологічний напрямок профілактики злочинності неповнолітніх як найбільш незахищеної частини населення.

Багато заходів запобігання віктимної поведінки неповнолітніх схожі із загальними попереджувальними заходами, але, звісно, мають свої особливості.

Очевидно, що основним чинником віктимності неповнолітніх є їх вік. Ця віктимність у свою чергу зумовлена такими чинниками, як незавершеність формування особи у біологічному плані, а з огляду на це — неможливість дати опір злочинним посяганням і у соціальному плані і як внаслідок цього — нездатність адекватно оцінювати обстановку, що веде до більшої вірогідності потрапити в криміногенну ситуацію як жертва злочину.

Як показують дослідження, проведені багатьма кримінологами, більшість жертв мають кримінологічні характеристики, дуже схожі з рисами злочинців, а саме: агресивність, жорстокість, грубість, аморальну поведінку в цілому. Це пояснюється тим, що нерідко жертвою неповнолітнього злочинця є його «співтовариш», тобто особа, з якою заздалегідь або безпосередньо перед вчиненням злочину спілкувався неповнолітній злочинець. Це спілкування передбачає наявність спільних інтересів і потреб, які найчастіше проявляються в розпитті спиртних напоїв, установленні шляхів придбання алкоголю або наркотичних речовин. І якщо ці шляхи не збігаються, то нерідко це може стати приводом для вчинення злочину, як правило, найбільш тяжкого і особливо тяжкого — умисного вбивства або тяжкого тілесного ушкодження.

Часто передзлочинна поведінка потерпілого провокує і хуліганські дії з боку злочинця. Це може проявитися як в діях образливого характеру (наприклад, словесна образа підлітка, приниження його честі та гідності), так і в правомірних зауваженнях щодо його поведінки.

Віктимні риси, характерні для неповнолітніх, можна поділити на дві групи — загальні та індивідуальні.

До загальних (притаманних підлітковому віку як такому) належать: довірливість, наївність, допитливість, невміння адекватно реагу-

вати на ситуацію, відставання у психічному розвитку від фізичного, перевага у психічній діяльності процесів збудження над гальмуванням, а іноді, просто фізична слабкість.

Індивідуальні психічні властивості можуть бути в свою чергу поділені на біопсихологічні, власне психологічні та соціально-психологічні. До власне психологічних відносять: агресивність, тривожність, жорстокість, необ'єктивну оцінку можливостей, схильність до ризику, конформність, емоційну неврівноваженість або наявність однієї чи поєднання декількох акцентуацій характеру.

Другим блоком чинників, що можуть підвищувати вразливість неповнолітніх, є соціально-психологічні, до яких належать: потреба у спілкуванні, самоствердженні, що загострюються у підлітковому віці як не в жодному іншому. І звідси — підвищена орієнтація на групу, права необізнаність, незнання головних методів забезпечення особистої безпеки.

До біопсихологічних чинників належать: тип темпераменту, наявність характерних визначених рис характеру¹.

У багатьох випадках діти і підлітки стають жертвами декількох злочинних посягань з боку одного й того ж самого злочинця. Коли врахувати, що з таким злочинцем дитина чи підліток часто пов'язані узами спорідненості або загальним місцем проживання і ці чинники вони самі змінити неспроможні, то в наявності саме та підвищена можливість конкретної неповнолітньої особи стати жертвою реального або потенційного злочинця.

Виходячи із специфіки потерпілих неповнолітнього віку, слід сказати, що у профілактичній роботі з даною групою велике значення мають насамперед заходи не правового характеру, а педагогічні, психологічні, медичні². Вивчення та дослідження віктимних рис неповнолітніх, проведення психокорекційної роботи з дітьми, спрямованої на усунення таких властивостей, є важливою ланкою профілактики злочинних посягань на них.

Можна навести перелік головних заходів, які мають здійснити батьки та педагоги для зниження рівня віктимності дітей:

1) догляд за нормальним розвитком дитини з метою раннього виявлення психічних чи фізичних вад;

¹ Див.: *Мойсєєва О.* Віктимність неповнолітніх як психолого–правова проблема // *Право України.* – 2000. – № 7. – С. 99–100.

² Див.: *Веселуха В.* Значення віктимологічної профілактики в системі запобігання злочинам // *Там само.* – 1999. – № 10. – С. 67.

2) правильне загальне та статеве виховання, формування культури спілкування;

3) прищеплення дитині навичок поведінки в нестандартних, у тому числі віктимогенних, ситуаціях;

4) закладення основ правових знань.

Важливу роль у підвищенні віктимологічної грамотності неповнолітніх відіграють правоохоронні органи, передусім працівники міліції. Хоча органи внутрішніх справ мають у своєму розпорядженні багатий статистичний матеріал та достатній кадровий потенціал для розроблення науково обґрунтованих рекомендацій, проте вони, на жаль, не завжди можуть довести їх до широкого кола неповнолітніх. Для реалізації цього завдання потрібно налагодити активну агітаційно-роз'яснювальну роботу. Основними питаннями, що визначають її зміст, є:

1) виявлення стандартних віктимогенних ситуацій;

2) розроблення пропозицій, як їх уникнути;

3) вироблення лінії поведінки підлітка, коли він потрапив у віктимогенну ситуацію.

Віктимологічне запобігання серед неповнолітніх також може здійснюватися шляхом реалізації таких заходів, як пропаганда правових знань через ознайомлення читацької та глядацької аудиторії з основними правами й обов'язками громадян; роз'яснення кримінально-правових понять (наприклад, необхідна оборона, крайня необхідність, затримання злочинця тощо); привернення уваги до питань, пов'язаних із винуватістю самого потерпілого, тобто такої поведінки жертви, коли вона створює умови, що сприяють вчиненню злочину; виступи через засоби масової інформації фахівців-юристів, психологів, педагогів з практичними рекомендаціями, як уберегти потенційну жертву від злочинних посягань; роз'яснення батькам, що їхня поведінка є зразком для дитини і найкраща профілактика — це їх особистий приклад правильного життя.

Як уже відзначалося, нерідко дитина стає жертвою жорстокого поводження саме у сім'ї. Передбачені Законом України «Про запобігання насильства у сім'ї» спеціалізовані органи, про які говорилося раніше, повинні втілювати в життя профілактичні заходи із запобігання насильства у сім'ї, а саме: спеціально уповноважений орган з питань запобігання насильства у сім'ї визначає потребу регіонів у створенні спеціалізованих установ для жертв насильства у сім'ї; організовує і проводить соціологічні, психолого-педагогічні та кримінологічні дослідження насильства в сім'ї; направляє жертв насильства у сім'ї в спеціалізовані установи та здійснює інші функції. Служби дільничних інспекторів

міліції та кримінальної міліції у справах неповнолітніх щодо запобігання насильства у сім'ї виявляють причини й умови, що сприяють проявам насильства у сім'ї; беруть на профілактичний облік осіб, схильних до вчинення насильства у сім'ї; виносять захисні приписи. Так, у разі систематичної (трьох і більше випадків) віктимної поведінки члена сім'ї, внаслідок якої створюється ситуація, що може привести до вчинення насильства у сім'ї, службою дільничних інспекторів або кримінальною міліцією у справах неповнолітніх даному члену сім'ї виносяться офіційне запобігання про неприпустимість віктимної поведінки щодо насильства у сім'ї.

Членів сім'ї, яким було винесено офіційне запобігання про неприпустимість вчинення насильства в сім'ї, служба дільничних інспекторів або кримінальна міліція у справах неповнолітніх беруть на профілактичний облік¹.

Дуже важливими у профілактиці злочинності неповнолітніх є і заходи психологічного впливу, які передбачають:

1) формування довіри до правоохоронних органів. Дуже часто діти, які стали об'єктом злочинного посягання, не звертаються по допомогу до батьків, родичів, а ті в свою чергу у відповідні правоохоронні структури, що викликано всілякими причинами: страхом помсти з боку тих, хто спричинив шкоду, невір'ям в ефективну діяльність правоохоронних органів по розкриттю злочинів і забезпеченню безпеки потерпілих, психологічним відчуженням та ін. Формування у свідомості людей з дитинства правильного сприйняття функцій, виконуваних правоохоронними органами, дозволило б виявити значну кількість злочинів, що залишилися латентними, а отже, і потерпілих, що потребують різного роду допомоги;

2) слід звернути увагу на виховання профілактичної активності особи. Тут істотну антивіктимогенну роль може відіграти роз'яснення неповнолітнім сутності необхідної оборони та її значення при попередженні злочинних посягань відносно як безпосередньо потерпілого, так і третіх осіб;

3) важливими є інформування про негативні наслідки порушення кримінально-правових заборон, а також про способи зниження віктимності, демонстрація позитивних результатів боротьби зі злочинністю (показ відповідних сюжетів по телебаченню, звітування керівників у ЗМІ).

На формування особи дитини перш за все справляють вплив сім'я, шкільне виховання та найближче оточення. Але останнім часом великого значення набуває інформація.

¹ Див.: Про запобігання насильства у сім'ї: Закон України від 15 листопада 2001 року // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 10. – Ст. 70.

Не можна не торкнутися такого важливого й актуального питання, як вплив ЗМІ на формування протиправної та віктимної поведінки неповнолітніх.

Нині можна одержати будь-яку інформацію без обмежень. Дуже часто ця інформація може справляти негативний вплив на ще неостаточно сформовану особу дитини. Це стосується перш за все кіно та телевізійної продукції, що пов'язана з пропагандою насильства, жорстокості та сексуальної агресії. Одержані багатьма дослідниками дані свідчать про те, що найбільш популярні жанри серед підлітків — це бойовики та фільми жахів. Частина неповнолітніх висловлює готовність копіювати дії телегероїв, навіть усвідомлюючи їх протиправність¹. У такій ситуації були б доцільними реалізація культурно-просвітницьких і пізнавальних програм для дітей та молоді, поширення інформації про українські та світові культурні цінності.

В останні роки в суспільстві поширюється вплив Інтернету, який дозволяє одержувати інформацію максимально швидко. Однак ця інформація має дуже широкий спектр і виникає погроза саме її негативного впливу. Видається за доцільне на державному рівні вжити заходів щодо обмеження доступу неповнолітніх на деякі сайти (зокрема, порносайти, екстремістські сайти), створити перелік веб-сторінок та забов'язати адміністрацію комп'ютерних клубів суворо контролювати доступ до них підлітків. Це ж саме стосується і комп'ютерних ігор, які несуть стереотипи жорстокого поведіння та можуть моделювати його в реальному житті.

Взагалі створення ефективної та надійної системи віктимологічного запобігання злочинності неповнолітніх допоможе розв'язати багато суспільних проблем, насамперед знизити рівень рецидиву та злочинності в цілому.

Надійшла до редколегії 24. 07. 06

В. Матвійчук, доцент, завідувач кафедри цивільного, господарського та кримінального права Національної академії управління

Проблеми криміналізації та декриміналізації діянь, що посягають на довкілля

Питання криміналізації та декриміналізації діянь, що стосуються навколишнього природного середовища не знайшли свого дослідження

¹ Див.: Бугера О. Засоби масової інформації: проблема вдосконалення діяльності щодо запобігання протиправної поведінки потерпілих / Право України. – 2005. – № 7 – С. 71.

в кримінально-правовій літературі. Зазначена проблема є актуальною в аспекті вдосконалення чинного законодавства в досліджуваній сфері та важлива для кримінально-правової науки.

Дослідження означеної проблеми засвідчує, що питаннями криміналізації та декриміналізації займалися Г. Злобін, С. Келіна, Ю. Ляпунов, А. Яковлев, А. Музика, А. Коробєєв, Р. Галіакбаров та ін. Проте зазначені вчені не торкалися проблем криміналізації та декриміналізації діянь, що стосуються довілля.

Основна мета дослідження, результати якого наведені у статті, полягає у розробленні та обґрунтуванні критеріїв криміналізації та декриміналізації діянь, що стосуються довілля.

Проблема криміналізації та декриміналізації діянь, що стосуються довілля, є надто актуальною для сьогодення. Знайти вірний орієнтир в уявленні сутності проблеми криміналізації зазначених діянь можна в тому числі і шляхом граматичного тлумачення термінів, близьких до досліджуваного поняття. Тому звернемося до однієї з функцій поняття «кримінальний». Згідно з Великим тлумачним словником сучасної української мови «кримінальний» — це такий, що належить до злочинів; злочинний¹. Цей термін націлює на те, що в зміст даного поняття слід вкладати такий сенс, як і до визначення злочину. Тоді очевидним стає, що криміналізація зводиться до однієї з функцій кримінального законодавства, а саме: визначає, яке суспільно небезпечне діяння є злочинним, але ознаки такого діяння одержують свій вираз у диспозиції статті КК. Звідси стає зрозуміло поляризація поглядів юристів у питаннях криміналізації.

При визначенні поняття «криміналізація» Р. Галіакбаров і А. Коробєєв широко формулюють цю дефініцію. Р. Галіакбаров вважає, що криміналізація належить до Загальної частини КК, оскільки обмеження в застосуванні інститутів звільнення від покарань до деяких категорій засуджених ще не встановлює і не виключає кримінальну відповідальність². Не підтверджується практикою та теорією кримінального права і законодавством судження А. Коробєєва, згідно з якими криміналізація — це вияв індивідуальної поведінки³, бо будь-яка по-

¹ Див.: Великий тлумачний словник сучасної української мови / Уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. — К., 2002. — С. 418.

² Див.: *Галіакбаров Р. Р.* Проблемы криминализации многообъектных общественно опасных деяний // Актуальные проблемы криминализации и декриминализации общественно опасных деяний. — Омск, 1980. — С. 40.

³ Див.: *Коробеев А. И.* Советская уголовно-правовая политика: проблемы криминализации и пенализации: Монография. — Владивосток, 1987. — С. 58–59.

ведінка індивідуума проходить у певній формі, в тому числі злочинна, а її виявляють працівники правоохоронних органів, навіть при раніше вже криміналізованому діянні. Тоді чим же криміналізація відрізняється від застосування кримінально-правової норми? Для з'ясування цього слід звернутися до питання про прийняття кримінального закону, в якому викладено ознаки конкретного складу злочину. Верховна Рада України приймає норми, що містять ознаки конкретного складу злочину. Названий процес з таким результатом і є криміналізація.

Видається, що А. Коробеев без достатніх підстав вважає, що і більшість авторів, які працюють над проблемами криміналізації, надто фіксують увагу на кінцевих результатах, упускаючи із виду, що криміналізація — це перш за все процес, що не впливає із запропонованих точок зору. Отже, криміналізація як загальне поняття охоплює процес і результат визначення певних видів діянь злочинними і караними. Елементом криміналізації є пеналізація — встановлення покарання за діяння, що вже визнані злочинними. Ступінь пеналізації є по суті показником інтенсивності криміналізації того чи іншого діяння¹.

Декриміналізація відповідно — це зворотний процес відносно криміналізації. Отже, не удаючись до висвітлення точок зору стосовно декриміналізації, оскільки цього не дозволяє обсяг статті, слід констатувати, що декриміналізація — це не що інше, як припинення дії кримінального закону, який встановлює злочинність і караність діяння. Декриміналізація відбувається внаслідок: 1) скасування (виключення) кримінального закону Верховною Радою; 2) закінчення строку дії цього закону або в зв'язку із зміною умов чи обставин, відповідно до яких цей закон прийнято. Таким чином, під декриміналізацією треба розуміти скасування (виключення) кримінального закону, який передбачає кримінальну відповідальність і покарання за конкретний злочин, або втрату чинності такого кримінального закону внаслідок закінчення його дії, або в зв'язку із зміною умов чи обставин, відповідно до яких цей закон прийнято.

Що до критеріїв криміналізації, то нам найбільш імпонує позиція, яку пропонує Г. Злобін: 1) суспільна небезпечність діяння; 2) відносна поширеність цього діяння; 3) конституційна адекватність; 4) системно-правова несуперечливість криміналізації конкретного діяння; 5) міжнародно-правова необхідність і допустимість криміналізації; 6) процесуальна можливість здійснення переслідування; 7) безмежність закону і нездійсненність заборони; 8) певна визначеність і єдність термінології;

¹ Див.: Основания уголовного-правового запрета // Криминализация и декриминализация. — М., 1982. — С. 18.

9) повнота складу; 10) співрозмірність санкції і економія репресії¹. Визначається, що назва «система» має бути доповнена критеріями, що відповідають дефініції. Це доповнення повинно стосуватися таких критеріїв: 1) діяння, що криміналізується, повинно з точністю піддаватися визначенню в законі; 2) діяння має обурювати громадську думку; 3) діяння не повинно вважатися значною частиною населення дозволеним; 4) воно має ефективно сприяти розв'язанню конфліктів у суспільстві; 5) заборона повинна бути корисною.

Визначення критеріїв криміналізації вказує тільки на допустимість встановлення кримінально-правової заборони. Разом з тим для приведення в рух процесу криміналізації діянь необхідні підстави встановлення кримінально-правової заборони. Під підставами криміналізації розуміють те, що створює дійсну суспільну потребу в кримінально-правовій новелі, внутрішню необхідність виникнення правової норми². Цю суспільну потребу створює: 1) висока суспільна небезпечність діянь; 2) їх відносна поширеність і типовість як форм антигромадського прояву; 3) динаміку цих діянь; 4) істотну шкоду суспільним відносинам; 5) неможливість боротьби з ними менш репресивними заходами; 6) можливість впливу на них кримінально-правовими засобами; 7) можливість системи кримінальної юстиції в боротьбі з ними; 8) наявність матеріальних ресурсів для реалізації кримінально-правового впливу; 9) відсутність можливих побічних наслідків заборони; 10) необхідність кримінально-правових гарантів охорони деяких конституційних прав і установлень; 11) міжнародно-правові зобов'язання; 12) визначеність і єдність термінології³.

Визначившись із критеріями і підставами криміналізації та декриміналізації, можна безпосередньо розпочати розгляд зазначених процесів у сфері охорони довкілля. Чинне кримінальне законодавство щодо діянь, пов'язаних з охороною довкілля, не є досконалим, а тому й розділ VII КК України 2001 р. потребує доопрацювання. 1. Насамперед доцільно поміркувати над самою назвою розділу. Оскільки під родовим об'єктом злочинів, що стосуються охорони довкілля, є суспільні відносини з приводу умов (відносин), що забезпечують існування багатofункціональної збалансованості єдиної системи, їх охорону, оздоровлення, раціональне використання і відтворення такої єдиної системи для ниніш-

¹ Див.: Основания уголовного-правового запрета. – С. 191.

² Див.: *Злобин Г. А.* Основания и принципы криминализации общественно опасных деяний // Основания уголовного-правового запрета. – М., 1982. – С. 204–205.

³ Див.: *Коржанский Н. И.* Объект и предмет уголовного-правовой охраны. – М., 1980. – С. 186.

нього покоління, то цей розділ повинен мати назву «Злочини, що посягають на відносини, які забезпечують охорону, раціональне використання, відтворення та оздоровлення довкілля». 2. Пропонуємо перенести в досліджуваний розділ ст. 246 КК «Порушення правил поведінки з мікробіологічними або іншими біологічними агентами і токсинами», оскільки йдеться про біоту. Крім того, керуючись принципом економії кримінальної репресії, а також можливостями кримінальної юстиції доводити такі діяння, вважаємо, що з КК треба вилучити ч. 1 ст. 239 і перенести її до КпАП, оскільки це діяння не завдає істотної шкоди суспільним відносинам. Зі ст. 238 КК треба вилучити такий предмет злочину, як відомості про захворюваність населення, бо цей показник стосується відносин, що забезпечують здоров'я населення, і має бути сформульований окремий склад злочину «Приховування або перекручування відомостей про захворюваність населення» оскільки цей показник є результатом дії й інших чинників. 3. Побудова складу злочину, зафіксованого в ст. 237 КК «невжиття заходів щодо ліквідації наслідків екологічного забруднення», вимагає врахування відповідних положень міжнародно-правових актів та постанов Верховної Ради від 1 серпня 1990 р. «Про невідкладні заходи щодо захисту громадян України від наслідків Чорнобильської катастрофи», Концепції створення єдиної державної системи запобігання і реагування на аварії, катастрофи та інші надзвичайні ситуації щодо попередження такого забруднення¹. Тому ст. 237 має називатися «Невжиття заходів щодо попередження та ліквідації наслідків екологічного забруднення», а її редакція повинна мати такий вигляд: «Ухилення від проведення або неналежне проведення заходів з попередження забруднення, так само як проведення чи не проведення на території, що зазнала забруднення небезпечними речовинами або випромінюванням, дезактиваційних чи інших відновлювальних заходів щодо ліквідації або усунення наслідків екологічного забруднення особою, на яку покладено такий обов'язок, якщо це спричинило загибель людей або інші тяжкі наслідки, — карається обмеженням волі на строк до трьох років або позбавленням волі на той самий строк, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років».

Вважаємо за необхідне привернути увагу й до деяких інших статей КК.

¹ Див.: Постанова Кабінету Міністрів України від 7 липня 1995 за № 501 // Екологія і закон: Екологічне законодавство країни: У 2 кн. / Відп. ред. В. І. Андрицький. – К., 1997. – Кн. 2. – С. 442–449.

Стаття 242 КК «Порушення правил охорони вод» має бути доповнена такими ознаками, як «незаконне використання прісних водних об'єктів», «засмічення водних об'єктів». Щодо наслідків ст. 242 КК треба доповнити ч. 3: «Діяння, передбачені частинами 1, 2 цієї статті, якщо вони спричинили масову загибель людей або екологічну катастрофу, — караються позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років».

Крім того, необхідно повернутися до назви ст. 242 такого змісту: «забруднення, засмічення та виснаження водних об'єктів», оскільки відсутній перелік усіх правил охорони вод і їх виробити неможливо.

Статтю 241 КК «Забруднення атмосферного повітря» слід доповнити після слів «чи іншого виробництва, або шумом, або вібрацією» і далі за текстом, оскільки в КК не названі такі засоби забруднення атмосферного повітря. Крім того, ст. 241 треба доповнити ч. 3 такого змісту: «Ті самі діяння, передбачені частинами 1, 2, якщо вони спричинили масову загибель людей або екологічну катастрофу, — караються позбавленням волі від п'яти до десяти років».

Статтю 243 КК «Забруднення моря» доцільно доповнити такою ознакою — предмет злочину води «особливого району», оскільки ми вже зазначали, що там з так званих технічних причин, що належать до океанографічних і екологічних умов цих районів і специфіки перевезень, потрібні особливі обов'язкові методи відвернення забруднення моря.

До того ж, крім забруднення, в КК необхідно ввести таке діяння, як засмічення, що сприятиме охороні таких водних об'єктів.

Статтю 245 КК треба доповнити ч. 3 такого змісту: «Діяння, передбачені частинами 1, 2, якщо вони спричинили масову загибель людей або екологічну катастрофу, — караються позбавленням волі від семи до п'ятнадцяти років».

Статтю 246 КК треба доповнити ч. 2 такого змісту: «Ті самі дії, якщо вони вчинені за попередньою змовою групою осіб або повторно, або службовою особою з використанням свого службового становища, або заподіяли шкоду у великих розмірах, — караються позбавленням волі від трьох до п'яти років з конфіскацією незаконно добутого».

Статтю 247 КК доцільно доповнити після слів «про захист рослин» словами «або порушення законодавства щодо збереження біологічного різноманіття рослин, або незаконну торгівлю видами дикої флори та порушення законодавства щодо охорони нових сортів рослин, що знаходяться під загрозою зникнення» і далі за текстом.

Статтю 248 КК після слів «порушення правил полювання, незаконна торгівля видами дикої фауни, що знаходиться під загрозою знищення,

знищення мігруючих видів тварин та середовища їх існування, що перебувають під загрозою зникнення, вилучення яєць із середовища існування диких тварин, продажу, зберігання з метою продажу тварин, транспортування з метою продажу тварин» і далі за текстом. Це приведе до екологізації положень зазначеної статті і сприятиме додержанню Україною міжнародно-правових стандартів у сфері охорони довкілля.

Статтю 249 КК після слів «істотну шкоду» необхідно доповнити словами «а також незаконне зайняття рибним, звіриним або іншим водним добувним промислом в заповідниках або на інших територіях та об'єктах природно-заповідного фонду, або незаконне заняття рибним, звіриним або іншим водним добувним промислом щодо риб, водних тварин, водних рослин, що занесені до Червоної Книги України».

Крім того, ч. 2 цієї статті після слів «ті самі діяння», треба доповнити словами «якщо вони вчинені службовою особою з використанням службового становища, або за попередньою змовою групою осіб» і далі за текстом.

Статтю 239 КК доцільно доповнити ч. 3 такого змісту: «Діяння, передбачені частинами 1, 2, якщо вони спричинили масову загибель людей або екологічну катастрофу, — караються позбавленням волі на строк від трьох до п'яти років».

Надійшла до редколегії 14. 08. 06

Е. Сімакова-Єфремян, заступник директора Харківського НДІСЕ з наукової роботи, кандидат юридичних наук

Загальна теорія судової експертизи як основа методології проведення комплексних судово-експертних досліджень

Сучасна методологія судової експертизи, ґрунтуючись на результатах попередніх теоретичних пошуків, дає нам новий погляд на розуміння об'єктів та явищ, що вивчаються у процесі судово-експертного дослідження. Тим самим методологія сприяє розвитку й удосконаленню теорії судової експертизи та її практики. На сьогоднішній день чітко проявляються тенденції посилення інтеграційних процесів, що відбуваються в галузі наукового, суспільного, політичного, економічного життя взагалі та судової експертизи зокрема. Якщо проаналізувати різні періо-

ди розвитку теорії та практики судової експертизи, то можна побачити, що саме зараз інтеграція знань найбільше застосовується як в розробленні її теоретичних положень, так і в практичній судово-експертній діяльності. Слід відмітити, що раніше превалювали диференційні підходи до формування класів, родів, видів та підвидів судової експертизи, їх наукових основ, що було пов'язано із вузькою спеціалізацією фахівців та утворенням спеціалізованих дисциплін і підрозділів. У свій час це позитивно позначилося на розвитку судової експертизи та надало поштовх до поглиблення окремих судово-експертних дисциплін. Однак на певній стадії диференціації судової експертизи згадувані процеси стали заважати її розвитку. Насправді, аналітична стадія лише тоді успішно реалізується в процесі пізнання, коли за результатами аналізу виробляється синтез, що провадиться на підставі інтеграції всіх одержаних даних. Саме тому сучасний рівень судової експертизи має ядро виражені інтеграційні тенденції на рівні міждисциплінарних та вироблених на їх основі нових знань про досліджуваний об'єкт. Безумовно, це ні в якому разі не говорить про призупинення процесів поглиблення спеціалізації у різних напрямках наукового пошуку, однак разом із цим відбувається об'єднання можливостей різних наук, що має інтеграційну природу.

Науково-технічний прогрес сприяє виробленню міждисциплінарних знань і поглибленню їх інтеграції, що дозволяє дослідникам виходити на якісно новий, універсальний, більш складний та високий рівень досліджень. Взагалі досвід розвитку науки підтверджує таку тенденцію — універсалізація завдань і методів (прийомів, засобів) їх вирішення завжди є передумовою проникнення інтеграційних процесів у певну галузь науки. У зв'язку із цим постає проблема визначення природи теорії судової експертизи.

Перш ніж розглянути питання про природу загальної теорії судової експертизи, вважаємо за доцільне проаналізувати погляди науковців щодо природи криміналістики, оскільки саме із неї судова експертологія бере свої витoki. За останніми роботами Р. Белкіна криміналістику не можна розглядати як суто юридичну науку, оскільки під впливом науково-технічного прогресу, активного процесу інтеграції наукового знання її природа претерпіла істотні зміни; її зміст — це сплав даних різноманітних наук: суспільних, природничих і технічних, причому інтеграційний характер мають усі розділи криміналістичної науки, що дозволяє лише умовно зберегти її причислення до юридичних наук, не заперечуючи значної частки її правового змісту¹. О. Росинська також вважає, що

¹ Див.: *Белкин Р. С.* О природе криминалистической науки // Труды Академии МВД РФ. – М., 1996.

криміналістика являє собою єдиний сплав знань, а не сукупність наук, і є наукою не комплексної (оскільки комплексування припускає об'єднання окремих знань, а не їх злиття), а синтетичної природи¹.

В. Шепітько здійснив докладний аналіз накопичення наукового знання, що призводило до змін наукової парадигми (змін системи пануючих ідей) щодо визначення природи науки криміналістики. Зокрема, він зазначає, що погляд на криміналістику як на юридичну науку сформувався у 1952–1955 рр. і згодом став панівним у правовій науці. Історії криміналістики відомі й інші погляди на її природу. Одним з таких напрямів є визначення природи криміналістики як технічної або природничо-технічної науки. Криміналістику розглядали також як науку подвійної природи — правову і технічну. Важливим є те, що криміналістика активно і творчо використовує дані технічних і природничих наук відповідно до своїх завдань. Розвиток криміналістики, особливості її предмета, складність закономірностей, які вона вивчає, залишають дискусійним питання про природу науки. В останні роки з'явилися нові погляди на природу криміналістики. Це розгляд криміналістики як науки синтетичної природи. На думку цих вчених, у криміналістиці неможливо виділити суто природничо-наукові або технічні розділи, комплекси знань як певні фіксовані структури. Вона являє собою єдиний сплав знань².

Докладно розглянув історію формування уявлень про природу криміналістики й В. Корноухов. Зокрема, повністю розділяючи концепцію правової природи криміналістики, він відмічає, що на відміну від інших вона (концепція) підтвердила свою життєвість. В. Корноухов не вбачає підстав для її перегляду ані у теперішній час, ані у майбутньому, незважаючи на процеси інтеграції та диференціації наукового знання, що не можуть не торкатися криміналістики³.

Обґрунтовуючи зміну власних поглядів від подвійного ставлення до криміналістики (як юридичної та природничо-технічної науки) до чіткої

¹ Див.: *Россинская Е. П.* Современные представления о природе криминалистики // Криминалистика. / Под ред. А. Ф. Вольнского. – М., 1999. – С. 11–12.

² Див.: *Шепітько В. Ю.* Тенденції і перспективи розвитку криміналістики (концептуальність підходів і дискусійність поглядів) // Актуальні проблеми криміналістики: Матер. міжнар. наук.-практ. конф. (Харків), 25–26 вер. 2003 р. – Х., 2003. – С. 7–8; *Шепітько В. Ю.* Предмет и природа криминалистики: научные дискуссии и тенденции // Роль и значение деятельности Р. С. Белкина в становлении современной криминалистики: Матер. междунар. науч. конф. (к 80-летию со дня рождения Р. С. Белкина). – М., 2002. – С. 201–202.

³ Див.: *Курс криминалистики. Общая часть* / Отв. ред. В. Е. Корноухов. – М., 2000. – С. 28–34.

позиції прихильника її юридичної природи, О. Ейсман робить висновок про те, що криміналістика є юридичною наукою і внаслідок цього належить до системи суспільних наук¹.

На думку Т. Сухової, всі розділи криміналістики, безсумнівно, інтегрують знання інших наук для вирішення своїх завдань, але це не дає підстав вважати природу криміналістики інтеграційною або синтетичною². Переконаливими є й аргументи на захист юридичної природи криміналістики, запропоновані І. Алієвим і Ю. Коруховим³. Дійсно, завдання криміналістики і способи їх вирішення належать до правової сфери діяльності правоохоронних органів і правових процесів (розслідування, судовий розгляд).

В. Гончаренко також вважає криміналістику юридичною наукою, яка за історично дуже короткий строк пройшла шлях від науково-технічної дисципліни, що виконувала суто практичні завдання у розслідуванні злочинів, до методологічно зрілої системи знань з розвиненими пізнавальними, інформаційними та прогностичними функціями. Він робить висновок про те, що сфера застосування криміналістики предметно не обмежується правопорушеннями, а поширюється на всі суспільні відносини, які потребують конкретного ситуаційного правового регулювання⁴.

Отже, на нашу думку, обґрунтованими є підстави, за якими криміналістика вважається юридичною (правовою) наукою: її предмет і об'єкти пізнання лежать у сфері правових явищ; вирішувані нею завдання належать до правової сфери діяльності, правових процесів (розслідування, судовий розгляд); усі засновані на принципах законності; розроблювані криміналістикою рекомендації мають чітко виражений правовий характер; вони викликані потребами боротьби із злочинністю; юридичний характер криміналістики проявляється через нормативно-юридичні функції, властиві їй як галузі правознавства, під впливом якої багато з наукових рекомендацій уводяться у зміст правових норм; голо-

¹ Див.: *Эйсман А. А.* Предмет криминалистики// Советская Криминалистика. Теоретические проблемы. – М., 1978.

² Див.: *Сухова Т. Э.* Интеграция знаний как фактор развития теории и практики судебной экспертизы: Дис. ... канд. юрид. наук. – Тула, 2001.

³ Див.: *Алиев И. А., Корухов Ю. Г.* Предмет общей теории судебной экспертизы// Основы судебной экспертизы. Общая теория. – М., 1997.

⁴ Див.: *Гончаренко В. Г.* Методологічні проблеми вчення про предмет криміналістики// Актуальні проблеми криміналістики: Матер. міжнар. наук.-практ. конф. (Харків), 25–26 вер. 2003 р. – Х., 2003. – С. 12.

вна живильна речовина для криміналістики, що зародилася у межах кримінального процесу, — право, правові науки¹.

Ще у 1962 р. О. Шляхов обґрунтував тезу про юридичну природу криміналістичної експертизи². На думку Ю. Корухова, створення, структурування і розвиток загальної теорії судової експертизи немислимі у відриві від криміналістики, кримінального та адміністративного процесів. Криміналістика, її вчення про механізм вчинення злочину, виникнення кримінально-релевантної інформації з розробками в галузі теорії криміналістичної експертизи є одним з наріжних каменів у фундаменті загальної теорії судової експертизи. Положення наук про процесуальне право і саме процесуальне законодавство необхідні для створення загальної теорії судової експертизи внаслідок специфічного характеру тієї діяльності, відображенням якої є ця теорія. На підставі цього Ю. Корухов тлумачить теорію судової експертизи як юридичну за своєю природою і міждисциплінарну за формою та значущістю, маючи на увазі її роль для кожного виду судових експертиз³. Прихильником юридичної природи судової експертизи є і В. Галкін, який відзначає, що експертна діяльність протікає в рамках визначеної процесуальної процедури, експертиза є елементом процесу доказування, законом визначені права й обов'язки органів і осіб, що беруть участь у проведенні експертизи, тощо⁴.

Спираючись на те, що вивчення закономірностей розвитку наукових основ судової експертизи і закономірностей експертної діяльності, що входять у предмет науки про судову експертизу, зумовлені вимогами сфери розслідування і судового доказування та цілком відповідають уявленням про предмет конкретної юридичної науки, в яку повинні входити елементи змісту правового регулювання, С. Бичкова вважає, що наука про судову експертизу відповідає основним класифікаційним критеріям юридичних наук, хоча в той же час указує на інтеграційну природу науки про судову експертизу, оскільки інтеграційні процеси в

¹ Див., напр.: *Белкин П. С.* Криминалистика: проблемы, тенденции, перспективы. Общая и частные теории. – М., 1987; *Матусовский Г. А.* Криминалистика в системе юридических наук и ее межнаучные связи: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 1980; *Митричев С. П.* К вопросу о научных основах советской криминалистики // Советская криминалистика на службе следствия. – М., 1957 – Вып. 7. та ін.

² Див.: *Шляхов А. Р.* Теория и практика криминалистической экспертизы. – М., 1962. – № 9, 10.

³ Див.: *Корухов Ю. Г.* Предмет общей теории судебной экспертизы // Основы судебной экспертизы. – Ч. 1.: Общая теория. – М., 1997. – С. 26.

⁴ Див.: *Галкин В. М.* Средства доказывания в уголовном процессе. – М., 1968.

ній зумовлені зовнішніми чинниками, у тому числі запитами практики судочинства щодо вирішення нових завдань і дослідження нових об'єктів¹.

Критикуючи погляди С. Бичкової на природу теорії судової експертизи, Т. Аверьянова наполягає на її подвійності (юридичній та інтеграційній сутності) і характеризує природу як синтетичну².

Р. Белкін наводив визначення науки про судову експертизу як системи загальних положень, принципів, методів реалізації теорії пізнання, діалектики, логіки в їхній взаємодії для пізнання судових експертиз у процесі проведення розслідування та розгляду кримінальних і цивільних справ, що впливає із залучення тих спеціальних знань з різних наук, які необхідні для вирішення завдань судової експертизи³. Це визначення свідчить, на нашу думку, більше про юридичну природу судової експертизи.

Вважаємо, що характеризуючи природу теорії судової експертизи, треба виходити із комплексу уявлень про предмет судової експертизи, її завдання, об'єкти та методи досліджень. Сутність предмета судової експертизи полягає у тому, що його складають фактичні дані та обставини справи, котрі встановлюються шляхом застосування спеціальних знань. Тобто, у процесі проведення судової експертизи спеціальні знання спрацьовують як механізм, через який одержують докази по справі. Судова експертиза (висновок судового експерта) є джерелом доказів, а саме, — фактичних даних, на підставі яких у встановленому законом порядку орган дізнання, слідчий, суд встановлюють наявність або відсутність суспільно небезпечного діяння, винність особи, яка вчинила це діяння, та інші обставини, що мають значення для правильного вирішення кримінальної справи, а також наявність або відсутність обставин, що обґрунтовують вимоги і заперечення сторін, та інших обставин, які мають значення для вирішення цивільної, господарської чи адміністративної справи. Сутність судової експертизи проглядається через її головну мету — одержання шляхом застосування спеціальних знань доказів по справі. У свою чергу, поняття доказу за своєю сутністю є фігурантом виключно у юриспруденції. На наш погляд, це визначаючий, головний чинник, що дозволяє говорити про юридичну за метою, завданнями

¹ Див.: *Бичкова С. Ф.* Становление и тенденции развития науки о судебной экспертизе. — Алма-Аты, 1994. — С. 47–48, 92.

² Див.: *Аверьянова Т. В.* Природа общей теории судебной экспертизы и ее место в системе научного знания // Известия Тульского Государственного университета: Сер. Современные проблемы законодательства России, юридических наук и правоохранительной деятельности. — Тула, 1999. — Вып. 1. — С. 168.

³ Див.: *Белкин Р. С.* Курс криминалистики. — М., 1997. — Т. 2. — С. 299.

дослідження та практичною реалізацією природу судової експертизи взагалі та теорії судової експертизи зокрема.

Таким чином, ми визначилися, що, враховуючи сутність предмета судової експертизи, а відтак, і предмета науки про судову експертизу (із урахуванням того, що наука вивчає закономірності розвитку основ судової експертизи та закономірності експертної діяльності, а судова експертиза як практична, процесуальна діяльність має своїм предметом встановлення даних та обставин справи), можна говорити про його (предмета) юридичну природу. Це означає, що судова експертиза (теорія судової експертизи) має юридичну природу за предметом досліджень.

Ще одна важлива підстава для визначення природи теорії судової експертизи стосується встановлення сутності її об'єкта. Коло об'єктів судової експертизи окреслено матеріальними (матеріалізованими) утвореннями, що є джерелом інформації про факти та обставини справи, які становлять предмет судової експертизи. Отже, ми бачимо тісний зв'язок об'єкта із предметом, що визначається їх юридичною природою. Навіть той факт, що до кола об'єктів належать речові докази, їх похідні, матеріали справи, сліди тощо, демонструє переваги юридичної сторони поняття об'єкта судової експертизи.

Таким чином, за предметом та об'єктом пізнання, що знаходяться виключно у сфері правових явищ, судова експертиза (теорія судової експертизи) має юридичний (правовий) характер.

Якщо розглядати взаємозв'язок судової експертології з іншими науками, то ми побачимо, що найбільш тісно він простежується на рівні юридичних наук (кримінальний, цивільний, адміністративний, господарський процеси, кримінальне, цивільне, господарське, адміністративне право, криміналістика тощо) — це науки, із яких (у які) судова експертиза бере (поставляє) відомості для взаємного збагачення. Використовувані нею методи та прийоми пристосовані або спеціально розроблені з метою досягнення цілей саме даної науки для вирішення її практичних завдань. Отже, використовуючи методи інших наук (загальні, окремі методи пізнання), судова експертиза спрямовує їх на розроблення спеціальних методик дослідження об'єктів судової експертизи, які окрім як у судовій експертизі більш ніде не використовуються, адже вони розроблені з метою одержання доказів по справі.

Законодавчо закріплена й норма про те, що судова експертиза має виконуватися тільки на підставі та у порядку, передбаченими кримінальним, цивільним, господарським, адміністративним процесуальними законодавствами. Таким чином, юридична сторона теорії судової експертизи

пертизи є безсумнівною. Але чи є «суто» юридичною природа судової експертизи? А. Вінберг і Н. Малаховська розробили визначення науки про судову експертизу (судову експертологію, загальну теорію судової експертизи) як галузі знань про закономірності і методологію формування та розвитку наукових основ судових експертиз, здійснюваних за допомогою привнесення даних із базових материнських наук та їхньої трансформації для вирішення завдань судових експертиз, що проводяться у кримінальному та цивільному процесах у тих організаційних формах, які забезпечують наукову обґрунтованість висновків. При цьому вони стверджують, що деякі види експертизи спираються не на предметні судові науки, а на методичні дисципліни, які не трансформують дані материнських наук, а лише відбирають і систематизують ті відомості із них, що необхідні для розроблення методики експертизи даного виду (наприклад, судово-бухгалтерської, автотехнічної тощо)¹. Якщо саме визначення акцентовано більше на юридичну сутність науки про судову експертизу, то наведені за ним твердження А. Вінберга і Н. Малаховської свідчать на користь інтеграційної природи теорії судової експертизи.

Т. Аверьянова аргументовано довела самостійність науки «судова експертиза» та визначила природу загальної теорії судової експертизи як таку, що має інтеграційний характер².

На нашу думку, дискусія учених виникла не стільки навколо відкидання взагалі юридичної сутності теорії судової експертизи (адже з наведеного аналізу ми побачили, що так чи інакше юридичний акцент є присутнім практично завжди при визначенні природи теорії судової експертизи), скільки або навколо змісту спеціальних знань, які використовуються судовим експертом для вирішення завдань судової експертизи (адже ці знання апоріорі не можуть бути юридичними), або навколо сутності об'єктів дослідження технічного, природного чи іншого походження.

Починаючи із середини ХХ ст., під впливом насамперед НТР стало змінюватися коло об'єктів судової експертизи — переплетення (взаємодія) наук, а тим більше їх комплексоутворення висунуло на перший план системний об'єкт вивчення. Кожна окрема галузь судової експертизи внаслідок такого комплексного підходу до об'єкта змушена мати справу не з одним об'єктом, як раніш, а з багатьма об'єктами або сторонами одного об'єкта. Це говорить про необхідність застосування усе

¹ Див.: *Винберг А. И., Малаховская Н. Т. Судебная экспертология (общетеоретические и методологические проблемы судебных экспертиз)*. – Волгоград, 1979.

² Див.: *Аверьянова Т. В. Методы судебно-экспертных исследований и тенденции их развития*. – М., 1994. – С. 210–217.

частіше й частіше комплексного дослідження об'єкта судової експертизи, активної інтеграції методів технічних, природничих наук у дану сферу пізнання. Сучасна реальність довела, що недостатньо зводити методологічні принципи судово-експертного пізнання до механічного оперування окремими поняттями або категоріями загальної теорії судової експертизи і формулювати на цій основі наукові рекомендації щодо удосконалення її функцій і структури. Та чи інша методологічна позиція може бути адекватно оцінена лише за умови, що певні методологічні посилки перетворюються на реальні методики експертного дослідження. Тому і нині є актуальною проблема дискусії навколо окремих теоретичних учень та методик експертного дослідження. Судово-експертна практика доводить, що судову експертизу не можна розуміти лише як сукупність теоретичних, методичних положень, не враховуючи контексту, в якому ці положення формуються. Теорія судової експертизи на підставі аналізу всіх аспектів її розвитку має створити єдине вчення. Сучасна загальна теорія судової експертизи у процесі дослідження закономірностей її утворення та розвитку і визначення головних понять з позиції інтеграційного, системного підходів повинна враховувати взаємодію юридичних, природничих, технічних та інших засад формування даної науки.

В. Лазарев і М. Трифонова запропонували змінити традиційну структуру класифікації наук на суспільні, природничі і технічні, доповнивши її синтетичними, інтеграційними та комплексними науками¹. Вважаємо, що, по-перше, між останніми трьома градаціями немає чіткої підстави для розмежування на окремі класифікаційні одиниці, а по-друге, — що синтетичність, інтеграційність та комплексність у зв'язку із розвитком наукового прогресу (особливо на сучасному етапі) превалюють у будь-яких сферах науки, тому надати їм самостійного значення було б невірним. Останнім часом утворення нових галузей науки відбувається за рахунок не появи якісно нових наук, а інтеграції наукового знання із однієї наукової сфери в іншу. Насправді сутність науки від того, що вона піддається процесам інтеграції, не змінюється. Як вже наголошувалося, інтеграція наукових зв'язків притаманна практично всім наукам, не є винятком і судова експертиза. Інтегруючи знання природничо-технічних наук, експерт трансформує їх у нове системне знання як за предметом, так і за об'єктом дослідження. Це нове знання реалізується у висновку експерта, що є джерелом доказів по справі.

¹ Див.: Лазарев В. Ф., Трифонова М. К. Структура познания и научная революция. – М., 1980.

На думку Ю. Канигіна, інтеграція в судовій експертизі є процесом органічним, пов'язаним з якісними перетвореннями усередині кожного елемента, що входить у систему, з новими тенденціями в його розвитку, викликаними сучасною НТР¹. Дійсно, процеси інтеграції, що відбуваються в судовій експертизі, не змінюючи її юридичної сутності (бути джерелом доказів у кримінальному, цивільному, господарському та адміністративному процесі), чітко позначаються на її методології, що у свою чергу дозволяє розроблювати теоретичні основи створення нових видів експертиз. За своїм походженням ці методи можуть бути математичними, механічними, медичними, біологічними, фізичними, хімічними тощо, але у процесі їх використання з метою вирішення завдань судової експертизи вони трансформуються у методи саме судової експертизи, тобто у кінцевому результаті переростають у спеціальні методи, притаманні тільки судовій експертизі, — методики експертного дослідження.

Як відзначає Т. Аверьянова, розвиток фізики, хімії, філософії і деяких інших наук значно випереджає розвиток судової експертизи. Якщо перші вже давно сформувалися як науки (мають свій предмет, теорію, методи), то остання, що зазнала певних змін у процесі становлення, лише на сучасному етапі здобуває риси системи об'єктивних знань. Вони не справляють прямого впливу, але їх методи використовуються в науковій і практичній судово-експертній діяльності². М. Сегай писав, що оснащення судово-експертних установ сучасними приладами та дослідницькою апаратурою забезпечили активне освоєння та використання в експертній практиці високочутливих аналітичних методів дослідження речових доказів: атомного емісійного й абсорбційного спектрального аналізу, лазерного мікроспектрального аналізу, інфрачервоної й ультрафіолетової спектрофотометрії, радіоспектроскопії, мас-спектроскопії, радіоактиваційного аналізу, рентгенівського фазового аналізу, електронної мікроскопії та ін. Ця обставина прискорила процес диференціації та інтеграції наукових знань у розробленні як вузькоспеціальних, так і комплексних експертних методик, що поглиблюють і розширюють можливості пізнання ознак і властивостей об'єктів експертного дослідження, а також процесів їх взаємодії з оточуючим середовищем³.

¹ Див.: *Канигин Ю. М.* Научно-технический потенциал (проблемы накопления и использования). – Новосибирск, 1984. – С. 84.

² Див.: *Аверьянова Т. В.* Методы судебно-экспертных исследований и тенденции их развития. – М., 1994.

³ Див.: *Сегай М. Я.* Научно-технический прогресс и методологические проблемы судебной экспертизы материальных следов преступления// Криминалистика и судебная экспертиза. – 1973. – Вып. 10. – С. 140–141.

Взагалі останнім часом усе частіше йдеться не про виникнення нових наук, а про поглиблення процесів інтеграції знань майже в усіх сферах наукового знання. Це ж стосується і юридичних наук. Так, В. Селіванов зазначає, що право як соціальне явище за своєю природою є результатом впливу і взаємодії (комбінації) багатьох об'єктивних і суб'єктивних, матеріальних і духовних, політичних і громадянських, економічних і юридичних чинників тощо. Його не можна зводити лише до раціонального, розуміючи останнє тільки як сукупність юридичних норм, правил, що ухвалюються і забезпечуються лише державою, і не дооцінювати того соціально-історичного контексту, в якому ці норми і правила формуються, а потім уже реалізуються у соціальному бутті. Право — це завжди активний, живий процес людської діяльності і як таке воно включає у себе все буття людини — як його матеріальний, раціональний аспект, так і чуттєвий, ірраціональний, зокрема мрії, пристрасті, духовні інтереси людини та ін.; право завжди висуває в суспільстві вимогу слухняності, апелюючи як до матеріального, безособового, кінцевого, так і до віри людей в істину та справедливість реальної соціальної дійсності, які переважають суспільну користь¹. У своєму визначенні і дослідженні права соціальна теорія права повинна зосереджувати увагу на взаємодії духу, матерії, ідей і досвіду. Вона має звести до купи усі традиційні школи юриспруденції — політичні школи (позитивізм), етичну школу (теорія природного права) та історичну школу (історична юриспруденція) і створити інтегровану єдину юриспруденцію².

Таким чином, науки, інтегруючи в собі знання інших наук, не поглинають цілком одна одну, а взаємовикористовують або пристосовують методи і засоби вирішення завдань. Якби у зв'язку із використанням методів та засобів наук змінювалася їх природа, то на сучасному етапі ми могли б говорити про всі науки, як такі, що мають інтеграційну (комплексну, синтетичну) природу. Отже, загальна теорія судової експертизи (судова експертологія) має юридичну природу, нерозривно пов'язану із інтеграцією в неї знань інших наук. Найбільш наглядно процеси інтеграції знань інших наук відображаються у процесі проведення комплексної експертизи.

Надійшла до редколегії 06. 06. 06

¹ Див.: Селіванов В. До проблеми методологічного забезпечення теоретичного аналізу державотворення і правотворення в Україні // Право України. – 2006. – № 4. – С. 26.

² Див.: Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования: Пер. с англ. – М., 1994. – С. 511; Козюбра М. І. Методология права: концептуальные подходы // Проблемы методологии современного правознания: – Матер. міжнарод. наук. - теорет. конф., 9–10 жовтня 1996 р. – К., 1996. – С. 24.

С. Єськов, ад'юнкт Луганського державного університету внутрішніх справ
МВС України

Деякі питання вдосконалення процедури надання судового дозволу на негласні оперативно-розшукові заходи

Беручи на себе обов'язки щодо забезпечення суспільного порядку, держава має право вимагати від громадян поведінки, яка б відповідала вимогам, що зафіксовані в юридичних нормах. Для цього держава як носій влади повинна мати спеціальні механізми забезпечення правопорядку, додержання прав громадян та виконання ними своїх обов'язків. Доволі категорично цю обставину підкреслив сучасний американський філософ і футуролог Е. Тоффлер: «За будь-яким законом, гарним чи поганим, ми натикаємося на зброю»¹. Більш змістовне пояснення цього явища знаходимо також в інших дослідників: «Право — такий нормативно-ціннісний регулятор, який потребує певної сторонньої підтримки, вимагає силових методів гарантування... потрібна і просто сила, здатна впливати на волю людей, за необхідності — подолати її опір і домогтися фактичної реалізації права»².

До таких правових інституцій, метафорично поданих як «зброя» чи «сила», належить й оперативно-розшукова діяльність, оскільки в її межах за наявності необхідних умов обмежуються права і свободи громадян, що за абстрактно-формальною оцінки може бути прирівняне до їх порушення³. Саме ця специфічна риса оперативно-розшукової діяльності зумовлює потребу в її чіткому законодавчому регулюванні та створенні відповідних гарантій з метою не допустити протиправного звуження чи ігнорування інтересів осіб, котрі опинилися у сфері боротьби зі злочинністю.

Однією з таких гарантій, вироблених світовою юридичною практикою, є судовий контроль за законністю й обґрунтованістю дій органів розслідування. Відповідно до міжнародних стандартів у Конституції

¹ Тоффлер Э. Метаморфозы власти. Знание, богатство, сила на рубеже XXI века / Пер. с англ. – М., 2003. – С. 63.

² Алексеев С. С. Философия права. – М., 1997. – С. 71–72.

³ Див.: Розовский Б. Г. Ненаучные заметки о некоторых научных проблемах уголовного процесса: Эссе. – Луганск, 2004. – С. 340; Оперативно-розшыская деятельность: Учебник. – 2-е изд., доп. и перераб. / Под ред. Горяинова К. К., Овчинского В. С., Синилова Г. К., Шумилова А. Ю. – М., 2004. – С. 98–102.

України також зазначається, що окремі обмеження прав громадян можуть бути встановлені лише судом у випадках, передбачених законом.

Конституційні положення були впроваджені в деякі оперативно-розшукові процедури (негласне проникнення до житла чи іншого володіння особи, зняття інформації з каналів зв'язку, контроль за телеграфно-поштовою кореспонденцією, застосування інших технічних засобів одержання інформації), але регламентація подібних обмежень відбувається односторонньо та, за свідченням експертів, концептуально не виважено¹. Якщо самі оперативно-розшукові заходи були закріплені на законодавчому рівні у вигляді повноважень оперативних підрозділів, а також одержали подальше організаційно-тактичне наповнення у відомчих і міжвідомчих нормативно-правових актах, то механізм надання судового дозволу на проведення окремих заходів перебуває лише в стадії становлення та пошуку ефективної процесуальної моделі. Крім загальної згадки в Законі України «Про оперативно-розшукову діяльність» щодо необхідності одержання судового дозволу на проведення деяких оперативно-розшукових заходів, цей механізм не був регламентований, про що неодноразово зазначали науковці та правозахисники². Рекомендації, надані суддям постановою Пленуму Верховного Суду України від 1 листопада 1996 р. за № 9 «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя» і Листом Верховного Суду від 19 листопада 1996 р. за № 16/6 «Про тимчасовий порядок розгляду матеріалів про дачу дозволу на проникнення до житла чи іншого володіння особи, накладення арешту на кореспонденцію і виїмку її з поштово-телеграфних установ та зняття інформації з каналів зв'язку (телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції)», теж мають загальний характер і недостатньо висвітлюють питання надання судового дозволу на проведення оперативно-розшукових заходів.

За таких умов слід тільки привітати розпочату Верховним Судом України роботу над проектом постанови Пленуму Верховного Суду України «Про деякі питання застосування судами України законодавства при дачі дозволів на обмеження окремих конституційних прав громадян

¹ Див.: *Пилипчук П. П.* Обрання судом запобіжного заходу у вигляді взяття під варту в стадії досудового розслідування кримінальної справи // Вісник Верховного Суду України. – 2001. – № 6. – С. 44.

² Див.: *Погорецький М. А.* Судовий контроль та прокурорський нагляд за використанням протоколів оперативно-розшукової діяльності в кримінальному процесі // Вісник Верховного Суду України. – 2003. – № 2. – С. 37–38; *Захаров Е. Е.* Про судовий дозвіл на негласні оперативно-розшукові заходи // Юрид. вісник України. – 2003. – № 49. – С. 27.

на стадіях дізнання і досудового слідства». Цей проект став предметом плідного обговорення працівниками судової системи та провідними вітчизняними вченими (О. Бандурка, Ю. Грошевий, А. Дмитрієв, В. Комаров, В. Лисак, В. Маляренко, П. Мельник, П. Рабінович, А. Селіванов, В. Шакур, М. Шумило, В. Філатов)¹, деякі його аспекти було проаналізовано також науковцями Луганського державного університету внутрішніх справ МВС України². Усвідомлюючи надзвичайну актуальність зазначеної проблеми, вважаємо за доцільне приєднатися до її обговорення і висловити деякі міркування з цього приводу.

1. Проект постанови в існуючій редакції залишає дискусійною проблему про необхідність ведення протоколу судового засідання з питань надання дозволу³. На наш погляд, під час розгляду подання оперативно-розшукового підрозділу на проведення оперативно-розшукових заходів, що обмежують права громадян, протокол засідання має вестися. Доцільність цього спробуємо продемонструвати таким чином. Наприклад, під час розгляду кримінальної справи в суді першої інстанції виникають сумніви щодо законності й обґрунтованості судового дозволу на оперативно-розшукові заходи, що були проведені при розслідуванні злочину. Як можна встановити, чи були достатні підстави для проведення оперативно-розшукового заходу, чи захід проводився за принципом «переможців не судять»? Відсутність протоколу судового засідання з приводу надання дозволу робить ці сумніви непереборними, а саму постанову про надання дозволу наділяє неспростовною преюдиціальністю. Отже, непереборні сумніви щодо законності проведення оперативно-розшукового заходу автоматично, з огляду на презумпцію невинуватості («усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на її користь»), тягнутимуть за собою недопустимість одержаних під час проведення заходу доказів.

¹ Див.: Матеріали четвертого пленарного засідання Науково-консультативної ради при Верховному Суді України 20 квітня 2005 р. // Офіційний Інтернет-портал Верховного Суду України (www.scourt.gov.ua).

² Див.: *Дидоренко Е. О., Курочка М. Й., Сілюков В. О.* та ін. До питання процесуальних гарантій дотримання конституційних прав і свобод громадян (до проекту постанови Пленуму Верховного Суду України) // Вісник ЛАВС ім. 10-річчя незалежності України. – 2005. – № 2. – С. 155–158.

³ Пункт 11 проекту містить два варіанти абзацу, що регламентує це питання. Перший варіант – «законом не передбачено ведення протоколу судового засідання під час розгляду справ цієї категорії», другий – «маючи на увазі, що ст. 84 КПК передбачено обов'язкове ведення протоколу під час засідань суду першої інстанції, протокол судового засідання має вестися і під час розгляду справ даної категорії».

Правила преюдиції, як зазначає Ю. Грошевий, «повинні співвідноситися з вимогами, що впливають з оцінки доказів»¹. Розвиваючи цю тезу, автор робить висновок про те, що преюдиції не повинні мати характеру наперед установлених, сковувати переконання суддів². Отже, для забезпечення можливості перевірки законності й обґрунтованості наданого дозволу та усунення сумнівів щодо допустимості доказів, одержаних під час проведення оперативно-розшукових заходів, слід закріпити правило про ведення протоколу під час судового розгляду подання оперативного підрозділу. Ця вимога зробить процедуру надання дозволу більш прозорою для її наступної оцінки, а також сприятиме більш ретельній перевірці законності одержання відомостей в оперативно-розшуковому режимі.

2. Доволі категорично в зазначеному проекті (п. 11 абз. 4) вирішується питання про обсяг матеріалів, що надаються судді: «У випадках, коли надається не вся справа, а лише її частина, або коли надаються лише окремі копії процесуальних документів, суди мають повертати такі подання без розгляду». Такий підхід спричинить певні ускладнення для оперативно-розшукових підрозділів, а також може вплинути на додержання конспірації в їх діяльності. У практиці оперативно-розшукових підрозділів результати оперативної розробки часто фіксуються в багатотомних справах, де, крім відомостей, що стосуються фактичних підстав для проведення заходів, міститься інша інформація, не потрібна судді для прийняття виваженого рішення про надання дозволу. Отже, аналізуючи правило про необхідність надання всіх матеріалів оперативно-розшукової справи, одразу слід поставити декілька питань. Якщо надавати судді всю оперативно-розшукову справу, котра складається, наприклад, з 20 томів, скільки часу потрібно для її ретельного вивчення? Як забезпечити її зберігання в приміщенні суду? Навіщо надавати судді докладні відомості про всіх членів злочинної групи, якщо захід, котрий планується, буде проведено стосовно однієї особи?

Зрозуміло, що подібне правило продиктоване прагненням установити більш міцний бар'єр перед зловживаннями з боку оперативно-розшукових підрозділів, але виїде, як у Ш. Монтеск'є: «Часто законодавець, бажаючи

¹ Грошевой Ю. М. Проблемы формирования судейского убеждения в уголовном судопроизводстве. – Х., 1975. – С. 99.

² Див.: Там само. – С. 103. Див. також: Резник Г. Внутреннее судейское убеждение и преюдиция // Сов. юстиция. – 1971. – № 7. – С. 10–11; Петрухин И. Л. Внутреннее убеждение суда и правовые презумпции // Сов. государство и право. – 1964. – № 3. – С. 63–71; Бережний О. І. Преюдиціальність судових рішень у кримінальних справах: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2003. – С. 10.

припинити яке-небудь зло, тільки й думає про досягнення цієї мети. Він бачить лише одну сторону справи та не помічає пов'язаних з цим незручностей»¹. Заздалегідь просимо вибачення за прямолінійність, однак наведена цитата досить влучно, на наш погляд, характеризує припис про обов'язкове надання судді всієї оперативно-розшукової справи.

Цілком справедливим є твердження про те, що «таємниці, приховувані від суду, є образливими для правосуддя»². Однак стосовно до надання судового дозволу на негласні оперативно-розшукові заходи це гасло повинно мати певні обмеження. По-перше, не мають бути предметом розгляду відомості щодо осіб, упроваджених у злочинні групи, штатних негласних працівників або осіб, які співпрацюють з оперативно-розшуковим підрозділом на конфіденційних засадах. По-друге, предметом розгляду мають бути лише ті матеріали, що свідчать про наявність підстав, з якими закон пов'язує можливість проведення оперативно-розшукового заходу. Обов'язково при цьому повинні подаватися судді й досліджуватися ним такі матеріали: а) подання оперативного підрозділу; б) постанова про заведення оперативно-розшукової справи; в) матеріали, що свідчать про наявність фактичних підстав для проведення заходу; г) матеріали, що підтверджують мешкання конкретної особи в приміщенні, до якого планується проникнення (при наданні дозволу на проникнення до житла або іншого володіння); ґ) матеріали, що підтверджують належність конкретній особі або використання нею каналу зв'язку (при наданні дозволу на зняття інформації з каналів зв'язку).

3. Окремої уваги потребує також співвідношення контрольної діяльності суду з прокурорським наглядом за додержанням прав громадян при проведенні оперативно-розшукових заходів. Так, згідно з ч. 2 ст. 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» прокурор повідомляється про надання судового дозволу на проведення оперативно-розшукових заходів. Водночас ст. 97 КПК України закріплює іншу процедурну модель — проведення оперативно-розшукових заходів передбачає їх попереднє узгодження з прокурором.

Якщо додержуватись положень ч. 2 ст. 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність», то судді при прийнятті рішення невідома позиція прокурора з приводу запланованого оперативно-розшукового заходу, хоча прокурор з огляду на його правовий статус має більше повноважень у частині перевірки законності й обґрунтованості заходу, а відтак, як наслідок, більше можливостей виявити та попередити без-

¹ *Монтескьє Ш.* Избранные произведения. – М., 1955. – С. 233.

² Див.: *Петрухин И. Л.* Личные тайны (человек и власть). – М., 1998. – С. 33.

підставне проведення оперативно-розшукового заходу. Певний інтерес при розв'язанні цієї проблеми становить думка В. Зеленецького та І. Коз'якова, які зазначають, що оперативно-розшукова діяльність, будучи тією частиною кримінального судочинства, «де ризик незаконного обмеження прав і свобод громадян, навіть до застосування тортур, є найбільш імовірним ... потребує суворого, всебічного та принципово об'єктивного нагляду прокуратури»¹. Отже, з метою попередження можливих порушень закону в оперативно-розшуковій діяльності більш доцільним буде попереднє узгодження з прокурором подання на проведення оперативно-розшукових заходів, що пов'язані з обмеженням прав громадян.

Аналогічної думки додержуються й інші дослідники. М. Погорецький, наприклад, аргументує свою позицію тією обставиною, що оскільки оперативно-розшукова діяльність «в змагальному кримінальному процесі, який відповідно до ст. 129 Конституції та у зв'язку з судово-правовою реформою започатковується в Україні, належить до функції обвинувачення (переслідування), то зовсім нелогічним є те, що оперативно-розшукові підрозділи, обминаючи прокурора як головного носія цієї функції, беруть дозвіл на проведення оперативно-розшукових заходів самостійно в суді, а прокурору лише повідомляють про це»².

Урахування наведених положень, на наш погляд, сприятиме побудові більш раціональної моделі контрольної діяльності суду з приводу надання відповідних дозволів. Але ефективність здійснення судового контролю, як відомо, зумовлюється низкою чинників, головним серед яких є належна правова регламентація цієї діяльності³. Тому вдосконалення правового інституту судового контролю не повинно завершитися прийняттям зазначеної постанови Пленуму Верховного Суду. Основні засади процедури надання судового дозволу слід закріпити в КПК України. Інакше зосередження більшості приписів щодо судового контролю на підзаконному рівні або в квазіджерелах права призведе до гіпертрофованого посилення їх юридичного значення⁴. Незавершеність зако-

¹ Зеленецький В. С., Коз'яков І. Н. Ведомственный контроль и прокурорский надзор за законностью ОРД. – Х., 2003. – С. 223.

² Погорецький М. А. Судовий контроль та прокурорський нагляд за використанням протоколів оперативно-розшукової діяльності в кримінальному процесі // Вісник Верховного Суду України. – 2003. – № 2. – С. 38.

³ Див.: Шило О. Г., Маринів В. І. Проблеми підвищення ефективності судового контролю за обмеженням конституційних прав людини в кримінальному судочинстві // Судова реформа в Україні: проблеми та перспективи: Матер. конф. / За ред. В. В. Сташиса та ін. – Х., 2002. – С. 230–231.

⁴ Див.: Мурадьян Э. М. Социальное действие и резонанс судебного решения // Сов. государство и право. – 1983. – № 3. – С. 49.

ну зумовлює ситуацію, коли приписи, що підлягають закріпленню на законодавчому рівні, зберігаючи матеріально-правову актуальність, регламентуються наказами й інструкціями. Внаслідок цього реальність закону ставиться в залежність від актів, не рівних з ним за юридичною силою.

Можливий вихід із подібної ситуації вбачається у віднесенні повноважень щодо надання дозволів на проведення оперативно-розшукових заходів, які обмежують права людини, до компетенції слідчого судді, посада якого передбачена в проекті КПК¹. Також раціональним, на наш погляд, буде включення до проекту КПК норми, яка б визначала процесуальний механізм надання судового дозволу на проведення окремих оперативно-розшукових заходів.

«Стаття 229¹. Судовий порядок одержання дозволу на проведення оперативно-розшукових заходів

1. Негласне проникнення до житла чи іншого володіння особи, зняття інформації з каналів зв'язку, контроль за листуванням, телеграфною та іншою кореспонденцією, застосування інших технічних засобів одержання інформації проводяться за рішенням слідчого судді, прийнятим за поданням керівника відповідного оперативного підрозділу або його заступника, узгодженим з прокурором.

2. Подання про проведення оперативно-розшукового заходу підлягає розгляду слідчим суддею за місцем провадження заходу або за місцем знаходження оперативно-розшукового підрозділу не пізніше двадцяти чотирьох годин із моменту надходження зазначеного подання.

3. Слідчому судді разом із поданням оперативно-розшуковий підрозділ надає матеріали, що свідчать про наявність підстав для проведення заходу. Слідчий суддя має право витребувати інші матеріали, що стосуються підстав проведення заходу, за винятком відомостей щодо осіб, упроваджених у злочинні групи, штатних негласних працівників або осіб, які співпрацюють з оперативно-розшуковим підрозділом на конфіденційних засадах.

4. Розглянувши подання про проведення оперативно-розшукового заходу, слідчий суддя виносить умотивовану постанову про дозвіл на його проведення або про відмову в проведенні оперативно-розшукового заходу.

¹ Див.: Проект КПК реєстр. № 3456-Д, внесений народними депутатами Мойсиком В. Р., Бандуркою О. М., Вернидубовим І. В., Гавришем С. Б., Малиновським О. П., Маркуш М. А., Морозом О. О., Онопенком В. В., Оніщуком М. В., Потебеньком М. О., Деркачем Л. В., Шкілем А. В. та ін. (www.gada.gov.ua).

5. У разі оперативної необхідності невідкладного здійснення заходів, що обмежують конституційні права людини, оперативно-розшукові підрозділи мають право розпочати їх проведення. У цьому випадку оперативно-розшукові підрозділи зобов'язані протягом 24 годин повідомити прокурора та суд про підстави їх здійснення та одержати дозвіл у встановленому порядку. У разі, якщо слідчий суддя визнає проведення заходу незаконним, усі докази, які були отримані під час проведення цього заходу, вмотивованою постановою визнаються недопустимими відповідно до статті 153 цього Кодексу».

Враховання наведених пропозицій, на наш погляд, сприятиме попередженню випадків, коли з суддею «гратимуть утемну», тобто в поданні вкажуть прізвище однієї особи, а номер телефону, наприклад, іншої, узагалі не причетної до злочинної діяльності. Тим більше, що подібні факти вже мали місце: за свідченням експертів, у такий спосіб здійснювалося незаконне прослуховування телефонних розмов представників опозиції¹. Можливо, що наведені міркування сприятимуть усуненню негативних проявів, а також установають баланс інтересів правоохоронних органів з законними інтересами і правами громадян в оперативно-розшуковій діяльності.

Надійшла до редколегії 27. 02. 06

¹ Див.: Куливар Г. Манія прослушивання // Зеркало недели. – 2005. – № 20. – 28 мая. – С. 19; Кондратенко Д. Закулисная игра Виктора Ющенко // Киевские ведомости. – 2002. – № 5. – 10 янв. – С. 3; Экс-премьер и мэр Киева «сняли» Медведчука? // Комсомольская правда в Украине. – 2002. – № 4. – 10 янв. – С. 3.

НА ПОЧАТКУ ТВОРЧОГО ШЛЯХУ

Ю. Левіна, здобувачка НЮА України

Демократія як форма політичного режиму

Принцип демократизму є основоположним принципом, згідно з яким в Україні відбуваються якісно нові перетворення економічних, політичних, соціальних, культурних відносин, що сприяють зростанню добробуту українського народу, захисту прав і свобод людини і громадянина.

Демократія — це складний політичний і державний феномен, який часто ототожнюють з народовладдям, що спрощує її значення. Більшість учених-юристів (Л. Кириченко, В. Коростей, Л. Нудненко, В. Погорілко, О. Скрипнюк, В. Тацій, В. Цвік, В. Чіркін, В. Шаповал) розмежовують ці поняття, наголошуючи на їх нерозривному зв'язку в умовах всенародної держави як організації політичної влади суспільства¹. Народовладдя є сутністю демократичної держави, а демократія — її внутрішньою формою. Сутність народної держави може бути реалізована лише через реальну, гарантовану систему інститутів демократії, що охоплює всі сфери суспільного життя. Створення такої системи можливе за умов ефективної реалізації й удосконалення конкретних форм народовладдя. Сучасна демократична держава не повинна допускати підміни змісту формою, навіть якщо ця форма є демократичною. Соціальна цінність демократії визначається тим, наскільки реально вона забезпечує здійснення народовладдя, оскільки історії відомі приклади антинародних типів демократії, які не мали нічого спільного з народовладдям².

Належність влади народу є сутнісною ознакою демократичної держави, а демократія, характеризуючи форми здійснення державної влади, є похідною від народовладдя і перебуває з ним у відносинах взаємодії. Розмежувавши поняття народовладдя і демократії, можна певною мірою стверджувати, що зведення форм демократії лише до безпосереднього і

¹ Див.: *Цвік М. В.* Теория социалистической демократии (государственно-правовые аспекты) / За заг. ред. А. Колодія. — К., 2002.; *Скрипнюк О. В.* Демократія: Україна і світовий вимір (концепції, морделі та суспільна практика). — К., 2006; *Нудненко Л. А.* Теория демократии. — М., 2001.

² Див.: *Кириченко Л.* Народовладдя у системі найважливіших соціальних зв'язків українського суспільства // Юрид. вестник. — 2001. — № 3. — С. 91–99.

представницького народовладдя істотно звужує і спрощує її розуміння¹. Дж. Оруелл відмітив, що коли йдеться про таке поняття, як демократія, виявляється не тільки відсутність його загальноприйнятого поняття, а й будь-які спроби дати таке визначення зустрічають опір з усіх сторін².

В літературі демократію найчастіше визначають як форму держави, що передбачає прямий доступ громадян та їх об'єднань до участі у здійсненні державної влади. Громадяни можуть впливати на прийняття управлінських рішень, вимагати від влади відображення в цих рішеннях своїх інтересів, що передбачає наявність спеціальних органів, за допомогою яких воля громадян та їх об'єднань формулюється у вигляді законів і втілюється у реальному житті.

Як політичний режим демократія характеризується виборністю центральних і місцевих органів влади, свободою думки і слова, ідеологічним і політичним плюралізмом, існуванням легальної опозиції тощо. Демократичний політичний режим використовує способи і методи управління державними справами, які базуються на загальнолюдських цінностях, забезпечує реалізацію волі більшості з урахуванням інтересів меншості.

Демократія як принцип організації і діяльності державних органів реалізується через принципи поділу влади на гілки, гласності, плюралізму, залучення населення до участі в роботі державних органів усіх рівнів, рівності і гарантованості прав і свобод людини і громадянина, підзвітності і підконтрольності посадових осіб народу, взаємній відповідальності особи і громадянина.

Демократія як форма будь-якої громадської організації спирається на формування і розвиток громадянського суспільства, яке є опорою демократичної держави. Для ефективного функціонування такої держави необхідне створення організаційно-правового механізму взаємодії громадянського суспільства і держави, що передбачає участь громадських організацій в управлінні справами держави і суспільства, їх вплив на організацію і діяльність апарату держави. Ця взаємодія держави і громадянського суспільства забезпечує здійснення такої важливої функції, як формування і реалізація суспільного інтересу³.

Державний режим як сукупність методів і способів здійснення політичної влади є найбільш динамічною складовою форми держави. Він чутливо реагує на важливі процеси трансформацій, що відбуваються в

¹ Див.: *Шаповал В.* Безпосередня демократія і представницька демократія у взаємозв'язках // *Право України.* – 2004. – № 8. – С. 8–12.

² Див.: *Чиркин В.* Конституционное право зарубежных стран. – М., 2001.

³ *Скрипнюк О.* Вплив інститутів громадянського суспільства на становлення і розвиток демократичного і політичного режиму // *Право України.* – 2001. – № 5.

економічному і соціально-політичному середовищі, певною мірою індивідуалізує форму держави і виступає як найважливіша складова політичного режиму. Державний і політичний режими є близькими за значенням, але не тотожними поняттями. Політичний режим має більш широке значення і характеризує не тільки методи діяльності державних органів, а й форми діяльності всіх суб'єктів політичної системи: політичних партій, рухів і об'єднань громадян.

Політичний режим є технологією формування і здійснення державної влади. В літературі найбільш поширені визначення політичного режиму як сукупності владних структур, що контролюють чи встановлюють способи функціонування політичного співтовариства, або як сукупності прийомів, способів і методів здійснення політичної влади. Багатоманітність політичних режимів обумовлена різною соціальною природою політичних сил, а також особливостями розташування цих сил у політичній системі.

Одні вчені вважають, що політичний режим характеризує не форму, а сутність держави; інші — що він є загальною категорією, котра поєднує ознаки як форми правління, так і форми державного устрою. Вчені інституціонального напрямку М. Оріу, Дж. Бурдо, М. Дюверже ототожнюють поняття «державний режим» з поняттями «форма правління», або «форма державного устрою», і пов'язують їх класифікацію з особливостями поділу державної влади на гілки. Відповідно виділяють режим злиття влади (абсолютна монархія), режим поділу влади (президентська республіка) і режим співробітництва влади (парламентська республіка).

Послідовники соціологічного напрямку дослідження державно-правових явищ Г. Алмонд і Д. Істон основну увагу приділяють тим зв'язкам між суспільством і державою, що склалися реально і не обов'язково відповідають нормам конституційного права. Вони розглядають політичний режим не тільки як «форму» влади з притаманними їй методами реалізації політичної волі, а й у більш широкому значенні — як баланс політичних сил у взаємовідносинах соціального характеру. Ж. -Л. Кермоп під політичним режимом розуміє сукупність елементів ідеологічного, інституціонального і соціологічного порядку, що сприяють формуванню політичної влади даної країни на певний період¹.

Будь-який політичний режим є результатом тих чи інших передумов, існування яких викликано об'єктивно сформованими суспільними відносинами з огляду на пріоритет поставлених завдань. Соціально-еконо-

¹ Див.: Гончаров Д., Гонтарева И. Введение в политическую науку. – М, 1996.

мічною передумовою демократичного політичного режиму є існування суверенних індивідуальних суб'єктів — власників, які будують свої відносини майнового характеру на основі договору. Політико-правові передумови передбачають: відсутність єдиної, офіційної ідеології; багатопартійну політичну систему, що забезпечує конкуренцію політичних сил; існування меншості, до функції якої входить опозиційна діяльність; широке коло політичних свобод (гласність, свобода слова, вуличних походів, протестів).

Політичний режим пов'язаний не тільки з формою організації влади, а й з її змістом, тому демократичний політичний режим необхідно розглядати як метод здійснення політичної влади, що використовує переконання, заохочення, узгодження, законність тощо. Влада реалізується в інтересах народу правовими методами, а ознаками такої влади є легальність і легітимність. Демократичний режим забезпечує свободу в сфері економічної діяльності, яка становить основу матеріального благополуччя суспільства, реальну гарантованість особистих прав і свобод громадянина, можливість виражати власну думку, брати активну участь в різних культурних, наукових, професійних та інших громадських заходах тощо.

Демократія — це така форма організації і здійснення народом політичної влади, що заснована на рівноправній участі громадян у формуванні органів держави і контролі за їх діяльністю, на принципах законності, рівності громадян перед законом, взаємній відповідальності держави й особи. Зміст демократії як форми організації і здійснення державної влади становить систему норм, принципів, процедур, форм та інститутів, що реалізують принцип народовладдя.

Демократія має політичний характер, оскільки виступає організуючим принципом і чинником діяльності різних політичних сил у боротьбі за реалізацію державної влади та впливає на процеси прийняття державних рішень. Рівноправна участь громадян у формуванні органів держави й організації контролю за їх діяльністю є одночасно і ознакою, і принципом демократії. Кожний громадянин має право брати участь у висуванні кандидатів, бути обраним на певну державну посаду, вимагати проведення розслідування і здійснення контролю за їх діяльністю.

Безперешкодне використання громадянами своїх прав і свобод та виконання обов'язків є наслідком реалізації принципу рівності громадян перед законом і важливою ознакою демократії, сутність якої визначає-

ся свободою як невід’ємною ознакою і принципом демократичного ладу¹. Кожний громадянин має право висловлювати власну думку, обирати будь-який варіант поведінки в межах дозволених законом, вільно обирати місце проживання, професію, віросповідання тощо.

Принцип поділу влади — найважливіша гарантія забезпечення прав і свобод людини і громадянина, реалізація якого необхідна для утвердження ідеї верховенства права, законності і демократії. Разом з іншими інститутами демократії цей принцип створює умови для ефективного функціонування державного апарату, гарантує ідеологічний, політичний та економічний плюралізм, захищає права і свободи людини і громадянина. Сутність поділу влади на гілки полягає у забезпеченні політичної свободи громадян шляхом створення системи «стримувань і протизваг», що нейтралізує тенденції до захоплення влади групою громадян або окремою особою. В демократичній, правовій державі повинні окремо функціонувати незалежні, рівні й урівноважені гілки влади для ефективного функціонування народовладдя. Ці гілки влади мають знаходитись у тісному взаємозв’язку і взаємодії, що зумовлює єдність державного механізму. Поділ влади розуміється не як протистояння і конфронтація, а як розумне обмеження повноважень між гілками влади, що встановлюється в конституції та інших законах.

Основою демократії є розвинутий публічний діалог представників різних політичних сил, який відбувається в суспільстві і концентрується в парламенті. Важливим чинником у діяльності багатьох парламентів є опозиція, яка включає депутатів парламентської меншості, чії думки не збігаються з політикою парламентської більшості й уряду, критикує діяльність уряду тощо. Опозиція вважається невід’ємним компонентом демократичного суспільства і правової держави. Демократія — це не тільки вияв волі більшості, а й гарантія реалізації права меншості на критику і вільне вираження своїх конструктивних поглядів².

Демократичний режим базується на правових законах. Панування принципів законності і верховенства права — одна з головних внутрішньо притаманних демократії ознак. Демократія має місце в тій державі, де існує влада права, сутність якої полягає в пріоритеті права над приписами державної влади. В умовах відсутності демократії право фактично отожднюється з силою, а правова система обслуговує інтереси окремих соціальних сил.

¹ Див.: *Погорілко В.* Основні засади теорії безпосередньої демократії // *Право України.* — 2001. — № 8. — С. 26–32.

² Див.: *Коростей В.* Правові проблеми національної демократії // *Право України.* — 2003. — № 1. — С. 123–126.

Взаємна відповідальність держави і громадянина — основна відмінність демократичної держави від недемократичної. Якщо в умовах останньої основний вантаж обов'язків покладено на громадян, то демократія передбачає, що державні органи й посадові особи не мають права діяти поза своїх повноважень, визначених законом. В протилежному разі вони несуть юридичну відповідальність, міра якої визначається незалежним судом.

Існування і функціонування демократичного політичного режиму спрямоване на забезпечення прав, свобод і законних інтересів громадян. Реальне здійснення демократичної трансформації українського суспільства, його економічних і правових відносин потребує якісно нової державної політики, де б людина, громадянин розглядались як основна діюча фігура громадянського суспільства, економічного процесу, основний суб'єкт приватноправових відносин¹. Йдеться про суспільство, в якому юридично самостійні громадяни й організації діють на власний розсуд згідно з своїми спільними інтересами, не порушуючи при цьому законних інтересів інших осіб і суспільства.

Демократія є ефективною формою організації державної влади, розвиток і розширення якої залежать від політичної активності суспільства. Державний режим як складова політичного режиму відображає реальну картину відносин між державою та її громадянами і реалізується через систему органів державної влади, їх взаємодію з громадянським суспільством, що забезпечується та охороняється правом. Демократія забезпечує особу і суспільство комплексом таких умов, за яких можна вільно і самостійно формулювати і реалізовувати свої інтереси та переконання, відкриває широкий простір для нових ідей, теорій, думок.

Надійшла до редколегії 25. 09. 06

І. Дахова, асистент НЮА України

Принципи діяльності уряду в зарубіжних країнах

Важливим елементом конституційно-правового статусу уряду в зарубіжних країнах є ті вихідні засади, на яких будується діяльність цього

¹ Див.: *Тацій В.* Утвердження і забезпечення прав і свобод людини – головний конституційний обов'язок демократичної, правової, соціальної держави // *Вісник Академії правових наук України.* – 2000. – № 4 (21).

колегіального органу виконавчої влади. Йдеться про принципи діяльності уряду, розгляду яких не приділено достатньої уваги як у зарубіжній, так і у вітчизняній літературі.

У конституціях більшості зарубіжних країн, як правило, відсутні окремі статті, присвячені виключно принципам діяльності уряду, однак це не означає, що зміст таких вихідних засад не відображено у текстах основних законів. Так, у ст. 72 Конституції Андорри, присвяченій діяльності уряду, відмічається, що «публічна адміністрація є суспільно корисною службою і діє відповідно до принципів ієрархії, ефективності, транспарентності і в повному підпорядкуванні Конституції, законам і загальним принципам юридичного порядку, визначеним Титулом I». Відповідно до ст. 103 Конституції Іспанії органи публічного управління неупереджено слугують спільним інтересам і діють відповідно до принципів ефективності, співвідлеглості, децентралізації, деконцентрації й координації при повному підкоренні закону та праву.

В інших випадках вихідні принципи діяльності уряду закріплено в законах, що врегульовують конституційно-правовий статус уряду. Так, у ст. 3 Федерального конституційного закону Росії від 17 грудня 1997 р. за № 2-ФКЗ «Про Уряд Російської Федерації» містяться такі принципи діяльності російського уряду: верховенства Конституції РФ, федеральних конституційних законів і федеральних законів; народовладдя; федералізму; поділу влади; відповідальності; гласності; забезпечення прав і свобод людини і громадянина¹.

Що стосується конституційного законодавства інших країн, то хоча в переважній більшості з них вихідні засади діяльності уряду не формалізовано у вигляді конкретних правових норм, однак це не означає, що дії та рішення уряду не базуються на певних принципах. Такі вихідні засади проявляються при прийнятті будь-яких урядових рішень, вчиненні різних дій, підзаконної урядової правотворчості та застосування урядом законів.

У системі принципів діяльності будь-якого органу державної влади можна виділити як загальні, так і спеціальні принципи. Перші базуються на відповідних засадах конституційного ладу і є характерними для всіх державних інституцій. До них можна віднести принципи законності, демократизму, гласності, поділу влади. Проте ми вважаємо виділення цих засад умовним з огляду на той факт, що неможливо уніфікувати законодавство у сфері організації й діяльності уряду в зарубіжних краї-

¹ Див.: Собрание законодательства Российской Федерации. – 1997. – № 51. – Ст. 5712.

нах, оскільки кожна з них має свою суттєву державно-правову специфіку, яка проявляється в безлічі специфічних аспектів, таких як форма держави (правління, устрій, режим), особливості політичної системи, стан законодавства тощо. Однак останні тенденції в державному будівництві переважної частини країн світу свідчать про поступову демократизацію процесів державного управління. Разом з тим, ураховуючи необхідність прикладного характеру дослідження для вітчизняної науки, саме ці принципи відображають ті засади, на яких має будувати свою діяльність сучасний демократичний уряд. Що стосується більш детальної характеристики зазначених принципів, то вона полягає в наступному.

Принцип законності має одне з провідних значень у діяльності уряду. В літературі він характеризується як принцип здійснення державою владних повноважень, тобто «вимога законодавчого закріплення компетенції владних структур, ухвалення рішень у межах компетенції та на підставі закону, дотримання в діяльності державних структур конституційних прав та свобод»¹. У нашому випадку важливим аспектом є законодавче врегулювання організації та діяльності уряду.

Як правило, в тексті конституції є відсилочна норма, яка передбачає прийняття конституційного закону, що врегулював би це питання. Так, відповідно до ч. 2 ст. 114 Конституції РФ, порядок діяльності Уряду Російської Федерації визначається федеральним конституційним законом. У ст. 67 Конституції Фінляндії передбачено, що більш детальні положення про основи організації та порядок прийняття рішень Державною радою встановлюються законом.

В інших випадках конституції певних зарубіжних країн містять лише посилання на законодавче врегулювання окремих питань діяльності уряду. Так, відповідно до ст. 70 Конституції Чехії член Уряду не має права займатися діяльністю, характер якої несумісний із здійсненням ним своїх функцій, при цьому подробиці встановлюються законом.

Основним Законом Німеччини передбачено також можливість Уряду врегульовувати власну діяльність за допомогою регламенту. Однак при цьому встановлюється необхідність затвердження цього акта главою держави: «Федеральний канцлер веде справи Уряду згідно з регламентом, прийнятим Федеральним урядом і схваленим Федеральним президентом» (ст. 65).

Принцип демократизму — вихідна засада в діяльності уряду в тих країнах, які не тільки проголосили, а й реально втілюють на практиці

¹ Шемшученко Ю. С., Бобровник С. В. Законність // Юридична енциклопедія: В 6 т. – Т. 2: Д-Й. – К., 1998. – С. 498.

демократичні устої. Він є проявом такої загальної засади конституційного ладу, як демократична держава. Одним із визначальних аспектів розгляду цієї засади, на думку російських дослідників Д. Каткова і Є. Корчиго, є наявність демократичної процедури формування та здійснення державної влади, яка, зокрема, полягає в закріпленні в Конституції й законодавстві таких процедур, як порядок прийняття законів, компетенція й повноваження органів державної влади, порядок видання ними актів, ієрархія різних актів у правовій системі та ін.¹ У даному випадку демократизм проявляється в проведенні засідань уряду та прийнятті урядових рішень прозоро, відкрито, колегіально, більшістю голосів із урахуванням думки меншості.

Принцип поділу влади є не тільки вихідною засадою організації діяльності уряду, а й тим визначальним чинником, який дозволяє встановити місце уряду в державному механізмі. Насамперед йдеться про те, що поділ влади дає змогу уявити, які функції виконує орган влади, що належить до відповідної гілки, які форми взаємовідносин виникають між ним і органами інших гілок влади, в який спосіб здійснюється контроль за його діяльністю з боку інших інституцій.

На підставі такого аналізу можна встановити ступінь самостійності уряду в здійсненні державного управління. Крім цього, зазначений принцип визначає роль і значення уряду не тільки усередині державного механізму, а й у вертикалі виконавчої влади, адже у ситуації зі змішаною формою правління досить частою є ситуація реального домінування глави держави у виконавчій вертикалі, попри формальну відсутність статусу глави виконавчої влади.

З точки зору побудови нормативного матеріалу принцип поділу влади проявляється у виділенні в окремі розділи (чи розділ) статей, присвячених взаємовідносинам уряду з парламентом, главою держави та органами, що представляють інші гілки державної влади.

Принцип гласності проявляється у відкритості його роботи та доступі громадськості до рішень, прийнятих урядом. Так, на думку В. Серьогіна, інформування широкого загалу про діяльність уряду й прийняті ним рішення забезпечуються: 1) через парламент (звіти, відповіді на депутатські запити та ін.); 2) через засоби масової інформації (тексти правових актів, статті, інтерв'ю, прес-релізи та ін.); 3) безпосереднім спілкуванням з громадянами (відповіді на інформаційні запити, бесіди з громадянами під час робочих поїздок Прем'єр-міністра по країні та

¹ Див.: Катков Д. Б., Корчиго Е. В. Конституционное право России. – М., 1999. – С. 41.

ін.)¹. До цих заходів можна додати ще можливість представників інших органів влади (парламенту, Верховного Суду тощо) брати участь у засіданнях уряду.

Однак сучасною тенденцією стало все частіше проведення засідань уряду «за закритими дверима». Це пов'язано насамперед із необхідністю прийняття оперативних рішень урядовими органами у сфері захисту національної безпеки. Досить часто такі рішення приймаються на підставі інформації, що має характер державної таємниці. При цьому, як правило, таким засіданням передують наради обмеженого кола урядовців, переважно тих, що відповідають за національну безпеку й оборону.

До спеціальних принципів у організації й функціонуванні уряду в зарубіжних країнах ми перш за все відносимо *принципи колегіальності, професіоналізму та відповідальності*. Причому ми не протиставляємо їх загальним принципам, а розглядаємо їх лише в системі всіх принципів. Проте виділення такої групи засад дозволяє встановити специфіку уряду в системі вищих органів влади.

Принцип колегіальності має принципове значення у встановленні правової природи уряду. Можливо, саме з цієї причини вихідні засади цього принципу на відміну від інших засад відображені в конституціях багатьох країн світу. Так, відповідно до ст. 118 Конституції Словацької Республіки Уряд правомочний приймати рішення, якщо присутні більше половини його членів.

При цьому іноді передбачається фіксування в урядовій документації особистого голосування кожного урядовця. Наприклад, у випадку, якщо Король Данії не може вести засідання Державної ради, він має право доручити обговорення питань Раді міністрів, яка включає всіх міністрів і очолюється Прем'єр-міністром. Голосування кожного з міністрів заноситься до протоколів засідань, а будь-які рішення приймаються більшістю голосів. Прем'єр-міністр передає протоколи засідань, підписані присутніми міністрами, Королю, який ухвалює рішення про негайну згоду з рекомендаціями Ради міністрів або про винесення питання на розгляд у Державній раді (ст. 18 Конституції Данії).

Переваги колегіальної форми діяльності уряду проявляються в такому. По-перше, колегіальний спосіб організації роботи дозволяє створювати своєрідне інформаційне поле, що формується за рахунок обміну думками та наявною інформацією з боку різних урядовців. По-друге,

¹ Див.: *Серьогін В. О.* Конституційний принцип гласності у діяльності органів державної влади України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 1999. – С. 14.

створює специфічний мікроклімат у середовищі урядовців, який ґрунтується на засадах рівноправності та співпричетності до рішень, що виробляються на засіданнях уряду. По-третє, дозволяє об'єднувати інтелектуальні можливості як самих урядовців, так і апаратів, що їх обслуговують. По-четверте, все це сприяє кращій виконавчій дисципліні щодо впровадження урядових рішень у життя за рахунок того, що при їх виробленні враховувались інтереси та цілі всіх учасників цього процесу. По-п'яте, з урахуванням викладеного підвищується авторитет прийнятого рішення усередині державного апарату.

Проявом принципу колегіальності можна вважати створення так званих урядових комісій — органів у складі уряду, до яких, крім урядовців, можуть входити ще й чиновники нижчого рангу, які представляють міністерства та департаменти відповідного напрямку державного управління. Головним завданням таких інституцій є підготовка урядових рішень і вироблення рекомендацій уряду з відповідного блоку питань.

Так, у структурі датського уряду виділяють так звані «міністерські комісії», до складу яких входять декілька міністрів (від 3 до 13), що вирішують спільну категорію управлінських справ, у зв'язку з чим виникає потреба в координації їх зусиль. Кількість таких комісій залежить від позиції прем'єра щодо доцільності їх існування (максимальна кількість становила 25 за часів урядування кабінету А. Йоргенсена). Приклад такої комісії — фінансова комісія на чолі з міністром фінансів. Час від часу можуть засновуватись і так звані «координаційні комісії», які розглядають загальнополітичні питання, що виноситимуться на засідання уряду. Появу таких комісій дослідники обґрунтовують коаліційним складом уряду, що вимагає періодичного усунення суперечностей між урядовцями, які представляють різні політичні сили, з важливих питань державно-політичного розвитку¹.

Разом з тим відмічається тенденція, яка почала активно проявлятися останнім часом і полягає в поступовому відходженні від колегіальних засад і зосередженні всієї урядової влади в руках прем'єра. У зв'язку з цим у зарубіжній літературі поряд з міністерським (департаментським) принципом організації урядової діяльності (міністри керують і несуть відповідальність за діяльність відповідного департаменту) та «кабінетним» принципом (уряд функціонує як цілісний орган, що солідарно відповідає за свою діяльність) почали виділяти ще й «принцип канцле-

¹ Див.: *Исаев М. А.* Основы конституционного строя Дании. — М., 2002. — С. 223–224.

ра», відповідно до якого прем'єр являє собою вищу посадову особу, котра керує, координує, формує і персоналізує відповідальність уряду¹.

Важливе значення з погляду досягнення максимальної ефективності державного управління має принцип професіоналізму. Насамперед він полягає у необхідності фахової кваліфікації того чи іншого урядовця для вирішення питань управлінської діяльності. Практично в усіх випадках у конституційному законодавстві зарубіжних країн відсутні вимоги щодо наявності спеціальної освіти чи досвіду роботи у відповідній сфері для зайняття урядової посади. На наш погляд, це пов'язано з тим, що посади урядовців досить часто розглядаються як політичні посади, а тому від осіб, що їх обіймають, вимагається переважно вміння швидко й адекватно приймати важливі політичні рішення у відповідній сфері державного управління.

Однак практика вимагає хоча б елементарної обізнаності урядовців із багатьох питань державного життя. Своєрідним вирішенням цього завдання стає періодична перестановка міністрів, яка полягає у переході кожного з них з одного «міністерського крісла» на інше.

Як приклад можна навести перестановку у французькому уряді, що відбулася 29 листопада 2004 р. Згідно з указом, підписаним президентом, на посаду міністра економіки, фінансів та промисловості було призначено Е. Гемара, який до цього очолював міністерство сільського господарства. Відповідно міністерство сільського господарства очолив колишній державний секретар з питань бюджету Д. Бюсро. Колишній міністр у справах молоді Марі-Жозе Руаг стала керівником міністерства внутрішніх справ. Одним із приводів для такої ротації була відставка міністра фінансів Н. Саркозі, який очолив правлячу партію «Союз за народний рух» (до речі, французька державно-правова доктрина не дозволяє одночасно обіймати посади в державному апараті та політичній партії)².

На наш погляд, такі періодичні перестановки дають змогу підвищити не тільки фаховий рівень конкретного міністра, ефективність усього уряду, оскільки в такій ситуації кожен урядовець прийматиме колективне рішення, ґрунтуючись не тільки на потребах і з позиції власного відомства, а й з урахуванням специфіки інших департаментів.

Одним із елементів механізму «стримувань і противаг» у системі поділу влади є використання інституту відповідальності, норми якого

¹ Див.: *Шашкова А. В.* Правительство Испании (организационно-правовые проблемы): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2001. – С. 17.

² Див.: *Перестановки в составе французского правительства // Деловая неделя.* – 2004. – 29 нояб.

регулюють відносини, пов'язані з достроковим припиненням повноважень відповідного органу влади, а відтак, досить значущим у діяльності уряду є принцип відповідальності. Цей принцип означає підпорядкованість і підзвітність колегіального органу виконавчої влади залежно від форми правління та інших чинників відповідно главі держави чи парламенту. Так, згідно з ч. 3 ст. 66 Конституції Японії Кабінет при здійсненні виконавчої влади несе колективну відповідальність перед Парламентом. Проявом цієї відповідальності можна вважати не тільки можливість парламенту чи глави держави відправляти уряд у відставку, а й момент припинення повноважень уряду. Насамперед йдеться про припинення повноважень уряду при обранні нового глави держави чи формуванні нового парламенту. Так, відповідно до ст. 115 Конституції Словенії функція Голови Уряду і міністрів припиняється, коли після виборів збираються на сесію нові Державні збори.

Ще одним важливим аспектом прояву відповідальності уряду є його подвійне значення відносно внутрішньої та зовнішньої діяльності. Йдеться про колективну відповідальність уряду, котра, як правило, персоналізується у відповідальності прем'єра. Безпосередньо це означає, що відставка прем'єра означає відставку всього уряду. Одночасно з цим міністри несуть відповідальність перед прем'єром за діяльність свого департаменту.

З огляду на сказане, можна стверджувати, що існує ціла система загальних і спеціальних принципів, на яких базується діяльність уряду, і ці засади є важливим елементом правового статусу уряду в зарубіжних країнах.

Надійшла до редколегії 18. 08. 06

С. Давиденко, асистент НЮА України

Потерпілий як суб'єкт кримінально-процесуального доказування при обранні, зміні та скасуванні запобіжних заходів

Конституція України у ст. 3 проголошує, що людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Утвердження і забезпечення прав і

свобод людини є головним обов'язком держави. Права і свободи людини і громадянина захищаються судом (ст. 55 Конституції). Це означає, що особа, яка постраждала від протиправного діяння, має право на судовий захист своїх прав і законних інтересів не тільки в суді, а й при провадженні дізнання та досудового розслідування.

В умовах проведення судово-правової реформи в Україні й у зв'язку з прийняттям нового КПК актуальною для науки кримінального процесу та правозастосовної практики є проблема розширення, забезпечення та захисту прав потерпілого, вдосконалення механізму реалізації й поновлення ним своїх прав, створення системи гарантій прав потерпілого в кримінальному судочинстві.

Вагомий внесок у розв'язання проблеми вдосконалення процесуального статусу потерпілої від злочину особи, посилення гарантій реалізації нею своїх прав і законних інтересів зробили такі відомі науковці-процесуалісти, як С. Альперт, В. Бож'єв, І. Гальперін, М. Гошовський, Ю. Гурджі, К. Гуценко, В. Дубрівний, Л. Кокорев, О. Кучинська, В. Лукашевич, М. Міхеєнко, Я. Мотовіловкер, В. Нор, І. Потеружа, В. Савінов, В. Савицький, М. Строгович, В. Шадрін, В. Юрченко та ін. Дослідження цих авторів, безумовно, мають важливе значення для ефективної реалізації відповідних положень кримінально-процесуального законодавства та подальшого вдосконалення процесуального статусу потерпілих. Але деякі аспекти правового становища потерпілої особи і посилення гарантій реалізації її прав не втрачають своєї актуальності та залишаються дискусійними. Слід визнати, що проблема вдосконалення участі потерпілого (його представника) в доказуванні ще повною мірою не розв'язана (про це свідчать суперечливі судження з приводу процесуального становища потерпілого в кримінальному судочинстві), а тому потребує подальшого дослідження, що на сучасному етапі набуває особливого теоретичного й практичного значення.

Загальновідомим є положення про те, що потерпілий у кримінальному процесі — самостійний суб'єкт обвинування, а відтак, і кримінально-процесуальної діяльності. Видається, що такий погляд на потерпілого значно посилює змагальні начала не тільки в судових, а й в досудових стадіях кримінального судочинства. Звідси виходить, що потерпілий має визнаватися самостійним суб'єктом кримінально-процесуального доказування. Стаття 49 КПК України регламентує права потерпілого при розслідуванні та розгляді кримінальної справи, але ці права не є вичерпними. У зв'язку з цим виникає необхідність доповнення відповідних статей КПК, які стосуються правового становища потерпілого у сфері

доказової діяльності, адже обсяг наданих законом особі, яка постраждала від злочину, прав у чинному кримінально-процесуальному законодавстві є явно недостатнім. Потерпілий позбавлений права й можливості активно брати участь на всіх етапах провадження по справі і впливати на процес розслідування та вирішення кримінальної справи.

Тому варто звернути увагу на доцільність надання такого права потерпілому, його представнику, як право брати участь у судовому засіданні, де вирішується питання про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, і право наводити доводи в обґрунтування перелічених у законі підстав і умов з метою доказування факту реальності загрози його життю, здоров'ю тощо, яка надходить від підозрюваного, обвинуваченого або їх оточення, а також право оскаржувати постанову судді про відмову в обранні запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. Адже, як слушно зауважує А. Абабков, при цьому права потерпілого і його представника були проігноровані законодавцем¹.

Згідно з ч. 1 ст. 52¹ КПК особи, які беруть участь у кримінальному судочинстві, у разі наявності реальної загрози їх життю, здоров'ю, житлу чи майну мають право на забезпечення безпеки. Підставою для застосування заходів, спрямованих на забезпечення безпеки особи, яка повідомила про вчинений злочин, членів її родини і близьких родичів, є наявність фактичних даних, що свідчать про реальність загрози, встановлених як з достовірністю, так і в імовірній формі².

Так, О. Тищенко під загрозою розуміє виражений словами, письмово, певними діями чи в інший спосіб намір заподіяти будь-яку шкоду конкретній особі або суспільним інтересам. Важливими є такі ознаки загрози, як її наявність і реальність. Наявність загрози означає, що вона існує в об'єктивній дійсності, а не є наслідком уяви особи. Реальність загрози — це здатність особи переконати інших у можливості її здійснення³. На думку Л. Брусніцина, відомості про можливий вплив, що їх повідомляє учасник процесу, слід вважати достатніми для застосування заходів безпеки⁴ і обставиною, що свідчить про необхідність застосу-

¹ Див.: *Абабков А.* Защитить права потерпевшего // Рос. юстиция. – 1997. – № 3. – С. 17.

² Див.: *Брусницын Л. В.* Обеспечение безопасности лиц, содействующих уголовному правосудию: российский, зарубежный и международный опыт XX века (процессуальное исследование). – М., 2001. – С. 285.

³ Див.: *Тищенко О. І.* Предмет доказування при обранні запобіжного заходу тримання під вартою // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права. – 2004. – № 3 (11). – С. 217.

⁴ Див.: *Брусницын Л.* Псевдонимы в уголовном процессе // Законность. – 2005. – № 2. – С. 17.

вання до підозрюваного (обвинуваченого) запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою¹.

Для забезпечення активної участі потерпілого і його представника в доказуванні, треба наділити їх правом на участь у доказуванні реальності такої загрози шляхом подання доказів, що свідчать про її наявність. Питання про реальність існуючої загрози має вирішуватися в плані суб'єктивної оцінки її потерпілим (відповідно до фактичного змісту загрози як цілком здійсненної)², тобто посадові особи і державні органи повинні виходити тільки з того, наскільки реально потерпілий сприймає ці загрози³.

А. Епіхін вказує на необхідність закріплення в законодавстві також такого права особи, котра захищається, як право подавати докази про наявний чи можливий протиправний вплив на нього у зв'язку зі сприянням провадженню по кримінальній справі і давати показання та пояснення по цих фактах⁴.

На нашу думку, В. Власихін слушно говорить про те, що захист учасників процесу, заходи для забезпечення їхньої безпеки сприяють підвищенню їх ролі в доказуванні⁵, а також дозволяють гарантувати конституційні права і свободи особи, забезпечують реалізацію учасниками кримінального процесу їхніх галузевих прав і обов'язків, у тому числі реалізацію жертвами злочинів проголошеного в Конституції права на судовий захист прав і свобод⁶.

Як випливає з положень ч. 5 ст. 165² КПК, про час і місце розгляду подання про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту суд зобов'язаний через орган дізнання, слідчого повідомити прокурора, захисника, законного представника, вжити заходів щодо забезпечення органом дізнання, слідчим з'явлення до суду підозрюваного, обвинуваченого, а також у разі потреби викликати особу, в провадженні якої перебуває справа. Щодо обов'язку цих органів надсилати повідомлення в

¹ Див.: *Тищенко О. І.* Вказ. праця. – С. 218.

² Див.: *Щерба С. П., Зайцев О. А., Сарсенбаев Т. Е.* Охрана прав беспомощных потерпевших по уголовным делам: Пособ. / Под ред. С. П. Щербы. – М., 2001. – С. 141–143.

³ Див.: *Демченко Е. В.* Обеспечение безопасности лиц, содействующих правосудию на предварительном расследовании // Матер. междунар. науч.-практ. конф., посв. принятию нового Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации. – М., 2002. – С. 158.

⁴ Див.: *Епихин А. Ю.* Обеспечение безопасности личности в уголовном судопроизводстве. – СПб., 2004. – С. 178.

⁵ Див.: *Доказывание в уголовном процессе: традиции и современность* / Под ред. В. А. Власихина. – М., 2000. – С. 26.

⁶ Див.: *Брусницын Л. В.* Обеспечение безопасности лиц... – С. 83.

таких випадках і потерпілому в законі не зазначено, що викликає справедливі заперечення.

Пропонуємо наділити потерпілого (його представника) правом у разі заявлення ним відповідного клопотання на ознайомлення з матеріалами, що направляються органами досудового розслідування для підтвердження законності й обґрунтованості затримання осіб, обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, а також законності й обґрунтованості продовження строків тримання під вартою обвинувачуваних. При ознайомленні із цими матеріалами доцільно складати відповідний протокол, у якому фіксуються заяви і клопотання, подані потерпілим і його представником.

Видається, що суддя, прийнявши до свого провадження подання, повинен вжити всіх необхідних заходів, спрямованих на своєчасне повідомлення учасників процесу про майбутнє судове засідання, яке має починатися з урахуванням реальної можливості з'явлення учасників до початку слухання матеріалів за внесеним поданням¹. Нез'явлення без поважних причин сторін, своєчасно повідомлених про час і місце судового засідання, не є перешкодою для розгляду подання. Серед вказаних учасників, беззаперечно, повинен бути й потерпілий (його представник), аби останній зміг висловити свою позицію з приводу розглядуваних питань.

Вважаємо, що копія винесеної відповідно до ч. 5 ст. 165² КПК постанови судді про обрання підозрюваному, обвинуваченому запобіжного заходу у вигляді взяття під варту чи про відмову в цьому має бути направлена або вручена потерпілому, його представнику, законному представнику і одночасно роз'яснені порядок і строки оскарження прийнятого рішення. На постанову судді, направлену згідно з ч. 5 ст. 165² до апеляційного суду прокурором, підозрюваним, обвинуваченим, його захисником чи законним представником, протягом трьох діб з дня її винесення може бути подана апеляція (ч. 7 ст. 165² КПК). Тому потерпілому в даному випадку слід надати аналогічні права з метою реалізації принципу змагальності на цій стадії процесу.

Постанова про відмову в обранні підозрюваному, обвинуваченому запобіжного заходу у вигляді взяття під варту повинна містити обґрунтування такого рішення та мотиви, з яких суд не погодився з доводами, викладеними в поданні або висловленими під час його розгляду особою, у провадженні якої перебуває справа, прокурором чи потерпілим.

¹ Див.: Адвокат в уголовном процессе: Учеб. пособ. для вузов / Под ред. В. И. Сергеева. – М., 2004. – С. 80.

Подання про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту розглядається за процедурою, встановленою ч. 5 ст. 165² КПК. У судовому засіданні суддя оголошує, яке подання розглядатиметься; з'ясовує, хто з учасників розгляду з'явився, необхідні дані про них та роз'яснює їм права (заявляти відводи і клопотання в межах предмета судового дослідження, давати пояснення, висловлювати свою думку щодо клопотань і пояснень інших учасників розгляду, оскаржувати постанову судді); повідомляє своє прізвище, прізвища прокурора і секретаря судового засідання, захисника і законного представника (якщо вони з'явилися); з'ясовує наявність відводів та клопотань і вирішує їх; допитує підозрюваного чи обвинуваченого; в разі потреби бере пояснення в особи, у провадженні якої перебуває справа; заслуховує думку прокурора, захисника, законного представника, а також потерпілого, якщо той з'явився (його представника), та ухвалює постанову.

Під час судового розгляду подання органу дізнання, слідчого чи прокурора про взяття під варту предметом дослідження є ті обставини, з якими закон пов'язує можливість обрання цього запобіжного заходу (ст. 148, ч. 1 ст. 155 КПК). Такими є і обставини, які відповідно до ст. 150 КПК мають бути враховані при обранні запобіжного заходу. Оскільки судовий розгляд повинен застосовуватися на принципі змагальності сторін, тобто забезпечувати рівність їхніх процесуальних прав¹, доцільно розширити активність позиції потерпілого в процесі доказування обставин, які мають значення для обрання такого запобіжного заходу шляхом надання йому права збирати і подавати матеріали, котрі містять «фактичні дані, що свідчать про наявність однієї або декількох підстав для застосування щодо підозрюваного або обвинуваченого запобіжного заходу»²; що викривають підозрюваного, обвинувачуваного у вчиненні злочину, за яке може бути призначене покарання у вигляді позбавлення волі на строк понад три роки; доводити обставини, внаслідок яких неможливо обрати інший, більш м'який запобіжний захід. При цьому потерпілий вправі обґрунтувати свою позицію відповідними доказами, що свідчать про необхідність обрання до підозрюваного (обвинуваченого) запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, ізоляції конкретної особи від суспільства, та переконувати суд у неможливості забезпечення її належної поведінки у разі залишення на волі. Тобто, це дока-

¹ Див.: Проблеми затримання та взяття під варту на досудовому провадженні по кримінальній справі / В. І. Борисов, Н. В. Глинська, В. С. Зеленецький, О. Г. Шило. – Х., 2005. – С. 86.

² Див.: Там само. – С. 70.

зи того, що інші (менш суворі) запобіжні заходи можуть не забезпечити виконання підозрюваним (обвинуваченим) процесуальних обов'язків з задоволення позовних вимог потерпілого та його належної поведінки.

Як підстава обрання запобіжних заходів прямо не зазначені можливі загрози близьким родичам, родичам і близьким особам учасників процесу. Вважаємо, що запобіжні заходи мають застосовуватися і при можливості таких загроз, оскільки вони також негативно впливають на поведінку учасників процесу, а відтак, належать до шляхів перешкоджання встановленню істини по справі, що відповідно до ч. 1 ст. 148 КПК є однією з підстав обрання запобіжного заходу¹.

Згідно з ч. 3 п. 3 постанови Пленуму Верховного Суду України від 25 квітня 2003 р. за № 4 «Про практику застосування судами запобіжного заходу у вигляді взяття під варту та продовження строків тримання під вартою на стадіях дізнання і досудового слідства» винятковими випадками застосування такого запобіжного заходу у справах про злочини, за які законом передбачено покарання у вигляді позбавлення волі на строк не більше трьох років, є випадки, коли на підставі наявних у справі фактичних даних із певною вірогідністю можна стверджувати, що інші запобіжні заходи не забезпечать виконання підозрюваним, обвинуваченим процесуальних обов'язків, що впливають із ч. 2 ст. 148 КПК, і його належної поведінки. При цьому в основу рішення про обрання запобіжного заходу повинні бути покладені достовірні фактичні дані неналежної поведінки обвинуваченого в процесі розслідування, а винятковість даного випадку має бути обґрунтована². Отже, виникає пропозиція щодо надання потерпілому та його представнику права на участь у доказуванні зазначених обставин передбаченими у законі засобами.

Видається, що потерпілий та його представник повинні мати право заявити клопотання про участь у судовому засіданні у разі перевірки апеляційним судом постанови судді про застосування або відмову в застосуванні щодо підозрюваного, обвинуваченого запобіжного заходу у вигляді взяття під варту.

Наділення потерпілих переліченими правами є актуальним у зв'язку з тим, що потерпілі часом відмовляються давати які-небудь показання, доки до підозрюваного й обвинувачуваного не застосують тримання під

¹ Див.: *Брусницьян Л. В.* Меры пресечения – меры безопасности для участников уголовного процесса // Рос. юстиция. – 2005. – № 6. – С. 23.

² Див.: *Тищенко О. І.* Вказ. праця. – С. 191.

вартою. На обов'язковість урахування думки потерпілих при прийнятті таких рішень вказує Л. Брусніцин¹.

Продовжуючи розгляд процесуального становища потерпілого як суб'єкта доказування у цьому напрямку, варто звернути увагу і на наступні положення.

Так, Д. Галушко вважає, що потерпілий має бути поінформований про затримання підозрюваного, обвинуваченого².

Потерпілому доцільно надати і право брати участь у розгляді судом скарг затриманих у порядку ст. 106 КПК. Видається, що потерпілий і його представник повинні бути належним чином повідомлені про місце і час її розгляду, а також мати можливість подати в суд необхідні, на їхню думку, матеріали з метою доведення законності підстав для затримання даної особи. При цьому вказаним учасникам варто надати право ставити питання обвинувачуваному (підозрюваному), висловлювати свою думку по суті скарги.

Потерпілому також повинна бути надана можливість оскаржити рішення органу дізнання про звільнення затриманого у випадках, передбачених пп. 1, 2 ч. 6 ст. 106 КПК, а також постанову судді про задоволення скарги затриманого і визнання затримання незаконним (ч. 8 ст. 106 КПК). При цьому йому має бути забезпечене право обґрунтувати свою підозру про вчинення злочину даною особою, тобто доводити наявність підстав для обрання щодо неї запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою. Для реалізації права потерпілого на оскарження винесених рішень йому в обов'язковому порядку за наявності відповідного клопотання слід направляти або вручати копії зазначених постанов.

Потерпілий та його представник мають знати про надходження скарги від підозрюваного, обвинуваченого (його захисника чи законного представника) на постанову судді про застосування щодо нього запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, про продовження строків тримання під вартою. Гарантією цього права буде направлення йому відповідного повідомлення або копії скарги перелічених учасників, адже потерпілий не тільки позбавлений можливості навести доводи щодо доцільності зміни запобіжного заходу щодо обвинуваченого, а й навіть не повідомляється про факт звільнення особи з-під варті³.

¹ Див.: *Брусніцын Л. В.* Обеспечение безопасности лиц... – С. 173.

² Див.: *Галушко Д. М.* Проблемы жертвы в науках уголовно-правового цикла // Тр. Моск. гос. юрид. акад. – М. – 2002. – № 9. – С. 156.

³ Див.: *Безнасюк А., Абабков А.* Государственная защита лиц, содействующих уголовному судопроизводству // Рос. юстиция. – 1997. – № 8. – С. 39.

Брати чи ні участь у розгляді такої скарги — внаслідок принципу диспозитивності вирішує сам потерпілий.

При розгляді суддею скарг на постанову про обрання щодо обвинуваченого запобіжного заходу у вигляді взяття під варту слід надати потерпілому можливість висловити свою думку¹ про допустимість звільнення обвинуваченого з-під варту та право оскаржити постанову судді про скасування цього заходу, а також ставити перед судом питання про зміну запобіжного заходу. Потерпілий (його представник) при оскарженні даної постанови повинен мати право доводити наявність у діях підозрюваного, обвинуваченого іншого складу злочину, іншої кримінально-правової кваліфікації діяння, а також те, що злочин вчинено іншою особою (особами) чи що не всі особи, які вчинили злочин, притягнуті до кримінальної відповідальності, що безпосередньо може потягти за собою обрання іншого запобіжного заходу, котрий у більшому ступені задовольняє інтереси потерпілого і т. д. Іншими словами, спростовувати позицію органів кримінального переслідування й обстоювати свою думку, обґрунтовуючи її поданими доказами. Існує пропозиція щодо законодавчого закріплення права зацікавлених учасників процесу на повторне оскарження судового рішення про незастосування заходу процесуального примусу у вигляді взяття під варту. При цьому критерій допустимості такого оскарження — поява нових, раніше не розглянутих судом обставин, які свідчать про необхідність взяття особи під варту або про її звільнення².

Буде також доцільним надати потерпілому (його представнику) право на одержання копій прийнятих рішень органу дізнання, слідчого, прокурора, судді, суду про застосування, скасування чи зміну будь-якого з перелічених у законі запобіжних заходів. Одночасно йому роз'яснюються право та порядок їх оскарження.

Вважається, що потерпілий та його представник також повинні мати право на заявлення клопотань про обрання, скасування або зміну будь-якого з перелічених у законі запобіжних заходів, продовження строків тримання підозрюваного, обвинуваченого під вартою, про результати розгляду яких вони обов'язково мають бути повідомлені, а також на стадії досудового розслідування мати право оскаржити запобіжний захід, не пов'язаний із триманням під вартою, до суду.

¹ Див: *Аббков А. В.* Право потерпевшего на судебную защиту // Вестник Моск. ун-та. – Сер. 11, Право. – 1996. – № 3. – С. 91.

² Див.: *Черечукіна Л. В.* Процесуальний порядок заяви клопотань і подання скарг про провадження слідчих дій, їх вирішення та оскарження процесуальних рішень: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 1998. – С. 15.

Висновок про необхідність урахування думки потерпілих при обранні запобіжних заходів обумовлений міжнародно-правовими актами. Згідно з п. 1. 4 Мінімальних стандартних правил ООН щодо заходів, не пов'язаних з тюремним ув'язненням (Токійських правил), у процесі застосування Правил держави-члени прагнуть забезпечувати належне співвідношення між правами окремих правопорушників, правами жертв й інтересами суспільства щодо суспільної безпечності і попередження злочинності. Відповідно до п. 3. 2 вибір заходу, не пов'язаного з тюремним ув'язненням, ґрунтується на оцінці як встановлених критеріїв стосовно характеру і ступеня тяжкості правопорушення, так і особи, біографії правопорушника, мети вироку і прав жертв.

На нашу думку, нині актуальності набуває право потерпілого та його представника на участь у судовому засіданні у разі внесення подання про продовження строку тримання під вартою. Розглядаючи подання, суддя з'ясовує обставини, з якими закон пов'язує можливість обрання цього запобіжного заходу (ст. ст. 148, 150, 155, 165² КПК), а також умови, за яких продовження строку є можливим (ст. 156 КПК). Вважаємо, що для активного відстоювання своїх прав і законних інтересів зазначеним учасникам процесу має бути забезпечена можливість доводити наявність підстав для продовження строку тримання під вартою і відсутність підстав для скасування чи зміни запобіжного заходу; викладати причини, у зв'язку з якими, на їхню думку, слід продовжити строк, і обґрунтувати необхідність збереження цього запобіжного заходу; вказувати на конкретні обставини, що виправдовують продовження цих строків, а також подавати безпосередньо до суду відповідні матеріали, котрі, на їхню думку, підтверджують наявність цих обставин¹ та їх позицію. Треба зазначити, що про продовження строків слідства, тримання обвинуваченого під вартою необхідно повідомляти потерпілого (для подальшого можливого оскарження прийнятого рішення). Причому робити це бажано в письмовому вигляді (надіслати копію прийнятого рішення) та не пізніше доби з моменту такого продовження.

З наведеного можна зробити висновок про те, що найбільш повно права потерпілого як учасника кримінального процесу на стороні обвинувачення з доказування обставин, що входять до предмета доказування по конкретній кримінальній справі, можуть бути реалізовані тільки на підставі змагального судочинства та рівності прав сторін мати достатні можливості для обстоювання своїх процесуальних прав і законних інтересів.

Надійшла до редколегії 20. 08. 06

¹ Див.: Кореневский Ю. В., Падва Г. П. Участие защитника в доказывании по уголовно-процессуальному законодательству: Практик. пособ. – М., 2004. – С. 96.

Дослідження проблем народовладдя в умовах розвитку глобалізаційних процесів

Монографію, що рецензується¹, присвячено досить актуальній в теоретичному і практичному аспектах проблемі. Процес становлення української державності відбувається в умовах інтенсифікації в світі глобалізаційних процесів. Глобалізація системно впливає на всі аспекти здійснення волі народу, реалізацію представницьких і безпосередніх форм демократії. З'являються теорії, які доводять, що в умовах глобалізації зникає державний суверенітет, що транснаціональні корпорації можуть приймати рішення, не узгоджуючи їх з позицією держав. Виникають нові інформаційні можливості впливу на суспільну думку, на результати виборів і референдумів. Упровадження демократії, що базується на інформаційних технологіях, іноді розглядається як антипод існуючим державно-правовим інститутам. У світі відбувається процес універсалізації права, взаємовпливу правових систем, з'являються нові можливості врахування державно-правового досвіду інших країн. Становлення державності і народовладдя в Україні, як і в інших пострадянських країнах, проходить в умовах розвитку інтеграційних процесів у світі, особливо на європейському континенті, інтенсифікації правових зв'язків, можливості за допомогою новітніх інформаційних технологій суттєво впливати на позицію виборців. Усе це актуалізує науковий пошук оптимізації становлення та розвитку народовладдя в умовах глобалізації.

О. Ю. Тодика в монографії вперше в науковій літературі на пострадянському просторі системно аналізує цю складну і досить актуальну проблему. У роботі чітко проводиться теза, згідно з якою глобалізація створює нову ситуацію в здійсненні влади народу, що вона істотно впливає на співвідношення народного, державного і національного суверенітетів, розвиток інститутів безпосередньої і представницької демократії, здійснення прав людини і громадянина, особливо у сфері політико-правових відносин, на функції держави, конституційний лад та його засади, забезпечення національної безпеки країни. Авторка слушно стверджує, що глобалізація — це універсалізація різних зв'язків

¹ Тодика О. Ю. Народовластие в условиях глобализации. – Х.: Право, 2005. – 336 с.

незалежно від державних кордонів, вона справляє як позитивний, так і негативний вплив на відносини у сфері народовладдя. Зменшити вплив негативних чинників глобалізації на політико-правові процеси у сфері народовладдя — це завдання як держави, так і громадянського суспільства. Важливо, аби глобалізація не руйнувала демократичний потенціал народовладдя, а національна правова система України, інших пострадянських держав пристосовувалася до світових і європейських стандартів, не втрачаючи своєї специфіки, в основі якої лежать менталітет народу і накопичений вітчизняний досвід становлення державності та народовладдя.

У монографії О. Ю. Тодики розглядаються такі сучасні актуальні проблеми, як вплив глобалізації на інститути народовладдя, процес універсалізації права в умовах розвитку глобалізаційних процесів, народовладдя і конституційні цикли, роль забезпечення народовладдя і прав особи в стратегії сталого розвитку суспільства. Аналізується інформаційне забезпечення народовладдя в умовах глобалізації і становлення інформаційного суспільства. Це проблеми, які на сьогодні є досить актуальними і в юридичній літературі ще не були предметом комплексного наукового дослідження. У роботі також розглядаються політична суб'єктність держави в аспекті сучасних проблем становлення народовладдя, питання забезпечення конституційної законності у сфері народовладдя. При цьому акцентується на тому, що зниження ідентичності держави в умовах глобалізації, її суверенітету, можливостей держави виконувати свої внутрішні та зовнішні функції є загрозою для демократії, механізму реалізації народовладдя. Процес глобалізації ставить перед державами і народами нові проблеми і потребує насамперед від органів державної влади адекватного на них реагування. Такі цінності, як народовладдя, права людини і громадянина, національна безпека не повинні приноситися в жертву глобалізаційним інтересам. Ця позиція авторки чітко проводиться по всьому монографічному дослідженню.

На сьогодні актуалізується проблема інформаційного забезпечення народовладдя. Сучасні інформаційно-комунікативні технології дають можливість розширити діапазон урахування думки населення, в цілому народу стосовно загальнозначущих проблем. Це позитивний аспект глобалізації. Разом з цим у монографії слушно стверджується, що такі технології недостатньо використовуються для формування електоральної культури громадян, поваги до закону, права, цінностей демократії, підвищення юридичної відповідальності громадян при проведенні виборів, референдумів, інших форм волевиявлення у сфері відносин на-

родовладдя. Мають місце численні випадки недоведення до громадян нормативно-правових актів, що стосуються їх прав і свобод, і це є порушенням демократії.

У монографії системно аналізується питання правової політики держави у сфері народовладдя, наводиться її поняття, розкриваються зміст, тенденції, цінності цієї політики, її специфічні риси. Слушно зазначається, що державна політика в даній сфері суспільних відносин має бути спрямована на забезпечення політичних прав громадян, реальне волевиявлення народу при проведенні виборів, референдумів. Але практика, як слушно зазначає авторка, свідчить про те, що в пострадянських державах, у тому числі Україні, відсутня виважена політика держави у сфері народовладдя, що яскраво підтверджується проведенням виборчих кампаній, періодичною зміною типу виборчої системи — від мажоритарної до змішаної, а потім — до пропорційної.

В останні роки політичний процес у пострадянських країнах стає все більш корумпованим, про що свідчить поширення застосування у виборчих кампаніях «брудних» виборчих технологій, адміністративного ресурсу, підкупу виборців. Усе це політико-правові реалії, що суттєво впливають на механізм здійснення народовладдя. З огляду на актуальність проблеми О. Ю. Тодика надає поняття політичної корупції, системно аналізує питання корупції у сфері народовладдя, її причини, конституційні засади боротьби з нею, розглядає роль державних службовців у виникненні політичної корупції і боротьби з нею. Комплексно аналізується вплив якості виборчого законодавства на електоральну корупцію, надаються пропозиції щодо вдосконалення чинного законодавства, практики його застосування, підвищенню правової культури виборців. Формування конституційної правосвідомості розглядається як один з істотних чинників у боротьбі з корупцією в сфері народовладдя.

Структура роботи є вдалою, матеріал викладено логічно і послідовно. Праця О. Ю. Тодики буде корисною для державних і політичних діячів, народних депутатів, науковців, викладачів і студентів вищих навчальних закладів, усіх тих, хто цікавиться проблемами народовладдя.

М. Цвік, доктор юридичних наук,
професор, академік АПРН України

Гендерна рівність як умова розбудови громадянського суспільства

Монографію О. Р. Дашковської «Жінка як суб'єкт права в аспекті гендерної рівності»¹ присвячено комплексному аналізу ідейно-теоретичних та історичних джерел формування правового статусу жінки, особливостям реалізації жінками своїх суб'єктивних прав і законних інтересів та окремим механізмам державно-правового захисту прав жінки. Авторка узагальнює основні тенденції і закономірності розвитку правового статусу жінок з метою організаційно-правового забезпечення жінкам рівних можливостей для вільного розвитку їх особистих прав і свобод, залучення жінок у державно-правові та соціальні процеси громадянського суспільства.

На думку О. Р. Дашковської, важливим аспектом розвитку демократичних процесів у ХХІ ст. є питання вдосконалення правового становища жінок та формування фактичного гендерного балансу в суспільстві. Якщо в ХХ ст. спостерігався процес утвердження принципу рівних прав чоловіків і жінок в окремих державах, то в ХХІ ст. відбувається поширення міжнародних стандартів щодо формування єдиної світової політики стосовно жінок. Віденська декларація та Платформа дій (1993 р.), офіційно проголосили про існування певної різниці між поняттям «права людини», яке є універсальним і гендерно нейтральним, та поняттям «права жінки»: «Людські права жінок і дівчат є невід'ємною та неподільною складовою частиною загальних прав людини».

Авторка звертає увагу на те, що моделі гендерної поведінки формуються під інформаційним тиском відповідно до стандартів панівної культури і передаються через засоби масової інформації, поведінку батьків, мову, навчальні методики тощо. Тому уявлення про гендерні ролі чоловіка і жінки — це передусім продукт різних соціальних технологій, а не практики повсякденного буття. Всі ці процеси повинні відслідковуватися і правознавцями для своєчасного й ефективного правового регулювання певних суспільних відносин. Гендерно-рольові відмінності, які сприяють прогресу людства, не мають генетичного підґрунтя і сьогодні вже не зовсім відповідають потребам сучасного суспільства, яке орієнтоване переважно на інтелектуальну працю й інформаційні технології. Фізична сила та інші суто чоловічі властивості вже не потрібні для виживання і досягнення успіху в суспільстві. Більшість сучас-

¹ Дашковська О. Р. Жінка як суб'єкт права в аспекті гендерної рівності: Монографія. – Х.: Право, 2006. – 224 с.

них жінок займаються професійною діяльністю і повинні мати рівні можливості для самореалізації.

О. Р. Дашковська звертає особливу увагу на цінність права як знаряддя соціального прогресу, гарантованості загальної свободи та рівності, які не мають абсолютного характеру і підлягають нормуванню заради задоволення інтересів кожної особи і суспільства в цілому. Взаємні обмеження свободи індивідів є однією з передумов досягнення всезагальної юридичної рівності, яка полягає у закріпленні рівності чоловіків і жінок перед законом. В умовах повної рівноправності чоловік і жінка наділені в певній мірі різним колом прав і обов'язків. Це зумовлено об'єктивним процесом розвитку людської цивілізації, відповідає потребам суспільства і залежить від особливих біологічних і психологічних характеристик окремого чоловіка і окремої жінки. Право не може змінювати основоположні об'єктивні процеси суспільного розвитку і відповідно не може урівняти соціальний статус чоловіків і жінок. Воно може різними методами правового регулювання за допомогою додаткових і спеціальних прав частково вирівнювати правовий статус різних учасників правовідносин, створювати рівні можливості для реалізації їх суб'єктивних прав, що повною мірою стосується чоловіків і жінок.

У рецензованій монографії стверджується статус жінки, яка є рівноправним суб'єктом правових і соціальних відносин. Разом з тим існує потреба запровадження спеціальних законодавчих гарантій реалізації окремих суб'єктивних прав жінки. Концептуальний підхід полягає в тому, що при науковому аналізі різних аспектів обраної авторкою теми критерієм оцінки зроблених висновків є впровадження вироблених рекомендацій в практику з метою поліпшення правового становища жінок. Останнє розглядається крізь призму взаємодії законодавчих, виконавчих та судових органів держави, їх співпраці з неурядовими громадськими організаціями.

В той же час деякі положення монографії потребують уточнень, зокрема співвідношення понять «дискримінація» та «обмеження прав», яке є одним з аспектів реалізації принципу гендерної рівноправності. Проте зазначені зауваження не впливають на загальну позитивну оцінку роботи О. Р. Дашковської, висновки якої мають наукове і практичне значення і можуть бути використані в навчальному процесі та дослідницькій діяльності.

Ю. Тодика, доктор юридичних наук, професор,
академік АІПрН України

Новаторський підхід до визначення специфіки цінних паперів

Сучасний стан розвитку цивілістичної доктрини характеризується необхідністю постійного пошуку науково-методологічних підходів, що дозволяють забезпечити якісно новий рівень дослідження проблем регламентації особистих немайнових і майнових відносин. Значна увага науковців завжди приділялась майновим відносинам, з огляду на їх значну питому вагу в загальній системі соціально-правових зв'язків, охоплених механізмом цивільно-правового регулювання. Особливості правової природи окремих різновидів майна, а також специфіка правового регулювання відносин з їх приводу завжди були в центрі уваги вітчизняних і зарубіжних правників. Специфіка більшості майнових відносин, нормативне впорядкування яких забезпечується положеннями цивільного права, вивчена достатньою мірою. Однак окремі групи відносин майнової сфери досліджено досить фрагментарно, а присв'ячені їм розгляду цивілістичні публікації не вирізняються комплексністю. Шляхи розв'язання проблем регламентації відносин, що виникають у сфері випуску та обігу цінних паперів, враховуючи відносно невеликий проміжок часу з початку їх активного функціонування у цивільному обороті, сучасними цивілістами окреслено недостатньо. Значна кількість монографій і наукових статей, тез виступів на конференціях та інших наукових публікацій присв'ячена аналізу особливостей цінних паперів як об'єктів цивільних прав. Однак, на думку автора рецензованої монографії¹, цей усталений ракурс їх розгляду не повною мірою враховує специфіку їх правової природи, а також визначені нею особливості правового впорядкування відносин, що виникають у майновій сфері з їх приводу.

Монографія В. Л. Яроцького є досить вдалою спробою дослідити специфіку механізму регламентації майнових відносин, опосередкованих випуском та обігом цінних паперів, під новим кутом зору. Автор зосереджує увагу на тому, що власне об'єктом цивільних прав, що викликає зацікавленість у задоволенні відповідних потреб суб'єктів цивільного права і зумовлює виникнення правовідносин з їх приводу, є не стільки цінні папери, скільки посвідчені ними майнові права. Адже цінний папір, на відміну від інших матеріальних об'єктів цивільних прав, задовольняє

¹ *Яроцький В. Л.* Цінні папери в механізмі правового регулювання майнових відносин (основи інструментальної концепції): Монографія. – Х.: Право, 2006. – 544 с.

певні потреби учасників цивільних відносин не безпосередньо, а опосередковано — за рахунок посвідчення змістовно втілених у ньому майнових прав. Установлення речових або депозитарно-зобов'язальних прав на документ (паперовий чи електронний) є однією із передумов виникнення і наступного посвідчення майнових прав, посвідчених цінними паперами документарної і бездокументарної форм випуску відповідно. Саме тому за умови неможливості здійснення посвідчених цінними паперами майнових прав втрачає будь-який сенс володіння документом або подальше функціонування здійсненого зберігачем облікового запису.

У ході аналізу результатів досліджень, здійснених відомими вітчизняними і зарубіжними правниками як сучасності, так і минулого, автор зауважує про те, що всі вони тією чи іншою мірою як специфіку цінних паперів підкреслювали їх особливу роль у забезпеченні виникнення, передання, здійснення і захисту майнових прав, що визначають їхній зміст. Зазначені міркування дозволили йому дійти висновку щодо можливості розгляду цінних паперів з точки зору їхнього особливого місця, а також інструментального призначення у динамічній структурі (механізмі) правового регулювання майнових відносин, що виникають з їх приводу. У цьому ракурсі — як правовий засіб, особливий об'єкт-інструмент посвідчення прав, як відмічає автор, і один із елементів механізму правового регулювання майнових відносин — цінні папери розглядаються у цивілістиці вперше. Як об'єкт-інструмент забезпечення всіх аспектів правового буття (від виникнення до припинення) посвідчених ними майнових прав цінні папери також досліджуються вперше. Такий ракурс їх розгляду дозволив автору монографії визначити їх особливу інструментальну значущість у регулятивних механізмах, що забезпечують виникнення та здійснення посвідчених ними майнових прав. Вказаний ракурс обумовив використання автором новітніх пропозицій С. С. Алексєєва щодо застосування інструментального підходу в правових дослідженнях. Цей підхід полягає у вивченні всієї сукупності правових засобів (інструментів) забезпечення впорядкування майнових відносин, що виникають з приводу цінних паперів і об'єднуються у межах категорії «механізм правового регулювання». Його врахування при розв'язанні поставлених проблем дозволило автору по-новому висвітлити значення правової природи цінних паперів, її вплив на визначення їхнього місця і ролі в розглядуваному механізмі, а також проаналізувати найважливіші аспекти їх функціонування у цивільному обороті.

Структура і зміст роботи зумовлені поставленими дослідницькими цілями і є логічно виваженими. У першому підрозділі першого розділу

досліджується генеза цивілістичної доктрини про цінні папери. Автор аналізує усталені підходи, які визначили появу основних концепцій цінних паперів. У ході цього аналізу він розглядає положення документарної концепції цінних паперів, зауваживши, що в сучасних умовах вона втратила необхідний рівень універсальності. З появою бездокументарних цінних паперів назріла нагальна потреба в обґрунтуванні нової концепції, положення якої однаковою мірою поширювалися б як на документарні, так і на бездокументарні цінні папери. Як результат цих міркувань пропонується інструментальна концепція цінних паперів, теоретичним підґрунтям якої є окремі доктринальні постулати документарної концепції. Зокрема, вона враховує дуалізм правової природи цінних паперів, тісний правовий зв'язок між документом та посвідченим ним правом тощо. Автор доходить висновку про те, що інструментальне призначення і роль цінних паперів у механізмі правового регулювання майнових відносин обумовлюються дуалізмом їхньої правової природи. Обґрунтовується теза про інструментальну підпорядкованість прав «на папір» правам «з папера».

В рецензованій монографії розглядаються основні законодавчі та доктринальні підходи щодо визначення поняття цінних паперів, а також надаються їх основні ознаки. Шляхом порівняльного аналізу всіх категорій матеріальних об'єктів цивільних прав ілюструється специфіка правової природи цінних паперів. Визначається специфіка цінних паперів як об'єкта-інструмента, застосування якого забезпечує моделювання майнових прав. Розглядаються особливості окремих видових конструкцій цінних паперів, поява яких забезпечує нагальні потреби майнового обороту.

Другий розділ присвячено вивченню механізму правового регулювання як категорії, а також визначенню місця цінних паперів у загальній структурі функціонально-правових зв'язків, що ним опосередковуються. Проаналізовано особливості регламентаційної основи механізму правового регулювання відносин, що виникають у сфері випуску та обігу цінних паперів. Досліджено сукупність правових норм, що визначають її зміст і правовий режим цінних паперів як окремої категорії матеріальних об'єктів цивільних прав.

Наступні розділи містять положення, що характеризують інструментальне призначення цінних паперів у механізмах правоустановлення, правопередання, правореалізації, а також захисту майнових інтересів управомочених за цінними паперами осіб.

Разом з тим деякі пропозиції автора монографії мають дискусійний характер і підлягають подальшому вивченню та доведенню. Власне,

можливість дискусії зумовлює перш за все новаторський підхід, на якому ґрунтується дослідження. Адже комплексне визначення місця цінних паперів у загальній системі правових засобів, що забезпечують регламентаційний вплив механізму правового регулювання на відповідну сферу майнових відносин (об'єкта-інструмента в авторській інтерпретації), у цивілістиці здійснюється вперше. Більшість запропонованих висновків достатньою мірою аргументовані, а основні наукові результати одержані автором самостійно. Без сумніву, монографія В. Л. Яроцького зацікавить фахівців у галузі цивілістики, викладачів і студентів юридичних вищих навчальних закладів і факультетів, юристів-практиків.

Я. Шевченко, доктор юридичних наук, професор, академік АПРН України

Український народ як суб'єкт права власності на землю

Реформування земельних відносин в Україні, які відбуваються на базі ст. 13 Конституції, потребують ґрунтовного дослідження й аналізу. Саме цьому питанню присвячена монографія В. Носіка¹, в якій системно розглядаються актуальні теоретичні і практичні проблеми здійснення права власності на землю Українського народу відповідно до положень Конституції України. В роботі на основі глибокого доктринального аналізу методологічних засад теорії власності і права власності, використання теоретичних джерел з питань права власності на землю, узагальнення нормотворчої і правозастосовної практики у сфері регулювання загальних відносин здійснено порівняння конституційних норм права власності на землю з нормами земельного законодавства України та країн СНД.

Уперше в літературі з теорії земельного права розглядаються такі питання: методологічні, науково-теоретичні основи і конституційні засади права власності на землю Українського народу; юридична природа права власності на землю Українського народу; теоретичні основи здійснення права власності на землю Українського народу; конституційні гарантії права власності на землю Українського народу.

В юридичній літературі з проблем земельного права майже не проаналізовано методологічні основи власності і права власності на землю

¹ *Носік В. В.* Право власності на землю українського народу: Монографія. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 544 с.

Українського народу. Разом з тим зазначене питання є досить складним та таким, що потребує свого дослідження. В монографії воно розкрито комплексно та системно. Як слушно вважає автор рецензованої роботи, сьогодні українська земельно-правова наука продовжує використовувати й оперувати поняттями та категоріями радянського земельного права, заснованого на марксистсько-ленінській економічній теорії і відповідно вченні про державу і право, що призводить до консервації і метафізичного стану окремих складових системи земельного права України. Вихід із такого положення В. Носік вбачає у науково-теоретичному обґрунтуванні юридичної моделі права власності на землю Українського народу відповідно до Конституції України з огляду на фундаментальні висновки економічної і філософської теорії «енергії прогресу», яка базується на врахуванні дії об'єктивних закономірностей природи, економіки і суспільства у розвитку соціально-економічних та державно-правових явищ, і на цій основі пропонує здійснювати розбудову земельно-правової системи України.

Досить цікавим є погляд автора монографії на тенденції та перспективи правового регулювання відносин власності на землю в Україні. На його думку, приведення законів та інших нормативно-правових актів з питань регулювання земельних відносин у відповідність до законодавства Європейського Союзу слід розпочинати не з удосконалення Земельного кодексу України та видання відповідно до нього законодавчих актів, а з обов'язкового використання у правотворенні конституційних засад здійснення права власності та інших прав на землю, узгодження проєктів земельних законів з нормами права ЄС, враховуючи при цьому пріоритет у забезпеченні територіального верховенства України, національної безпеки держави і народу.

Однією з найактуальніших проблем сучасного земельного права є проблема конституційних гарантій права власності на землю Українського народу. В науковому аспекті воно мало досліджено в Україні. Тому важливо, що в монографії В. Носіка на високому теоретичному рівні аналізуються різні аспекти цієї проблеми. Український народ закріпив за собою природне (позитивне) право власності на землю, а також територіальне верховенство держави в межах кордонів, що історично склалися. Проголошення суверенної волі Українського народу на самовизначення, утворення України як суверенної, унітарної, незалежної, демократичної, соціальної і правової держави, як слушно зауважує автор, можна розглядати як одну з основних гарантій, що надають Українському народові можливість вільно і самостійно володіти, користуватися і

розпоряджатися землею в межах державної території, забезпечувати використання землі та інших природних ресурсів у національних інтересах України, використовувати всі передбачені в Конституції України та міжнародно-правових актах юридичні й інституційні способи та засоби захисту права власності на землю від будь-яких посягань і територіальних претензій з боку інших держав.

У монографії зазначається, що цілісність території як конституційна гарантія здійснення Українським народом чи від його імені органами державної влади та органами місцевого самоврядування права власності на землю означає також неподільність землі як державної території між окремими суверенами, а також є основою для закріплення в Конституції України адміністративно-територіального устрою держави і розподілу повноважень між органами державної влади та органами місцевого самоврядування, включаючи також сферу відносно власності на землю.

Аналізуючи гарантії захисту права власності на землю за Конституцією України, В. Носік використовує метод широкого тлумачення конституційної норми в частині поняття «справа всього Українського народу» і зазначає, що в Основний Закон держави не включається і такий спосіб захисту територіальної цілісності й охорони землі, як самозахист народом України своїх прав на землю і державну територію. Як приклад наводиться ситуація, що виникла на острові Тузла в Автономній Республіці Крим під час спорудження Росією у Керченській протоці так званої захисної дамби до лінії державного кордону України, коли за відсутністю на острові прикордонної застави деякі українські громадяни добровільно стали на захист територіальної цілісності України. На думку автора рецензованої монографії, у контексті конституційної концепції права власності на землю Українського народу такі дії громадян України є правомірними і спрямовані на захист права власності народу на землю.

Досліджуючи систему і зміст конституційних гарантій права власності на землю, В. Носік окремо розглядає питання щодо місця, ролі, функціонального призначення юридичної відповідальності в механізмі гарантування здійснення права власності на землю.

У зв'язку з наведеним новаторським є підхід автора в дослідженні теоретичних і практичних питань боротьби з корупцією у сфері земельних відносин з метою розроблення і запровадження ефективних організаційно-правових форм, способів, засобів, процесуальних механізмів запобігання будь-яким проявам корупції у здійсненні громадянами, юридичними особами конституційних прав на землю Українського народу.

Разом з визначенням позитивних аспектів рецензованої монографії можливо висловити і деякі зауваження. Зокрема, дискусійним є питання

стосовно земельного права як самостійної галузі права України. Яким чином у цьому контексті земельне право співвідноситься з екологічним правом як самостійною галуззю права України, до складу якої входить земельне право як її підгалузь?

У роботі недостатньо висвітлені питання процедури забезпечення права власності Українського народу на землю, економіко-правового механізму охорони суб'єктивного права власності на землю.

В цілому монографія В. Носіка є важливим науковим доробком у теорії земельного права України та країн СНД. Її видання — це особистий внесок відомого вченого-правознавця в подальший розвиток теоретичних фундаментальних і прикладних засад права власності на землю Українського народу. Є всі підстави вважати, що наукова юридична спільнота з інтересом сприймєть рецензоване видання.

А. Гетьман, доктор юридичних наук, професор,
академік АПРН України

Розслідування злочинів у сфері господарської діяльності — сучасні криміналістичні рекомендації

Сучасний рівень злочинності, посилення її тиску на суспільство, особливо з боку організованих угруповань, підвищення освіченості та професіоналізму окремих злочинців вимагають не тільки консолідації зусиль державних і правоохоронних органів для ефективної протидії злочинним проявам, а й подальшого наукового вдосконалення організаційно-методичних основ їх розкриття та розслідування. Це стосується насамперед злочинів, що вчиняються в сфері господарської діяльності, оскільки саме їм притаманні високий професіоналізм, латентність, прояв корумпованих зв'язків, значна складність в одержанні доказів, активна протидія розслідуванню. Саме при розслідуванні зазначеної категорії злочинів слідчі стикаються з найбільшими проблемами в доведенні винності особи, а тому відчувають нагальну потребу в одержанні необхідних рекомендацій від науковців.

Ось чому кожна теоретична спроба вдосконалення окремих криміналістичних методик розслідування даної категорії злочинів завжди визнається вкрай потрібною, актуальною і бажаною. До таких теоретичних спроб, що мають і суто практичне значення, належить і рецензова-

на монографія¹, підготовлена науковцями кафедри криміналістики Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого під керівництвом завідувача цієї кафедри, доктора юридичних наук, професора В. Ю. Шепітька.

Актуальність цієї роботи не викликає жодного сумніву і полягає насамперед в тому, що вона спрямована на вдосконалення існуючої системи криміналістичних методик розслідування цих злочинів, включення до неї нових їх різновидів, які ще не набули широкої судово-слідчої практики, а тому викликають певні труднощі у слідчих органів при їх розкритті та розслідуванні.

Своєчасними, такими, що заслуговують на схвалення і підтримку, слід визнати висвітлення в монографії основ розслідування таких нових злочинів, як фіктивне підприємництво, легалізація (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, шахрайство із фінансовими ресурсами. Заслугове на схвалення і те, що окремі методики подано в певній уніфікованій формі, до якої включено криміналістичну характеристику, типові версії та основи планування розслідування, слідчі ситуації початкового етапу розслідування та програми дій слідчого щодо їх розв'язання, системи слідчих дій і тактичні особливості їх провадження, що значно спрощує процедуру відшукування і прийняття необхідного матеріалу та його застосування в практичній діяльності.

Без перебільшення можна сказати, що вельми корисними для подальшого вдосконалення судово-слідчої практики є розроблені авторами рецензованої монографії алгоритми дій слідчого відносно тієї чи іншої слідчої ситуації, що склалася. Дійсно, такого роду програми слідчі можуть використовувати як певні орієнтири у своїй повсякденній діяльності, що надасть їм більшої цілеспрямованості й ефективності, істотно зменшить кількість помилок.

Проведеному авторським колективом дослідженню притаманні системність, комплексність, широке використання нормативно-правових та літературних джерел, оперування значною емпіричною базою, що переконливо свідчать про достовірність, новизну, теоретичну і практичну значущість одержаних результатів. Окремі теоретичні положення вдало проілюстровано прикладами із судово-слідчої практики, що надає їм більшої наочності і переконливості.

Отже, монографія «Розслідування злочинів у сфері господарської діяльності: окремі криміналістичні методики» – певний внесок у вітчиз-

¹ Розслідування злочинів у сфері господарської діяльності: окремі криміналістичні методики: Монографія / Кол. авторів: В. Ю. Шепітько, В. О. Коновалова, В. А. Журавель та ін.; За ред. В. Ю. Шепітька. – Х.: Право, 2006. – 624 с.

няну криміналістичну науку, що охоплює найважливіші проблеми формування сучасних концепцій побудови методик розкриття та розслідування цієї категорії злочинів. Вона є актуальною і своєчасною, сприяє забезпеченню слідчих органів передовими криміналістичними рекомендаціями, що базуються на синтезі теоретичних знань і передової судово-слідчої практики. Без сумнівів, ця робота буде позитивно сприйнята і гідно оцінена як досвідченими слідчими, так і тими, хто лише розпочинає свою професійну діяльність.

В. Синчук, прокурор Харківської області,
державний радник юстиції 2-го класу, кандидат юридичних наук

Координаційна діяльність Академії правових наук України

Відповідно до Статуту Академії правових наук України важливим завданням в діяльності Академії є координація наукової роботи навчальних закладів юридичного профілю, сприяння інтеграції академічної і вузівської юридичної науки.

Президія Академії здійснює значну роботу з питань координації наукових робіт у галузі держави і права. Одним з цих напрямів є координація дисертаційних досліджень між науковими та навчальними закладами юридичного профілю. Результати цієї роботи лягли в основу видання першого й єдиного в Україні «Переліку тем дисертаційних досліджень з проблем держави і права».

Цим виданням Академія ставить за мету поширення інформації серед наукової громадськості щодо основних напрямів дисертаційних досліджень, які виконуються в Україні, що дає змогу вченим радам юридичних вищих навчальних закладів освіти, юридичних факультетів та науково-дослідних установ юридичного профілю, науковим керівникам, аспірантам та здобувачам здійснювати планування науково-дослідницької роботи, проводити дисертаційні дослідження з найбільш актуальних проблем держави і права, уникати повторення та дублювання тематики, забезпечуючи ефективність наукових досліджень.

Видання «Переліку тем дисертаційних досліджень з проблем держави і права» вперше започатковано Академією у 1995 р. За період до 2006 р. Президія Академії провела роботу з налагодження зв'язків як з юридичними вищими навчальними закладами освіти, так і з науково-дослідницькими установами, які мають вчені ради. На сьогоднішній день Президією Академії встановлено постійні зв'язки з 49 науковими установами.

Теми, затверджені вченими радами, групуються за певними галузями права і рецензуються координаційними бюро відділень Академії: 1) теорії та історії держави і права; 2) державно-правових наук і міжнародного права; 3) цивільно-правових наук; 4) екологічного, господарсько-

го та аграрного права; 5) кримінально-правових наук, які є експертно-консультативними органами з координації наукових досліджень у відповідній галузі правової науки.

Координаційні бюро відділень при рецензуванні тем звертають увагу на теми, які не мають належного рівня актуальності, не належать до заявленої спеціальності; некоректно та невдало сформульовані; формулювання яких охоплює занадто вузьке коло проблем, або, навпаки, має місце штучне звуження проблематики за рахунок надмірної спеціалізації проблеми; співвідношення кількості тем з різних спеціальностей тощо.

Координаційні бюро відділень за результатами аналізу тем надають Президії Академії зауваження, які доводяться до відома відповідних наукових установ, в яких затверджувалися дані теми.

За 10 років (1995–2005) обсяг опублікованих тем, затверджених вченими радами установ юридичного профілю збільшився з 267 (1995 р.) до 1019 (2005 р.). Президією Академії відпрацьована форма даних, включених до опублікування у «Переліку тем дисертаційних досліджень з проблем держави і права». Так, сьогодні за кожною спеціальністю спочатку подаються докторські, а потім кандидатські дисертації. У відповідних графах зазначено тему дисертації, її виконавця, рік затвердження теми відповідною вченою радою, наукового керівника (консультанта) та наукову установу, в якій виконується дисертація. Теми дисертаційних досліджень подаються із збереженням їх мовно-стилістичних особливостей, як вони були затверджені вченими радами відповідних закладів і установ та надані Академії, за винятком явних орфографічних помилок. Теми ж, на які є зауваження координаційних бюро відділень Академії, наводяться окремо з розкриттям змісту зауваження.

Дане видання одержало позитивний відзив з боку юридичної громадськості і було надіслано навчальним закладам і науково-дослідницьким установам юридичного профілю для планування наукової діяльності.

ВАК України звернув увагу інших академій наук на позитивний досвід координаційної діяльності дисертаційних досліджень в Академії правових наук України та рекомендував запроваджувати подібну практику.

У 2005 р. вперше відділенням було надано інформаційно-пошукову систему «Дослідження в галузі держави і права» на CD, розроблену Центром правової інформатики Академії, що дозволяє оперативно одержати інформацію по затверджених темах дисертаційних досліджень, що виконуються в Україні по певних юридичних спеціальностях за період з 1992–2005 рр.

Втім, науковий потенціал координаційних бюро відділень Академії використовується не повною мірою. Важливим напрямом діяльності координаційних бюро може стати розробка Переліку пріоритетної тематики дисертаційних досліджень з юридичних наук, який базуватиметься на Пріоритетних напрямках розвитку правової науки на 2005–2010 роки, затверджених постановою Загальних зборів Академії № 2/04-2 від 18 червня 2004 р. Видання такого документа дасть змогу узгодити та скоординувати на етапі затвердження тем зусилля наукових і навчальних закладів на виконанні найбільш актуальних для юридичної науки досліджень.

Матеріал підготували:

О. Петришин, доктор юридичних наук, професор,
головний вчений секретар АПРН України, академік АПРН України,

Д. Лук'янов, кандидат юридичних наук, доцент, начальник
Управління планування та координації правових досліджень АПРН України

ЗМІСТ

ЗАГАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОЇ НАУКИ

- Скрипнюк О.* Демократія як механізм державного управління 3
Погребняк С. Втілення принципу рівності в юридичних актах 8
Шевчук С. Концепція самообмеження суду: доктрина «політичного питання», «політичної доцільності» та «поля розсуду держави» 20

ПИТАННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА

- Цвік М., Жук Н.* Динаміка президентської влади в Україні 33
Набока І. Діяльність постійних комісій (комітетів) органів місцевого управління європейських країн: загальна характеристика 45
Шахматова Т. Органи місцевої влади у світлі другого етапу конституційної реформи 52

ПИТАННЯ ІСТОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

- Страхов М.* Основні риси зовнішньої політики Української козацької держави Богдана Хмельницького (1648–1657 рр.) 60
Рум'янець В. Державно-правові аспекти програмних документів Кирило-Мефодіївського товариства (до 160-річчя Кирило-Мефодіївського товариства)..... 66
Єрмолаєв В. Українська Центральна Рада: процедурні питання у здійсненні повноважень вищого представницького органу державної влади 74

ПИТАННЯ ФІЛОСОФІЇ ТА СОЦІОЛОГІЇ ПРАВА

- Костенко О.* Людський фактор у праві: дослідження з позиції соціального натуралізму..... 81
Рабінович С. З історії філософсько-правової думки: влада природного закону у творах раннях стоїків 91
Нікітін Ю. Конституціоналізм і національна безпека в контексті соціального виміру 103

ПИТАННЯ ЦИВІЛЬНОГО І ГОСПОДАРСЬКОГО ПРАВА

- Спасибо-Фатєєва І.* Парадокси діалогу інновації і традиції в праві (на прикладі регулювання відносин на стику приватного і публічного права)..... 113
Яроцький В. Інструментальна концепція цінних паперів: доктринальне наступництво основних положень..... 125

<i>Пучковська І.</i> Щодо співвідношення заходів оперативного впливу та видів забезпечення виконання зобов'язань	134
<i>Задихайло Д.</i> Правовий господарський порядок в Україні: десятирічний досвід конституційно-правового забезпечення.....	143
<i>Степанюк А.</i> Система правового регулювання в міжнародному приватному праві	153

ПИТАННЯ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА

<i>Шокін Ю.</i> Міжнародно-правовий звичай крізь призму теорії «мовчазної» угоди.....	162
---	-----

ПИТАННЯ ЕКОЛОГІЧНОГО ПРАВА

<i>Гетьман А.</i> Проблеми реформування екологічного законодавства: до питання про створення Екологічного кодексу України.....	172
--	-----

ПРОБЛЕМИ БОРОТЬБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ

<i>Вакуліч В.</i> До проблеми попередження тероризму.....	182
<i>Савенко М.</i> Правові властивості вироку як акту правосуддя	190
<i>Прошутя І.</i> Забезпечення верховенства права в умовах судово-правової реформи України.....	198
<i>Голіна В.</i> Запобігання злочинності: проблеми оптимізації соціальної активності	206
<i>Юрченко О.</i> Щодо питання віктимологічного запобігання злочинності неповнолітніх.....	214
<i>Матвійчук В.</i> Проблеми криміналізації та декриміналізації діянь, що посягають на довкілля	219
<i>Сімакова-Єфремян Е.</i> Загальна теорія судової експертизи як основа методології проведення комплексних судово-експертних досліджень	225
<i>Єськов С.</i> Деякі питання вдосконалення процедури надання судового дозволу на негласні оперативно-розшукові заходи	236

НА ПОЧАТКУ ТВОРЧОГО ШЛЯХУ

<i>Левіна Ю.</i> Демократія як форма політичного режиму.....	244
<i>Дахова І.</i> Принципи діяльності уряду в зарубіжних країнах	249
<i>Давиденко С.</i> Потерпілий як суб'єкт кримінально-процесуального доказування при обранні, зміні та скасуванні запобіжних заходів	256

РЕЦЕНЗІЇ

Дослідження проблем народовладдя в умовах розвитку
 глобалізаційних процесів 266

Гендерна рівність як умова розбудови громадянського суспільства..... 269

Новаторський підхід до визначення специфіки цінних паперів..... 271

Український народ як суб'єкт права власності на землю..... 274

Розслідування злочинів у сфері господарської діяльності —
 сучасні криміналістичні рекомендації 277

НАУКОВЕ ЖИТТЯ

Координаційна діяльність Академії правових наук України 280

Збірник наукових праць

Вісник
Академії правових наук
України

№ 3 (46)

Відповідальний за випуск
В. Прудников

Редактор *К. Гулий*
Коректор *Т. Зуб*
Комп'ютерна верстка
і дизайн *В. Зеленька*

Підписано до друку з оригінал-макета 26.10.06.
Формат 60×84 ¹/₁₆. Папір офсетний. Гарнітура Times.
Ум. друк. арк. 17,5. Обл.-вид. арк. 17,5. Вид. № 260.
Тираж 500 прим. Зам.

Видавництво «Право» Академії правових наук України
Україна 61002 Харків, вул. Чернишевська, 80

(Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до державного реєстру видавців, виготівників і розповсюджувачів
видавничої продукції — серія ДК № 559 від 09.08.2001 р.)

Друкарня СПД фо Костинський А. В.
Україна 61024 Харків, вул. Лермонтовська, 27

До відома юридичної громадськості

Запрошуємо науковців і практичних працівників надсилати свої статті до редакційної колегії Вісника.

Статті мають бути обсягом не більше 12 друкарських сторінок, у 2-х примірниках, надруковані через 1,5 інтервали, українською мовою. Посилання на використані джерела слід вміщувати унизу відповідної сторінки, нумерацію посилань на кожній сторінці розпочинати з цифри 1.

З метою оперативного випуску Вісника статті та інші матеріали слід надсилати разом з дискетою, на якій вони записані.

Тексти ненадрукованих рукописів авторам не повертаються.

Наукові погляди авторів статей можуть не збігатися з позицією редакційної колегії







ЗМІСТ

ЗАГАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОЇ НАУКИ

<i>Рабінович П.</i> Верховенство права (за матеріалами практики Страсбурзького суду та Конституційного Суду України)	3
<i>Скрипнюк О.</i> Проблеми розвитку демократичного державного управління в контексті забезпечення прав і свобод людини в Україні.....	16
<i>Погребняк С.</i> Втілення принципів права в юридичних актах.....	21
<i>Шевчук С.</i> Європейські стандарти обмеження люстраційних заходів: правовий аспект	32

ПИТАННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА

<i>Тодика О.</i> Концепція «відкритої держави» і проблеми здійснення народовладдя.....	43
<i>Барабаш Ю.</i> Правові засади функціонування парламентської коаліції: проблеми теорії та практики.....	51

ПИТАННЯ ІСТОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

<i>Гончаренко В.</i> Законодавчі органи в Українській Народній Республіці.....	61
<i>Лозо В.</i> Правова охорона річок в історії екологічного законодавства ЄС	71

ПИТАННЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО І ФІНАНСОВОГО ПРАВА

<i>Цвєтков В., Селіванов В.</i> Людський вимір як методологічний підхід до аналізу і перетворення державного управління в Україні	81
<i>Щербина В.</i> Адміністративно-господарські санкції майнового характеру: проблеми застосування.....	97
<i>Ковальчук А.</i> Законодавче забезпечення фінансових запозичень у місцеві бюджети.....	106

ПИТАННЯ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА

<i>Денисов В., Мельник С.</i> Становлення інституту односторонніх актів держав у міжнародному праві	114
<i>Щокін Ю.</i> Недержавні учасники процесу утворення міжнародно-правових звичаїв	129

ПИТАННЯ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА І ПРОЦЕСУ

Спасибо-Фатєєва І. Венчурний капітал і венчурні компанії як основа перетворень інноваційного середовища в Україні.....	141
Тертишніков В. Підготовка цивільних справ до судового розгляду....	149
Пучковська І. До питання щодо сфери застосування притримання як засобу забезпечення виконання зобов'язань	153
Атаманова Ю. Центр інноваційних технологій як елемент державної інфраструктури інноваційної системи: організаційні та правові аспекти.	160
Загородній С. Договір про професійну підготовку у вищому навчальному закладі: проблема номінологічного позначення	169

ПРОБЛЕМИ БОРотьБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ

Коновалова В. Моральні засади судочинства: стан і тенденції.....	178
Наден О. Кримінальне правовідношення — предмет кримінально-правового регулювання	185
Тимошенко В. Кримінологічна характеристика відмивання (легалізації) доходів, одержаних злочинним шляхом у сфері наркобізнесу	193
Шило О. Судовий захист як вид державного захисту прав і законних інтересів людини в правовій державі.....	203
Капліна О., Маринів В. Проблеми усунення захисника від участі у кримінальній справі.....	214
Галабала М. Генезис загальної частини кримінального законодавства	223

НА ПОЧАТКУ ТВОРЧОГО ШЛЯХУ

М'яких Г. Ідея прав жінки в ліберально-демократичній думці України кінця XIX — початку XX ст.....	233
Оклей І. До питання становлення і розвитку законодавства про пенсійне забезпечення: історико-правовий аспект.....	237
Костюк Ю. Порядок відшкодування шкоди, заподіяної екологічним правопорушенням власності громадян.....	245

РЕЦЕНЗІЇ

Крок до оновлення загальнотеоретичної правової науки та навчального курсу з теорії держави і права (М. Панов, О. Петришин, М. Цвік)...259	
--	--

Актуальне дослідження проблем участі громадян України в управлінні державними справами (<i>Ю. Тодика</i>).....	262
Творчий і допитливий погляд у корінь проблем (<i>І. Спасибо-Фатєєва</i>).....	265
Актуальне дослідження проблеми оптимізації діяльності прокурора у сфері боротьби зі злочинністю (<i>В. Шенітько</i>)	272

НАУКОВЕ ЖИТТЯ

Міжнародна науково-практична конференція «Верховенство права: новий крок у осмисленні» (<i>С. Максимов, О. Лиховид</i>).....	280
Академічна лабораторія прав людини і громадянина: підсумки першого десятиріччя (<i>С. Добрянський</i>)	286

НАШІ ЮВІЛЯРИ

Володимир Михайлович Литвин	287
Олександр Васильович Дзера	289
Василь Васильович Костицький	290
Пам'яті віктора федоровича погорілка	293

Оголошення

Конкурс на присудження Премії імені Ярослава Мудрого

Оголошується конкурс на присудження запровадженої спільним рішенням президії Академії правових наук України та вченою радою Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого Премії імені Ярослава Мудрого, яка має за мету колективне визнання видатних заслуг науковців-правознавців та практиків-юристів України в розбудові правової демократичної держави України.

Премія має 4 номінації: 1) за видатні досягнення в науково-дослідницькій діяльності з правознавства; 2) за видатні заслуги в галузі підготовки юридичних кадрів; 3) за видатні заслуги в законотворчій, судовій та правозастосовчій діяльності; 4) за підготовку й видання підручників для студентів юридичних спеціальностей вищих закладів освіти.

Висунення кандидатів на присудження Премії провадиться: рішеннями комітетів Верховної Ради України, Верховним Судом України, Конституційним Судом України, Вищим господарським судом України, Вищим адміністративним судом України, колегіями Генеральної прокуратури України, колегіями центральних правозастосовчих органів, вченими радами юридичних навчальних і наукових закладів.

Премія присуджується таємним голосуванням на засіданні Комітету з присудження Премії імені Ярослава Мудрого, який створюється із представників юридичної громадськості України спільним рішенням президії Академії правових наук України і вченої ради Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого.

Особам, яким присуджується Премія, видається диплом Лауреата, пам'ятний нагрудник знак — медаль і грошова винагорода.

У конкурсі на присудження Премії імені Ярослава Мудрого можуть брати участь: автори монографій, підручників, циклів наукових праць (кандидати та доктори юридичних наук); особи, які мають видатні досягнення в підготовці докторів і кандидатів юридичних наук, або видатні досягнення у службовій чи громадській діяльності, в галузі підготовки юридичних кадрів, у законотворчій та правозастосовчій діяльності.

Конкурс може проводитися за участю як однієї особи, так і групи осіб (як правило, 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) довідка про особу, яку висунено на присудження Премії; г) розгорнута інформація щодо видатних заслуг особи з тієї чи іншої номінації. Документи мають бути оформлені відповідно до вимог діловодства і підписані керівником установи.

Термін подання документів на присудження Премії імені Ярослава Мудрого — до 15.10.2006 р. на адресу: 61024, м. Харків, вул. Пушкінська, 77. Тел. для довідок: 704-11-51, 704-19-01, факс. 704-11-51.

Збірник наукових праць

Вісник
Академії правових наук
України

№ 3 (46)

